

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi

This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

Cilt: XVIII, Sayı: 2

Vol. XVIII, No. 2

Yıl / Year: 2021



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI'YA ARMAĞAN
ESSAYS IN HONOUR OF
PROF. DR. ABDULKADİR ARPACI



PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI

Yayın Sahibi / Publisher

Prof. Dr. Canan Aykut Bingöl (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi adına
/ *On Behalf of Yeditepe University*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

Editör Yardımcıları / Associate Editors

Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teknik Hazırlık / Layout and Page Design

Arş. Gör. Alperen Asım Koruk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. İrem Aksu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel.: (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / Web Address

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/ya-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of ULAKBİM (Turkish Academic Network and Information Center).

Basımcının Adı / Printed by

Medyapark Reklamcılık Matbaacılık Hiz. Ltd.Şti.

Seyrantepe Mahallesi Gülizar Sokak No:16A Kağıthane / İstanbul.

Tel.: (0212) 220 03 13

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / Publication Date

Ekim 2021 / *October 2021*

ISSN: 1303 - 4650

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri
All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to

E-posta / E-mail: yuhfd@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Editör / Editor: (Oktay Uygun) oktayuygun@yahoo.com

Editör Yardımcıları / Associate Editors:

(Semin Töner Şen) stonersen@gmail.com

(Onur Özcan) onurozcan@yahoo.com

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26
Ağustos Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2021

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.

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

*For citations please use the abbreviation: “**YUHF**D”*

Dergimiz Hakkında

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi’de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi’imize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi’mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

About Our Journal

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Yayın Kurulu / Publication Board

Prof. Dr. Oktay Uygun	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selda Çağlar	Trakya Üniversitesi İİBF

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge Umar	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sait Güran	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk Öztekin	Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdoğan Bülbül	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nomer	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Armağan Hakem Kurulu / Referee Board

Prof. Dr. Faruk Acar	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. S. Anlam Altay	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz	TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdem Büyüksağış	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mesut Hakkı Çaşın	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sezer Çabri	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilgehan Çetiner	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Baki İllık Engin	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Erdem	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vesile Sonay Evik	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fulya Erlüle	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Emrehan İnal	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Arslan Kaya	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Köksal Kocağa	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zekeriya Kurşat	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nami Nomer	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Tufan Ögüz	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdem Özdemir	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Etem Saba Özmen	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Suat Sarı	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Topaloğlu	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sultan Üzeltürk	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Olgun Akbulut	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nilay Arat	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hamide Bağçeci	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nur Bolayır	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ali Hakan Evik	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Arzu Genç Arıdemir	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Birden Güngören Bulgan	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Pınar Memiş Kartal	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Sevtap Metin	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Mert Namı	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hasan Smar	Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İpek Sevda Söğüt	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Tolga Şirin	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat Topuz	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet Yayla	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Ledün Akdeniz	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aysun Altunkaş	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Özlem Ata	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gözde Atasayan	Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gülşah Sinem Aydın	Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hediye Bahar Sayın	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kadir Baş	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi R. Cem Dinar	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi R. Barış Erman	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Esra Hamamcıoğlu	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hakan Hasırcı	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Erhan Kanışlı	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım Keser	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Işık Özer	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba Semerci Vuraloğlu	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet F. Şua	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ashı Topukcu	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tuzcuoğlu	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Semih Yünlü	Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Neslihan Verda Akın	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Gökhan Aydoğan	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Dr. Elif Başkaracaoğlu	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ
PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE
UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHF) is a peer-reviewed journal published twice a year in January and June.

2) Dergi'de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve çevirilerdir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes, comments and translations which are written in Turkish and in other European languages are welcome. In addition to the text of the translation, the consent of the beneficiaries and the original text should be submitted. Translations are also subject to referee evaluation.

3) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya.docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with.doc or.docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (yuhfd@yeditepe.edu.tr) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (yuhfd@yeditepe.edu.tr). There is no need to submit any hardcopy of the article.

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s), orcid id(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.

12) Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine

karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

In the first review by the Editorial Board, the manuscripts, which are clearly determined not to comply with the publication and submission requirements, are sent to the author to make the necessary corrections before being sent to the referee. Manuscripts that do not meet the scientific criteria are returned to the author without being sent to the referee by the Editorial Board. The manuscripts found suitable by the Editorial Board are submitted for review by two referees. According to the report from the referees, it is decided to publish, correct or refuse the manuscript. The contributor(s) is immediately informed of the situation. The Editorial Board can send completed or revised text to the referee again.

13) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

14) Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

15) Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** ve Hukuk Fakültesinin web sitesine yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS) and Faculty of Law website**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

16) Dergi basıldıktan sonra, ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).

17) Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Kasım, Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Nisandır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.

The last article accepted for January issue of our journal is 20 November, and the last article for June issue is 20 April. The articles that reach after these dates will be evaluated for the next issue.

PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI ARMAĞANI SUNUŞ

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı Hocamızı elbette gıyaben tanımakla beraber, yüz yüze Yeditepe Üniversitesinde tanıdım. Son derece mütevazı, erdemli, derin, insancıl duruşu ve güler yüzü ile tam bir “Hukuk Hocası” olma vasfı ile dikkatimi çekmişti.

Sonra Hocamızın ders ve sınavlarının nasıl olduğunu öğrendim. Arpacı Hocamızın dersleri son derece renkli ve farklı. İnteraktif derslerde öğrencileri de derse katıyor, arada her bir öğrencinin adının eski Türkçe karşılıklarıyla dersi yumuşatıyor ve özel hukukun tüm alanlarına dokunarak yoluna devam ediyordu. Bazen de soruya yanlış cevap veren öğrencilere iki elinin baş ve işaret parmaklarını birleştirerek şaka yollu “seni boğarım” demesi öğrenciler arasında popüler ifadelerinden birisi.

Arpacı Hocamızın sınavları her zaman efsanedir. Öğrencilerin tüm kaynaklara ulaşması serbesttir. Sorular da ona göre hazırlanır. Sınava valiz dolusu kitaplarla gelen öğrenciler belki de hukuk hayatlarının en zorlu ve karmaşık sorularını çözmeye çalışırlar. Sadece sorulara yanıt vermezler, sınavda da öğrenirler. Bu sınavların, öğrencilerin hayatı boyunca unutamayacakları tecrübelerden biri olduğunu düşünüyorum.

Öğrencileri bu denli zorlayan bir Hoca için olağan seyir, öğrencinin olumsuz tavır takınmasıdır. Ama hiç de öyle değildir. Arpacı Hocaları için öğrencilerinin kullandığı ifadelerden sadece bazılarını şu şekilde sıralayabilirim:

- Ömür boyu dinlemek isteyeceğiniz bir Hoca.
- Her ders ayrı bir macera. Tekrarı yok.
- Kendine özgü.
- Evet çok az öğrenci geçiyor, ama çok şey öğreniyoruz.
- Özel hukuku Arpacı Hoca ile sevdik.
- Enerjisi çok yüksek, öğrenciyi derse istese de istemese de çekiyor.
- Kaldım, ama ben kaldım.
- Ezbersiz hukuk eğitimi.
- Başka şubesi yok.

Değerli Hocamıza hazırlamaya çalıştığımız Armağanı biraz gecikme ile de olsa mümkün kılan anı ve bilimsel yazılarla destekleyen Değerli Akademisyenlere teşekkürü borç bilirim. Ayrıca Armağan hazırlama kurulunu oluşturan Prof. Dr. Faruk Acar, Dr. Öğretim Üyesi Cihan Avcı Braun ve Dr. Öğretim Üyesi Tuğçe Tekben ile Arş. Gör. Elif Ceren Türkoğlu, Arş. Gör. Defne Deniz, Arş. Gör. Aslı Çavuşoğlu’na ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi editörü Prof. Dr. Oktay Uygun ve Arş. Gör. İrem Aksu’ya teşekkür ederim.

Arpacı Hocam’a sağlık ve mutlulukla sevdikleri ve elbette öğrencileriyle nice güzel yıllar diliyorum, en iyi dileklerimi sunuyorum. Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı Armağanını hukuk camiasına sunmaktan büyük bir onur duyuyorum.

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı



Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 27.06.2018 tarihinde düzenlenen “Sorumluluk Hukukuna İlişkin Güncel Sorunlar” Sempozyumu’ndan





Yeditepe Üniversitesi Hukuk Kulübü tarafından Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı adına hazırlanan Doktrinsel Münazara yarışması finali



Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 08.12.2018 tarihinde düzenlenen “Avrupa ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Güncel Sorunlar Sempozyumu’ndan



**PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI'YA ARMAĞAN
HAZIRLIK KOMİTESİ**

Prof. Dr. Faruk Acar
Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben
Arş. Gör. Elif Ceren Türkoğlu
Arş. Gör. Aslı Çavuşoğlu
Arş. Gör. Defne Deniz

İki yıllık yoğun bir çabadan sonra özel hukukun duayenlerinden kıymetli hocamız Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı adına çıkarılan ilk armağanı yayına hazır hale getirmenin gururunu yaşıyoruz. Elinizdeki bu eseri, Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı Hocamızın dostlarına, öğrencilerine ve tüm sevenlerine sunabilmenin mutluluğu içerisindeyiz. Engin hukuk bilgisinin ve genel kültürünün yanı sıra, başta insana insan olduğu için verdiği değer gibi burada saymakla bitiremeyeceğimiz meziyetleri ile hepimize örnek olan Hocamıza, sağlık, huzur, mutluluk dolu bir yaşam diliyoruz

PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI (1947-)
HAYAT HİKÂYESİ

1947 yılında Gaziantep'te doğdu. İlk ve orta öğrenimini aynı yerde tamamlayarak 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne öğrenci olarak girdi ve 1975 yılında birincilikle tamamladı. Bir süre, Cumhuriyet Savcı yardımcısı ve yetkili Cumhuriyet Savcısı olarak görev yaptı. 1978 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk kürsüsünde asistan olarak göreve başladı. Türkiye ve Almanya'daki araştırmaları sonucu hazırlamış olduğu "Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim" adlı doktora tezini 1984 yılında savunarak, bu tezin "pekiyi" derece ile kabulü sayesinde "Hukuk Doktoru" unvanını aldı. 1986 yılında, yardımcı doçent olarak göreve atanan Arpacı, 1990 yılında doçent, 1996 yılında profesör unvanını aldı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğretim üyesi olarak uzun yıllar görev yaptı. Çeşitli üniversitelerde, Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku dersleri verdi. Polis Okullarında, Genel Hukuk, Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku dersleri de veren Prof. Arpacı, kamu müşavir avukatlığı, fakülte ve vakıf yönetim kurulu üyeliği gibi görevlerde de bulundu.

Halen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde kadrolu öğretim üyesi olarak, Medeni Hukuk, Eşya Hukuku, Özel Hukuk Uygulamaları ve Borçlar Hukuku Dersleri vermektedir. Ayrıca, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Özel Hukuk Bölüm ve Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanlığı görevini yürütmektedir.

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, birçok kongreye, sempozyuma, konferansa, panele konuşmacı ve oturum başkanı olarak katıldığı gibi, akademik etkinliklerde tebliğ sunmaya ve oturum başkanlığı görevini de üstlenmeye devam etmektedir. Hocamızın bazı eserleri ise aşağıdaki gibidir:

I – Kitap ve Kitap Bölümleri

1. Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, Bedir Yayınevi, İstanbul 1984.
2. Açıklamalı ve İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul Üniversite Kitabevi, İstanbul 1985 (6 baskı halinde).
3. Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, Kazancı Kitap, İstanbul 1990.
4. Eşya Hukuku (Prof. Dr. Hüseyin Hatemi ve Prof. Dr. Rona Serozan ile ortak eser), Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.
5. Borçlar Hukuku Özel Bölüm (Prof. Dr. Hüseyin Hatemi ve Prof. Dr. Rona Serozan ile ortak eser), Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
6. Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 1993 (2 baskı halinde).
7. Gerekçeli Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, Temel Yayınları, İstanbul 1993.

8. İċtihatlı Kooperatifler Kanunu ve Açıklamaları, Genişletilmiş 2. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul 1995.

9. Apartman Yönetim Kılavuzu, Kat Malikleri ve Apartman Yöneticilerinin El Kitabı, Temel Yayınları, İstanbul 1997.

10. Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta, 2. Bası, İstanbul 2000.

11. Kira Hukuku ve Uygulaması, Kiracılık ve Kira Davaları Rehberi, Temel Yayınları, İstanbul 2002.

12. Gerekçeli Açıklamalı Yeni Türk Medeni Kanunu ve Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Temel Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 2002.

13. Yeni Türk Medeni Kanunu, Gerekçeleri ve En Son Değişiklikleri ile, Legal Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul 2008.

14. Medeni Kanun'un Haksız İnşaat Düzenlemesindeki Haksızlık, Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu 15-16 Kasım 2019 Makaleler – Tebliğler, İstanbul 2020.

15. Borçlar Hukuku (Prof. Dr. Necip Kocayusufopaşaoğlu, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi ve Prof. Dr. Rona Serozan ile ortak eser) fasiküller halinde basılmıştır, güncelleme çalışmaları devam etmektedir.

II – Makaleler

1. Fuzuli İşgal Sebebiyle Açılan Tahliye Davasında Görev Sorunu (Karar İncelemesi), *İstanbul Barosu Dergisi*, Sayı 1-12, Cilt 60, İstanbul 1986, s. 104-107.

2. Gayrimenkuller Üzerinde İntifa Hakkının Kurulması, *İstanbul Barosu Dergisi*, Sayı 1- 12, Cilt 60, İstanbul 1986, s. 8-20.

3. Devremülk Kanununa İlişkin Bazı Düşünceler, *İstanbul Barosu Dergisi*, Sayı 7-9, İstanbul 1986, s. 460 vd.

4. Devre Mülk Yasası Yetersiz, *Milliyet Gazetesi*, *Düşünenlerin Düşünceleri Sütunu*, İstanbul 1988.

5. Birden Fazla Parsel Üzerine Yapılmış Yapılardan Oluşan Sitelere Yönetim Sorunu”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Temmuz- Ağustos 1996, Sayı 10, Yargı Reformu Sayısı, İstanbul 1996, s. 549-552.

6. Kat Malikleri Kurulu'nun Geçersiz Kararları İİK 68 Hükmünde Gösterilen Belgelerden Sayılır mı?, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s.123-130.

7. Karşılıksız Çek Keşidesi Dolandırıcılık Suçunu Oluşturur mu?, *Yargı Dergisi*.

8. Borcu Likit Olmayan Borçlunun İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatına Mahkum Edilmesi Mümkün müdür?, *Yargı Dergisi*.

9. Mevcut Mimari Duruma Hukuki Açıdan Müdahale, *Mimar-İst Dergisi*, İstanbul 2003, Sayı 8, s. 103-107.

10. Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanun ile Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış, *Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu için Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 89- 113.

11. Alacaklı Teselsülü ve Buna İlişkin Bazı Düşünceler, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı I/I, Cilt 1, İstanbul 2004, s. 325-337.

12. İş Sahibinin Arsası Üzerine Yapılmış Binalarda Ayıp Sorunu, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5/2, İstanbul 2005, s. 251-256.

13. Yasal Olmayan Cinsiyet Değiştirme ve Sonuçları, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007, Sayı 1, s. 309- 312.

14. Hukukun Dili, *Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, Çizgi Basım, İstanbul 2007, s. 305-306.

15. Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarının Aynı Hükümlere Tabi Kılınması Doğru mudur?, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt V/2, İstanbul 2008, s. 3-9.

16. Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı ve Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt VI/2, İstanbul 2009, s. 5-14.

17. Kat Mülkiyetine Tabi Yapıların Güçlendirilmesine İlişkin Yeni Düzenlemeye Kısa Bir Bakış, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI/1, İstanbul 2009, s. 85-89.

18. Kat Mülkiyetli Yerlerde Anayapının Tamamen Harap Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar, *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, Cilt 2, İstanbul 2010, s. 219-224.

19. Kat Malikleri Kurulunu Yönetmekle Görevli Divana Toplantı Tutanağını İmzalama Yetkisi Verilmesine Dair Yaygın Uygulamanın Hukuka Uygunluğu Sorunu, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan Özel Sayısı, Cilt VIII, Sayı 2, İstanbul 2011, s. 291- 297.

20. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinin Son Fıkrası Açısından Yüklenicinin Teslim Ettiği Eserin Ayıplı Olması Sorunu, 6098 sayılı TBK Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı*, No 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 567-570.

21. Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, *İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları*, İstanbul 2012, s. 47- 104.

22. Yeni Borçlar Kanunu Açısından Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa ve Sonuçları, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s. 575-579.

23. Kat Mülkiyeti İlişkisi İçin Mahkemece Tayin Edilen Yöneticinin Hukuki Durumu, *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 124-132.

24. Yeni Borçlar Kanunu'nun Kiraya Veren Hapis Hakkına İlişkin Düzenlemesi, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt 8, Sayı Özel, İzmir 2013, s. 381-385.

25. Yeni Borçlar Kanunu'nun 242.maddesinin Uygulanma Kabiliyeti, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 11, Sayı 24, İstanbul 2013, s. 22-26.

26. Müşterek (Paylı) Mülkiyette Pay Üzerinde İntifa Hakkı Kurulmasının Diğer Paydaşlara Etkisi, *Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Sayı, Cilt 20, İstanbul 2014. s. 981-988.

27. Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillere İlişkin HMK 189/II Hükümünün Aile Hukuku Sorunları Bakımından Yansımaları, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XI, Sayı 1, İstanbul 2014, s. 8-11.

28. Aile Konutu Düzenlemesinin Amacı Açısından Kooperatiflerin Ferdeleşmeden Önceki Konut Teslimine İlişkin Sorunlar, *Hasan Erman'a Armağan*, DR Yayınları, İstanbul 2015.

29. Cebrî İcra Yolu ile Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılmasında Kiracının Yeni Malik Karşısındaki Hukukî Durumu, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, İstanbul 2016, s. 86-90.

30. Müşterek Mülkiyete ve Kat Mülkiyetine İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi, *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları*, Oniki Levha Yayınları, Cilt I, İstanbul 2016, s. 119-131.

31. Yeni Borçlar Kanunu'nun 242.maddesinin Uygulanma Kabiliyetine İlişkin İlâve Açıklamalar, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, İstanbul 2017, s. 82-84.

Yönetilen Bazı Tezler

Yüksek Lisans Tezleri

- Yılmaz Özgür, (1990) Kat Mülkiyetinin Devri Mecburiyeti
- Yasemin Baysal (1999) Mukayeseli Hukuk ve Uluslararası Sözleşmeler Işığında Türk Hukuk Sisteminde Eser Sahibi ve Telif Hakları
- Pınar Ağca Toplandı (2008) Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali
- Bahar Deniz Dinar (2019) 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Taksitle Satış Sözleşmesi

Doktora Tezleri

- Ömer Bağcı (2012) Vasiyetnamenin Geri Alınması
- Ahmet Ayar (2015) Adi Ortaklık Sözleşmesinde İç ve Dış İlişkiler
- Tuğçe Tekben (2017) Vekalet İlişkilerinde Vekalet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları
- Tuğçe Tuzcuoğlu (2017) Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları

ANI YAZILARI

İLK HOCAMA...

Evet, gerçekten ilk hocam... Hayata gözlerimi açtığım andan bugüne kadar bana her şeyi öğreten, ruhumu, karakterimi, hayatımı şekillendiren koca yürekli babam... İlimin sınırlarını hâlâ anlamaya çalışsam da, “babalar ve oğullar” mücadelesinde asla kazanamayacağımı, bilgimin ancak bana öğrettiklerinin, anlayabildiğim kısmı ile sınırlı olduğunu ve ilmimin senin yanında ancak okyanusta bir damla kadar olabileceğini kabul etmemek herhalde ahmaklık olacaktır. Saygıyla ve hürmetle ellerinizden öperim.

Bu yazıda belki anılar anlatılmıyordu; ama her biri benim için o kadar değerli ki, hepsini kendime saklamam gerektiğini hissediyorum. Anılar bende saklı kalsa da, bu uzun öğrenciliğimin belirli anlarındaki duygularımı paylaşmayı tercih edeceğim. Özellikle, mezun olduğum üniversitenin hukuk fakültesi 1. sınıf öğrencisiyken, İstanbul Üniversitesi'nde babamın dersine girdiğim bir günden bahsetmeliyim. Üniversitenin amfi 1'deki muazzam ortamı hâlâ beni ve birçoğumuzu etkilese de, çocukluğumda oyun alanım olan Üniversiteye aşinalığım bir hayli fazladır. Ancak, o gün, Üniversiteye ve amfi 1'e benim için bambaşka bir anlam yüklendi. İlk defa, hukuk fakültesi öğrencisi olarak babamın dersini dinlemiştim. O çok değerli günde yaşadığım gururu anlatmak için kelime bulmakta hep zorlandım. Öyle ki, bundan daha da fazla yoğunlukta duygular yaşayacağımı çok sonra anlayabildim, çünkü henüz resmî olarak öğrencisi olmamıştım. Ve nihayet! Yeditepe Üniversitesi'ndeki doktora derslerim aşamasında ilk defa resmî olarak öğrencisi olma şerefine eriştim. Resmî öğrencilikteki duygularımdan da bahsetmek gerekiyor; ama ne mümkün? O günlerdeki heyecanımı, endişelerimi ve içimdeki kendini ispatlama isteğini nasıl kaleme alabilirim? Takdir edersiniz ki, bu duyguları çok yoğun olarak yaşadım.

Ayrıca, belirtmeden edemeyeceğim, avukatlık mesleğimle alakalı yazdığım dilekçelerin, üstadım tarafından, birkaç değişiklik ve düzeltme ile de olsa, beğeniliyor olması onurunu göğsümden taşıyorum. Bunu durumun, önceleri basitçe “genetik bilimi” ile ilgili olduğunu düşünmüş olsam da, sonraları üstadım tarafından tevazu gösterilmiş olduğundan kaynaklandığını fark ettiğimi de asla inkâr edemeyeceğim.

O kadar mutluyum ki, bu yazıyı okuyanların ekseriyetinin değerli hukuk uzmanları olacağını bildiğimden dolayı, hocamın “Türk Hukuku'na” verdiği hizmeti sayfalarca anlatmak gerekmiyor. Ancak, mutlaka söylemem gereken bir şey varsa, o da, hocamın benim için hukuk ilminin müstesna ustası olduğudur. Ayrıca, her zaman kulaklarımda sesiyle çınlayan; “ilim bir nokta idi, cahiller onu çoğalttılar” sözünü burada anmak ve özünü, gerek meslek hayatımda gerekse de ilmin her noktasında takip edeceğimi de söylemek isterim.

Her ne kadar, bir “hukukçu” olarak bu özel Armağan'a anı yazısı yazma görevine şahsen heyecanla talip olsam da, sevgili anneciğimin ve kardeşimin sevgi

ve hürmetlerini sunduklarını; hep birlikte mutluluk ve huzur dolu nice yıllar dilediklerini de iletmek beni ağır bir yükten kurtaracaktır.

Yine burada, bu özel Armağan'ın hazırlanması için çaba sarf eden herkese şükranlarımı sunmak bir borçtur. Teşekkürler.

Velhasıl babam, ilk hocam, üstadım, bu hayatta öğrencin olmak her şeye değer. İlminin taşan kısmı bile bir ömür geçirmeye yeter; ama tek bir dileğim kabul edilecek olsa idi, ömrümün sonuna kadar senden öğrenebilmeyi dilerdim.

Saygılarımla ve Sevgilerimle...

Av. Ahmet Murat Arpacı

HOCAM ABDULKADİR ARPACI

Değerli hocam Arpacı ile ilk karşılaşmamız İÜHF’nde öğrenci iken (1987-1988 eğitim öğretim dönemi) gerçekleşti. O tarihlerde ben Fakültenin 3. sınıfında bulunuyordum. Bilenler bilir: İÜHF’nde Medeni Hukuk ABD hocaları (tabir yerinde ise) “*sınıf öğretmeni*” gibidir. 1982’de Yüksek Öğretim Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra, hukukî bir karşılığı kalmamış ise de İÜHF’inde “*kürsü*” geleneği o dönemde de halihazırda da devam ettirilmektedir.

Bu gelenek Medeni Hukuk ABD özelinde, genellikle bir profesör ve 2 bazen 3 doçent, yardımcı doçent ile asistanlardan oluşan akademisyen topluluğunun bir “*kürsü*” olarak kabul edilmesi esasına dayanır. Her kürsü bir sınıfın sorumluluğunu üstlenir. İÜHF’nde her sınıfta, tek numaralı ve çift numaralı öğrencilerin bir araya getirilmesi suretiyle 8 ayrı grup oluşturulur; ve her grubun sorumluluğunu bir Medeni Hukuk kürsüsü üstlenmiş olur¹. Bu kürsü aynı öğrenci grubuna, Medeni Hukuk ABD’nin sorumluluğunda bulunan zorunlu derslerden (toplam 5 adet) her birini, ayrı bir senede okutur. 1. sınıfta Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku ve Aile Hukuku, 2. sınıfta Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. sınıfta Eşya Hukuku, 4. sınıfta ise Miras Hukuku okutulur ve öğrenci (elbette başarabilenler) mezun olur. Medeni Hukuk ABD’nin sorumluluğunda bulunan zorunlu derslerden 5.’si de Özel Borç İlişkileri’dir ve 3. sınıfta okutulur. 3. sınıfa gelmeyi başarmış İÜHF öğrencilerinin bu dersine, bu seneye kadar birlikte oldukları Medeni Hukuk hocaları değil, o dönem itibarıyla 4. sınıf öğrencilerine Miras Hukuku’nu okutan Medeni Hukuk kürsüsünün hocaları gelir.

Bu sistem içerisinde bizim “*sınıf öğretmeni*”miz, rahmetli hocam Prof. Dr. Kemal Oğuzman ve Kürsü arkadaşları idi. 1985 yılında İÜHF’ne girmeyi başarmış çift numaralı öğrenciler 1987-1988 eğitim yılına ulaştığımızda Borçlar Hukuku Özel Hükümler dersimize, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Kürsüsü’ne mensup öğretim üyeleri gelmeye başladı. O zamanlar yardımcı doçent ünvanına sahip Abdulkadir hocamız da belirttiğim kürsüde çalışan hocalarımızdan birisi idi. Kendisi ile aramızdaki öğrenci-hoca ilişkisi bu şekilde tesis edilmiş oldu. Hocamızın bize “Kira Sözleşmesi”ni anlattığını hatırlıyorum.

O dönem Borçlar Hukuku Özel Hükümler dersimize giren hocalarımızın ders kitabı bulunmadığından, derslerde not tutabilmek son derece önemli idi. Abdülkadir hocamız sakın ve açık anlatımı ile o dönem dersimize giren hocalar arasında “*dersinde en iyi not tutabildiğimiz hoca*” ünvanına layık görülmüş idi. Hocamızdan başka bir dönemde ders alma imkânım olmadı. Ancak kendisini dinleme imkânına sahip bulunduğum bilimsel toplantılarda da hocamızın aynı üslubunu devam ettirdiğini gördüm: sakın, kendinden emin ve bilge.

Değerli hocamın ismini duyunca aklıma gelen bir başka husus ise Beyazıt Meydanı’nda (Sahaflar Çarşısı meydan çıkışı) yerlere serilerek satılmakta olan eski kitapları incelerken karşılaştığımız hocamızın “*Kitap yazmamış birisine kitap satırmamak lazım. Bu satıcılar kitap yazmış olsa idi kitabın alelade bir eşya olmadığını anlayabilir ve yerlere atılmış her bir kitabın arkasında yatan emeği dikkate alarak onlara gerekli saygıyı gösterirlerdi*” mealindeki sözleridir. Hocamız bu sözleri sarf edinceye kadar sokak sergilerinde kitap satılmasını bu kadar

¹ Fakültemize ikinci öğretim öğrenci grubunun kabulüne başladıktan sonra, her sınıfta bir de (tek veya çift numara farkı olmaksızın) ikinci öğretim öğrencileri grubu oluşturulmuştur.

garipsememiştim. Tam tersine internet fenomeninin bu amaçla devrede olmadığı 90'lı yıllarda, piyasada bulamadığımız eski kitapların yerlere saçılarak da olsa satılıyor olması hoşumuza giderdi. Hocamızın bu sözlerini duyunca akademisyenlerin hazırladığı kitaplar geçti aklımdan. Gerçekten de değil bir kitap küçük kapsamlı bir makalenin dahi hazırlanması, hatta onu yazabilecek olgunluğa ulaşmak için sarf edilmesi gereken çabayı zannediyorum dillendirmeye lüzum yoktur. Lütfen kitaplara saygılı olun!

Her ne kadar aynı (İÜHF Medeni Hukuk) ABD'nin mensupları olarak çalışmış olsak da Abdulkadir Arpacı hocamız ile "*aynı kürsüye mensubiyet*"imiz, dolayısıyla kendisi ile yakın bir çalışma arkadaşlığımız da (ne yazık ki) olmadı. Ancak hem aynı fakültenin hem de aynı anabilim dalının mensubu olarak birlikte çalışma ve bilim insanı sıfatı ile sınırlı da olsa kendisini tanıma imkânına sahip olabildiğim için kendimi bahtiyar hissediyorum. Allah (cc) uzun ömürler versin.

Prof. Dr. Halil Akkanat,
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI HAKKINDA

Prof. Arpacı'yı ilk kez, 39 yıl önce, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Tekinay kürsüsünde Medeni Hukuk araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladığımda tanıdım. Kendisi, Kocayusufpaşaoğlu kürsüsünde doktora çalışmalarını sürdürmekte olan bir kıdemli araştırma görevlisi olarak, beni sıcak bir şekilde karşıladı ve her zaman yardımcı olmaya hazır olduğunu söyledi. Kendisinin bu olumlu yaklaşımından çok etkilendiğimi hatırlıyorum. Bugüne kadar karşılıklı sevgi ve saygıya dayanan ilişkiyi kesintisiz sürdürebilmiş olmamızda, kendisinin bu olumlu yaklaşımının büyük etkisi olduğu kanısındayım.

Prof. Arpacı'nın öğrencilerine ve özellikle kendisinden kıdemsiz meslekdaşlarına olan içten ve hoşgörülü yaklaşımı, onlara verdiği sürekli ve karşılıksız desteğin, her türlü takdire şayan olduğunu ve çok uzun akademik yaşamı boyunca ilişkide olduğu öğrenci ve meslekdaşlarının hiçbirisinden, kendisi hakkında olumsuz bir söz duymadığımı özellikle belirtmek isterim.

Prof. Arpacı, 1978 yılında asistan olarak başladığı ve halen sürdürmekte olduğu akademik yaşamında, verdiği lisans dersleri ile çok sayıda hukukçunun yetişmesine, yüksek lisans ve doktora danışmanlıkları ile de çok sayıda genç hukukçu öğretim üyesinin yetişmesine çok önemli katkılarda bulunmuştur. Bilimsel alanda da, yazdığı sayısız makaleler, monografik eserler ve sayın Prof. Dr. Hüseyin Hatemi ve sayın Prof. Dr. Rona Serozan ile birlikte hazırladıkları Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku kitapları ile Türk hukukuna çok önemli katkı sağlamıştır. Kendisi ayrıca uzun yıllar bilirkişilik ve hakemlik yaparak, uygulamada da faaliyet göstermiştir. Özellikle birlikte yürüttüğümüz bir tahkim yargılamasında, ne kadar titiz ve tarafsız bir çalışma örneği verdiğine yakından şahit olduğumu vurgulamak isterim. Bu arada Prof. Arpacı'nın sevgili oğlu Ahmet Murat'ın, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğrencim olduğunu ve halen çok başarılı bir hukukçu olarak avukatlık mesleğini sürdürdüğünü de belirtmek isterim.

Sevgili Prof. Arpacı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yollarımızın kesişmiş olmasından duyduğum mutluluğu ifade ederken, 39 yıldır sorunsuz olarak sürmekte olan dostluğumuzun daha uzun yıllar devam edeceğine inanıyor ve sana tüm sevdiklerinle birlikte, akademik faaliyetlerini de sürdüreceğin nice sağlıklı ve keyifli yıllar diliyorum.

Prof. Dr. Atilla ALTOP

**İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi**

TEVAZU ÖRNEĞİ BİR HOCA

Sevgili dostum Abdülkadir Arpacı için kullandım bu sözleri...Gerçekten hiçbir gösteriş ve mevki meraklısı olmayan, son derece mütevazı, bir o kadar da saygılı ve kibar ama kendinden emin ve güler yüzlü bir meslektaşım. Nereden geliyor bu özellikler? diye soracak olursanız cevabım, aile terbiyesinden ve eski Anadolu kültüründen diye cevaplayabilirim. Çünkü dostum Abdülkadir Anadolu kökenli bir aileden geliyor. Anadolu işe Türkiye'nin anası, köklerini saldığı, efendiliğın, mertliğın, alçak gönüllüğün, iyiliğın ve yardım severliğın esas olduğı vatan toprağıdır... Abdülkadir Arpacı'nın benim asistan olarak doktoramı verdiğım yıl olan 1975'te İstanbul Hukuk Fakültesinden üstün başarı ile mezun olduğunu, birkaç yıl sonra da fakültemizin Medeni Hukuk kürsülerinden birine atandığını sonradan öğrendim. Aradan geçen zaman içinde askerliğini yapmış, bir süre cumhuriyet savcılığı görevinde bulunmuştu... Ama ben çelişkili gelen husus savcılık gibi Ceza Hukuku alanına dahil bir görevden sonra neden özel hukukun kalbi olan Medeni Hukuk alanında akademik kariyerine adım atmış olmasıydı... Bunu kendisine sormaya fırsat bulamadım ama önemli değil demek dostumun kalbi Medeni Hukukta imiş... İyi de olmuş. Zira bu alanda iyi bir yer işgal etti. Kat Mülkiyeti Hukuku konulu çok güzel bir doktora tezi yazdı. O dönemde bu konudaki yayımlar çok azdı. Bildiğim kadarıyla Eşya Hukuku ders kitaplarının içindeki birkaç sayfadan başka bir monografik eser bulunmuyordu... Galiba rahmetli Prof. Dr. Safa Reisoğlu'nun 634 sayılı Kanun henüz kanunlaşmamış iken yazdığı kitap hariç... Abdülkadir birden bu alanda otorite olmuştu. Günlük hayatımızın bir parçası haline gelen Kat Mülkiyeti konusunda devamlı olarak sorunlar yaşanıyor ve bir apartmanda veya sitede birlikte oturan komşular aralarında çözüm üretmeye çalışıyorlardı. Beni de şurada burada yönetici seçtikleri için bu tür sorunlar karşısında zorlandığım zamanlar Abdülkadir'e danışırdım. Tevazu abidesi Abdülkadir günün hangi saatinde olursa olsun bana telefonda görüşlerini iletirdi. Allah razı olsun yararlı da olurdu düşünceleri... Ne zaman karşılaştık bana hürmette kusur etmez dostça yaklaşır ayaküstü sohbet ederdik şuradan buradan...

Abdülkadir (yaşı da bana yakınmış Allah uzun ömür versin) kariyer merdivenlerini emin adımlarla tırmanarak önce doçent sonra profesör oldu... Fakültemizin ve Medeni Hukukun en önde gelen otoriteleriyle (Rahmetli Kocayusufpaşaoğlu ve Serozan ile Allah uzun ömür versin Hüseyin Hatemi hocaları kastediyorum). Birlikte müşterek kitaplara imzasını attı. Borçlar Hukuku kitaplarından bahsediyorum... Abdülkadir'in diğer çalışmalarına değinmiyorum lafı uzatmamak için. Ama hepsi övgüye değer çalışmalardır... Derken ben çok sevdiğim ve hayatımın 32 yılını verdiğım İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden (diğer bazı genç meslektaşlarımla birlikte aşağı yukarı aynı zaman aralığı içinde) emekliliğimi isteyip 2000 yılı başında ayrıldım ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde göreve başladım. Üç buçuk yıl sonra da oradan ayrılarak halen kariyerimi sürdürmekte olduğum Bahçeşehir Hukuk Fakültesine geçtim. İlginç bir tesadüf benim Yeditepe'den ayrılımdan kısa bir süre önce Abdülkadir de orada ders vermeye başladı. Başlayış o başlayış adeta oraya demir attı ve halen değerli çalışmalarına orada devam etmektedir... Kendisinin orada öğrenciler ve meslektaşları arasında ne kadar sevildiğini biliyorum. Allah başarılı çalışmalarını ve sağlığını daim kılsın. İyi ki seni tanıdım Abdülkadir, benim çalışkan ve alçakgönüllü meslektaşım...

Prof. Dr. A. Can Tuncay, BAU Hukuk Fakültesi

ABDÜLKADİR ARPACI HOCA

Prof. Dr. Ejder YILMAZ¹

Kitaplar, insan iletişimi için önemli araçlardan biridir. Bu durum, farklı üniversitelerde çalışan bilim adamları bakımından da geçerlidir. Benim Abdülkadir Arpacı Hoca'yı gıyaben tanımam, galiba, Hoca'nın da adını taşıyan ortak bir yayın ürünü olan 1991 tarihli Eşya Hukuku kitabı ile olmuştu. Hoca ile yakın tanışıklığımızı ise, bir "tahkim" işi sağladı.

Hakemlik, taraflar arasındaki uyuşmazlığı adaletli şekilde çözmeye girişmek gibi kutsal bir iştir. Bu sebeple öteden beri hakemlik tekliflerini, zamanla edindiğim çeşitli deneyimlerimden yola çıkarak, kendime göre koyduğum bazı ilkelere göre değerlendiririm. Bunların en başında, uyuşmazlığın taraflarının kimliği; uyuşmazlığın niteliği; taraf hakemliğinde diğer tarafın seçtiği hakemin, üçüncü (baş) hakemlikte taraflarca seçilmiş bulunan iki hakemin kim olduğu; tarafsızlığıma mutlak şekilde saygı duyulması gerektiği gibi hususlar gelir.

Yıllar önce idi; bir hakemlik teklifi gelmişti. Konu, özelleştirme mevzuatı çerçevesinde birbirine paralel sözleşmelerden doğan, küçük çaplı üç ayrı dava şeklinde ortaya çıkan uyuşmazlıklardı ve kamu kurumu niteliğindeki davacı Anonim Şirket, hakem olarak, yine kitaplarından tanıdığım ticaret hukukunun değerli öğretim üyelerinden Prof. Dr. İnci Deniz Kaner'i seçmişti. Bu husus benim için olumlu bir durumdu, ben de hakemliği kabul ettim. Şimdi sıra, üçüncü (baş) hakemin seçimine gelmişti; bunun için İstanbul'a gittim, İnci Hanım'ın Üniversite'deki odasında bir araya geldik; karşılıklı önerdiğimiz kişiler arasından, medeni hukuk öğretim üyesi Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı ismi üzerinde mutabık kaldık ve kararımızı telefonla Abdülkadir Hoca'ya bildirdik. Hoca'nın da kabulü üzerine hakem heyeti oluştu. Tahkim yerinin İstanbul olması sebebiyle hakem toplantılarının Hoca'nın bürosunda yapılmasını kararlaştırdık.

Tahkim süresinin başlaması ve bundan sonra yapılacakların kararlaştırıldığı tensip tutanağı düzenlenmesi bakımından, tahkimde yapılan ilk toplantının önemi vardır. Bu ilk toplantı sayesinde Hoca ile yüzyüze gelmiş olduk ve sanki birbirimizi yıllardan beri tanıyormuşuz gibi çabucak kaynaştık.

Bu toplantıda sair konular yanında, taraflardan talep edeceğimiz hakem ücretini tespit için üç ayrı dava bakımından, o ana kadar toplanan belgeleri inceledik. Hakem Ücret Tarifesi'ne göre hesapladığımız rakam, davalardan birinde neredeyse, asgarî işçi ücreti kadar, diğerinde ona yakın, üçüncüsünde de mütevazi şekilde biraz daha fazla ve sonuçta, üç kişilik hakem heyeti olarak vereceğimiz emeğin karşılığını alamayacağımız ortada idi. Ancak, yapılacak bir şey yoktu; çünkü, hakem olarak bize duyulan güvene dayalı seçilmiş olmamız sebebiyle bir kez yola çıkmıştık ve bize verilen emaneti gereği gibi yerine getirme görevimiz başlamıştı. Bu durumda tahkim masraflarını minimumda tutmamız ve ayrıca atayacağımız hakem sekreteri ücretini de ona göre belirlememiz gerekirdi. Bunun için, Hoca'nın önerisi doğrultusunda aynı büroda çalışan bir avukat yakınımı, mütevazi hakem ücreti paralelinde ücret belirleyerek hakem sekreteri olarak atadık.

¹ İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

Toplantıda kendi aramızda, ülkemizde bunun gibi düşük rakamlarla ilgili uyuşmazlıklar üzerinde tarafların kendi aralarında uzlaşmalarının, taraflardan birinin kamu olması halinde yetkili hesap denetim sisteminin genellikle amacından uzak bir şekilde kötü işleyişinden ve buna bağlı olarak kendilerine milyar liralara emanet edilen bir kısım bürokratların gereksiz şekilde sorumluluk almaktan çekinmelerinden kaynaklandığını, bunun da sonuçta mahkemelerin iş yükünün artmasına sebep olmasına rağmen işin bu zararlı yanının çözümü için yeterli çalışma yapılmadığını değerlendirdik.

Tahkim yargılaması sırasında yapılan çeşitli toplantılar vesilesiyle bir araya geldik. Bu toplantılar, gerçekleştirilen yargılama faaliyetlerinin yanısıra üç bilim adamı arasında cereyan eden ve benim çok yararlandığım “hoş sohbet toplantıları” oldu.

Üç hakemin de uyum içerisinde çalıştığı tahkim yargılaması yaklaşık iki yıl sürdü ve kararımız oybirliğiyle çıktı.

Yargılama sırasında, ilginç bazı sorunlarla da karşılaştığımız oldu. Bunlardan biri, üç ayrı yer hakkında ayrı ayrı yapılmasına rağmen birbirleriyle aynı hükümleri taşıyan sözleşmeler nedeniyle üç ayrı dava şeklinde hakem heyetinin öne gelen davaların birleştirilmesiyle ilgili idi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun davaların birleştirilmesine ilişkin hükümleri de gerçekleşmişti. Her hakem toplantısında ayrı ayrı tutanaklar düzenlenmesinin gereksizliği ile özellikle her bir dava için ayrı ayrı bilirkişi raporu alınması yerine üç davanın da ayrı ayrı değerlendirilmesi suretiyle tek bir bilirkişiden rapor alınmasının daha ekonomik olduğu muhakkaktı. Bunun için davaların birleştirilmesi kararını verdik. İlginç bir şekilde, davacı (kamu) avukatı bu karara itirazla rücu etmemizi talep etti. Kendisini duruşmaya davet ettik, duruşmada itirazını ısrarla sürdürdü; ancak her nedense, kendisini bir türlü ikna edemedik. Aldığımız karar doğru olduğu için biz de kararımızdan dönmedik. Her yılki usul derslerimde öğrencilerime “avukatlığın amacı”nı anlatırken, bu örnek hep aklıma gelir durur!

Abdülkadir Arpacı Hoca ile böylece başlayan tanışıklığımız, o günden bu yana çeşitli vesilelerle sürmektedir.

İnsanlığı ve bilim adamlığı ile benim için özel bir “değer” ifade eden Abdülkadir Hoca’ya ve Ailesi’ne, bu vesileyle, bundan sonraki yaşamı için en iyi dileklerimi sunuyorum.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

**İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku
Anabilim Dalı Başkanı**

KIYMETLİ HOCAM SAYIN PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI İÇİN...

Sayın Hocam Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı ile yollarımız 2003 yılında Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde asistanlığa başladığım ilk günlerde keşişti. Kısa bir süre için bile olsa Kıymetli Hocamın asistanlığını yapabilme onuruna eriştim. Doktora tez konusu olarak “*Toplu Yapılarda Yönetim*” konusunu seçmem ve Kat Mülkiyeti Hukuku üzerine çalışmalara başlamam ile birlikte Değerli Hocam ile yollarımız bir kez daha keşişti. Tez çalışmalarına başlamam Sayın Hocamın “*Kat Mülkiyeti Hukuku*” alanında temel eser niteliği taşıyan, ufku mu açan ve bana yol gösteren “*Kat Mülkiyetinde Yönetim*” konulu çalışması ile olmuştur. Arpacı Hocam, doktora tez çalışmalarım esnasında benimle görüşme inceliğini göstererek, sorularımı büyük bir nezaketle yanıtlamış, ilerlememi sağlamıştır.

Sayın Hocam ilgisini ve desteğini doktora tez çalışmamı tamamladıktan sonra da sürdürmüştür. Kat Mülkiyeti alanında eserler vermeye çalışan genç bir meslektaş olarak bana her zaman destek olmuştur. Kıymetli Hocam ile birlikte aynı konferanslarda yer alabilme, kat mülkiyeti hukuku üzerine sohbet edebilme fırsatını yakalamış olmam benim için büyük bir mutluluktur. Arpacı Hocamı daha yakinen tanımam ise yine birlikte katıldığımız bir konferans sayesinde. Şehir dışında olması sebebi ile ailelerimiz ile birlikte katıldığımız konferans süresince Hocamın insani yönünün de en az akademik yönü kadar kuvvetli olduğuna bir kez daha tanıklık ettim. Oğlum Ahmet'in ateşlenip hastalanması üzerine, kıymetli Hocamın ve saygıdeğer eşi Meral Arpacı'nın oğlum ile olan yakın ilgisini, bir aile ferdi gibi bizlere olan şefkatli yaklaşımını hiçbir zaman unutmayacağım. Sayın Hocamın nezaketi, samimi ve babacan yaklaşımı, akademik olgunluğu ve engin hukuk bilgisine rağmen bizlere gösterdiği alçak gönüllüğü ise Hocamıza olan sevgi ve saygımızı her daim arttırmıştır.

Medeni Hukukun her dalında yaptığı çalışmalar ile Hukuk Literatürüne ve bizlere olan kıymetli katkısından ötürü Sayın Hocama teşekkürlerimi sunar; ailesi ile uzun ömürler diler, daha nice eserler verebilmesini temenni ederim. Kendisini tanıma şansına eriştiğim için yaşadığım mutluluğu bir kez daha bu vesile ile ifade eder, en derin saygılarımı sunarım...

**Doç. Dr. Seda Öktem Çevik,
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı**

PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI HOCAM İÇİN,

Sayın Hocam Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı ile, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda yüksek lisans yaparken tanıştım. Bu esnada asistan olarak çalışmaya başladığım ilk kürsü, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku kürsüsü olsa da, Arpacı Hocam ile ders aralarında Hukuk Fakültesi 6. kat koridorunda sık sık karşılaştık. Hocayı tanımadan önce kendisine duyduğum saygıdan ötürü, kendisinden biraz çekiniyor ve yanına pek gidemiyordum. Ancak her zaman herkese karşı güler yüzlü olan ve iyilikle yaklaşan Hocam, karşılaştığımızda benim de halimi hatırlıyordu ve kendisiyle kısa sohbetler ederdik. Bir süre sonra, Arpacı Hocamın derslerini arka sıralardan takip etmeye başladım. Hocamı dinledikçe, zaten çok sevdiğim Medeni Hukuk derslerine ait konulara farklı perspektiflerden bakmayı öğreniyordum. Doktora eğitimi için adaylara yapılan doktora bilim sınavından sonra, Arpacı Hocam beni yanına çağırmişti. Biraz çekinerek yanına gittiğimde, Hocam bana elindeki sınav kağıtlarını göstererek babacan bir tavırla, "lisans eğitiminde benden ders almamana rağmen, 12'den vurmuşsun Tuğçe!" dedi ve samimiyetle gülümsedi. O an, sanki dünyalar benim olmuştu. Daha sonra, kendisinden sınavda en yüksek notu aldığımı ve o sıralar Medeni Hukuk kürsüsünde de Arpacı Hocamın bir asistan almak istediğini öğrenmiştim. Esasen başından beri Medeni Hukuk kürsüsünde çalışmak istiyordum ve hali hazırda kürsüsünde çalıştığım sayın Prof. Dr. Ali Cem Budak Hocam da, kendisi ile devamlı Medeni Hukuk konularını konuşmak istememden anlamış olacak ki, bu ısrarlı isteğimi hoşgörü ile karşılamıştı. İdari süreç ve işlemler bittikten sonra, artık Arpacı Hocamın asistanı olmuştum ve o andan itibaren de 7 sene boyunca tüm derslerde, pratik çalışmalarda, sınavlarda, iştirak edebildiğim tüm akademik çalışma ve etkinliklerde Arpacı Hocam'ın yanında yer aldım. Doktora mezuniyetimden sonra, bir sene kadar kısa bir süre uzak kalsak da, şu an yine Arpacı Hocam'ın kürsüsünde dersler veriyor, Hocamın başkanlık ettiği oturumlarda tebliğ sunuyor, O'nun izinden ve ekolünden akademik hayatıma devam ediyorum. Elbette bu noktaya gelmek, sadece kişinin kendi çabası ile değil, elinden tutan büyüklerinin desteği ile mümkündür. Doktora eğitimim boyunca, Arpacı Hocam'dan dinlediğim tüm derslerin ve Hocamın gözetiminde yürüttüğüm pratik çalışmaların, akademik hayata hazırlanmama katkısı yadsınamaz. Hocamın hem doktora yeterlilik sınavımdan hem de doktora tez savunmamdan sonra bana söylediği övgü ve gurur dolu sözleri ile gülen gözlerini ise, hiç unutmuyorum. Tez savunması sonrasında bana "el veren" ve cübbemi giydiren de Arpacı Hocam olduğu için, kendimi çok şanslı hissediyorum. Hocamdan duyduğum ve unutmayacağım sözler ise, sadece bunlardan ibaret değildir elbette. Çünkü, koridorda ya da asansörde kendisiyle beş dakika bile sohbet etseniz, olaylara değişik bir bakış açısı kazanabilirsiniz. Örneğin, ben Arpacı Hocam ile tanışmadan önce, "*kendi düşen ağlamaz*" sözünün bir hukuk kuralı olarak da kabul edilebileceğini biliyordum. Ya da "*tencere dibin kara seninki benden kara*" deyimini duyduğumda, artık aklıma sadece kara tencereler gelmiyor. Ne mutlu ki, yolum Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne düşmüş ve Arpacı Hocam'ın yanında yetişmişim. Esasen Arpacı Hocam, sadece muazzam bilgisi ve akademik duruşuyla

değil, çok iyi kalpli bir insan olmasıyla da bizlere hep örnek olmuştur ve olmaya da devam etmektedir. Hocam, öğrencilerinden ve bizlerden gelen soruları ya da sorunları hiçbir zaman geri çevirmediği gibi, herkese nezaketle yardımcı olmaktadır. Çok yoğun ve yorgun olduğunda bile, insanlara karşı sabırlı, anlayışlı, düşünceli, fedakâr ve hakkaniyetli davranmaktadır. Şunu da eklemek gerekir ki, Hocam, dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirilebilecek davranışlardan hiç hoşlanmamaktadır. Kıymetli Hocama, hoşlanmadığı şeylerin uzağında; sevdiği şeylerin ise yakınında olacağı, çok sağlıklı ve uzun bir ömür diliyor, daha nice yıllar aynı akademik çatı altında kendisiyle beraber çalışmayı ümit ediyorum. Hocam için hazırladığımız bu Armağan'ın Yayın Kurulu'nda yer almaktan da onur ve mutluluk duyduğumu ifade ederek, kendisine en içten saygılarımı sunuyorum.

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI HOCAM'A

Sayın Hocam hatırlamaz belki ama “*Akademide asıl önemli olan öncelikle iyi insan olmaktır Tuğçe*” cümlesi ile başladı Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı Hocam ve akademisyenlik ile yolculuğumuz. Hayranlık duyduğum hocam ile bir gün aynı kürsüde, onun asistanı olarak çalışma şerefini haiz olmak benim için bu dünyada yaşayabileceğim gururların hep başında yer aldı. Öğrencisi olduktan sonra asistanı olmak, genç bir araştırma görevlisi olarak hoca ile çalışmak paha biçilemez bir duygudur benim için. Akademik teamülleri, kürsü geleneklerini, hukuk mantığını ve vicdanını, dolayısıyla en son raddede “*iyi insan, iyi hukukçu*” olmayı hocamın yanında pekiştirmişimdir. Öğrenciliğimin hemen hemen her senesinde hocamdan ders aldım. Asistanı olarak devam ettiğim yıllarda da derslerine devam etme, derslerini kaçırmama gayretim hep devam etti. Zira hocanın her bir dersinde kendime hep yeni bir şeyler kattım.

Hocamız, bizlerin yetişmesi hususunda oldukça titiz, dikkatli, özverili ve örnek olmuştur. Yılmadan, yorulmadan birçok dersi kendisi vermek istemiştir. Bunun yanında asistanları olan bizlerin yetişmesi için de tüm özverisini göstermiştir. Her zaman derse hazır gelmemiz gerektiği hususunu daha asistanlığımızın ilk günlerinde dahi bize aşlamış, zihnimizdeki ışığın yanmasına sebep olmuştur. Bu ışıkla birlikte değerli hocamızın her dersine, önceki konuları tekrar, sonraki konuları çalışma şeklinde hazırlanmış ve hocamızın büyük bir kibarlık ve özveri ile bizi yetiştirmeye çalışmasına şahit olmuşumdur. Zira hocamız ne zaman, kime, hangi soruyu soracak bilemezsiniz...

Tez babam olan hocamın tezim konusunda gösterdiği özveri ve destek de unutulmaz niteliktedir. Tez savunmam bitiminde sırtımı sıvazlayıp el vermesi ise yaşadığım en büyük gururlarımdandır. Arpacı hocam benim sadece tez babam değil, ikinci babamdır ve uzakta da olsak, şu an birlikte çalışmıyor olsak dahi sevgisi, özlemi hep bakidir.

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı hocama sağlıklı, huzurlu, mutlu geçireceği uzun yıllar dileklerle, saygılarımla...

Dr. Öğretim Üyesi Tuğçe Tuzcuoğlu

**Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi**

PROF. DR. ABDÜLKADIR ARPACI HOCAMIZA;

Akademik hayatımın erken dönemlerini, hocam, sayın Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı'nın asistanlığında geçirebiliyor olduğum için ne kadar şanslı olduğumu ifade etmek isterim. Hocamızın en karmaşık meseleleri nasıl yalınlaştırabildiğine, basit görünenleri nasıl derinleştirerek anlamlı kıldığına sıklıkla hayranlık duyuyorum. Kendisinin incelikli bakış açısına, keskin zekâsına ve sağlam mantığına yakından şahit olmanın büyük bir ayrıcalık olduğuna inanıyorum. Nitekim hoca ile yolu kesişen herkesin, az veya çok, hukuka ve hayata dair farklı bakış açıları kazandıklarına çokça şahit oluyorum. Kendisine kürsüsünde yer almak istediğimi söylediğim günden bu yana, gerek akademik gerekse bireysel olarak çok geliştirdim. Bu gelişimde, değerli zamanını ve ilgisini her zaman cömertçe paylaşan hocamın etkisi en büyüktür. Hocamıza saygımızı, sevgimizi, vefa duygumuzu ifade etmemize vesile olan bu Armağan'ın hazırlanması görevini üstlenen kurulun içerisinde yer alıyor olmaktan onur duyuyor ve değerli hocamıza yolumuzda ışık olmaya devam edeceği nice sağlıklı seneler diliyorum.

Arş. Gör. Elif Ceren Türkoğlu

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

PROF. DR. ABDÜLKADIR ARPACI HOCAMIZA;

Hocamız, bizlere hem akademik hem insani yönü ile örnek olmuştur. Öncelikle, Hocamızın yoğun ders saatlerine rağmen hem öğrencilerin hem de asistanları olarak bizlerin sorularını ilgiyle dinlemesi, tüm bu soruları titizlikle düşünerek çözümler getirmesi ve bizlere bilimde sınırların olmadığını göstermesi her zaman hatırlayacağım özelliğidir. Hocamızın bu yaklaşımı, beni bilimsel çalışmalarımda hem cesaretlendirmiş hem de farklı bir bakış açısı kazanmamı sağlamıştır.

Hocamızın akademik yönü kadar, insani yönünün de zengin olduğunu belirtmeliyim. Gerçekten, Hocamızın şefkatli yaklaşımları, hoşgörüsü, adaleti, doğru bildiğini söylemesi, bende her zaman saygı uyandırmıştır. Yine, hocamızın ders aralarında bizlere kimi zaman yaşanmış hikayeleri, kimi zaman kendi asistanlık anılarını anlatarak tecrübelerini aktarması, bizlere ne kadar değer verdiğini göstermektedir. Asistanı olarak, Hocamın yol göstericiliğinde yetiştiğim için ne kadar şanslı biri olduğumu belirtmek ve hocama bu zamana kadar bana kattığı ve katacağı her şey için teşekkür etmek isterim.

Hocama sevdikleriyle birlikte huzurlu ve sağlıklı bir ömür dilerim.

Arş. Gör. Aşlı Çavuşoğlu

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ÇOK DEĞERLİ PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI İÇİN;

Sayın hocamız ile tanışma fırsatını lisans eğitimim sürecinde kendisinden ders almak suretiyle yakaladım. Hukuki problemlere bakış açısı beni derinden etkiledi. Hukuk kurallarının yalnızca yazılanlardan ibaret olmadığını, gerçek bir hukukçu olabilmek için muhakeme yeteneğinin ne denli önemli olduğunu kendisinden öğrendim. Ne kadar şanslıyım ki 2018 yılında değerli hocamızın asistanı olma imkanına sahip oldum. Ben de o tarihten itibaren, hayatın bana verdiği bu şans en iyi şekilde değerlendirmeye çalıştım. Tüm bu süreçte Sayın Hocam, bana ve diğer çalışma arkadaşlarıma son derece hoşgörülü davrandı. Öyle ki, kendisinden edindiğimiz çok değerli akademik bilgilere ek olarak, hakiki saygının minnet ve sevgi kaynaklı olduğunun farkına vardık. Kendisi ve çok değerli eşi Meral Hanım zor günlerimizde bizlere daima destek olabileceğini içtenlikle hissettirdi. Hocamız adına yayımlanan Armağan vesilesiyle kendisine duyduğumuz saygı ve sevgimizi bir nebze de olsa ifade etme fırsatı bulduğum için içinde bulunduğum Armağan Kuruluna da teşekkür eder, Sayın Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı Hocamıza saygılarımı sunarım.

Arş. Gör. Defne Deniz

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

DEĞERLİ HOCAM SAYIN PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI,

Değerli Hocamı tanıyabilme fırsatını Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğrenciyken buldum. Hocamın ders anlatımına, bizlere yönelmiş olduğu hukukî sorulara ve her birimizi adeta “gerçek anlamda düşünen” bir hukukçu olarak yetiştirme çabasına hayranlık duymuş ve hocamın derslerinin olduğu günü heyecanla beklemeye başlamıştım. Çünkü bize çok değer verip, her daim “bir hukukçu çok zor yetişir” ifadesini kullanıp, her birimize “mükemmel hukukçular” olmamız için emek veriyordu. “Muhakeme yeteneğimizi” geliştirmemizi, okuduğumuz ilmî kitaplarda yer alan ifadeleri “sorgulayarak ve eleştirel bakış açısıyla” okumamızı istiyordu. Hocamın derslerde “okuduğunuza inanmayın; önce eleştirin sonra inanın; ben asistanlığımda bir kanun maddesini bir yıl tartıştığımı hatırlıyorum” dediği dün gibi kulaklarımdadır. Saygıdeğer hocam bize hukukçu olmayı öğrettiği gibi, nasıl bir insan olunması gerektiğini de öğretti. “İnsanlara iyilik yapın, dürüst olun, adil olun, hakkaniyetli olun” kısaca “önce insan sonra hukukçu olun” sözleriyle bizi en yüce ve kutsal değerler doğrultusunda yetiştirdi. Henüz bir hayranı olan ve hiçbir dersini kaçırmayan bir öğrencisiyken, tüm eserlerini büyük bir hevesle okurken, bir gün “ Arpacı hocamın asistanı olabilsem ne güzel olurdu” şeklinde bir hayal kurmuştum. Kim bilebilirdi ki bu dileğimin gerçek olacağını... Sonunda hocamın hem öğrencisi hem de asistanı olabilmıştım. Hocadan sadece hukuk değil o kadar çok şey öğrendim ki... Hocamın öğrencisine, bilime verdiği değeri gördüm. Hatta bir keresinde Hocamın bu konudaki hassasiyetinin, sağlığının önüne geçtiğine şahit oldum. Sabah saat dokuzdan, öğleden sonra saat üçe kadar dersi olduğu rutin bir salı gününde önemli bir sağlık sorunu olmuş, hoca bu sorundan ötürü yaşamış olduğu ağrıyı saklayarak derslerin tümünü o ağrıyla tamamlamıştı. Bu olay, Hocamın mesleğine ve öğrencilerine karşı ne kadar fedakâr olduğunu göstermeye yetecektir.

Çok değerli Hocam için yayımlanmış olan armağan kitabında, kendisiyle ilgili bir anı yazısı yazabilmek benim için en büyük armağan oldu. Yazımı çok değerli Hocama, üzerimdeki emeklerini hiçbir zaman ödeyemeyeceğimi belirterek ve tüm bu emekler için en içten minnettarlığımı sunarak sonlandırmak istiyorum. Hocamın üzerimde o kadar fazla emeği var ki, bu hususta Hocama, bana ilk günden beri hem bir baba hem bir hoca olarak sunmuş olduğu destek ve duymuş olduğu güven için en içten şükran ve en derin saygılarımı sunarım.

Öğrenciniz, asistanınız Eda Erdem

ARPACI: ADİL BİR HUKUKÇU

Arpacı İstanbul Hukuk Fakültesi'nde benim hocam oldu; ama ben öğrencilik yıllarımı anlatmayacağım. Mezun olduktan yıllar sonra, daha doğrusu mezun olduktan yaklaşık 20 yıl sonra, Arpacı Hoca ile birlikte bir tahkim yürüttük. Ben taraflardan birinin seçtiği hakemdim. Diğer taraf da çok değerli bir genç akademisyeni hakem olarak seçmişti. Başhakemin kim olacağı konusunda anlaşılmadı. Mahkeme Arpacı Hocayı başhakem olarak atadı. O güne kadar Arpacı'yı tabii ki tanıyordum, ama yeterince yakından değil. Hakemlik ilginçtir, adeta bir "turnusol kağıdı" gibidir. Birlikte hakemlik yaptığımız kişinin insani niteliklerini, hukukçuluk kalitesini, yaklaşımını, adalet duygusunu görürsünüz. Baskıya ve beklentilere maruz kalsa bile kendi niteliklerinden ödün verip vermediğini de görürsünüz. Bu örnekleri defalarca yaşadım.

Bazı hakemler, kendilerini seçen taraftan bağımsız olarak hukuki analiz yapmayı başarırlar. Bazı hakemler ise, kendilerini seçen tarafa adeta "borçlu" hissederler kendilerini; nedense. Oysa hakem hakemdir, avukat da avukat. Bazı hakemler, kendilerini seçen tarafın "bir tür avukatı" zannederler kendilerini. Hayatı boyunca oybirliği ile tek bir hakem kararı alamayanlar var ülkemizde. Taraf vekilleriyle tahkim sürecinde yüzlerce "ex parte" telefon görüşmesi yapan hakemler de var, ne yazık ki. Azınlıkta kalıp, hakem kararına muhalefet şerhini taraf vekiline yazdıranlar bile var. Okuyanlara inanılmaz gelebilir; fakat ne yazık ki bunlar gerçek deneyimlere dayanıyor. Değerli bir meslektaşım şöyle demişti: "Ben tahkimin sağlıklı yürütülebildiğine inanmıyorum!" Sebebini sordum; verdiği cevap beni hayrete düşürdü. Eğer tahkimi manipüle etmek istiyorsanız ve edememişseniz; beğenmemenizin sebebi de manipüle edememiş olmanızsa, söyleyecek fazla bir şey kalmıyor. Tüm bunlara rağmen, inanıyorum ki, ülkemizde tahkim uygulaması Arpacı gibi adil, dürüst ve çalışkan uygulamacılarla gelişerek devam edecektir.

İşte böyle hatalı uygulamaların da var olduğu bir ortamda daha yakından tanıdım Arpacı'yı. Başhakem olarak mahkeme tarafından atanmıştı. Oldukça büyük bir ihtilafı. Arpacı'nın dosya içeriğinin her satırını okuduğuna tanık oldum; önyargısız bir yaklaşıma sahip olduğuna tanık oldum; adalete ve hukuka uygun karar verme iradesine sıkı sıkıya bağlılığına tanık oldum. Hem tarafları, hem vekillerini, hem de diğer hakemleri saygıyla, ilgiyle dinlediğine tanık oldum. Karar da oybirliği ile verildi. Daha önceki yıllarda Arpacı'nın bilimsel fikirlerine zaten saygı duyuyordum. Fakat birlikte görev yaptığımız tahkim sayesinde Arpacı'nın insani niteliklerine, adalet duygusuna, başkalarına gösterdiği saygıya, saygı duydum.

İyi hukukçu olabilirsiniz belki, ama "iyi insan" olmak, çok kitap okumakla başarılamıyor. Sadece hukukçu olarak değil, "iyi insan" olarak da Arpacı Hoca saygıyı ve vefayı hak ediyor.

Av. İsmail Esin

PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI HOCAMA

Kıymetli hocam Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı ile 3. sınıfa başladığım yıl olan 2012 yılında tanışma şansını yakaladım. Kendisinden aldığım Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Eşya Hukuku ve Özel Hukuk Uygulamaları derslerinden kazandığımı hissettiğim en önemli yetenek, hukuku bir bütün olarak görebilmek ve farklı alanlar arasında bağlantılar -hocamızın deyimiyle “köprüler”- kurabilmek oldu. Arpacı hocanın en girift meseleleri öğrencilerinin kolayca kavrayabileceği yalınlıkta ve bazen de esprili bir dille anlatması, öğrencileriyle ufuk açıcı hukuki tartışmalar yapması, öğretide bazen tek başına savunduğu görüşleri ile sorunlara özgün çözüm önerileri sunması ve son derece merhametli, adil, alçak gönüllü ve güler yüzlü olması, kendisini unutulmaz kılan ve naçizane benim de örnek aldığım özelliklerindedir.

Lisans döneminde tek bir dersini kaçırmadığım hocamı yakından dinleyebilmek için ders günlerinde oldukça erken kalktığım ve amfinin en ön sırasından yer tuttuğum dönem arkadaşlarım tarafından da bilinir. Hatta normal şartlar altında her derste tatlı bir yer tutma mücadelesi verdiğim arkadaşlarımdan biri, hasta olduğum için uyanamadığım bir gün yer tutamadığımı görüp -kendisini o günün galibi ilan ettikten sonra elbette- ön sırayı sadece Arpacı hoca söz konusu olduğu için bana bırakmıştı. Dönem arkadaşarımla olan buluşmalarımızda, hocamın derslerine gösterdiğim ilginin konusu her açıldığında bu gibi küçük hikayeler hala anlatılır. Bugün de aynı ilgi ile dersleri takip ediyorum. Benim gibi birçok mezun öğrencinin de hocamızı saygıyla hatırladığını ve sık sık fakülteye ziyaretine geldiğini yakından biliyorum.

Lisans döneminden bugüne, dikkatimi çeken her detayda Arpacı hocama olan saygım ve sevgim katlanarak artmaya devam ediyor. Bu Armağan çalışması vesilesiyle, iyi bir hukukçu olarak yetişmemizde büyük emekleri olan Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı hocama teşekkür ediyor ve saygılarımı sunuyorum.

Sinem Özyiğit

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2014 Mezunu

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: XVIII, Sayı:2, Yıl: 2021

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

- BEŞ YILDAN UZUN SÜRELİ KİRA SÖZLEŞMELERİNDE
TBK M.344/3'ÜN UYGULANMASI SORUNUYLA İLGİLİ BİR
YARGITAY KARARI İNCELEMESİ**
Prof. Dr. Faruk ACAR..... 445
e-posta: faruk.acar@marmara.edu.tr
- ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE ALICININ
SÖZLEŞMEDEN KEYFÎ DÖNME HAKKI**
Prof. Dr. Serkan AYAN..... 467
e-posta: serkan.ayan@deu.edu.tr
- İSTİHKAK DAVASI**
Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA 499
e-posta: gantalya@marmara.edu.tr
- ANONİM VE LİMİTED ŞİRKETLERE KONULACAK AYNİ SERMAYE
UNSURLARI ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAK BULUNMAMASI
ŞARTINA İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER**
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR 515
e-posta: mehmet.bahtiyar@yeditepe.edu.tr
- YAPAY ZEKA KARŞISINDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI
VE REVİZYON İHTİYACI**
Prof. Dr. Erdem BÜYÜKSAĞIŞ..... 529
e-posta: erdem.buyuksagis@yeditepe.edu.tr
- ERGİNLERİN EVLAT EDİNİLMESİNDE ÖNCEKİ EVLATLIĞIN
RIZASI**
Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN 543
e-posta: enginbi@istanbul.edu.tr
- ALMAN, AVUSTURYA VE İSVİÇRE MEDENİ KANUNLARINDA
YAPILAN REVİZYONLAR VE BOŞANMADAN SONRA BİRLİKTE
VELAYETİN KURAL HALİNE GELMESİ**
Prof. Dr. Fulya ERLÜLE 555
e-posta: ferlule@marmara.edu.tr

**MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASI HAKKINDA
DÜŞÜNCELER**

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ 577
e-posta: hhatemi@ticaret.edu.tr

**ANLAŞMALI BOŞANMA PROTOKOLÜNDEN
DÖNÜLEBİLİR Mİ?**

Prof. Dr. Haluk Nami NOMER 583
e-posta: hnomer@istanbul.edu.tr

BEN, SEN VE TITIUS

Prof. Dr. Turgut ÖZ 593
e-posta: t.oz@iku.edu.tr

**KAT MÜLKİYETİ OLUŞUMUNDA MOTORLU TAŞIT EDİNİMİ
ENGELLERİNE DAYALI ELEŞTİRİLER**

Prof. Dr. Etem Sabâ ÖZMEN
Arş. Gör. Zeynep YILMAZ 613
e-posta: sabaozmen@sabaozmen.av.tr, zeynepyilmaz@maltepe.edu.tr

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ KİMİ KORUYOR?

Prof. Dr. Diler TAMER 635
e-posta: diler.tamer@yeditepe.edu.tr

KOOPERATİFLERİN GENEL İLKELERİ VE KURULUŞU

Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU 645
e-posta: mt@mustafatopaloglu.av.tr

YETERSİZ GELİRLERİN SOSYAL YARDIMLA TAMAMLANMASI

Prof. Dr. Hasan Fehim ÜÇİŞİK 667
e-posta: hasanfehim.ucisik@yeniuyuzil.edu.tr

**MİRASIN TEMSİLCİ ARACILIĞIYLA REDDEDİLMESİ HALİNDE
ÖZEL YETKİNİN GEREKLİ OLUP OLMADIĞI HUSUSUNUN
ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER VE YARGITAY KARARLARI
IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ
Doç. Dr. Osman AÇIKGÖZ 677
e-posta: cyavuz@medipol.edu.tr, oacikgoz@29mayis.edu.tr

**UYGULAMADA AMACINA ULAŞAMAYAN BELİRSİZ ALACAK
DAVASINA İLİŞKİN HÜKÜM YÜRÜRLÜKTEN
KALDIRILMALIDIR**

Prof. Dr. Ejder YILMAZ 695
e-posta: ejderyilmaz@bilkent.edu.tr

**BORCA BATIK OLMAYAN BİR SERMAYE ŞİRKETİNİN
KONKORDATO TALEBİNİN BAŞARIYA ULAŞMAYACAĞI
KESİN MÜHLET İÇİNDE ANLAŞILDIĞINDA MAHKEME RE'SEN
VE BAŞKA BİR İNCELEME YAPMAKSIZIN İFLASA KARAR
VERMELİ MİDİR?**

Doç. Dr. Levent BİÇER

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Fethi ŞUA 727

e-posta: levent.bicer@kocaeli.edu.tr, mfsua@yeditepe.edu.tr

**AVRUPA BİRLİĞİ POLİTİKALARI ÇERÇEVESİNDE
YENİLENEBİLİR ENERJİ VE TÜRKİYE**

Arş. Gör. Deren FIRAT

Yilsev HOCA

Doç. Dr. Kutluhan BOZKURT 743

e-posta: kutluhan.bozkurt@yeditepe.edu.tr, dfirat@ciu.edu.tr ,
yilsev_hoca@hotmail.com

**KONUT YAPI KOOPERATİFLERİNİN BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN
ZİLYETLİĞİNİ VE MÜLKİYETİNİ DEVRETME BORCUNUN
İHLALİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİNDE
EŞİTLİK İLKESİNİN İŞLEVLERİNE İLİŞKİN YARGITAY
KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Doç. Dr. Arzu Genç ARIDEMİR 765

e-posta: arzugenc@istanbul.edu.tr

**ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ANAYASA
MAHKEMESİ VE YARGITAY KARARLARIYLA YARATILAN
“AVANS TAPU” KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN 781

e-posta: zafer.kahraman@law.bau.edu.tr

**TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMELERİNDE ÖNCELİK
İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU**

Doç. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK 799

e-posta: yucer@baskent.edu.tr

**İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK
TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ İÇERİĞİNİN
İNCELENMESİ**

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE AKMAN

Dr. Öğr. Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN 813

e-posta: nurten.ince@marmara.edu.tr, bahar.ocalapaydin@ogu.edu.tr

**NÜFUS KAYDININ DÜZELTİLMESİ DAVASI MI, SOYBAĞININ
KURULMASINA İTİRAZ DAVASI MI?**

Dr. Öğr. Üyesi Cihan AVCI BRAUN 843

e-posta: cihan.avci@yeditepe.edu.tr

KAT MÜLKİYETİNDE ORTAK GİDERLERİN PAYLAŞILMASI SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet AYAR 861
e-posta: ahmet.ayar@khas.edu.tr

EVLİLİĞİN YOKLUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Mert DOĞU 875
e-posta: mert.dogu@karatay.edu.tr

İPOTEĞİN PARAYA ÇEVİRİLMESİNE İLİŞKİN TAKİPTE İCRA MÜDÜRÜNÜN YAPMASI GEREKEN İŞLEMLER VE ALMASI GEREKEN TEDBİRLER

Dr. Öğr. Üyesi Orhan EROĞLU..... 891
e-posta: oeroglu@dogus.edu.tr

YENİDEN KİRALAMA YASAĞINA AYKIRILIK NEDENİYLE TAZMİNAT VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim GÜL 931
e-posta: ibrahim.gul@hku.edu.tr

BİR TOPLULUK DAVASI ÖRNEĞİ OLARAK TTK M. 56/3

Dr. Öğr. Üyesi Hakan HASIRCI
Dr. Öğr. Üyesi Ufuk TEKİN 953
e-posta: hakanhasirci@hotmail.com, utekin@outlook.com.tr

ŞERHEDİLMİŞ TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİNİN VAAT BORÇLUSUNUN CÜZ'İ HALEF VE ALACAKLILARI İLE TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ DİĞER TAKYİDATLARA ETKİSİ

Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ..... 967
e-posta: aciyilikli@hotmail.com

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA ÜRETİCİNİN SINIRLI AYIP SORUMLULUĞU VE ZORUNLU GARANTİ SORUMLULUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Erhan KANIŞLI 1003
e-posta: erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU KAPSAMINDA GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK TAZMİNATI

Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım KESER..... 1037
e-posta: yildirim.keser@yeniyuzyl.edu.tr

ANONİM ŞİRKET OLAĞAN GENEL KURUL TOPLANTISININ ZAMANINDA YAPILMAMASININ DOĞURDUĞU HUKUKİ SORUNLAR

Dr. Öğr. Üyesi Sami KOCABİYİK..... 1055
e-posta: sami.kocabiyik@ozyegin.edu.tr

EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI SEBEBİNE DAYALI BOŞANMA ÜZERİNE BİR İNCELEME	
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe TEKBEN	1077
e-posta: tugce.tekben@yeditepe.edu.tr	
KAT MÜLKİYETİ KANUNU'NUN 34. MADDESİNE GÖRE YÖNETİCİNİN ATANMASI	
Dr. Şeyda DURSUN KARAAHMETOĞLU	1905
e-posta: seyda.dursun@yaloiva.edu.tr	
FİİLİ TAKSİM HÂLİNİN YASAL ÖNALIM HAKKINA ETKİSİ	
Arş. Gör. Ömer Faruk ÇELİK	1131
e-posta: ofcelik@fsm.edu.tr	
ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU BAKIMINDAN NEDENSELLİK BAĞI UNSURU	
Arş. Gör. Defne DENİZ	1155
e-posta: defne.deniz@yeditepe.edu.tr	
ALDATICI REKLAMLARA KARŞI 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA AYIP HÜKÜMLERİNE BAŞVURULMASI	
Arş. Gör. Esra GÜLTEKİN	1177
e-posta: egultekin@fsm.edu.tr	
TAŞINIR MÜLKİYETİNİN TERK YOLUYLA KAYBI	
Arş. Gör. Serra KOCAR	1199
e-posta: skocar@pau.edu.tr	
BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN KULLANIM BİÇİMİNE GETİRİLEN YASAKLAR	
Arş. Gör. Büşra TİRYAKİ	1215
e-posta: busra.tiryaki@yeditepe.edu.tr	
ÇEKTEKİN DOĞAN BORCUN GÖTÜRÜLECEK BORÇTAN ARANILACAK BORCA DÖNÜŞMESİ SORUNU	
Arş. Gör. Mehmet Emin YIKAR	1247
e-posta: memin@marmara.edu.tr	
KARŞILIKLI EDİMLİ SÖZLEŞMELERDE ALACAKLI TEMERRÜDÜ NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNEN BORÇLUNUN OLUMLU ZARARININ TAZMİNİ SORUNUNA İLİŞKİN BİR İNCELEME	
Arş. Gör. Gizem ZURNACI	1265
e-posta: gizemzurnaci@trabzon.edu.tr	
KAMBİYO SENETLERİNDE AVAL	
Av. Esra CİVELEK ACAR	1301
e-posta: av.esracivelekacar@gmail.com	

KARİNELERİN VE VARSAYIMLARIN ANAYASAL HAKLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	
Av. Eda ERDEM	1341
e-posta: edaerdem777@hotmail.com	
KANUNDAN DOĞAN ÖNALIM HAKKI İLE SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKI VE BU KAVRAMLARIN MUKAYESESİ	
Av. Onur GÜNERİ	1353
e-posta: onur.guneri@sistemhukuk.com	
ANONİM ORTAKLIĞIN HAKLI SEBEPLE FESHİ DAVASININ USÛL HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ	
Av. Rahmi Can ÖMÜR	1381
e-posta: canomur@gmail.com	
ECRİMİSİLİN HUKUKİ NİTELİĞİ	
Av. Alparslan ÖZALTUĞ, LL.M.	1407
e-posta: alparslan.ozaltug@gmail.com	
TÜRK BORÇLAR KANUNU MADDE 242’NİN UYGULANABİLİRLİĞİ	
Av. Nazım KARADAĞ	1423
e-posta: nazim.karadag@gmail.com	
KAMU HUKUKU	
IMMANUEL KANT VE AHLAKIN TEMEL İLKESİ	
Prof. Dr. Oktay UYGUN	1439
e-posta: oktay.uygun@yeditepe.edu.tr	
CUMHURBAŞKANI SEÇİLEMİYEN BELEDİYE BAŞKANININ GÖREVE DÖNME HAKKI	
Doç. Dr. Tefik Sönmez KÜÇÜK	1457
e-posta: tevfik.kucuk@yeditepe.edu.tr	
ANAYASA’NIN BAŞLANGIÇ KISMI HAKKINDA BİR ÇÖZÜMLEME	
Doç. Dr. Tolga ŞİRİN	1471
e-posta: tolga.sirin@marmara.edu.tr	
ULUSLARARASI BELGE VE RAPORLAR IŞIĞINDA YARGI MENSUPLARININ DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA HUKUKİ DİNLENİLME VE SAVUNMA HAKKI	
Dr. Bahattin ARAS	1499
e-posta: bahattinaras2018@gmail.com	
HUKUK FENOMENOLOJİSİ BAKIMINDAN APİRİORİ TEMELLER SORUNU (ADOLF REINACH’TA APİRİORİ KAVRAMI)	
Dr. Melike Belkis AYDIN	1525
e-posta: melikebelkisaydin@gmail.com	

- SALGIN HASTALIKLARIN TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ
HAKKINA ETKİSİ**
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Mert DUYGUN 1539
e-posta: mert.duygun@bakircay.edu.tr
- ELEKTRİK DAĞITIM FAALİYETİYLE İLGİLİ UYUŞMAZLIK
MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İDARİ DAVALARDA
HUSUMET KAVRAMINI YENİDEN DÜŞÜNMEK**
Dr. Öğr. Üyesi Onur KAPLAN 1559
e-posta: onur.kaplan@yasar.edu.tr
- TÜRK GÖÇ HUKUKUNU TWAIL ÜZERİNDEN
DEĞERLENDİRMEK: DÜNYA BEŞ'TEN NE KADAR BÜYÜK?**
Dr. Öğr. Üyesi Şahin Eray KIRDIM
Arş. Gör. Atahan DEMİRKOL 1577
e-posta: yekirdim@aku.edu.tr, ademirkol@aku.edu.tr
- CEZA MUHAKEMESİNDE SEGBİS (VİDEO KONFERANS
YÖNTEMİNİN) KULLANILMASI (DURUŞMALARDA SESLİ VE
GÖRÜNTÜLÜ BİLİŞİM SİSTEMİ/SEGBİS DÖNEMİ) VE COVID 19
(KORONAVİRÜS) PANDEMİSİ SÜRECİNDE
UYGULANABİLİRLİĞİ İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI
MAHKEMESİNİN (AİHM'İN) SEGBİS UYGULAMASINA İLİŞKİN
YAKLAŞIMI: ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE
MARCELLO/İTALYA İÇTİHAT KARARI İŞİĞİNDE BELİRLENEN
KRİTERLER**
Av. Dr. Öğr. Üyesi Ramadan SANIVAR 1615
e-posta: ramadan.sanivar@neu.edu.tr
- 'ÖZGÜR KADIN İLE KÖLE ERKEK' BİRLİKTELİĞİNE ROMA
HUKUKUNUN BAKIŞI: SENATUS CONSULTUM CLAUDIANUM**
Dr. Öğr. Üyesi B. Yiğit SAYIN 1667
e-posta: ysayin@ku.edu.tr
- ALKOLLÜ ARAÇ KULLANMA NEDENİYLE UYGULANAN İDARİ
VE CEZAI YAPTIRIMLAR**
Arş. Gör. Simge DEMİR BAYRAM 1711
e-posta: simge.demir@yasar.edu.tr
- ANAYASAL İKTİSADİ REJİM VE TEORİK TEMELLERİ**
Arş. Gör. Rabia Beyza İNAN 1747
e-posta: rbeyzacandan@gmail.com
- HUKUKUN GENEL BİR İLKESİ OLARAK TABİİ HAKİM İLKESİ**
Arş. Gör. Burak TAŞ 1763
e-posta: burak.tas@asbu.edu.tr

**POLİTİKA İLE CEZA HUKUKU ARASINDAKİ ARAFTA HUKUKA
UYGUNLUK: SORUMSUZLUK TEYİTLERİ ÜZERİNE BİR
İNCELEME**

Arş. Gör. Erdi YETKİN 1793
e-posta: erdiyetkinn@gmail.com

**ULUSLARARASI ENERJİ YATIRIMLARI BAKIMINDAN BİR
POLİTİK RİSK KAVRAMI OLARAK DOLAYLI KAMULAŞTIRMA**

Av. Selvi Duygu SÜMERTAŞ 1859
e-posta: dsumertas@buladi.av.tr

**MAHKÛMİYET BAĞLAMINDA OY HAKKININ
SINIRLANDIRILMASI VE GENEL OY İLKESİ**

Saba Şahika Tahmaz ÜZELTÜRK 1873
e-posta: saba.uzelturk@yeditepe.edu.tr

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Volume: XVIII, No:2, Year: 2021

CONTENTS

PRIVATE LAW

THE INSPECTION OF A DECISION OF COURT OF HIGH APPEALS REGARDING THE APPLICATION OF ARTICLE 344/III OF THE CODE OF OBLIGATIONS REGARDING LEASE CONTRACTS PERFORMED FOR A DURATION OVER FIVE YEARS	
Prof. Dr. Faruk ACAR.....	445
e-mail: faruk.acar@marmara.edu.tr	
BUYER'S ARBITRARY RIGHT OF RESCISSION ON PREPAID HOUSE SALES CONTRACTS	
Prof. Dr. Serkan AYAN	467
e-mail: serkan.ayan@deu.edu.tr	
REI VINDICATIO, ACTION FOR RESTITUTION OF PROPERTY	
Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA	499
e-mail: gantalya@marmara.edu.tr	
SOME ASSESSMENTS REGARDING THE CONDITION OF -NO LIMITED RIGHTS IN REM- ON CAPITAL IN KIND THAT IS TO BE BROUGHT TO JOINT STOCK AND LIMITED LIABILITY COMPANIES	
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR	515
e-mail: mehmet.bahtiyar@yeditepe.edu.tr	
DATA PROTECTION IN THE ERA OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE NEED FOR REVISION	
Prof. Dr. Erdem BÜYÜKSAGİŞ.....	529
e-mail: erdem.buyuksagis@yeditepe.edu.tr	
CONSENT OF THE PREVIOUSLY ADOPTED DESCENDANTS OF THE ADOPTING PERSON TO THE ADOPTION OF AN ADULT	
Prof. Dr. Baki İlkey ENGİN	543
e-mail: enginbi@istanbul.edu.tr	
AMENDMENTS IN GERMAN, AUSTRIAN AND SWISS CIVIL CODES AND JOINT CUSTODY'S BECOMING THE RULE AFTER DIVORCE	
Prof. Dr. Fulya ERLÜLE	555
e-mail: ferlule@marmara.edu.tr	

THOUGHTS ON ACTIONS FOR RECOVERY OF PROPERTY IN INHERITANCE PRACTICES	
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ	577
e-mail: hhatemi@ticaret.edu.tr	
CAN A DIVORCE SETTLEMENT AGREEMENT BE RESCINDED?	
Prof. Dr. Haluk Nami NOMER	583
e-mail: hnomer@istanbul.edu.tr	
ME, YOU AND TITIUS	
Prof. Dr. Turgut ÖZ	593
e-mail: t.oz@iku.edu.tr	
REVIEWS ABOUT THE ACQUISITION OF MOTOR VEHICLES BY CONDOMINIUM OWNERSHIP FORMATIONS	
Prof. Dr. Etem Sabâ ÖZMEN	
Res. Asst. Zeynep YILMAZ	613
e-mail: sabaozmen@sabaozmen.av.tr, zeynepyilmaz@maltepe.edu.tr	
WHAT DOES THE REGIME OF PARTICIPATION OF ACQUIRED PROPERTIES PROTECT?	
Prof. Dr. Diler TAMER	635
e-mail: diler.tamer@yeditepe.edu.tr	
GENERAL PRINCIPLES AND ESTABLISHMENT OF COOPERATIVES	
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	645
e-mail: mt@mustafatopaloglu.av.tr	
COMPLETION OF INCOMES WITH SOCIAL AID	
Prof. Dr. Hasan Fehim ÜÇİŞİK	667
e-mail: hasanfehim.ucisik@yeniuyuzil.edu.tr	
EVALUATION OF WHETHER SPECIAL AUTHORITY IS REQUIRED IF DISCLAIMER OF INHERITANCE IS EXERCISED THROUGH AUTHORIZED REPRESENTATION IN THE LIGHT OF THE DOCTRINAL THOUGHT AND THE DECISIONS OF THE SUPREME COURT	
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ	
Assoc. Prof. Dr. Osman AÇIKGÖZ	677
e-mail: cyavuz@medipol.edu.tr, oacikgoz@29mayis.edu.tr	
THE PROVISION ON INDEFINITE DEBT ACTION, WHICH FAILED ITS PURPOSE IN PRACTICE, SHOULD BE REPEALED	
Prof. Dr. Ejder YILMAZ	695
e-mail: ejderyilmaz@bilkent.edu.tr	

SHALL THE COURT, ON ITS OWN MOTION AND WITHOUT ANY FURTHER INVESTIGATION, DECIDE ON BANKRUPTCY OF A CORPORATION WHICH IS NOT OVER-INDEBTED IF IT EMERGES IN THE DEFINITE RESPITE THAT THE CONCORDAT WILL NOT SUCCEED?

Assoc. Prof. Dr. Levent BİÇER

Asst. Prof. Mehmet Fethi ŞUA 727

e-mail: levent.bicer@kocaeli.edu.tr, mfsua@yeditepe.edu.tr

RENEWABLE ENERGY WITHIN THE FRAMEWORK OF EUROPEAN UNION POLICIES, AND TURKEY

Res. Asst. Deren FIRAT

Yilsev HOCA

Assoc. Prof. Dr. Kutluhan BOZKURT 743

e-mail: kutluhan.bozkurt@yeditepe.edu.tr, dfirat@ciu.edu.tr ,
yilsev_hoca@hotmail.com

CONSIDERATIONS ON THE COURT OF CASSATION'S JURISPRUDENCE REGARDING THE FUNCTION OF THE PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT IN COOPERATIVE CONSTRUCTION SOCIETIES' LIABILITY FOR OBLIGATION TO TRANSFER OF OWNERSHIP AND OF POSSESSION OF CONDOMINIUM

Assoc. Prof. Dr. Arzu Genç ARIDEMİR..... 765

e-mail: arzugenc@istanbul.edu.tr

EVALUATION OF THE “LAND REGISTER AS ADVANCE PAYMENT” CONCEPT IN CONSTRUCTION AGREEMENT IN RETURN FOR LAND SHARE, CREATED BY TURKISH CONSTITUTIONAL COURT AND TURKISH COURT OF CASSATION JURISPRUDENCE

Assoc. Prof. Dr. Zafer KAHRAMAN 781

e-mail: zafer.kahraman@law.bau.edu.tr

APPLICABILITY PROBLEM OF THE PRIORITY PRINCIPLE TO THE PRELIMINARY CONTRACTS FOR REAL ESTATE SALE

Assoc. Prof. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK 799

e-mail: yucer@baskent.edu.tr

COMPARATIVE ANALYSIS OF CONTENT OF PREDIAL SERVITUDES WITH SWISS LAW AND GERMAN LAW

Asst. Prof. Nurten İNCE AKMAN

Asst. Prof. Bahar ÖCAL APAYDIN..... 813

e-mail: nurten.ince@marmara.edu.tr, bahar.ocalapaydin@ogu.edu.tr

SUIT FOR RECTIFICATION OF CIVIL REGISTRATION OR SUIT FOR CHALLENGING PATERNITY?	
Asst. Prof. Cihan AVCI BRAUN	843
e-mail: cihan.avci@yeditepe.edu.tr	
THE PROBLEM OF SHARING COMMON EXPENSES IN FLAT OWNERSHIP	
Asst. Prof. Ahmet AYAR	861
e-mail: ahmet.ayar@khas.edu.tr	
ABSENCE OF MARRIAGE	
Asst. Prof. Hakkı Mert DOĞU	875
e-mail: mert.dogu@karatay.edu.tr	
PROCEDURES AND MEASURES ATTRIBUTED TO THE BAILIFF IN FORECLOSURE PROCEEDINGS	
Asst. Prof. Orhan EROĞLU	891
e-mail: oeroglu@dogus.edu.tr	
DAMAGES FOR BREACH OF PROHIBITION OF RELETING AND ITS LEGAL NATURE	
Asst. Prof. İbrahim GÜL	931
e-mail: ibrahim.gul@hku.edu.tr	
TURKISH COMMERCIAL CODE ART. 56/3 AS A GROUP ACTION EXAMPLE	
Asst. Prof. Hakan HASIRCI	
Asst. Prof. Ufuk TEKİN	953
e-mail: hakanhasirci@hotmail.com, utekin@outlook.com.tr	
THE EFFECT OF ANNOUNCED IMMOVABLE SELLING PROMISE AGREEMENT ON PARTIAL SUCCESSOR AND RECEIVABLES AND OTHER RESTRAINT ON THE IMMOVABLE	
Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ	967
e-mail: aciyilikli@hotmail.com	
PRODUCER'S LIMITED DEFECT LIABILITY AND OBLIGATORY GUARANTEE UNDER THE CONSUMER PROTECTION LAW	
Asst. Prof. Erhan KANIŞLI	1003
e-mail: erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr	
TEMPORARY INCAPACITY COMPENSATION UNDER HIGHWAYS TRAFFIC LAW	
Asst. Prof. Yıldırım KESER	1037
e-mail: yildirim.keser@yeniuyuzil.edu.tr	

THE LEGAL PROBLEMS OF THE ORDINARY GENERAL MEETING IS NOT DONE ON THE TIME IN JOINT STOCK COMPANY	
Asst. Prof. Sami KOCABIYIK	1055
e-mail: sami.kocabiyik@ozyegin.edu.tr	
A STUDY BASED ON DIVORCEMENT DUE TO THE IRRETRIEVABLE BREAKDOWN OF THE MARITAL UNION	
Asst. Prof. Tuğçe TEK BEN	1077
e-mail: tugce.tekben@yeditepe.edu.tr	
THE APPOINTMENT OF ADMINISTRATOR ACCORDING TO THE ARTICLE 34 OF CONDOMINIUM OWNERSHIP ACT	
Dr. Şeyda DURSUN KARAAHMETOĞLU	1905
e-mail: seyda.dursun@yalova.edu.tr	
THE EFFECT OF DE FACTO DIVISION SITUATION ON THE LEGAL PRE-EMPTION RIGHT	
Res. Asst. Ömer Faruk ÇELİK	1131
e-mail: ofcelik@fsm.edu.tr	
CAUSATION LINK ELEMENT IN EMPLOYER'S VICARIOUS LIABILITY	
Res. Asst. Defne DENİZ	1155
e-mail: defne.deniz@yeditepe.edu.tr	
APPLICATION OF DEFECT PROVISIONS AGAINST MISLEADING ADVERTISEMENT WITHIN THE SCOPE OF NUMBERED 6502 THE LAW ON THE PROTECTION OF CONSUMER	
Res. Asst. Esra GÜLTEKİN	1177
e-mail: egultekin@fsm.edu.tr	
LOSS OF MOVABLE PROPERTY THROUGH ABANDONMENT	
Res. Asst. Serra KOCAR	1199
e-mail: skocar@pau.edu.tr	
PROHIBITIONS INTRODUCED FOR THE USAGE MANNER OF INDEPENDENT SECTIONS	
Res. Asst. Büşra TİRYAKİ	1215
e-mail: busra.tiryaki@yeditepe.edu.tr	
THE ISSUE OF TRANSFORMATION OF THE DEBT TO BE SOUGHT ARISING FROM THE CHECK INTO THE DEBT TO BE TAKEN	
Res. Asst. Mehmet Emin YIKAR	1247
e-mail: memin@marmara.edu.tr	
OULD DEBTOR COMPENSATE POSITIVE DAMAGES IN A SYNALLAGMATIC CONTRACT, WHICH IS RESCINDED AS A RESULT OF CREDITOR'S DELAY?	
Res. Asst. Gizem ZURNACI	1265
e-mail: gizemzurnaci@trabzon.edu.tr	

AVAL IN BILLS OF EXCHANGE	
Atty. Esra CİVELEK ACAR.....	1301
e-mail: av.esracivelekacar@gmail.com	
THE IMPACT OF CONJECTIOS AND PRESUMPTIONS ON THE CONSTITUTIONAL RIGHTS	
Atty. Eda ERDEM.....	1341
e-mail: edaerdem777@hotmail.com	
CONTRACTUAL PRE-EMTION RIGHT AND LEGAL PRE- EMPTION RIGHT WITH THEIR COMPARATIVE ANALYSIS	
Atty. Onur GÜNERİ	1353
e-mail: onur.guneri@sistemhukuk.com	
ANALYSIS OF LAWSUIT OF RIGHTFUL TERMINATION OF JOINT STOCK COMPANY REGARDING THE LAW OF PROCEDURE	
Atty. Rahmi Can ÖMÜR	1381
e-mail: canomur@gmail.com	
THE LEGAL NATURE OF MESNE PROFITS	
Atty. Alparslan ÖZALTUĞ, LL.M.....	1407
e-mail: alparslan.ozaltug@gmail.com	
PRACTICALITY OF ARTICLE 242 OF TURKISH CODE OF OBLIGATIONS	
Atty. Nazım KARADAĞ	1423
e-mail: nazim.karadag@gmail.com	
PUBLIC LAW	
IMMANUEL KANT AND THE FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF MORALITY	
Prof. Dr. Oktay UYGUN	1439
e-mail: oktay.uygun@yeditepe.edu.tr	
THE RIGHT TO RETURN TO THE DUTY OF MAYOR IN CASE OF LOSING THE PRESIDENTIAL ELECTION	
Assoc. Prof. Dr. Tevfik Sönmez KÜÇÜK	1457
e-mail: tevfik.kucuk@yeditepe.edu.tr	
AN ANALYSIS ABOUT THE PREAMBLE OF THE TURKISH CONSTITUTION	
Assoc. Prof. Dr. Tolga ŞİRİN	1471
e-mail: tolga.sirin@marmara.edu.tr	

THE RIGHT TO LEGAL HEARING AND DEFENSE OF JUDICIAL MEMBERS IN DISCIPLINARY INVESTIGATIONS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL DOCUMENTS AND REPORTS	
Dr. Bahattin ARAS	1499
e-mail: bahattinaras2018@gmail.com	
THE PROBLEM OF APRIORI FOUNDATIONS IN TERMS OF LEGAL PHENOMENOLOGY (THE CONCEPT OF APRIORI IN ADOLF REINACH)	
Dr. Melike Belkis AYDIN	1525
e-mail: melikebelkisaydin@gmail.com	
THE EFFECT OF EPIDEMICS ON THE RIGHT TO HOLD MEETINGS AND DEMONSTRATION MARCHES	
Asst. Prof. Ahmet Mert DUYGUN	1539
e-mail: mert.duygun@bakircay.edu.tr	
RE-THINKING THE CONCEPT OF HOSTILITY IN ADMINISTRATIVE CASES IN THE FRAMEWORK OF THE COURT OF DISPUTES DECISIONS RELATED TO ELECTRICITY DISTRIBUTION ACTIVITY	
Asst. Prof. Onur KAPLAN	1559
e-mail: onur.kaplan@yasar.edu.tr	
EVALUATING TURKISH MIGRATION LAW THROUGH TWAIL: HOW BIGGER IS THE WORLD THAN FIVE?	
Asst. Prof. Şahin Eray KIRDIM	
Res. Asst. Atahan DEMİRKOL	1577
e-mail: yekirdim@aku.edu.tr, ademirkol@aku.edu.tr	
THE USE OF VISION AND VOICE TRANSMITTING VIDEO CONFERENCE SYSTEM IN CRIMINAL PROCEEDINGS (VIDEO CONFERENCE METHOD IN THE HEARINGS) AND ITS FEASIBILITY DURING THE COVID 19 PANDEMIC AND THE APPROACH OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR) TOWARDS THE VISION AND VOICE TRANSMITTING VIDEO CONFERENCE SYSTEM (THE VIDEO CONFERENCE METHOD): THE CRITERIAS SET BY THE PRECEDENT JUDGMENT GIVEN IN THE ACTION OF MARCELLO VIOLA/ITALY IN THE CONTEXT OF FAIR TRIAL	
Atty. Asst. Prof. Ramadan SANIVAR	1615
e-mail: ramadan.sanivar@neu.edu.tr	

THE RESPOND OF ROMAN LAW TO THE RELATION BETWEEN 'FREE WOMAN AND SLAVE MAN': SENATUS CONSULTUM CLAUDIANUM	
Asst. Prof. B. Yiğit SAYIN	1667
e-mail: ysayin@ku.edu.tr	
ADMINISTRATIVE AND CRIMINAL SANCTIONS FOR DRIVING UNDER THE INFLUENCE OF ALCOHOL	
Res. Asst. Simge DEMİR BAYRAM	1711
e-mail: simge.demir@yasar.edu.tr	
CONSTITUTIONAL ECONOMIC REGIME AND THEORETICAL BASIS	
Res. Asst. Rabia Beyza İNAN	1747
e-mail: rbeyzacandan@gmail.com	
THE NATURAL JUDGE PRINCIPLE AS A GENERAL PRINCIPLE OF LAW	
Res. Asst. Burak TAŞ	1763
e-mail: burak.tas@asbu.edu.tr	
JUSTIFICATION IN PURGATORY BETWEEN POLITICS AND CRIMINAL LAW: A RESEARCH ON THE AFFIRMATIONS OF IMPUNITY	
Res. Asst. Erdi YETKİN	1793
e-mail: erdiyetkinn@gmail.com	
INDIRECT EXPROPRIATION AS A CONCEPT OF POLITICAL RISK IN TERMS OF INTERNATIONAL ENERGY INVESTMENTS	
Atty. Selvi Duygu SÜMERTAŞ	1859
e-mail: dsumertas@buladi.av.tr	
RESTRICTION OF PRISONERS' RIGHT TO VOTE AND THE UNIVERSAL SUFFRAGE PRINCIPLE	
Saba Şahika Tahmaz ÜZELTÜRK	1873
e-mail: saba.uzelturk@yeditepe.edu.tr	

ÖZEL HUKUK

**4 BEŞ YILDAN UZUN SÜRELİ KİRA SÖZLEŞMELERİNDE
TBK M.344/3'ÜN UYGULANMASI SORUNUYLA İLGİLİ BİR YARGITAY
KARARI İNCELEMESİ**

*(THE INSPECTION OF A DECISION OF COURT OF HIGH APPEALS REGARDING THE
APPLICATION OF ARTICLE 344/III OF THE CODE OF OBLIGATIONS REGARDING LEASE
CONTRACTS PERFORMED FOR A DURATION OVER FIVE YEARS)*

Prof. Dr. Faruk ACAR* **

ÖZ

Yargıtay 6. HD., 11.02.2015 tarihli ve E. 2014/13763, K.2015/1173 sayılı kararına konu uyuşmazlıkta 10 yıllık kira sözleşmesinin 6. döneminde kira tespit davası açılmış, yerel mahkeme ÜFE oranını esas alarak davayı kısmen kabul etmiştir. Yargıtay dairesi ise kira sözleşmesinin 10 yıl süreli oluşuna ve kira parasının bu süre içerisinde ne oranda artırılabileceği kararlaştırıldığına itibar edilmesi gerekir demiştir. Buna göre yapılacak artış suretiyle kira bedeli saptanacaktır. Böylece Yargıtay yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bize göre, beş yıldan uzun süreli konut ve çatılı işyeri kiralalarında 6. yıl itibariyle TBK m.344/3 uyarınca kira tespit davası açılmaz. Kira artırım kaydı içerir bir sözleşmenin varlığı halinde tespit davası açılırsa, bu dava teknik anlamda tespit davası olmadığı gibi, mahkeme sözleşmedeki kira artırım kaydına itibar ederek kira bedelini tespit etmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Yargıtay, kira sözleşmesi, kira bedeli, kira bedeli tespit davası, ÜFE.

ABSTRACT

At the dispute which was the subject of the Decision of the 6th Chamber of the Court of High Appeals with the date February 11th,2015 and Essentials. 2004/13763, Decision numbered 2015/1173, a lease determination case was filed at the sixth term of a lease contract signed for ten years and the local court has accepted half of the file by taking the Manufacturers Price Index into consideration. The Chamber of the Court of High Appeals stated that the lease contract was formed for ten years and the increase in the amount of lease per month was regulated by the mentioned contract, For this reason, this article should be applied. Followingly the increase in the amount of lease should be calculated. The Court of High Appeals has reversed the local courts judgement. According to us in the lease contracts that are in the frame of residence and roofed workplace leases, if the contract is formed for over five years, a lease amount determination case can not be filed after the sixth term as per the Art. 344/III. In a situation where there is a lease contract containing a lease increase clause, a determination case is not a determination case from a technical

⁴ Eserin Dergimize geliş tarihi: 13.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 10.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 12.07.2020. Onaylanma tarihi: 12.07.2020.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6027-3428.

Esere Atf Şekli: Faruk Acar, "Beş Yıldan Uzun Süreli Kira Sözleşmelerinde TBK m.344/3'ün Uygulanması Sorunuyla İlgili Bir Yargıtay Kararı İncelemesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.445-466.

point of view and the new amount of lease should be determined by the court according to the increase clause regulated by the lease contract.

Keywords: Court of High Appeals, lease contract, lease amount, determination of the lease amount case, Manufacturers Price Index.

I. YARGITAY KARARI

Yargıtay 6. HD., 11.02.2015, E. 2014/13763, K.2015/1173 sayılı kararı¹ aynen şöyledir:

“Dava, son ödenen net 23.000 TL kira bedelinin 15.05.2013 tarihinden itibaren aylık net 40.000 TL olarak tespitine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 15.05.2013 tarihinden itibaren kira bedelinin aylık 28.027,48 TL olarak tespitine karar verilmiş, hüküm davacı ve davalı vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde; davada dayanan ve hükmeye esas alınan 15.05.2008 başlangıç tarihli, 10 yıl süreli ve aylık 23.000 TL bedelli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Mahkemece hükmeye esas alınan bilirkişi raporunda son ödenen net 23.000 TL'nin brütünün 27.000 TL olduğu bildirilerek, bu rakama sadece 2013 yılı Mayıs ayına ilişkin Üfe oranı eklenmek suretiyle 15.05.2013 tarihinden itibaren kira bedelinin aylık brüt 28.027,48 TL olacağı bildirilmiştir. Tespiti istenen dönem sözleşme süresi içindeki 6. Dönemdir. Sözleşmenin özel koşullarının 10.maddesinde; “Kira tutarı kira başlangıç tarihinden itibaren aynı dönemin geriye doğru oniki aylık DİE enflasyon rakamları olan ÜFE + TÜFE/2 artışı uygulanacaktır.” şeklinde ifade edilen artış şartı mevcuttur. Davada kira sözleşmesinin 10 yıl süreli oluşu ve kira parasının bu süre içerisinde ne oranda artırılacağı kararlaştırıldığına göre; bu koşul gözönünde bulundurulmak ve her yıl kademeli olarak yapılacak artış suretiyle kira bedeli saptanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir. Hüküm bu nedenlerle bozulmalıdır...”.

II. SOMUT UYUŞMAZLIK

Yargıtay 6. HD., 11.02.2015, E. 2014/13763, K.2015/1173 sayılı kararına konu olay kısaca şöyledir: Dava kira bedelinin tespitine ilişkindir. Davacı ile davalı arasında 15.05.2008 tarihinde yapılmış kira sözleşmesi bulunmaktadır. Kira sözleşmesi süresi 10 yıldır ve aylık kira bedeli olarak 23.000.TL. kararlaştırılmıştır. Kiraya veren 15.5.2013 tarihinden itibaren aylık kira bedelinin 40.000.TL. olarak tespitini mahkemeden talep etmiştir. Ancak kira sözleşmesinin “Özel Koşulları” başlıklı 10.maddesinde kira artış oranı hakkında düzenleme bulunmaktadır.

Yerel mahkeme, son net kira bedeli olarak 23.000. TL., brüt kira bedeli olan 27.000.TL.sına 2013 Mayıs ayındaki ÜFE oranına itibar ederek eklemeye yapan bilirkişi raporuna göre 15.5.2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 28.027, 48 TL. kira bedelinin tespitine karar vermiştir. Davacı kararı temyiz etmiştir. Yargıtay 6. HD. yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

¹ Karar için bkz. **RUHİ/RUHİ**, s. 1209.

III. HUKUKİ SORUN

Beş yıldan daha uzun süreli bir kira sözleşmesinde 6. yıl veya sonraki yıllarda TBK m.344/3 uyarınca kira bedelinin emsale göre tespiti istenebilir mi? Sözleşmede artırım kaydının varlığına rağmen bu mümkün müdür?

IV. HUKUKİ SORUNA İLİŞKİN YARGI MERCİİLERİNİN GÖRÜŞLERİ

A. Yerel Mahkemenin Görüşü

Yerel mahkeme sözleşmenin 10 yıllık olmasına itibar etmemiş, tespit davasını kısmen de olsa kabul etmiştir. Böylece yerel mahkemenin TBK m.344/3'ün lafzını esas almış olduğu denilebilecektir.

Ancak yerel mahkeme 3. fıkraya göre hareket etmiş olması halinde tespit yöntemini de aynı fıkradaki esaslara göre yapması gerekirdi. Bu nedenle yerel mahkemenin, 2013 itibarıyla maddenin eski halindeki ÜFE sınırlamasına tabi olmadan, kira bedelini “*ÜFE + kiralananın durumu + emsal kira bedellerini göz önüne alarak hakkaniyete göre*” belirlemesi beklenirdi. Bunun yerine 2013 yılının Mayıs ayına ilişkin ÜFE oranını brüt kira bedeli olarak tespit edilen 27.000.TL.'ye eklemiş, böylece 28.027, 48 TL. kira bedelini bulmuştur.

Yerel mahkeme son kira bedeline ÜFE oranınca eklemeye yapmasını anlamlandırmak güç olmakla birlikte, şöyle değerlendirilebilir: Yerel mahkeme TBK m.344/3'deki yöntemi tam olarak çalıştırmamış, buna rağmen fıkra düzenleneni yöntemin özünü yani hakimin hakkaniyete göre belirleme yetkisini veya takdirini ÜFE artışı şeklinde tezahür ettirmiştir.

Sonuçta yerel mahkemenin 10 yıllık sözleşmenin 6. yılında tespit davasının açılacağına, sözleşmedeki artış kaydına itibar edilmeyeceğine hükmetmiş denilebilir.

B. Yüksek Mahkemenin Görüşü

Yargıtay dairesi yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Gerekçe olarak sözleşmenin 10 yıl oluşunu ve sözleşmede kira artışına ilişkin özel düzenlemenin (Özel Koşullar, m.10) varlığını göstermiştir.

Böylece yüksek mahkeme, 5 yıldan fazla süreli kira sözleşmelerinde kira tespit davasının açılmayacağını, açılmış olsa bile sözleşmede bu yönde artış varsa ona itibar edilerek kira bedelinin tespiti gerektiğini kabul etmiştir.

V. DOKTRİNİN GÖRÜŞÜ

A. Beş Yıldan Uzun Süreli Sözleşmelerde Kira Tespit Davasını Mümkün Gören Görüş

Doktrinde savunulan bir görüşe göre², beş yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde beş yıldan sonra yani 6. yıl itibarıyla kiraya veren kira bedelinin tespitini dava edebilir. Bu görüşe göre açılacak olan tespit davasında mahkeme TBK m.344/3 çerçevesinde hareket edecek, yani ÜFE (bugün itibarıyla TÜFE) + kiralananın durumu+ emsal kira bedelleri göz önüne alınarak hakkaniyete göre kira bedelinin tespiti yapılabilir.

Bu görüşün temel gerekçesi TBK m.344/3'de yer alan ve altını çizdiğimiz “*Taraf- larca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli*

² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 255; EREN, s.410; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 206, 207, GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 72, 73; GÖKYAYLA, İŞ, m.344, Nr.74, 75; İNCEOĞLU, C.II, s. 140; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 603; ÖZEN, s. 2056; KIRMIZI, s. 381.

veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli,... belirlenir.” ifadesidir.

Söz edilen ifadenin lafzında “beş yıldan uzun süreli” kira sözleşmelerinden bahsedilmiş, devamla beş yılın sonunda kira tespiti istenebileceği ifade edilmiştir. Böylece beş yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde de emsal kira bedeli uygulanmasına imkan vardır; üstelik taraflar arasında “anlaşma” olsa bile tespit yapılabilecektir, anlaşmaya itibar edilmeyecektir. Zira hükümde “anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın” denilmiştir.

Hüküm kira artışına ilişkin anlaşmanın yokluğunu da içerir. Temelde bu görüşte olmakla birlikte bir başka görüş, sözleşmede kira artışına ilişkin kaydın yokluğu halinde, yani kira sözleşmenin taraflarının sessizliğinden hareketle kira artışının olmayacağı veya tarafların kira artışını arzu etmedikleri anlamı çıkarılmaması gerektiğini ortaya koyar. Çıkarılsa dahi, bu çıkarım bir yorum faaliyeti demektir. O halde bu durum kanun hükmünün aksi yoruma da elverişli olduğunu, yani beş yıldan uzun süreli sözleşmelere hükmün uygulanmayacağını açıkça ortaya koymadığını gösterir. Bu şartlar altında ancak sözleşmede kira artırımının olmayacağını açıkça kararlaştırılması halinde TBK m.344/3 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Bu yöndeki anlaşma da geçerlidir³.

Bu görüş emsale göre kira bedelinin tespitinde beş yıllık süreyi kira sözleşmesinin yapıldığı yani başlangıçtan itibaren başlatmış olmaktadır. İster yenilenen cinsten kira sözleşmesi olsun isterse tek süreyi içeren kira sözleşmesi olsun kira başlangıcından itibaren beş yıl geçmişse altıncı yıl itibarıyla emsal kira bedelinin tespiti için TBK m.344/3 uyarınca kira tespit davası açılabilir.

B. Beş Yıldan Uzun Süreli Sözleşmelerde Kira Tespit Davasını Reddeden Görüş

Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre⁴ ise TBK m.344/3'ün beş yıldan uzun süreli sözleşmelere uygulanmasını sınırlı kabul etmektedir. Buna göre somut uyuşmazlıkta olduğu gibi kira sözleşmesi beş yıldan fazla örneğin 7 veya 10 yıl süreli yapılmışsa, kira sözleşmesi boyunca TBK m.344/3'e dayanarak tespit davası açılmaz. Zira bu türlü durumlarda sözleşmede belirlenen kira bedeline itibar edilecektir.

Bu görüşün dayandığı esas, sözleşmeyle bağlılık ilkesidir. Ayrıca maddedeki üç fıkranın bir bütün olarak okunarak yorumlanması gerektiğine işaret edilmektedir. Üçüncü fıkradaki anlaşma ile kastedilen kira artış kaydıdır. Tarafların sabit kira bedelini başlangıçta anlaşmayla belirlemelerine rağmen beş yıldan sonra emsale göre kira tespitini istemek, bir tür olağanüstü durum olmadığı halde uyarılma imkanının kabulü demektir ki, istisnai bir kurum olan uyarılmayı genişletmek demektir. Bu yasal bir çelişki yaratır. Yine emsale göre kira bedelinin tespitinin istenebileceği kabul etmek kanunun kiracı aleyhine yorumlanması da demektir ki, konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin hükümlerin genel karakteristiğine aykırıdır.

C. Kira Artış Kaydı Bulunan Beş Yıldan Uzun Süreli Kira Sözleşmelerinde Kira Artış Kaydına İtibar Edilmeyeceği Görüşü

Bu tür sözleşmelerde kira artış kaydına itibar edilip edilmeyeceği noktasında doktrinde savunulan bir görüşe göre, sözleşmede kira artış kaydı bulunsa dahi hakim TBK

³ ÖZEN, s. 2056, dp.40.

⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Türk Borçlar, s. 638 vd. GÜMÜŞ, beş yıldan uzun süreli kira sözleşmelerine TBK m.344/3'ün uygulanmasını değerlendirirken “Bize göre hükmün sadece lafzına bakılırsa” ifadeyi kullandığı görülmektedir (bkz. Kira Sözleşmesi, s. 72, 73).

m.344/3 çerçevesinde özellikle emsali dikkate alarak kira bedelini tespit etmelidir. Bu kabul ayrımlı olarak sorunu ele almakta⁵, kira artış kaydı (anlaşma) olmakla beraber artış oranı veya miktarı belirlenmişse, altıncı yılda sözleşme kaydına değil TBK m.344/3'e göre hareket edilecektir. Kira artış kaydı (anlaşma) olmakla beraber artış oranı veya miktarı belirlenmemişse, altıncı yılda TBK m.344/3'e göre hareket edilecektir⁶.

D. GÖRÜŞÜMÜZ

I. Genel Değerlendirme

Kira sözleşmesinin süresinin ne olacağı konusunda genel hükümlerde açık bir sınırlama olmadığı gibi, kira sözleşmesine ilişkin TBK m.299 vd.ında da bir sınırlama yoktur. Özellikle belirtmek gerekir ki, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracıyı korumak üzere getirilen hükümlerde (TBK m.339 vd.) bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle bir kimse otomobilini nasıl ki dilediği süre ile hatta belirsiz süreli kiralayabiliyorsa, konut ya da çatılı işyeri niteliğindeki taşınmazını da aynı şekilde kiralayabilir. Burada olsa olsa genel sınırlama yani TBK m.27 uygulanabilir, bu çerçevede örneğin kişilik haklarının ihlali sayılabilecek bir uzunlukta (örneğin ebedi kira sözleşmesi gibi) kira sözleşmesinin yapılması mümkün olmayabilecektir⁷.

Şu halde konut ya da çatılı işyeri niteliğindeki bir taşınmaz örneğin 1, 5, 7 veya 15 yıl kiralanebilecektir. Bu ihtimaller çerçevesinde 1 yıllık süre dolduğunda sözleşme TBK m.347/1 uyarınca kendiliğinden bir yıl yenilenebilecek, şayet sözleşmeyle kira süresi beş yıllık yapılmışsa, sözleşme bağı beş yıl geçerli olacak, bu süre zarfında yenileme söz konusu olmayacaktır.

Öte yandan konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde kira bedelinin miktarını taraflar (başlangıçta) serbestçe kararlaştırabilirler⁸. TBK m.299'daki "*kararlaştırılan kira bedeli*" ifadesi, bu noktada sözleşme serbestisini de ortaya koymaktadır. Genel hüküm niteliğinde olan TBK m.299 ve 313 konut ve çatılı işyeri kiralaları için de geçerlidir⁹.

Kira başlangıcındaki bu serbestinin (diğer sözleşmelerde olduğu gibi) genel hükümlerde yer alan sınırlamalara tabi olduğuna işaret etmek gerekir. Bu bağlamda özellikle TBK m.27, 28 dikkate alınacaktır¹⁰.

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri belirlenen kira süresinin bitmesiyle sona ermemektedir¹¹. Diğer bir ifadeyle sürenin bitmesi sözleşmenin kendiliğinden sona ermesini sağlamamaktadır. Bu durum TBK m.347/1'den kolaylıkla görülebilir. Anılan düzenlemenin sürenin dolmasına bağlı olduğu sonuç sözleşmenin yasa gereği bir yıl yenilenmesidir. Bu yenileme birden fazla tekrarlanabilmektedir. Hatta maddede yenilenmeye kendiliğinden tatbik

⁵ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 75.

⁶ Aynı yönde GÖKYAYLA, İstanbul Şerhi, C.4,5, m.344, Nr.76.

⁷ Süresiz (belirli ya da belirsiz süreli de olsa süre sınırı olmayan) kira sözleşmesi yasağını TMK m.23/2'den hareketle TBK m.27'ye aykırı saymak suretiyle geçersizliği söz konusudur. Bkz. SVIT-Kommentar, Art. 255, Nr.17, 19; ACAR, Kira Hukuku Şerhi, m.300, Nr.80.

⁸ ACAR, Kira Hukuku Şerhi, m.313, Nr.16, 17; ÖZEN, s. 2035.

⁹ ACAR, Kira Hukuku Şerhi, m.313, Nr.5.

¹⁰ EREN, Özel Hükümler, s. 407.

¹¹ Genel hükümlere tabi kira ilişkilerinde sürenin bitmesi sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sebebidir (TBK m.327/1). Ancak taraflar kira ilişkisini sürdürürlerse, kira sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşerek devam edebilir (TBK m.327/2).

edilecek zamansal bir sınır da getirilmemiştir¹². Dolayısıyla her yeni veya uzayan kira yılı için kira bedelinin ne olacağı sorunu doğmaktadır¹³.

Yenilenen kira yılı için kira bedelinin miktarının ne olacağı veya tespiti sorunu TBK m.344/1'de düzenlemiştir. Bu fıkra ilke olarak sözleşmesel tespiti izin vermekte¹⁴, hatta esas olarak kabul etmektedir¹⁵. Buna göre taraflar yenilenen kira yılı için kira bedelinin miktarını belirleyebilirler. Ancak bu yönde hüküm yoksa, kanun tarafından benimsenen sistem devreye girecektir (TBK m.344/2). Kökenini Yargıtay içtihatlarından alan kira tespit sistemi TBK m.344'de dört fıkra halinde yer almaktadır.

TBK m.344'deki sistemi şöyle ifade edebiliriz:

-Yenilenen kira yılında geçerli olacak kira bedelini taraflar anlaşmayla belirleyebilirler. Ancak ekonomik endeks (TÜFE) sınırına uymak zorunludur (f.1).

-Anlaşma yoksa ekonomik endekse göre kira bedeli belirlenebilecektir (f.2).

-Anlaşma olsun ya da olmasın beş yıldan sonraki yenilenen yılda emsale göre kira bedeli belirlenebilecektir (f.3).

-Yabancı para üzerinden geçerli surette kararlaştırılmış kira bedeli beş yıl boyunca arttırılmaz. Beş yıldan sonra yenileme söz konusu ise yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önüne alınarak emsale gere belirlenir (f.4).

Görüldüğü üzere sözleşme özgürlüğüne bağlı olarak tarafların iradesine dayanan fakat yasal çerçevede hakimnin takdirleriyle şekillenen¹⁶ kira bedelinin tespiti söz konusu olmaktadır.

¹² Kiraya veren lehine getirilmiş olan on yıllık süre sınırlaması uzamayı kendiliğinden engelleyen cinsten değildir. Sadece kiraya verene sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı verilmesinden ibarettir. Esasen aynı imkan kiracı için de her kira yılı sonu için vardır. Bu nedenle burada gerçek anlamda bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Adeta genel hükümlerde yer alan süresi sona eren sözleşmelerin sona ermesi rejimi belirli ölçüde buraya taşınmıştır, diğer bir ifadeyle kiraya özgü özgü rejimden genel rejime kısmen dönülmüştür.

¹³ Kira sözleşmesinin yasa gereği (kiraya verenin rızası olmadan) yenilenmesi halinde, değişen ekonomik ve sosyal gelişmeler nedeniyle kira bedelinin düşük veya tam aksine yüksek kalması söz konusu olabilir. Uyarlamayı gerektiren cinsten edim dengesinin altüst olması düzeyinde olmasa da kiraya verenin fesih yetkisinden yoksun olmasına rağmen kira sözleşmesinin sürmesi ve kira bedelinin aynı kalması kiraya veren aleyhine haksızlık yaratacaktır. Bu haksızlık esasen bir kira bedeli sorunudur. Tarafların anlaşmayla bu dengesizliği yaratmasına denecek bir şey yoktur, fakat yasal dayatmaya bağlı bir ilişkide ağır olmasa da düşük düzeyde edim dengesine bir tarafı katlanmaya mahkum etmek adaletsiz olacaktır.

¹⁴ **ACAR**, Kira Hukuku Şerhi, m.313, Nr.17.

¹⁵ TBK m.344/1'de getirilen ekonomik sınırlama sözleşme serbestisine bir sınır oluştursa da, bu sınırla riayet edildiğinde sözleşmesel tespit kuralları uygulanacak, kira bedeli ona göre şekillenecektir (hatta aşağıda ifade edileceği üzere buna rağmen açılan tespit davasının gerçek anlamda bir tespit davası olmadığı sonucuna bile götürebilecektir). TBK m.344/1'de nisbeten yoğun bir sınırlama olmakla beraber gabin de olduğu gibi bir sınırlamadan bahsetmek yanlış olmayacaktır. Gabine ilişkin TBK m.28'de getirilen yaptırım (edimler arası oransızlığın giderilmesi) benzer fonksiyon görmesine rağmen TBK m.28'in varlığı hukukumuzda sözleşme serbestisinin asıl olmadığı şeklinde yorum sebebiyet vermiyorsa, aynı seviyede olmasa da konut ve çatılı işyeri kiralalarında kira tespit rejiminde TBK m.344/1 sözleşme serbestisinin istisna olmadığını ortaya koyar, kira tespitinde sözleşme serbestisinin kural olduğunu söylememize yeterli dayanak oluşturabilir.

¹⁶ Eski dönemde (GKK dönemi), kira tespit sisteminde hakimnin takdir yetkisinin daha geniş olduğunu söylemek mümkündür. Yine bkz. **ÖZEN**, s. 2034, dp.1.

Bunlardan hareketle ele aldığımız Yargıtay kararının bize göre iki önemli yaklaşımı ortaya koymaktadır:

-Birincisi beş yıldan fazla süreli kira sözleşmelerinde TBK m.344/3 uyarınca emsale göre kira bedelinin tespitinin istenemez. Bu yaklaşım sorunun özünü oluşturmaktadır.

-İkincisi ise, böyle bir sözleşmedeki kira artış oranına itibar edilmesi gerekir.

Aşağıda bu iki yönü irdeleyerek konuyu ele almaya çalışacağız.

II. Kira Artış Kaydı Bulunmayan (Sabit Bedelli) Beş Yıldan Uzun Süreli Kira Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirme

Yukarıda da belirttiğimiz üzere sorun TBK m.344/3'deki "...Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde... biçimde belirlenir." ifadeden kaynaklanmaktadır. Hükümdeki "beş yıldan uzun süreli" ifadesinin daha doğrusu ise fıkradaki ilk cümlenin anlamını tespit etmek gerekmektedir. Bu nedenle değerlendirmelerimiz fıkranın anlamını saptama yönünde olacaktır. Ancak TBK m.344'de öngörülen sistemin bir yönüyle sade ve basit olduğunu ifade etmeden geçemeyeceğiz¹⁷.

1. Maddenin Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Kısımda Yer Alması ve Bu Kısımın Kiracı Yararına Nisbi Emredicilik Özelliğine Sahip Olması

Türk Borçlar Kanununun konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerinin (TBK m.339 vd.) temel özelliği kiracıyı koruma amacıyla ihdas edilmiş olmalarıdır. Burada sözleşme tarafları arasında geçerli olan ve genel nitelikteki eşitlik ilkesi uygulama alanı bulmaz. Bu nedenle konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler kiracı yararına emredici niteliktedirler. Diğer bir ifadeyle söz konusu düzenlemeler "nisbi emredici"dir¹⁸. Kiracı ile kiraya veren arasındaki ilişkiyi kanun koyucu düzenlemelerde kiracı yararına olacak tarzda ve fakat belli bir denge üzerine (kiraya verenin de Anayasal güvence altında tutulan mülkiyet hakkını zedelemeyecek şekilde)¹⁹ kurgulamıştır. Yasa koyucunun oluşturduğu bu denge kiracıyı koruyacak tarzda asgariyi ifade eder. O halde daha azı olamaz ve kararlaştırılmaz. Diğer bir ifadeyle TBK m.339 vd.ında yer alan hükümlerdeki düzen kiracı aleyhine değiştirilemez. Fakat yasada oluşturulan denge kiracı lehine olacak tarzda bozulabilir. Taraflar arasındaki sözleşme serbestisi TBK m.339 vd. hükümlerinin bu niteliğinin izin verdiği ölçüde hayata geçebilir.

Genel itibariyle TBK m.344 de konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin bu karakteristiğine yani hükmün kiracı yararına oluşturulduğu ve nisbi emredici olduğunu ilave

¹⁷ Eski dönemde 6750 Sayılı GKK'nun 2. ve 3.maddelerinin Anayasa Mahkemesince iptalinin yürürlüğe girdiği tarihten yani 27.9.1963'ten itibaren Yargıtay'ın içtihatlarıyla şekillenen kira tespit sistemi, eleştirilecek yanlarının olmasına rağmen TBK ile sınırları belli bir yasal çerçeveye kavuşmuştur. Sade sayılabilir bu yasal kira tespit sistemini karmaşık hale getirmemek gerekir. Zira bu yaklaşım hem yasal tercihleri zorlamak anlamına gelecektir hem de düşünsel karmaşa ortamında kiracı-kiraya veren dengesini bozma olasılığını yaratacaktır. Bundan da büyük olasılıkla kanunda özellikle korunan kiracı zarar görecektir.

¹⁸ GÖKYAYLA, İstanbul Şerhi, m.344, Nr.16; İNCEOĞLU, II, s. 129. Kira bedeline ilişkin hükümler de dahil konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin İBK m.269-270e arası hükümleri de emredicidir. Bkz. WALTER, Vorbem. Zu Art.269-270e, Nr.4.

¹⁹ TBK m.347/1'de düzenlenen sözleşmenin yasal olarak yenilenmesine 10 yıllık süre sınırının getirilmesi, kiraya verene neden göstermeksizin sözleşmenin yenilenmesine engel olabilmesi bu nedenledir.

etmek gerekecektir. Bu durum ilk, ikinci ve dördüncü fıkrada açıkça gözükmemektedir. Üçüncü fıkra ise göreceli olarak kiracı aleyhinedir. Zira ikinci fıkradaki TÜFE sınırlaması kalkmakta, emsalin de dahil olduğu başkaca kriterlere göre takdire bağlı ve ölçülü serbest bir kira bedeli belirleme imkanı doğmaktadır. Buna rağmen bu hükmü de hükümün öngördüğü kiraya veren yararına olan fazla taşınamamak gerekir. Diğer hükümlere ve diğer fıkralara oranla kiracı aleyhine olan bu düzenlemenin içinde kiracıyı koruyan sınırlar da mevcuttur. Örneğin emsale göre kira tespitinin istenebilmesi kira başlangıcından itibaren beşinci yılın geçmiş olması gerekir veya her beş yılda bir istenebilir. Burada öngörülen süre (GKK döneminde 3 yıl olarak kabul ediliyordu) beş yıla çıkarılmıştır. Bu süre geçmeden emsal istenemeyeceğine göre, burada kiracıyı koruyan bir yan vardır. Bu açıdan nisbi emredicilik özelliği gösterdiğini ifade etmeliyiz. Ancak kiraya verenin 6.kira yılında emsale göre kira tespit davası açması zorunluluğu da yoktur, 7. kira yılında da bu davayı açabilir. Ancak bu durumda yine beş yılın geçmesi gerekir ikinci bir emsale göre tespit istenebilir²⁰. Bu bağlamda beş yıldan uzun süreli sözleşmelerde emsal istenememesi de aynı hükmün gereğidir ve emredicilik özelliği gösterir. Ancak bu son örnek hükmün yorumuna göre kabul edilmesine bağlıdır.

TBK m.343 ve 346'da kiracı aleyhine düzenleme yasağına kira bedeli istisna tutulsa bile, söz konusu istisnanın da sınırı vardır ve bu sınırın aşılması kiracı aleyhine düzenleme yasağına aykırı olacaktır²¹. Söz konusu sınırlar bir yana hem istisnanın hem de sınırların yorumlanmasında TBK m.343, 346 ve diğer hükümlerin özellikle TBK m.344/1,2, 4'ün genel karakteristiğini (kiracının korunması ve yararını) dikkate almak gerekir.

Bu açıdan bakıldığında hükümdeki ifadeye yani “*bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli*” ifadesine somut uyuşmazlıkta tartışıldığı üzere beşinci yılın sonunda emsalin istenebileceği yönünde anlam vermek kiracı aleyhine olacaktır. Zira sabit kira bedeli üzerinden kira sözleşmesi süresince ödeme yapmanın (emsale artırılmış kira bedeli ödemeye oranla) kiracı yararına olacağından şüphe yoktur. Kiraya veren yararına olan sınırın ötesine geçilmiş olur²².

2. Kanunun Sisteminin Bir Yıl Süreli Kira Sözleşmesi Modeli Üzerine Kurgulanması

Kira sözleşmelerine ilişkin genel hükümler bağlamında belirli veya belirsiz süreli sözleşme yapmak mümkün olduğu gibi, belirli süreli sözleşmenin de süre itibarıyla bir

²⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Türk Borçlar, s. 640, 641.

²¹ TBK m.344/3'deki emsale başvurabilme imkanı (ilk fıkradaki ekonomik endeks sınırlamasının kalmasından ibarettir), yenilenen kira dönemi için kira bedelinin tespitinde tam bir serbesti vermemekte, “*hakkaniyet*” sınırına tabi tutulmaktadır. Üstelik buradaki emsali, “*olağan emsal*” (olağan rayiç) şeklinde anlamak gerekir. Bu noktada Yargıtay'ın 18.11.1964 t.li E.2/K.4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (RG.27.11.1964, S.11867) esas alınmalıdır. Kararda rayiç şöyle belirtilmiştir: “*Rayiç olağan şartlar altında yapılmış akıtlar ile kabul edilegelen bir karşılık olduğundan olağanüstü ve özel şartlar altında yapılmış akıtlara bakılarak rayiç belli edilemez.*”. Aynı yönde bkz. GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 73. Yine bkz. KILIÇ ÖZTÜRK, s. 242.

²² Kiralananda kiraya veren tarafından gerçekleştirilen yenilik ve değişiklik sebebiyle kullanım konfor ve kalitesinde bir artış söz konusu ise artışın buna uygun yapılması (özel durumlar bir yana) yasal sınır dahilinde kalır. Zira hüküm açıkça “*kiralanan durumu*”nu tespit kriteri olarak kabul etmiştir. Burada gerçek anlamda kiracı aleyhine bir durumda yoktur. Zira sözleşmesel edim dengesi nesnel (objektif düzeyde) olarak sağlanmaktadır.

sınıra tabi tutulması söz konusu değildir. Konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından da durum böyledir.

Sözleşme süresi tarafların başlangıçta belirledikleri süredir. Bu süre bakımından kanunun bir sınırlama getirmiş değildir. Sadece niteleme ve özel hükümlerin uygulanması (tatbi-katı) bakımından sürenin 6 aydan fazla olması gereğini belirtmek gerekir (TBK m.339/1).

Ne var ki, TBK'nun konut ve çatılı işyeri kiralari için öngördüğü sistemde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi yerine sözleşmenin yenilenmesi tercih edilmiştir. Yenileme 1 yıl tarzındadır. Bu durum esasen kanunun **“bir yıl süreli kira sözleşmesi”**ni model aldığı göstermektedir²³. Burada kira sözleşmesinin genellikle bir yıl için yapılacağı varsayımı söz konusu olduğu gibi, uzamanın da bu varsayıma uygun olarak 1 yıl olması şeklidir. Ancak her iki durum arasında fark şudur. Kira sözleşmesinin bir yıllık yapılacağı varsayımı kesin değilken, bir yıl için yenileneceği kesindir. Diğer bir anlatımla yasal yenileme 1 yıldır, bunun yerine 6 ay veya 2 yıl değildir²⁴. Buna karşın kira sözleşmesi başlangıçta 2 yıl veya 5 yıl, hatta 15 yıl bile yapılabilir. Ancak yasal yenileme yine 1 yıl olacaktır²⁵.

Gerçekten de 6 ay veya 2 ya da 3 yıl gibi bir yenileme yerine 1 yılın tercih edilmesi, kira sözleşmelerinde yaygın olan sürenin 1 yıl olmasından kaynaklanmaktadır²⁶. Uygulama uzun bir süredir bu şekildedir. Öte yandan yasal düzenlemede 1 yıllık kira süresinin esas alındığını gösteren başkaca emareler de vardır. TBK m.344/1'de yer alan **“bir önceki kira yılında”** ifadesi de aynı gerçeğe işaret etmektedir²⁷. Bu hükmeye göre kira artışı yapılacaksa (yani tespit davası açılması halinde) bir önceki kira yılı esas alınacaktır. Kira artışı bir yıllık olsun veya olmasın, sözleşmesel sürenin bitmesi ve TBK m.347/1 uyarınca sözleşmenin yenilenmesi halinde yeni dönem için TBK m.344/1'deki esaslara göre, yani artış anlaşması varsa bu sınırı riayetle olacaktır. Görüldüğü üzere 1 yıl üzerinden yasal düzen oluşturulmuştur.

Durum böyle olunca, kanundaki konut ve çatılı işyeri kiralari ile ilgili düzenlemele-rin yorumunda **“bir yıllık kira sözleşmesi modeli”** göz ardı edilemeyecek, hatta hareket noktasını oluşturacaktır. TBK m.344'ün yorumunu da bu kapsamda yapmak gerekir. Böylece bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde, sözleşme süresince kanunun kira tespit sistemine ilkesel olarak itibar etmemek gerekir. TBK m.344/3 yorumlarken bu yön göz ardı edilmemelidir.

3. Kanunun Sisteminin Sözleşmenin Yenilenmesi Modeli Üzerine Kurgulanmış Olması ve TBK m.344/3'deki “Yeni Kira Yılı” İfadesi

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde belirli süreli kira sözleşmesinin yapılması durumunda (bu süre ne kadar süre olursa olsun), sürenin bitmesiyle kira sözleşmesi sona

²³ Kanun koyucunun kira sözleşmelerinin genellikle bir yıllık süre için akdedileceği varsayıldığı şekilde bkz. **GÖKYAYLA, İŞ**, m.344, Nr.23.

²⁴ Yenilemenin bir yıldan az olacağına dair anlaşma kiracı aleyhine olacağı için kesin hükümsüz sayılacaktır (TBK m.346). Yenilemenin bir yıldan fazla olacağına dair anlaşmanın kiracı aleyhine olduğu somut olayda tespit edilebilirse, kesin hükümsüzlük yaptırımı onun için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

²⁵ **İNCEOĞLU**, C.II, s. 310. Eski BK ve GKK dönemi için de durum böyleydi. Bkz. **TANDOĞAN**, C.I/2, s. 100; **ARPAÇI**, (HATEMİ/SEROZAN), Özel Bölüm, s. 209.

²⁶ **GÖKYAYLA, İŞ**, m.344, Nr.23.

²⁷ Yine TBK m.344/2'deki **“bir önceki kira yılı”**na yapılan atf, TBK m.344/3'deki **“yeni kira yılı”** ifadesi, TBK m.347/1'deki uzamanın **“bir yıl için”** olması gibi ifadeler kanunda kira döneminin **“bir yıl modeli”** üzerine kurgulandığını açıkça ortaya koyan başkaca emarelerdir.

ermemektedir. TBK m.347/1 uyarınca kiracı fesih bildiriminde bulunabilir. Bulunmadığı yani en azından hareketsiz kaldığı taktirde sürenin bitmesi (genel hükümlerde olduğu gibi) sözleşmenin sona ermesine sebebiyet vermemektedir, aksine sözleşme kendiliğinden yani yasa gereği bir yıl yenilenmektedir. TBK m.344'deki düzenlemeler sözleşmenin yasa gereği yenilenmesine dayanmakta, bu ihtimale göre şekillendirilmiş durumdadır. Nitekim ilk fıkradaki “yenilenen kira dönemlerinde” ifadesi, ikinci fıkradaki “bir önceki kira yılının” ifadesi (örtülü olarak), üçüncü fıkradaki “yeni kira yılında” ve “sonraki kira yılında” ifadeleri yasal yenileme sistemini ortaya koyan, buna dayanan ifadeler olarak görmek gerekir.

Öte yandan TBK m.347/1'de yeni bir sözleşmenin varlığını (yenileme) ya da sözleşmenin uzadığını (uzama) kabul etsek de, sözleşme, kira bedeline ilişkin hüküm dışında olduğu gibi (kiracı, kiraya veren sıfatları, güvence, özel hükümler gibi) yeni kira yılı için de geçerli olmaktadır. Kira bedeli miktarını düzenleyen sözleşme maddesi hükmünü kaybetmektedir. Bu nedendir ki, yeni dönem kira bedelinin tespiti ihtiyacı ve genellikle de sorunu ortaya çıkmaktadır. TBK m.344'deki düzenlemeler bu kabul ve ihtimal üzerine kurgulanmış, ihdas edilmiştir.

Durum böyle olunca, maddedeki düzenlemeleri, konumuz bakımından da 3. fıkrayı, kira sözleşmelerinin yenilenmesi ve kira bedeline ilişkin belirsizleşme kabulüne göre yorumlamak, anlamak gerekmektedir. Oysa bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde sözleşme süresince yasal yenileme (veya uzama) söz konusu değildir. TBK m.344'ün (hatta diğer hükümlerin) temelini oluşturan “yasal yenileme” olgusunun gerçekleşmemesi, TBK m.344/3'ün uygulama koşulunun da olmaması anlamına gelmektedir. Bu sonuç bizi zorunlu olarak beş yıldan uzun süreli kira sözleşmelerine sözleşme süresi devam ederken TBK m.344/3'ün uygulanamayacağına götürmektedir²⁸.

4. Başlangıçta Belirlenen Kira Bedelinde Serbesti ve Müdahale Yasağı

Kira sözleşmelerinde sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Taraflar dilediği içerikte kira sözleşmesi yapabilirler. İçerik belirleme özgürlüğünün gereği olarak taraflar kira bedelinin türünü ve miktarını belirleyebilirler²⁹. Kira sözleşmelerine ilişkin bu genel karakteristiğin yanında, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kanunumuz başlangıçta kira bedelini belirleme noktasında özel bir sınırlama getirmiş değildir. Diğer bir ifadeyle taraflar kira sözleşmesini yaparken dilediği miktarda³⁰ kira bedelini belirleyebilirler³¹. Diğer sözleşmelerde

²⁸ Maddedeki “veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde... her beş yılın sonunda,” ifadesinin lafzına sadık kalırsak şöyle bir anlam vermek gerekebilir: Ancak beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde emsale göre tespit davası açılabilir. Öyleyse beş yıllık bir kira sözleşmesi olmaz. Bu sözleşmenin süresi bitmeli ve sözleşme TBK m.347/1 uyarınca bir yıl yenilenmelidir. Ancak bu durumda emsale göre tespit yapılabilir (örnek için bkz. GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 72, aynı görüşte KILIÇ ÖZTÜRK, s. 249). Buna bağlı olarak 1 yıldan 4 yıllık süreli sözleşmelere kadar hiçbir sözleşme hükmün uygulama kapsamına girmeyecektir. Örneğin, 2 yıllık süreli sözleşmede (ilk iki yıl dahil) 6. Kira yılında emsal istenemeyecektir. Bu sonucun kabul edilebilirliğinin olmadığı açıktır. Lafzı amaca göre yorumlamak icap ettiğinden, yenilensin ya da yenilenmesin (bize göre en fazla 5 yıllık süreli sözleşme olmak koşuluyla) 5 yıl dolmuşsa, altıncı yenileme yılında emsale göre tespit davasının açılacağını kabul etmek gerekir. Aynı yönde YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Türk Borçlar, s. 639; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 72; KILIÇ ÖZTÜRK, s. 249.

²⁹ HİGİ, Vorbem. Zu Art.269-270e, Nr.75, 76; TANDOĞAN, I/2, s. 53; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), Borçlar Hukuku, s. 190; EREN, Özel Hükümler, s. 324; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Türk Borçlar, s. 381; ACAR, Kira Hukuku Şerhi, m.313, Nr.16, 17.

³⁰ Hatta atipik sözleşme oluşturacak tarzda paradan başka edimin belirlenmesi de mümkündür.

olduğu gibi TBK m.26-28 arası hükümler yani genel sınırlamalar söz konusudur. Bu sınırlamalara uymak koşuluyla taraflar kira bedelinin cinsini veya para olarak kararlaştırılması halinde miktarını diledikleri gibi belirleyebilirler. Kanunumuz konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin yenilenmesi halinde kiracıyı koruyucu hükümlere yer vermişse de başlangıçtaki kira bedeli konusunda hüküm ihdas etmemiştir. Başlangıçta kira bedeli serbestçe tayin edilebilir. Sözleşmeye yasal bir müdahale söz konusu değildir³². Bu nokta eleştirilebilir. Ancak durum budur. Oysa mehz İsviçre Borçlar Kanunu m.269'da başlangıçta kira bedelini belirleme konusundaki sözleşme serbestisinin kötüye kullanılması düzenlenmiş, devamlı m.269a'da istisnalar öngörülmuş, böylece kanunun söz konusu serbestiye müdahalesi ortaya konulmuştur³³.

Öte yandan kira süresine ilişkin olarak da kanunumuz serbesti tanımıştır. Sözleşme özgürlüğünün yansımaları olarak taraflar belirli veya belirsiz süreli kira sözleşmesi yapabilecekleri gibi, belirli süreli kira sözleşmesini aylık (örneğin 3 ay gibi), yıllık (örneğin 1 yıl veya 8 yıl gibi) yapabilirler. Bu durum ve serbesti konut ve çatılı işyeri kiraları için de geçerlidir³⁴.

Hem kira bedelinin miktarında serbesti hem de süredeki serbesti ilkesel olarak be-nimsenmiş durumda olduğundan, her iki serbestinin gereği olarak tarafların 1 yıl süreli aylık 1000 TL. bedelli kira sözleşmesi yapmaları mümkün olduğu gibi, 8 yıl süreli aylık 1000 TL. bedelli kira sözleşmesi de yapabilirler. Her iki durumda da kira bedelinin niteliği "*başlangıçta belirlenen kira bedeli*"dir. Zira sözleşmenin yasal ya da sözleşmesel sebeple yenilenmesi söz konusu değildir³⁵.

Başlangıçta belirlenen kira bedeli nitelmesi konumuz bakımından beş yıldan fazla süreli kira sözleşmelerinde daha bir önem kazanmaktadır. Taraflar örneğin sekiz yıl boyunca aylık kira bedelinin ne olacağını belirlemişlerse, bu belirlemeye yasanın müdahale etmeyeceği varsayımından ve ilkesinden hareket etmek zorunludur. TBK m.344/3'ün yorumunda bu durumun dikkate alınması gerekir. Bu açıdan bir yıllık kira sözleşmesinde 7. aydaki kira bedeli niteliksel olarak ne ise 8 yıllık sözleşmede 77. aydaki kira bedeli odur; her ikisi de başlangıçta belirlenen kira bedeli mahiyetindedir.

Şu halde TBK m.344/3'ü yorumlarken, beş yıldan uzun süreli kira sözleşmelerindeki bedelin başlangıçta belirlenen bedel olduğu gerçeğine ve buna müdahale edilemeyeceği temel esasına uygun yorum yapmak gerekir. TBK m.138'deki gibi özel ve olağanüstü bir sebep ve gereklilik olmadığı halde, birden fazla anlama gelebilecek lafza sözleşmeye müda-

³¹ TANDOĞAN, I/2, s. 53; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), Borçlar Hukuku, s. 190; EREN, Özel Hükümler, s. 407; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Türk Borçlar, s. 381; ACAR, Kira Hukuku Şerhi, m.313, Nr.16, 17; ÖZEN, s. 2035. Eski BK ve GKK döneminde de durum böyledi. Bugün itibarıyla de TBK m.344/1 başlangıçta kira bedelini belirlemedeki serbestinin ötesinde, yenilenen yıllarda kira artış oranını belirleme noktasında (TÜFE sınırı olsa da) serbesti tanımış ve mahkemenin de buna riayet etmesi gereğini ortaya koymuştur.

³² Yine bkz. TANDOĞAN, I/2, s. 54.

³³ Sadece kiracıyı korumaya dönük ve isteme tabi olan İBK m.269'daki müdahale, İsviçre Hukukundaki tanıma uygun olarak konut ve işyeri kiralarında uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. HIGI, Vorbem.zu Art.269-270e, Nr.5, 8, 13; WALTER, Vorbem.zu Art.269-270e, Nr.1.

³⁴ Ancak TBK'nun konut ve çatılı işyeri kirası tanımına uyması için kira süresinin altı aydan fazla olması gereğini hatırlatmak gerekir.

³⁵ Sözleşmenin yasal olarak yenilenmesinde, sözleşmenin kira bedeli dışında diğer hükümlerinin yenilenmesi söz konusu olmaktadır. Kira bedelinin bu şekilde belirsizleşmesi kira tespit davasıyla giderilmektedir.

hale etme sonucu doğuracak anlamı vermemek gerekir. Oysa mehz İBK m.269'da kiracıyı koruyucu müdahale açıkça yer almaktadır.

5. Anlaşmanın Değiştirilemezliği veya Sözleşmenin Bağlayıcılığı İlkesi

Diğer hukuk dallarında olduğu gibi sözleşmeler hukukunda da birtakım ilkeler geçerlidir. Sözleşmeler hukukunun temelini oluşturabilecek cinsten birkaç ilkedен birini de anlaşmanın değiştirilemezliği veya sözleşmeyle bağlılık ilkesi oluşturmaktadır. Bunlar kanunda düzenlenmiş (tipik) ya da düzenlenmemiş (atipik) olsun tüm sözleşmelerde, bu arada kira sözleşmelerinde geçerlidir. Konut ve çatılı işyeri kiralaları da bu ilkenin hüküm sürdüğü sözleşme türleri arasındadır. Kiracının korunuyor olması bu ilkeyi yürürlükten kaldırmamaktadır³⁶. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracıya bildirimli fesih imkanının sunulması bile (TBK m.347/1), esasen sözleşmesel sürenin bitmesiyle hüküm ifade edebilen bir hakttır. Bu açıdan diğer sözleşmelerden esasta bir farklılık arz etmez; kiracının ayrıcalıklı bir konumda gözükmesi kiraya verene bu hakkın tanınmamasından kaynaklanmaktadır. Kiracı kira süresince sözleşmeyle bağlıdır. Kiracıya yüklenmiş yasal ve sözleşmesel yükümlülüklerle uymak zorundadır.

Sözleşmesel hak ve yükümlülüklerin başlangıçta belirlendiği durumda (kira bedeli bakımından yasal yenileme olmadığı takdirde) sözleşme süresince her iki tarafı bağlaması sözleşmeyle bağlılık ilkesinin açık ve net bir gereğidir. Bu bağlılığa kanun müdahale edebilir³⁷. Bu müdahale, zayıf taraf lehine zayıfı korumak için olabileceği gibi, özel/olağanüstü duruma dayalı olarak yine zor duruma düşmüş tarafı korumak için de olabilir. Nitekim TBK m.344/1'deki TÜFE sınırlaması kiracıyı korumaya dönüktür, TBK m.138'deki uyarlama imkanı ise başlangıçta (zayıf taraf olma gibi) böyle bir özelliği bulunmadığı halde olağanüstü ve öngörülemez olay nedeniyle güç duruma düşmüş, bu nedenle de zayıflamış tarafı korumaya dönüktür. Haliyle bunlar, istisnaidir, açık yasa hükmüne dayanır ve uyarlama için olağanüstü öngörülemez bir durumun ortaya çıkması gerekir. Aksi halde bu gibi istisnai halleri genişletecek yorumdan kaçınmak gerekir. TBK m.344/3'ün de bu perspektifle değerlendirilmesi gerekir. Şayet böyle hareket edilir ve yorumlanırsa, beş yıldan fazla süreli sözleşmelerde beşinci yılın tamamlanmasıyla emsale dayalı tespit davası açılmayacağı sonucu doğacaktır.

6. TBK m.344/3'e Verilecek Anlamın Uyarlamaya Sebebiyet Vermemesi Gereği ve TBK m.138 Karşısında Çelişki Yaratacağı

Sözleşmenin bağlayıcılığı mutlak değildir. Ancak sözleşmeler hukukunda ana ilke olarak hüküm sürmektedir. Sözleşmedeki edim dengesini taraflar yasal sınırlar içerisinde serbestçe tayin ederler. Başlangıçta öngörülemeyen, gerçekleşmeyeceği sanılan olağanüstü ve genellik (sosyal) özelliği gösteren olgular/olaylar gerçekleşmesiyle edim dengesi sonradan altüst olmuş olabilir. Bu durum sözleşmenin bir tarafı için ifa güçlüğü yaratmış, buna rağmen hala sözleşmeyle bağlılıktan yola çıkılarak ifayı talep etmenin dürüstlük kuralıyla

³⁶ Nitekim "taahhüt" esasen kiracı aleyhine olmakla birlikte kiraya verene tahliye hakkı tanımaktadır. Kanun bu durumu bir tahliye sebebi kabul etmiştir (TBK m.352/1). Bunun sebebi esasen "taahhüt" yani kiracının iradi olarak yükümlülük altına girmesi, söz vermesidir. Sözleşmeyle bağlılığın yansımaları olan bu durum da açıkça gösterir ki, korunan kiracı veya kiraya veren yapmış oldukları sözleşmeye, taahhütlerine uymakla yükümlü kılınmışlardır.

³⁷ İNCEOĞLU, TBK m.344'deki kanuni düzenlemeyi bir müdahale görmekle ve bunu temelde olumlu bulmakla birlikte, hükmün sözleşme özgürlüğüne gereksiz bir müdahale olarak da yorumlanmaktadır (C.II, s. 126).

çatışması hali söz konusu ise bu duruma özgü olarak, sözleşmeye hakim mütahale etmesini düzenleyen TBK m.138'in varlığı TBK m.344/3'ün değerlendirilmesinde gözden irak tutulamaz.

TBK m.344/3'ü beş yıllık sürenin dolmasıyla ve fakat halen sözleşmesel süre devam ederken kiraya verene emsal kira bedeli uygulamasına dönük hakkı tanımak, aynı kanunda genel hüküm niteliğinde bulunan ve tüm sözleşmeler için geçerli olan TBK m.138'in varlığı ile çelişki yaratacaktır. Bir yandan kanun ancak olağanüstü ve öngörülemez olguların varlığı halinde ve başkaca koşulları sıkı surette arayarak sözleşmeye müdahaleye izin verirken, diğer yandan öngörülemezliğin, olağanüstülüğün, edim dengesinin altüst olmasının bulunmadığı hatta dürüstlük kuralıyla da barışık bir durumda kiraya verene sözleşmedeki kira bedeline müdahale iznini vermektedir. Ne bu denli büyük çelişkiyi haklı gösterecek ve ikna edici özelliği taşıyan kiraya verenin haklı menfaati vardır ne de yasal düzenlemenin gerekçesinde ve komisyon çalışmalarında ortaya konan bir veri vardır. Üstelik yasanın lafzı açıkta değildir. Şu halde TBK m.138 varlığı ve koşulları karşısında, TBK m.344/3'ü sözleşmeyle bağlılığı koruyucu yönde yorumlamak olağan ve tabii olmalıdır.

7. TBK m.344/1'deki Sözleşmesel Artış Kaydına İtibar Etme Hükümü Karşısında Evleviyet İlkesinin TBK m.344/3'ün Yorumuna Etkisi

Doktrinde bir görüşe göre, kira artış kaydını içeren bir kira sözleşmesinde yenilenen dönem itibariyle açılan kira tespit davaları esasen teknik anlamda kira tespit davası değildir. Zira böyle bir kira sözleşmesinde yenilenen kira dönemi için kira bedeli belirlidir. Oysa kira tespit davasına konu durumda, kira bedeli belirsizdir, yenilik doğuran karar mahiyetinde tespit kararı ile kira sözleşmesindeki kira bedeli ortaya çıkmış olur³⁸. Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse: Kira sözleşmesinde aylık kira bedeli 1000 TL. belirlenmiş ve yıllık %10 kira artış oranı öngörülmüş olsun. Kira sözleşmesinin yenilenmesi halinde yeni kira yılında kira bedeli 1100 TL. olacaktır (bu oran TÜFE sınırını aşmış olsa bile TÜFE oranı belli olduğu için o kadar artış olacak, yine yeni kira bedeli miktarı belli olacaktır). Burada belirsiz olan bir bedel yoktur.

Gerçekten TBK m.344/1 hükmü uyarınca konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından yenilenen dönemde uygulanacak kira bedeline ilişkin kira artış anlaşmaları geçerlidir. Bu yöndeki anlaşma imkanının sınırı TÜFE oranıdır. Bu sınıra riayet edildiği sürece anlaşma geçerlidir ve ona itibar edilir. Sözleşmenin yenilenmesinde de bu artış kaydı yenileneceği için yeni dönemde kira bedeli sözleşmesel ve belirli olacaktır.

TÜFE sınırına riayet edilmediği takdirde sözleşmedeki artış kaydına kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanacaktır. Ancak burada tam hükümsüzlük yerine kısmi hatta hem dikey hem de kısmi hükümsüzlük uygulanacaktır³⁹. Bu çerçevede TÜFE oranını aşan anlaşma kısmi hükümsüz olacak, TÜFE oranınca anlaşma geçerliliğini sürdürecektir. Böylece yasal düzenlemenin getirdiği yaptırım, hukuka aykırılığı gidermekte, sözleşme kaydını da ayakta tutmaktadır. Durum böyle olunca yenilenen kira döneminde kira bedelinin belirlenmesi sorunu esasen doğmayacaktır. Hatta yeni kira bedelinin dayanağını mahkeme kararı

³⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Türk Borçlar, s. 644; ÖZEN, s. 242; TOPUZ/TOPUZ, Yeni Dönem Kira Artış, s.86. Buna rağmen uygulamada herhalükarda "tespit davası" adı altında bu konu yargı eliyle çözülmektedir. Öte yandan, kira sözleşmesinin yenilenmesi kira bedeline ilişkin sözleşme hükmünün yenilenmesini sağlamamaktadır. Oysa kira artış kaydını bu kapsamda değerlendirmemek de mümkündür. Diğer bir ifadeyle, kira artış kaydı yenilenmektedir. Böyle kabul edilirse, kira tespit davası teknik anlamda bir tespit davası olduğu iddia edilse bile, tespitite yine sözleşme kaydı esas alınacaktır. Zira kira artış kaydı hükme esas kabul edilir.

³⁹ EREN, Özel Hükümler, s. 409; İNCEOĞLU, II, s. 128.

değil, sözleşme maddesi oluşturacaktır⁴⁰. Bu durumda yine de tespit davası açılacak olursa, yapılacak şey “olan”ın (mevcudun) tespiti olduğu için teknik anlamda kira tespiti değil, genel anlamda bir tespit davası olabilecektir⁴¹.

Varılan bu sonuç kanunun çözmeye çalıştığı ana sorunda yani kira sözleşmesinin yenilenmesinde bile, esasen kira tespit davasının açılmasının gerekmediğini, açıklamayacağını, açılrsa bile bu davanın bir tespit davası olamayacağını (eda/ifa davası olacağını) gösterir⁴². Kısaca, kira artış oranına ilişkin sözleşme kaydı varsa sözleşme kanun gereği yenilense bile, teknik anlamda bir tespit davası açılmayacaktır denilse hatalı olmayacaktır. Ortaya konulanlar göstermektedir ki, bir yıllık kira sözleşmesi yenilenirse ve kira artış oranı sözleşmede varsa teknik anlamda bir tespit davası açılmayacakken (TBK m.344/1 buna uygunkun); örneğin 8 yıllık bir kira sözleşmesinde başlangıçta belirlenen kira bedeli yasal hatta sözleşmesel bir yenileme olmadığı halde ve bu nedenle de kira bedeline ilişkin sözleşme maddesinin yenilenmemesi, bedele ilişkin sözleşmede boşluk oluşmamasına dayalı tespit ihtiyacı ortada yokken kira sözleşmesi tümü hükümleriyle ayakta ve başlangıçtaki haliyle varlığını sürdürürken tespit davası açılabilir. Yenilenen sözleşmede teknik anlamda tespit davası açılmazken, yenilenmeyen başlangıçtaki haliyle varlığını sürdüren 8 yıllık sözleşmede tespit davası açılabilir. TBK m.344/1 ile 3'ün uygulanmasında böyle çelişkili sonuca imkan vermemek gerekir.

Öte yandan kira sözleşmesinde kira artış kaydının olmayışından hareketle tarafların kira bedelini artırmayacağı yönünde iradelerinin uyduğu sonucuna yorum yoluyla ulaşamayacağı ileri sürülebilir⁴³. Hatta bedel artışının olmayacağına sözleşmede açıkça belirtilmesi gerektiği aksi halde artışın olması gerektiği de ifade edilebilir⁴⁴. Ancak bunlar yeni-

⁴⁰ **ÖZEN**, s. 2041. Esasen teknik anlamda kira tespit davaları, sözleşmenin yenilenmesi sistemi içerisinde kira bedeli maddesinin yenilenmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum sözleşme boşluğu olarak nitelendirilmekte, bu boşluğun tespit davasıyla (yenilik doğuran bir dava ile) doldurulması söz konusu olmaktadır. Ancak kira artış oranını içermeyen sözleşmelerde, teknik anlamda tespit davasının açılmasını gerektiren “sözleşme boşluğu”, ancak yenilenen sözleşmelerde söz konusu olmaktadır (bkz. **TOPUZ/TOPUZ**, Yeni Dönem Kira Artış, s.82, 85). Kısaca sözleşmenin yenilenmesi söz konusu değilse, kira artışı da olamayacak, tespit gereği de oluşmayacaktır.

⁴¹ Yine bkz. **TOPUZ/TOPUZ**, Yeni Dönem Kira Artış, s. 86.

⁴² **ÖZEN**, s. 2049, dp.31.

⁴³ Uygulama örnekleri göstermektedir ki, kira artış kaydını içermeyen kira sözleşmesine rastlamak neredeyse imkansızdır. Bu durumun yaygınlık göstermesi ve teamül düzeyinde olması, aksi yoruma önemli ölçüde katkı sağlamaktadır.

⁴⁴ **ÖZEN**, s. 2056, Dp.40. **İNCEOĞLU** ise şöyle demektedir: “Zira Türk Borçlar Kanunu'nun 344.maddesinden farklı olarak konut veya çatılı işyeri niteliği taşımayan kira sözleşmelerinde uzama döneminde yeni kira bedelinin ne olacağına ilişkin bir hüküm kanunumuzda mevcut değildir. Kanaatimizce aksi kira sözleşmesinde düzenlenmemiş ise uzama döneminde kira bedeli eskisinin aynısı olmalıdır. Esasen yeni kira bedelinin belirlenmesi yönünde bir ihtiyaç da mevcut değildir. Zira 344.maddenin varlık nedeni, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiraya verenin zımnı uzamanın önüne geçememesidir. Oysa diğer kira sözleşmelerinde böyle bir durum söz konusu olmadığı gibi, uzama halinde sözleşme belirsiz süreli kira sözleşmesine dönüştüğü için, kira bedelini düşük bulan kiraya verenin yapması gereken kira sözleşmesini feshi ihbar ile sona erdirmektedir” (C.II, s. 202). Böylece **İNCEOĞLU**, diğer kira ilişkilerinde (başlangıçta belirlenen ve sabit süre dahilinden öte) sözleşmenin uzaması halinde bile bedel artışının olmayacağını (yani artışın olmayacağı yönünde tarafların iradelerinin uyusmasını onaylar tarzda) kabul etmektedir. Yine eBK m.263 (TBK m.327) çerçevesinde sözleşmenin yenilenmesi yani belirsiz süreli kira sözleşmesine dönüşerek uzaması halinde, kira sözleşmesinin aynı şartlarla yenilenmesi söz konusu olduğundan yeni dönem kira bedeli-

lenen sözleşmeler de anlamlıdır⁴⁵. Öncelikle kira artış kaydı TBK m.344 temelinde, yasa gereği yenilenen sözleşmelerde bir ihtiyaca cevap verir. Bir yıllık kira sözleşmesi yenilenmese, sürenin dolmasıyla sona erse kira bedelinin artışına da ihtiyaç olmayacaktır. Ne var ki, kanun kendiliğinden gerçekleşen yenilenmeyi tercih ettiği için, yeni dönem kira bedelinin belirlenmesi gerekmekte, böylece kiraya verenin menfaatini korumak için artış kaydına ihtiyaç duyulmaktadır. O halde artış kaydının varlığı veya yokluğu meselesi yenilenen kira sözleşmelerinde anlamlıdır ve yorum elementi sunar.

Öte yandan kiracı ve kiraya veren bir yıl süreli kira sözleşmesi yapmakla beraber, yasa gereği sözleşmenin yenilenmesi hatta yıllarca böyle devam etmesi kiraya veren için aynı kira bedeliyle devam etmesi neticesini doğurur ki, sözleşmede artış kaydının yokluğuna artışı talep etme hakkından kiraya verenin vazgeçtiği (feragat) anlamını yüklemek haksız sonuçlar doğuracaktır, doğru görülmeyebilir. Hem iradesi dışında kira sözleşmesi yenilediği için kiraya veren kira sözleşmesiyle bağlı olmaya (yükümlülüklere tabi olmaya) hem de kira bedeli aynı (şartlarda) kalmaya devam edecektir. Buradaki kiraya veren aleyhine olan haksızlık açıktır. Oysa bizim üzerinde durduğumuz husus beş yıldan uzun süreli (örneğin sekiz yıllık), yani yenilenmeyen/uzamayan, tek ve belirli süreli sözleşmelerdir. Sözleşme süresi boyunca aylık veya üç aylık hatta yıllık, ayrıca toplam kira bedelini taraflar özgürce tespit etmişler ve bağlayıcı olacağı hususunda anlaşmışlardır. Bu anlaşma/uyuşma, artışın istenmeyeceğini doğrudan ve açıkça ortaya koyar. Ortada (irade dışı) bir yenileme olmadığı için başlangıçtaki kira sözleşmesinin bağlayıcılığı ve bedelin belirliliği karşısında, artık tarafların (özellikle kiraya verenin) bedel artışını istemeyeceğini ileri sürmek sözleşme kavramının ve özel hukuktaki karşılığının en tabii gereğidir. Bu anlaşmayı kira artışını istemekten vazgeçmek anlamında gelmediği şeklinde yorumlamak, esasen sözleşmedeki diğer hükümlerin de bağlayıcı olmadığını söylemekten farksızdır. Örnekle ortaya koymak gerekirse: Aylık 1000 TL. kira bedelli ve bir yıllık kira sözleşmesinde, kiraya veren bir yıl süreyle kira bedelinin ne olacağını karşılıklı anlaşma çerçevesinde kabul etmiş demektir. Böylece 12 ay boyunca artık artışı istemekten vazgeçmiş demektir. Bu nedenle sözleşmenin 7. ayında kiraya veren kira artışını nasıl isteyemezse, 3 yıllık veya 8 yıllık kira sözleşmesinde de 2. veya 6. yılında benzer şekilde kira artışını isteyemez. Bir yıllık kira süresince kiraya verenin sözleşmeyle kabul ettiği kira bedelinin arttırılmasını istemesi sözleşmeyle bağlılık ilkesine uymazsa, üç veya sekiz yıllık sözleşmeler bakımından da öyledir. Aralarında bir fark bulunmamaktadır. Yılların geçmesine bağlı edim dengesinde bozulma olabilir. Ancak uzun süreli kira sözleşmesini yapan taraflar bunu hesaba katarlar. Katmamışlarsa buna katlanmaları sözleşmeyle bağlılık ilkesi gereğidir⁴⁶. Ancak esaslı saik hatası veya gabin ya da uyarılama/işlem temelini çökmesi gibi hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda bu ilişkiye müdahale edilir.

nen tespitinin istenemeyeceği kabul edilmekteydi. Bkz. **ARPACI** (HATEMİ/SEROZAN), Borçlar Hukuku, s. 190. Yani yeni dönemde kira artışının istenmesi kabul edilmemekteydi.

⁴⁵ Yenilenen sözleşmelerde kira bedelinin TL olarak kararlaştırılması ve kira artış kaydına yer verilmemesinde bile, bu vaziyetin kira artışını tarafların istemedikleri yönünde yoruma elverişli olduğunu ifade etmek isteriz. Ancak bu tip sözleşmelerde kira artışından feragat edilmediğini söylemek daha isabetli olsa da, isabetin dayanağı sözleşmenin yenilenmesidir. Bkz. **TOPUZ/TOPUZ**, Yeni Dönem Kira Artış, s. 85.

⁴⁶ Yenileme olmadığı için sözleşme boşluğu da oluşmayacaktır.

8. Beş Yıldan Uzun Süreli Sözleşmeyi Bildirimle Feshetme İmkânı Olmayan Kiracının Katlanamayacağı Kira Bedeline Mahkum Edilmesi

Bir yıllık kira sözleşmeleri zemininde yasal yenilemelere bağlı olarak kira artışı gündeme gelecektir. Kiracı kira sözleşmesindeki kira artış oranını bildiğinden ve kabul etmiş olduğundan, yeni dönem kira bedelinin ne olacağını büyük oranda tahmin edebilmektedir. Ödeyemeyeceği bir bedelin oluştuğunu tahmin edecek olan kiracının TBK m.347/1 uyarınca sözleşmeyi bildirim yoluyla sona erdirmesi söz konusu olacaktır. Böylece haline münasip bir başka taşınmazı kiralaması sağlanacaktır. Üstelik kira artış oranına ilişkin sözleşmesel kayıt TBK m.344/1 uyarınca yasal sınıra da tabi tutulmuştur. TBK m.344 ile 347 arasındaki koordinasyon veya uyum bu sonucu doğurmaktadır⁴⁷.

Bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde kiracının TBK m.347/1 uyarınca birinci yılın sonunda sözleşmeyi bildirim yoluyla sona erdirmesi kabul edilmiş değildir. Yani kira sözleşmesi 7 yıllık ise kiracı ancak bu süre bitince bildirim yoluyla sözleşmenin yenilenmesini engelleyebilecektir⁴⁸. Şu halde kiracı uzun süreli kira sözleşmesiyle bağlıdır. Fakat yıllara bağlı olarak kira bedelinde değişkenlik olursa, bağlayıcılık ile bu değişkenlik birlikte değerlendirildiğinde, bu sürecin kiracı ile kiraya verenin kontrolünde olması gereğine işaret eder⁴⁹. Aksi halde bağlı olunan sözleşmede edimler zamanla değişkenlik gösterebiliyor ve bundan da tarafların ortak iradeleri rol oynamıyorsa, sözleşme özgürlüğü ciddi zedelenir ve üstelik zayıf taraf olan kiracıyı koruyan konut ve çatılı işyeri kiralalarında, yasal hükümlerin amacına açıkça aykırılık oluşur.

Bu noktada iki yoldan biri tercih edilmelidir: Ya uzun süreli sözleşmede (emsal uygulaması gibi bir yol benimsenirse) kiracıya sözleşmeyi bildirim yoluyla ve tazminatsız feshetme imkanı verilmelidir ki, bu TBK m.347/1'de yer almamaktadır⁵⁰ ya da uzun süreli

⁴⁷ Kira tespit davası her zaman açılabilir. Ancak yeni kira yılında geçerli bir kira bedelinin tespiti isteniyorsa, ya yeni kira yılının başlangıcından en geç 30 gün önceki bir tarihte açıldığı kiracıya bildirilmeli veya kiraya veren aynı tarihe uygun olarak yazılı bildirimde bulunmalıdır (TBK m.345/1,2). Kiracının bildirim yoluyla feshi ise belirli süreli kira sözleşmelerinde (yaygın olan budur) sürenin bitiminden en geç 15 gün önceden bildirim yoluyla olabilecektir (TBK m.347/1). Görülecektir ki, tespit davası sürenin bitmesine en geç 30 gün kala, fesih bildirimine ise en geç 15 gün kala gerçekleşecektir. Bu iki tarih arasında 15 günlük bir süre söz konusudur ki, kiracı bu sürede artırılmış kira bedeliyle sözleşmeye devam etme ya da etmeme kararı verecektir. TBK m.345/1,2'deki süreye uyulmazsa açılacak tespit davasında alınan karar yeni kira yılında uygulanmayacaktır. Zira kiracıya 15 günlük düşünme ve tercihte bulunma imkanı verilmemiştir. Öyleyse eski kira bedeli ile bir yıl daha kira sözleşmesine devam edilecektir; kira bedeli bir sonraki kira yılında uygulanacaktır. Kiracı sonraki kira yılına devam edip etmemeye TBK m.347/1 çerçevesinde karar verecektir.

Ancak kira sözleşmesinde kira artırımı kaydı varsa tespit davasının açılmasına veya bildirimde uymaya gerek yoktur (TBK m.345/3). Bu hükmün beş yıldan fazla süreli sözleşmelerde 6. kira yılında tespit davası açılacağı yönünde ileri sürülen durum bakımından uygulanabilirliği zaten yoktur. Çünkü yenilemeye bağlı (kanun yeni dönem demektir) kira tespit davası ortada yoktur.

⁴⁸ Gerçi kiracının kiralananı erken geri vermesi (TBK m.325) yoluyla sözleşmeyi sona erdirmesi mümkündür. Ancak kiracı bu halde tazminat ödemekle yükümlü olacağı için, TBK m.347/1'deki gibi tazminatsız ve özgürce ilişkiyi sonlandırmasıyla eş değerde sayılamaz.

⁴⁹ TBK m.344/1'de benimsenen sözleşme özgürlüğü bunu ortaya koyar.

⁵⁰ Şayet yasanın lafzı kiracı aleyhine yorumlanır ve emsale göre tespit davası açılacağı yasa düzenlendiği benimsenirse, kiracıya TBK m.347/1'deki gibi bir bildirimli fesih hakkının tanınması gereği karşısında bu benimseme yasal dengesizliğin varlığına, bir ihtiyacın karşılanmamasına işaret eder ki, kanun boşluğu yorumuna sevk edebilir. Gerçekten TBK m.344'e bakıldığında yenilemeye bağlı olarak kiraya verenin artırımı talep etme hakkı tanınmış, fakat bu kez TBK m.347/1'de kiracıya sözleşmenin yenilenmesine engel olma imkanı verilmiştir. Her iki duruma ilişkin sürelerde de 15

kira sözleşmelerinde kira sözleşmesine itibar edilmelidir⁵¹. En kötü ihtimalle aşağıda ifade edeceğimiz üzere kira artışlarının yaratacağı yeni bedelin kiracının en azından başlangıçta ortaya konulan ölçütler (kira artış kaydı) yoluyla kontrolünde tutulması gerekir⁵².

Görülüyor ki, beş yıldan fazla süreli kira sözleşmelerinde sabit kira bedeline rağmen kiraya verenin 6.yılda TBK m.344/3'e dayanarak kira tespit davasını açabileceğini kabul etmek kiracıyı, 1 yıllık sözleşmelerdeki gibi artırılmış kira bedelinin yarattığı ağırlıktan

günlük kiracıya düşünme imkanı veren süre oluşturulmuştur. Kiraya verene fesih hakkı kural olarak tanınmamış, zira ona kira bedelinin artırımını talep etme imkanı verilmiştir. Kiracıya artırımı katlanma zorunluluğu yaratılmış fakat karşılığında sözleşmeyi bildirimle feshetme imkanı verilmiştir. Bu şartlar altında konut ve çatılı işyeri kiralarındaki pozitif düzenlemelerin bu genel karakteristiği dikkate alındığında (TBK m.344/3'ün lafza bağlı yorumu yapılacak olursa) bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu söylenebilecektir. Öte yandan kanun koyucu şayet lafzı yorumdaki gibi hareket ettiyse, kiracıyı koruyan sistem içerisinde ummadığı veya istemediği bir sonuç doğmuştur. Boşluk için de bu yeterli sayılır. Yine bkz. **TOPUZ/TOPUZ**, Yeni Dönem Kira Artış, s. 77, 78.

⁵¹ Sözleşmede sabit kira bedeli belirlendiği halde yasanın lafzından hareketle sözleşmenin 6. yılında emsale göre tespiti istenerek sözleşmeyle bağlılık kiraya veren bakımından rafa kaldırılırken, kiracının sözleşmeye devam etme zorunda bırakılması yani sözleşmeyle bağlı tutulması (TBK m.347/1'de olduğu gibi fesih imkanından yoksun olması) ciddi bir haksızlık yaratır. Üstelik TBK m.331 çerçevesinde kiracı lehine olacak tarzda haklı neden sayılarak önemli sebeple fesih imkanı da olmayacaktır. Emsale göre kira bedelinin tespitini isteme kiraya veren için bir hak olduğundan TBK m.331 çerçevesinde kiracı haksız sayılacak ve tazminat ödemekle yükümlü hale gelecektir. Ayrıca kira artışının da TBK m.331 çerçevesinde önemli sebep niteliğine girmesi pek mümkün olmayacaktır.

⁵² Mülga GKK dönemi itibarıyla kira bedeli ve artışı dahil tespit sorunu ile kira sözleşmesinin yasal olarak yenilenmesi arasında ilişki bakımından yine bkz. **TOPUZ/TOPUZ**, Yeni Dönem Kira Artış, s. 77. 4531 Sayılı Kanunla GKK m.2, 3'deki değişikliğin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesine (19.07.2001 tarihli 303 E., 333 K.sayılı Kararına) rağmen yine GKK m.11'in (yani bugünkü TBK m.347/1'in karşılığıdır) iptal edilmemesi ve yürürlüğünü sürdürmesi, buradaki tespit ve görüşü temelsiz bırakmaz, hatta kira artışı ile yenileme arasında (iptal boyutunda sıkı bir ilişki olmadığı iddia edilse bile) ilişkinin varlığını ortaya koyar. Anayasa Mahkemesi, kira artışını sınırlayan 4531 Sayılı Kanunu iptal ederken kiraya verenin kira bedeline ilişkin menfaatinin sınırlanmasını (%25, %10) Anayasa'ya (mülkiyet hakkının özüne) aykırı bularak kiraya veren lehine tutum sergilemiştir. Kısaca kira artırımı olmalı fakat bu şekilde sınırlandırılmamalıdır demiştir. Kira artırımı yapılamaz yönünde bir karar verseydi, m.11'i de iptal etmesi gerekirdi denilebilir. Yüksek Mahkeme aynı zamanda m.11 uyarınca kiracının korunması noktasında kira sözleşmesinin yenilenmesini de zorunlu görmüştür ve bundan da vazgeçmemiştir. Kiracının yenilemeye bağlı korunması ile kiraya verenin bedel üzerindeki menfaati arasında bir denge gözetmiştir. Kiracının korunması için GKK m.11'ün yürürlüğünü sürmesi kabul edilmiş, sözleşmenin yenilenmesi yararı ile kiracıya tanınan bildirimli fesih yararından haklı olarak vazgeçilmemiştir. Hem sözleşmenin yenilenmesiyle kiracının tahliyesi önlenmekte hem de kira artışına bağlı yeni kira döneminde devam etmek istemeyen kiracının sözleşmeyi feshetme yetkisi tanınmaktadır. Oysa ele aldığımız sorunda, kiraya verenin beş yıldan uzun süreli sözleşmede 5. yılın bitimiyle henüz sözleşme süresi devam ederken emsal kira bedeli tespiti davası açmakta, karşısında ise kiracının sözleşmeye güven duyması ve buna rağmen ummadığı bir kira bedeline ulaşan kira sözleşmesine devam etmek zorunda kalması söz konusudur. Burada Anayasa Mahkemesinin iptal kararında gözettiği denge altüst olmaktadır. Kiracıyı korumak için GKK m.11'in iptal edilmemesi, ele aldığımız dengede kiracı aleyhine (yani kira artışı ile yenileme ve bildirimli fesih kurum ve kuralları arasında bağın olmadığı şeklinde) bir yorum elementi olamaz. Kısaca belirtirsek, Anayasa Mahkemesinin iptal kararında çıkarsadığımız şudur: Kira bedelinin artırımı yasaklanamaz (artırım mümkün olmalıdır) ve aynı zamanda kiracının fesih imkanına sahip olduğu yenileme sistemi de sürmelidir. Fesih imkanını içeren bir yenileme varsa artırım da olmalıdır, artırıma mülkiyet hakkının özüne aykırı olmayacak düzeyde sınırlama getirilebilir (yine bkz. **EREN**, Özel Hükümler, s. 407). Oysa TBK m.347/1'deki yenileme ve özellikle bildirimli fesih imkanı TBK m.344/3'ün tatbik edileceği beş yıldan uzun süreli sözleşmelerde uygulanmamaktadır.

kurtulmak için TBK m.347/1'den yararlanma imkanının olmadığı bir ilişkiye mahkum etmek anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle bir yıllık sözleşmede artışa ya katlan ya da sözleşmeyi feshet denilirken (seçme özgürlüğü), beş yıldan fazla süreli sözleşmede “artışa katlan, sözleşmeyi feshedemezsin” (mahkum kılma) denilmiştir olmaktadır.

9. Yasal Düzenlemedeki “Beş Yıldan Uzun Süreli” İfadesinin Varlık Sebebi ve Anlamı

TBK m.344/3'deki “beş yıldan uzun süreli” ifadesi, yukarıda ortaya konmaya çalışıldığı üzere sözleşmesel süre devam ederken (yani yenileme olmadığı dönemde) kira bedelinin tespitini istemek üzere metne konulmamıştır. Bu durumda söz konusu ifadenin varlık sebebinin açıklanması gerekir. Zira kanun koyucu “abesle iştiğal etmez” özdeyişi hatırdta tutulmalıdır.

TBK m.344/2'nin getirdiği ekonomik endekse dayalı sistem sözleşmelerin yenilenmesi üzerine kurgulanmıştır. Sözleşmede kira artışına ilişkin kayıt yoksa ilk kira yılı hariç 4 defa yani 4 yıl kira sözleşmesi yenilenecek olursa bu dönemlerde fıkra 2 hükmüne göre hareket edilecektir. Kira başlangıcından itibaren 6. yılda kira bedelinin tespitinde artık ne fıkra 1'e de fıkra 2'ye itibar edilecek; fıkra 3'deki esaslara göre özellikle emsale göre kira bedelinin tespiti yapılabilecektir. Bir yıllık kira sözleşmesi modeli üzerinden (beşinci yılın sonu itibarıyla) emsale göre tespit yapıldıktan sonra onuncu kira yılı bitmeden tekrar emsale göre tespit yapılamayacaktır⁵³.

Ancak yine sözleşme serbestisi gereği kira süresinin bir yıldan fazla örneğin 8 yıl olması mümkündür. Başlangıcı bir yıllık sözleşme ve bir yıllık yenileme modeli üzerine kurgulanan kira tespit sistemiyle uyumlu olarak (hükümdeki “her beş yılın sonunda” ifadesinin açıkça ortaya koyduğu üzere) her beş yılda bir emsale göre tespitin benimsenmiş olması, zorunlu olarak bir yıldan fazla süreli kira sözleşmelerinde (örneğin 2, 4 yıllık) hatta beş yıldan uzun süreli sözleşmelerde bu sistemin nasıl uygulanacağı sorununu beraberinde getirmektedir⁵⁴. Örneğin 8 yıllık kira sözleşmesinde beş yılda bir emsale göre tespit uygulanamayacağından (beşinci yıl kaçırılmış olacağından), kiraya veren beşinci yılı kaçırdığı için ancak 10.yılın sonu için mi kira tespit davası açabilecektir? Yoksa kiraya veren emsale göre 9. yıl içinde kira tespit davasını açabilecek midir? Hatta bir kez bu şekilde tespit yapıldıktan sonra örneğin 9.yılda tespit yapılırca, 10.yılda (yani ikinci beşinci yılda) yeniden tespit istemek mümkün olacak mıdır? Yoksa 14. yılı mı beklemek gerekecektir?⁵⁵ gibi sorular sorulabilir.

Bu sorunları çözmek için fıkradaki ifadenin ihdas edildiğini belirtmek gerekir. Hüküm sayesinde beş yıldan fazla fakat 10 yıldan az kira sözleşmelerinde beşinci yıl kaçırılmış olsa bile, emsale göre kira tespiti sözleşmedeki sürenin dolduğu yılı takip eden yıl içerisinde açılacağı açıklanmaktadır⁵⁶. Bu nedenle yukarıdaki örnekte olduğu gibi 10. yılı beklemeye gerek yoktur, 9. yılda tespit davası açılabilir.

⁵³ Yine bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Türk Borçlar, s. 638 vd.; KILIÇ ÖZTÜRK, s. 248 vd. 12. Ve 18. Kira yılı şeklinde GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 72, 73; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 603, 604.

⁵⁴ Benzer sorun hükümdeki “...veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde...” de karşımıza çıkmaktadır. Bkz. GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 72.

⁵⁵ İki yıllık kira sözleşmesi örneği üzerinden benzer soruna ilişkin olarak bkz. GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 72.

⁵⁶ TBK m.344/3 hükmü 1.fıkradaki kiracı yararına getirilen sınırlamaya yer vermeyen bir tespit yöntemini kabul etmekle birlikte, 5 yılda bir kez emsalın uygulanması itibarıyla asgariyi ifade eder. Burada 5 yıllık süre geçmeden emsal istenemeyeceği yönde emredicilik söz konusudur. Bu bakımdan

Bu yorumun doğal uzantısı olarak, böyle bir tespit 9. yılda yapılmışsa 4 yenileme yılında fıkra 1 ve 2'ye göre artış yapılacaktır, 14.yılda (yani beşinci yenileme yılında) yine fıkra 3 uyarınca yani emsale göre tespit istenebilecektir⁵⁷. Bu sonucu yadırgamamak gerekir. Zira ilk 8 yıl sözleşmedeki bedel uygulanmıştır. Bu süre zarfındaki kira bedelinin niteliği bir yıllık kira sözleşmesindeki kira bedelinden farklıdır. 8 yıllık dönemde emsal değişiklikleri 9. yılda zaten kira bedeline yansıtılmıştır. Kanun koyucu emsal tespitinden sonra beş yıllık sürenin geçmesini esas kabul ettiği için, beş yıl boyunca emsal değişiklikleri yerine ekonomik endekse itibar edilecektir (TBK m.344/2). Durum böyle olunca, 9.yıla dört uzama yılını eklemek ve bunlarda fıkra 1 ve 2'yi uygulamak, akabinde yine beş yıllık süreye bağlı emsal sistemini devreye sokmak gerekecektir. Aksine sözleşme süresi daima 1 yıllıkmış gibi 5.yıl, 10. yıl, 15.yıl şeklinde emsal uygulaması şekli yaklaşım olur ve somut sözleşmede haksız sonuçlar doğurur. Bu durum kanunun amacına aykırı lafzı yoruma tipik bir örnek olarak gösterilebilir.

III. Kira Artış Kaydı Bulunan Beş Yıldan Uzun Süreli Kira Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirme

Kira sözleşmesinde yeni dönem ya da kira yılında kira artışının ne olacağına dönük olarak kira artış kaydına yer verilmesi yaygın uygulamadır. Böylesi sözleşmelerde TBK m.344/3'ün uygulanması bakımından değerlendirme yapmak gerekir. Yüksek Mahkeme ele aldığımız kararda görüşünü "*Davada kira sözleşmesinin 10 yıl süreli oluşu ve kira parasının bu süre içerisinde ne oranda arttırılacağı kararlaştırıldığına göre; bu koşul gözönünde bulundurulmak ve her yıl kademeli olarak yapılacak artış suretiyle kira bedeli saptanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir...*" şeklinde ortaya koymuştur. Dikkat edilecek olursa, kira sözleşmesinin 10 yıl oluşuyla birlikte mesele ele alınmış, kira artış kaydına itibar edilmesi gereğine işaret edilmiştir.

Bu konuda doktrinde bir görüşe göre, kira artış kaydı olsa (miktar oran veya miktar belirtilsin ya da belirtilmesin) bile kayda itibar edilemez, tespit yine TBK m.344/3'e göre yapılacaktır⁵⁸. Bu görüşün dayanağını fıkradaki "*Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, ...*" ifadesi oluşturmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere Yüksek Mahkeme, sözleşmenin 10 yıllık oluşunu dikkate alarak sözleşmedeki artış kaydına göre hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bir üst sorunda ele aldığımız ve açıkladığımız bazı hususların bu sorunda da göz önünde bulundurulması gereğini peşinen belirtmeliyiz. Özellikle kira tespit sisteminin bir yıl süreli yasal yenileme (zorunlu yenileme) ve başlangıçta bir yıl süreli sözleşme modeli üzerine kurgulanmış olması dikkate alınmalıdır. Durum böyle olunca, akla gelen ilk sonuç, madem ki sözleşme bir yıllık yapılmamış, örneğin 7 yıllık yapılmış, o halde TBK m.344/3 uygulanması da mümkün olmayacaktır. Sabit bedelde olduğu gibi kira sözleşmesine itibar edilmesi gerekir.

Ancak konut ve çatılı işyeri kiralarında yasal yenileme sisteminin yarattığı zorunluluğun oluşturduğu (ekonomik ve hukuki) durum ile bir yıldan uzun süreli sözleşmesi yapmanın yarattığı (ekonomik ve hukuki) durumun birbirine benzediğini ifade etmek hatalı olmayacaktır. Zira her ikisinde de sözleşme kiraya vereni bir yıldan fazla (10 yıla kadar)

kiracı yararına nisbi emredicilik vardır. Fakat kiraya verenin 5.yıldan sonra açmak yerine 6. veya 7.yıldan sonra emsale göre tespit davası açmasına engel yoktur. 5 yıldan azı olamazken, fazlası olabilir. Yine bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Türk Borçlar, s. 641.

⁵⁷ Benzer çözümler için bkz. GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 72.

⁵⁸ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 75; GÖKYAYLA, İstanbul Şerhi, C.4.5, m.344, Nr.76.

süreyle bağlamaktadır. Her iki durumun yarattığı zorunluluk veya cebirlik, kiraya veren açısından bir yıllık kira sözleşmesi yerine bir yıldan fazla süreli sözleşme (örneğin 10 yıllık bir kira sözleşmesi) yapmaya sevk edebilir⁵⁹. Üstelik yıllık kira artış oranı da belirlenecek olursa, yasal yenileme sistemindeki durum ile benzerlik daha da artmış olur. Buradan hareketle bir yıllık sözleşmenin yenilenmesi halinde 6. kira yılında TBK m.344/3'e göre kira tespiti istenebiliyorsa, beş yıldan fazla süreli sözleşmede de 6.yılda kira tespitinin istenmesi ve bunun da TBK m.344/3'e göre olması düşünülebilir.

Ancak kanaatimizce bu yaklaşım da yeterli değildir. Zira yasal yenileme zorunluluğu ile bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesi arasında önemli farklar vardır. Yasal yenilemeye tabi sözleşmelerde yıl sonu itibariyle tahliye imkanlarına bütünüyle izin verilmişken (TBK m.350-352), bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde örneğin 8 yıllık sözleşmede bu süre zarfında tahliye imkanı yarı oranda sayılabilecek düzeyde sınırlanmış durumdadır⁶⁰. Haliyle bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmesi diğerine oranla çok daha bağlayıcıdır. Kiraya veren bakımından bu yön ciddi olumsuzluktur. Sözleşmeyle bir yıldan daha uzun süre ve tahliye imkanlarından da yarı yarıya mahrum olarak bağlanmanın maliyeti (sözleşmesel edim rizikosu) olacaktır. Bu durumu dikkate alarak kiraya veren kira bedelini ve artış kaydını sözleşmeye dahil edecektir. Bu bedel emsalden fazla da olabilecektir.

Öte yandan kiracı bakımından iki durum arasında benzerlik daha az ve fakat fark daha büyüktür. Bir yıllık kira sözleşmesini kiracı yılın sonu itibariyle bildirim yoluyla feshedebilecektir (TBK m.347/1). Kiraya verenin bu engelleme imkanı yoktur. Oysa bir yıldan fazla süreli kira sözleşmesinde kiracının sürenin sonuna kadar sözleşmeyle bağlılığı söz konusudur, bildirim yoluyla feshedemez. Öte yandan bir yıllık kira sözleşmesinde yılın sonu itibariyle TBK m.350-352 çerçevesinde tahliye edilme rizikosu tahliye sebeplerinin tamamı bakımından mümkünken, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde riziko sebepler bakımından yarıya inmektedir. Kısaca kiracı için bir yıldan uzun kira süresi daha bağlayıcıdır. Buna karşın kiracının yenilenen kira yıllarına bağlı olarak kira artışlarına katlanması da gerekecektir. Fakat bu artışlar sözleşmede varsa ona göre yoksa da en fazla TÜFE oranınca olabilecektir (TBK m.344/1,2). Burada öngörülebilirlik vardır. Kiracı yeni yılda veya dönemde kira bedelinin ne olacağını öngörebilir veya bilebilir. Bir yıllık kira sözleşmesinde yeni dönem kira bedelini öngörebildiği için kiracı, ödeme gücüne göre kiraya devam edip etmemeye karar verir. Bu çerçevede gerekli görürse TBK m.347/1'e göre bildirim yoluyla feshederek, yeni dönemdeki ödeyemeyeceği kira bedelinden kurtulur ve haline münasip başka bir taşınmazı kiralama yolunu seçer. Burada birbiriyle uyumlu ve tamamlayan bir yasal düzen söz konusudur.

Oysa TBK m.344/3 uyarınca beş yıldan uzun süreli sözleşmelerde 6. kira yılında TBK m.344/3'e göre kira tespitinin istenebileceği kabul edilecek olursa, kiracının TBK m.347/1'den yararlanması söz konusu olmadığından kiracının oldukça yüksek bir kira bedelini içeren sözleşmeye sözleşme süresi boyunca mahkum edilmesi söz konusu olur. Halbuki

⁵⁹ Taşınmaz sahibi, “nasıl olsa yasa gereği sözleşme yenilenmekte ve sözleşmeyi feshedememekteyim, o halde 4, 6 veya 10 yıllık sözleşme yapayım, böylece kira gelirim de belirli bir süreliğine garanti altına alınmış olur” diye düşünebilir.

⁶⁰ Tahliye sebeplerinden, yazılı tahliye taahhüdü, yeni malikin gereksinimi ve iki hâkli ihtara dayalı olanları bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde süre sonunu beklemeden dava edilebilmesi yasa tarafından kabul edilmiştir (TBK m.350-352). Öte yandan olağanüstü fesih sebepleri de benzer şekilde süresinden önce sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı vermektedir. Bunlar bakımından bir yıllık olan ile daha uzun süreli olan kira sözleşmesi arasında fark bulunmamaktadır.

emsal uygulaması hatta ekonomik endeks veya sözleşmesel artış kaydı yöntemlerinde kiracıya TBK m.347/1 çerçevesinde bir çıkış yolu tanınmıştır.

Böyle bir durumda TBK m.344/3 çerçevesinde hakimin takdirine bağlı olsa da ne olacağı kiracı tarafından tahmin edilemeyen kira bedeli yerine kira sözleşmesinde öngörülen artış kaydına bağlı kira bedelini tercih etmek veya üstün tutmak kiracı için daha faydalıdır. En azından kiracı sözleşmenin başında 6. yılda kira bedelinin erişeceği rakamı bilmekte kendi bütçesini ona göre ayarlamaktadır. Emsal kiracı için daima sürprizdir.

Öte yandan, kira sözleşmesinde kira artış kaydının konulmuş olması, bedel konusu müzakere edildiğini, hatta artışın olacağını da kararlaştırıldığı fakat belli bir miktarla sınırlanmak suretiyle her iki yanın bilinçli hareket ettiğini gösterir. Dolayısıyla kira artış kaydının olmadığı sözleşmelerdeki durumdan hareketle, kiraya verenin artıştan feragat ettiği sonucuna varılamayabileceğine ilişkin değerlendirme göz önüne alınır, artış kaydının olduğu sözleşmelerde böylesi bir feragatten hiç söz edilemeyecektir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken nokta şudur ki, taraflar artış kaydı olan sözleşmede (kira artış kaydının olmadığı sözleşmelerdeki artış konusunun unutulması ihtimali, buna bağlı olarak feragatin olmadığı bir ihtimalde olsa varken, bunun aksine) kira artış oranını müzakere etmişlerdir. Bu konuda tam bilinçlidirler. Bu durum ekonomik endeks dahil başkaca faktörlere göre (yani emsale göre) kira artışı sistemi yerine sözleşmesel artış temelli kira bedelinde mutabakatı gösterir. Böylesi hallerde (ilk kira yılı hariç) dört yıl için TBK m.341/1'deki açık ve kiracı koruyucu yasal sınırın uygulanacağını iddia etmek mümkün ve savunulabilirse de, 6. kira yılında TBK m.341/1'deki yasal sınır olmadığı için sözleşmesel artış kaydı bakımından bir serbesti ve bu kayda tatbik edilebilirlik, uygulanabilirlik belirir. Yani emsalin talep edilebileceği yıla ilişkin olarak sözleşmesel artış kaydı için TBK m.344/1'deki kısmi butlana maruz kalmayan yürürlük gücü yaratır. Şu haliyle sözleşmesel artış kaydının varlığı halinde (yokluğundan daha güçlü olarak) emsale göre kira tespiti istemekten kiraya verenin feragatin varlığı ve geçerliliği söylenebilecektir⁶¹. Zaten artıştan feragat ile emsale göre artıştan feragat farklı şeylerdir. Burada söz konusu olan kiraya verenin emsale göre artıştan feragat etmiş olmasıdır.

Sonuç olarak, beş yıldan uzun süreli sözleşmelerde TBK m.344/3'deki "*Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın*" ifadesi, beş yıldan uzun süreli sözleşmelerde uygulanabilir gözükmemektedir. Bu sonuç, beş yıldan uzun süreli sözleşmelerde 6.yılda TBK m.344/3'e dayalı tespit davası açılmayacağı yaklaşımını tamamlamaktadır. Haliyle Yüksek Mahkemenin kararı bize isabetli gelmektedir.

IV. SONUÇ

Beş yıldan uzun süreli konut ve çatılı işyeri kiralalarında 6. yıl itibariyle TBK m.344/3 uyarınca kira tespit davası açılmaz. Kira artırım kaydı içerir bir sözleşmenin varlığı halinde tespit davası açılırsa, bu dava teknik anlamda tespit davası olmadığı gibi, mahkeme sözleşmedeki kira artırım kaydına itibar ederek kira bedelini tespit etmesi gerekir.

⁶¹ Yıllara göre kira artışının kararlaştırıldığı 5 yıldan fazla kira sözleşmelerinde ilk yıl hariç 4 yıl boyunca TBK m.344/1'deki sınırlamanın uygulanacağı iddia edilse ve kabul edilse bile, 6. kira yılında bu sınırlama yerine emsale bıraktığı için, sözleşmesel kayda itibar etmek mümkün hale gelir. Diğer bir ifadeyle TBK m.344/1 uygulanmayacaktır.

KAYNAKÇA

- ACAR, F.:** Kira Şerhi (TBK m.299-332), 4.Baskı, İstanbul 2017.
- ARPAÇI, A. (HATEMİ, H./SEROZAN R.):** Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- AYDOĞDU, M./KAHVECİ, N.:** Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Ankara 2017.
- EREN, F.:** Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019.
- GÖKYAYLA, E.:** Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, m.344 (İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, **Edit. R.Serozan/T.Öz/F. Acar/E.Gökyayla/H.M.Develioğlu**, Cilt 2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2018 (İŞ); aynı eser Cilt 4, 5, İstanbul 2019.
- GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi**, 2.Bası, İstanbul 2012.
- GÜMÜŞ, M.A.:** Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul 2018.
- HIGI, P.:** Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR, Dritte, völlig neu bearbeit. Aufl., Zürich 1994.
- İNCEOĞLU, M.:** Kira Hukuku, C.II, İstanbul 2014.
- KILIÇ ÖZTÜRK, G.,** “Kira Tespit Davası ve Esasları”, (TBB Dergisi 2017, (129), s. 229-260.
- KIRMIZI, M.:** Açıklamalı-İçtihatlı Kira Hukuku, Ankara 2013.
- ÖZEN, B.:** “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları Ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi” (Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, MÜHFD-HAD, C.22, S.3, Y.2016, s. 2033-2062).
- RUHİ, C./RUHİ, A.C.:** Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Hukuku (En Son Yargıtay İçtihatlarıyla), Ankara 2016.
- SVIT-Kommentar**, Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 3. Auflage, Zürich - Basel –Genf 2008.
- TANDOĞAN, H.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008.
- TOPUZ, S./TOPUZ, G.:** “Yeni Dönem Kira Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukuki Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla Açılan Davaların Hukuki Niteliği” (ABD., Yıl 66, Sayı 2, Bahar 2008, s. 74-89).
- WALTER, H.P.:** Kurzkomentar OR-Art. 1-529, Herausgeber Heinrich Honsell, Basel 2008.
- YAVUZ, C./ACAR, F./ÖZEN, B.:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (10.Baskı), İstanbul 2014.
- ZEVKLİLER, A./GÖKYAYLA, E.:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 16.Bası, Ankara 2016.

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE ALICININ SÖZLEŞMEDEN KEYFÎ DÖNME HAKKI

(BUYER'S ARBITRARY RIGHT OF RESCISSION ON PREPAID HOUSE SALES CONTRACTS)

Prof. Dr. Serkan AYAN* **

ÖZ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, ön ödemeli konut satışlarında alıcıların etkin bir biçimde korunması için önemli bazı düzenlemeler getirmiştir. Özellikle alıcıya, sözleşmeyi akdettikten sonra bu sözleşmenin bağlayıcılığından kurtulma yönünde iki ayrı hak verilmiştir. Bunlardan ilki olan cayma, 14 günlük süre içinde kullanırken; ikincisi olan keyfi dönme hakkı, 24 aylık uzunca bir süre içinde kullanılabilir bir hak olarak kabul edilmiştir.

Cayma halinde alıcı hiçbir mali külfete katlanmazken, keyfi dönme halinde alıcı kural olarak sözleşme için yapılan resmi gider ve masraflar ile dönmenin yapıldığı tarihe göre sözleşme bedelinin %2 ile %8'i arasında bir dönme cezası ödemek zorunda kalmaktadır.

Çalışmada, alıcıya tanınmış bulunan bu keyfi dönme hakkı incelenmiştir. Özellikle keyfi dönme hakkının kullanılmasının koşulları ve sonuçları özel olarak incelenmiş, dönme hakkının bağlı kredi ve teminatlar karşısındaki hukuki durumu da ayrı başlıklar halinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, dönme hakkı, teminat, temerrüt, iade.

ABSTRACT

Law no.6502 Law on the Protection of the Consumer introduced important regulations on prepaid house sales contracts in line with the basic perspective on consumer protection. In particular, after concluding the contract, the buyer has been granted two separate rights in order to be free from the binding of the contract. Right of withdrawal, the first of these, can be used within 14 days; the second, the arbitrary right of rescission, has been recognized as a right that can be exercised in a long period of 24 months.

While the buyer does not incur any financial burden in case of withdrawal, in case of arbitrary rescission, the buyer is obliged to pay a return penalty between 2% and 8% of the contract price according to the official expenses and expenses made for the contract and the date of the rescission.

In this study, this arbitrary right of rescission which has been granted to the recipient has been examined. In particular, the conditions and consequences of the exercise

⁴ Eserin Dergimize geliş tarihi: 13.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 10.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 12.07.2020. Onaylanma tarihi: 12.07.2020.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9788-8792.

Esere Atf Şekli: Serkan Ayan, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Keyfi Dönme Hakkı", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.467-498.

of the arbitrary right of rescission have been examined and the legal status of the right of return in respect of related loans and guarantees has been examined under separate headings.

Keywords: *Prepaid House Sales Contracts, The Arbitrary Right Of Rescission, Assurance, Default, Return.*

Giriş ve Konunun Sınırlandırılması

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un³ 40-46 ve Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik⁴ hükümleri birlikte incelendiğinde, geniş bir uygulama alanı olan bu sözleşme hakkında, şekilden, cayma ve keyfi dönme hakkına kadar önemli düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Ayrıca alıcıların korunması amacıyla bir teminat mekanizması da öngörülmüştür.

Bu makalede, alıcının sözleşme bağlayıcılığından serbestçe kurtulmasına olanak tanıyan, caymadan sonraki ikinci hakkı olan sözleşmeden keyfi dönme hakkı (TKHK 45) incelenecektir.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde alıcı tarafından, ifa menfaatinin henüz tam olarak karşılanmadığı bir aşamada, satış bedelinin (kısmen veya tamamen) ödenmesinin üstlenilmesi söz konusu olmaktadır. Alıcı açısından önemli riskleri bünyesinde barındıran ön ödemeli konut satış sözleşmesinin bütün olarak incelenmesi konumuzun dışındadır. Fakat kısaca şunu belirtelim ki, ön ödemeli konut satış sözleşmesi, hem taşınmaz satış vaadi sözleşmesini, hem de taşınmaz satış sözleşmesini kapsayan bir üst kavramdır⁵. Bu nedenle, bir ön ödemeli konut satış sözleşmesi, satış vaadi biçiminde olabileceği gibi, doğrudan taşınmaz satış sözleşmesi biçiminde de yapılmış olabilir. Çalışmamızda, bu iki ayrı duruma göre açıklamalar yapılacaktır.

Kanunun ön ödemeli konut satışlarına ilişkin bu hükümleri hakkında iki noktanın göze çarptığı görülmektedir:

İlk olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun bazı hukuki kavramlar için kullandığı terimlerin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda farklı biçimde kullanılmış olmasıdır⁶. Mesela cayma ve dönme terimleri buna örnek olarak gösterilebilir. Bu uyumsuzluk, uygulamada bazı hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilecek niteliktedir.

İkinci olarak da Kanunun, ön ödemeli konut satışlarında alıcıyı, satıcıya karşı etkili bir biçimde korumayı amaçlamış olduğu görülmektedir. Fakat bu koruma sağlanırken, bazı noktalarda eksiklikler bırakılmış, bazı noktalarda da menfaat dengesini alıcı yararına aşırı derecede bozan düzenlemeler getirilmiştir⁷.

³ RG. 28.11.2013, S. 28835.

⁴ RG. 27.11.2014, S. 29188.

⁵ *Atamer* s.223 vd; *Gümüşi* (Şerh) s.250; *Makaracı* s.240; *Çabri* (Sektörel) s.93; *Çabri* (Şerh) s.647; *Doğar* s.55 vd; *İnal* (Milli Şerh) s.628; *Özmen / Vardar Hamamcıoğlu* s.30 vd; *Horoz* s.7 vd; *Gök-tepe* s.3 vd.

⁶ Bu uyumsuzluk hakkında bkz. *Atamer* s.39; *Çabri* (Şerh) s.409, dn.53; *Çabri* (Sektörel) s.136; *Der-yal / Korkmaz* s.155; *Tek* s.77.

⁷ Taşınmaz için, cayma hakkının ardından bir de keyfi dönme hakkının tanınmış olmasının menfaatler dengesinin bozulmasına neden olduğu görüşünde: *Küçükaydın* s.108. *Atamer* s.242; *Baş Süzel* s.119 ve 121. Benzer anlamda: *Zevkliler / Özel* s.296. Bunun bir gaflet örneği niteliği taşıdığı yönünde: *Özmen / Vardar Hamamcıoğlu* s.79.

Çalışmamızda özellikle bu iki hususun da birlikte yer aldığı, alıcının korunması amacıyla getirilmiş bulunan keyfi dönme hakkı incelenecektir. Özellikle bu keyfi dönme koşulları ve hakkın kullanılmasının sonuçları ayrı başlıklar altında değerlendirilmeye çalışılacaktır. Fakat şunu belirtelim ki, borçlar hukukunun ön önemli ve tartışmalı konularından biri olan dönme hakkının tüm yönleriyle incelenmesi ve konunun borçlar hukuka ilişkin klasik sorunları üzerinde durulması çalışmanın kapsamını aşacaktır. Bu nedenle, özellikle dönmenin hukuki niteliğine ve hukuki sonuçlarına yönelik olarak doktrinde ve uygulamada savunulan görüşlere yollama yapılmasıyla yetinilerek konu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 45. madde hükmü kapsamında açıklanacaktır.

I. Genel Olarak Sözleşmeden Dönme Hakkı ve Bunun Keyfi Dönme Hakkıyla İlişkisi

Bilindiği gibi sözleşmeden dönme, ani edimli borç ilişkilerinde, (kural olarak) borçlunun bir borca aykırı davranışına ve fakat geniş anlamda bir sözleşme sarsıntısına (ifa engeline) bağlı olarak sözleşme ilişkisini, bir görüşe göre geçmişe etkili olarak hükümsüz hale getiren, diğer görüşe göre ise tasfiye ilişkisine sokan bir yenilik doğurucu haktır⁸. Dönme konusunda hangi görüş benimsenirse benimsensin, dönmenin iki temel etkisi bulunmaktadır: Henüz ifa edilmemiş edimleri sona erdirmesi, ifa edilmiş edimlerin ise iadesini gerektirmesi⁹.

Borçlar Kanununun genel hükümlerinde sözleşmeden dönme aşağıdaki sınırlı hallerde açık hükümlerle kabul edilmiştir:

- Öncelikle ifa ile yükümlü olanın, karşı tarafın edimini ifada güçsüzlüğe düşmesine dayalı olarak istediği uygun teminatın verilmemesi nedeniyle sözleşmeden dönmesi (TBK 98 / II).

- Alacaklının temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme (TBK 110 – 111).
- Borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme (TBK 125 / II).
- Aşırı ifa güçlüğü sebebine dayalı dönme (TBK 138).

Borçlar Kanununun özel hükümlerinde yer alan en göze çarpcı örnekler ise, satış sözleşmesinde alıcının temerrüdü nedeniyle satıcının sözleşmeden dönmesi (TBK 235) ile ayıplı ifa nedeniyle alıcının ve iş sahibinin sözleşmeden dönmesidir (TBK 227, 475).

Bu dönme hallerinin tamamı, ya bir borca aykırılığa, ya da geniş anlamda bir ifa engeline (TBK 111’de olduğu gibi) dayanmaktadır. Bu sebeple serbest, sebepsiz, keyfi bir dönme hakkı bu hükümlerde mevcut değildir¹⁰.

Fakat ön ödemeli menkul satışlarına ilişkin TBK 269 hükmünde, alıcıya (TBK 264 / II, b.7’de) tanınan 7 günlük irade beyanının geri alma hakkının yanında¹¹, bir de malın teslimine kadar hiçbir borca aykırı davranış olmasa bile, sözleşmeyi sona erdirmeye, Kanunun ifadesiyle sözleşmeden cayma hakkı verilmiştir. Buna göre alıcı, ön ödemeli menkul satışla-

⁸ Bkz. *Oğuzman / Öz* (C.I) s.436 ve özellikle s.516 vd; *Küçükaydın* s.36.

⁹ Sözleşmeden dönme hakkının doğurduğu hukuki sonuçlar, Türk Borçlar Hukukunun ön çok tartışılan konularındandır. Bu sebeple dönme hakkının hukuki sonuçlarının incelenmesi bu makalenin kapsamını aşacağından, bu konudaki literatüre yollama yapılmakla yetinmeyi uygun görmekteyim. Bkz. *Buz* s.121 vd; *Serozan* s.78 vd.

¹⁰ *Oğuzman / Öz* (C.I) s.438.

¹¹ Geri alma / cayma hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Giger* s.208, Art.226c, no.4 vd; *Sert Sütçü* s.3 vd; *Gümüş* (Şerh) s.262 vd; *Gümüş* (Borçlar) s.156; *Küçükaydın* s.3 vd; *Baş Süzal* s.88 vd; *İnal* (Milli Şerh) s.692 vd; *Akcaal* s.102; *Ayan* (Cayma) s.56 vd; *Tek* s.68.

rında, bazı koşullarda, mal kendisine teslim edilene kadar sözleşmeden keyfi olarak cayabilir. Bu durumda da satıcı, satış bedelinin belli bir oranında cayma parası talep edebilir¹².

TKHK'da da ön ödemeli konut satışlarında alıcıya 14 gün içinde cayma hakkı verilmesinin yanında, bu hak kullanılmadan süre geçmişse; bu kez de 24 ay içinde sözleşmeyi yine sebepsiz, borca aykırı bir davranışa gerek olmaksızın serbest / keyfi olarak sona erdirmeye imkânı veren dönme hakkı tanınmıştır (TKHK 45).

Görüldüğü gibi, ön ödemeli menkul satışlarına ilişkin TBK 269 hükmünde düzenlenen ve Kanunun cayma olarak nitelendiği hak, TKHK'da dönme olarak nitelendirilmiştir¹³. Bu isim farklılığına rağmen, ikisinin hukuki niteliği itibarıyla aynı kavramı ifade ettiğini kabul etmek uygun olur. Biz bu çalışmada, TKHK'nun terminolojisine sadık kalarak, bu kurumu dönme olarak anacağız.

Bu dönme hakkı, herhangi bir sebebe bağlı olmayan keyfi dönme hakkıdır. Bir haklı sebebe, borca aykırı davranışa gerek yoktur. Alıcı, keyfi olarak bu hakkı kullanabilir. Bu sebeple bu dönme hakkını keyfi dönme olarak anmayı uygun görmekteyiz¹⁴.

Fakat alıcının diğer hükümlere (mesela satıcının temerrüdüne veya satıcının ayıplı ifasına) dayalı bir dönme hakkı doğarsa, alıcının bu hükümlere dayalı dönmesinin, bu hükümde açıklanan keyfi dönmeyle bir ilişkisinin olmadığı belirtilmelidir. Diğer bir ifadeyle, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde satıcının temerrüdü veya ayıplı ifası nedeniyle alıcının dönme hakkını kullanması, ilgili özel hükümlere tabi olup, doğan hukuki sonuçlar da ilgili kurallara tabidir.

II. Keyfi Dönme Hakkına İlişkin Genel Açıklamalar

Yukarıda da açıklandığı üzere, TKHK 45 hükmünde düzenlenen bu serbest / sebepsiz / keyfi dönme hakkı, alıcının, diğer hükümlere dayalı dönme hakkını ortadan kaldırmaz. Bunların özel koşulları gerçekleşmişse, alıcı mesela borçlunun temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönebilir. Bu durumda ilgili dönme hakkına ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Bu durumda TKHK 45 hükmü uygulanmaz.

Yine yukarıda açıklandığı gibi, dönme hakkının hukuki niteliği ve doğurduğu etkinin hukuki analizi, bu çalışmanın boyutlarını aşar. Bu sebeple, bu konudaki tartışmalar baki kalmak kaydıyla, meselenin TKHK 45 ile ilişkili olduğu ölçüde açıklanmasıyla yetinmeyi uygun görmekteyim.

Bu dönme hakkı, keyfi olarak kullanılan bir hak niteliği taşır. Hiçbir haklı sebep olmasa bile alıcı dönme hakkına sahiptir¹⁵. Gümüş bu hakkı ikinci bir cayma hakkı olarak ifade etmiştir¹⁶. Zira yazara göre, bu hükme göre dönme hakkının kullanılması bir borca aykırılığa bağlı olmadığına göre, bunu hukuki nitelik itibarıyla ikinci bir cayma olarak nitelenecek uygun olur.

Bu dönme hakkı (TKHK kapsamına giren) tüm ön ödemeli konut satış sözleşmeleri için getirilmiş (tüketici lehine) emredici bir hükümdür. Bu hakkın kaldırılması, kullanımının Kanunda belirtilmeyen koşullara bağlanması veya sonuçlarının alıcı aleyhine değiştirilmesi

¹² Bkz. *Eren* (Özel Hükümler) s.258; *Develioğlu* s.923.

¹³ Bu kavramın fesih olarak nitelenmesi gerektiği görüşünde: *Atamer* s.243.

¹⁴ Bu kavramı kullananlar: *Özmen / Vardar Hamamcioğlu* s.79; *Küçükaydın* s.107; *Karakocalı / Kurşun* s.138. Doktrinde, dönme cezasının kararlaştırıldığı hallerin de taraflara keyfi bir dönme hakkı verdiği yönünde: *Yağcıoğlu* s.78.

¹⁵ *Giger* s.498, Art.227f, no.6; *Koller / Schneyder / Druey* s.364, no.102.

¹⁶ *Gümüş* (Şerh) s.271. Bu yönde: *Çabri* (Şerh) s.698.

hukuken geçerli değildir. Fakat sözleşmeyle, alıcı lehine hükümler getirilmesi mümkündür¹⁷.

Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde dönme hakkı, TBK 269 / I hükmünün aksine¹⁸, ön ödeme süresi bir yıldan kısa olan ön ödemeli konut satışlarına da uygulanır¹⁹.

Ayrıca ön ödemeli olarak satılan taşınmaz, bir tatil amaçlı taşınmazsa, yine bu hükme göre dönme hakkı kullanılabilir. Zira TKHK'da konutların yanında, tatil amaçlı taşınmazlar da kapsama alınmıştır. Konut veya tatil amaçlı taşınmaz dışındaki taşınmazların (mesela iş yeri, arsa) satışı, satışının vaadi, TKHK kapsamına girmeyeceğinden, bu hukuki işlemlerde alıcının keyfi dönme hakkı da yoktur.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi biçiminde yapılırsa da, doğrudan taşınmaz satış sözleşmesi biçiminde yapılırsa da alıcının bu hükme göre serbest dönme hakkı mevcuttur.

Bu konuda son olarak belirtelim ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde Yargıtay, yükleniciye kalacak olan bir bağımsız bölümün adı yazılı olarak satışına ilişkin sözleşmeleri, tahvil yoluyla²⁰ alacağın temlik olarak ayakta tutmaktadır²¹. Kanaatimce bu hatalı uygulama²² devam ettirilse bile, alıcının ön ödemeli konut satış sözleşmesinden doğan haklarını kullanması halen mümkün sayılmalıdır. Bu durumda alıcı, keyfi dönme hakkını yine kullanabilmelidir.

III. Keyfi Dönme Hakkının Kullanılmasının Koşulları

A. Genel Olarak

TKHK 45 hükmü alıcıya, yüklenicinin hiçbir borca aykırılığı olmasa bile sebepsiz / gerekçesiz dönme hakkı vermektedir²³. Alıcı tamamen keyfi olarak bu hakka sahiptir. Fakat temerrüt veya ayıplı ifa gibi bir sebeple alıcının dönme hakkını kullanması imkânı doğmuşsa, alıcı elbette ki bu sebeplere bağlı dönme hakkını kullanabilir. Bu durumda incelediğimiz

¹⁷ *Giger* s.501, Art.227f, no.13.

¹⁸ TBK 269 / I: “Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, malın devrine kadar her zaman sözleşmeden cayabilir.”

¹⁹ *Doğar* s.275; *Çabri* (Sektörel) s.135; *Çabri* (Şerh) s.697.

²⁰ Bu konuda bkz. *Oğuzman / Öz* (C.I) s.155.

²¹ Bkz. *Arat* s.109; *İnal* (Milli Şerh) s.661.

Yargıtay aşağıda belirtilen kararında, bir satış sözleşmesinin değil, alacağın temlik işleminin bulunduğunu açıkça belirtmiştir. Kanaatimce alıcı, bu durumda da ön ödemeli konut satış sözleşmesinden doğan haklarını kullanabilir.

YHGK, 26.02.2016, E. 2014/569, K. 2016/181: “... geçerli bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından adı yazılı bir sözleşmeyle üçüncü bir kişiye satılması, Yargıtayın kökleşmiş uygulamasına göre, tapulu taşınmaza dair bir satış sözleşmesi değil, 818 s. BK'nın 162, (6098 s. TBK, m.183) ve sonraki maddelerinde düzenlenen alacağın temlik hükümlerine tabi bir işlemdir. Eş söyleyişle, böyle durumlarda, yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine düşen bir bağımsız bölümü üçüncü kişiye satmış değil; kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde o bağımsız bölüm yönünden arsa sahibine karşı sahip olduğu alacağını, daha açık bir ifadeyle o sözleşmeden doğan kişisel hakkını (o bağımsız bölümün mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteme hakkını) üçüncü kişiye temlik etmiş sayılır. Kısaca, böyle durumlarda yüklenici ile üçüncü kişi arasında bir “alacağın temlik” sözleşmesi bulunur.” (www.kazanci.com.tr).

²² Bu uygulamanın hatalı olduğu yönünde: *Öz* (İnşaat) s.104.

²³ *Gümüüş* (Şerh) s.272; *İnal* s.166.

dönme hakkı değil, temerrüt veya ayıba ilişkin ilgili dönme hakkının koşulları ve sonuçları uygulama alanı bulacaktır.

Alıcı dönme beyanının TKHK 45 hükmüne göre dönme hakkı niteliğinde olduğunu beyan ederse sorun yoktur. Bu durumda serbest dönmenin hukuki sonuçları uygulanır. Fakat alıcı, mesela temerrüt veya ayıp gibi bir gerekçeyle dönme hakkını kullandığını beyan ederse, onun bu beyanının özel olarak incelenmesi gerekir.

Ayıptan sorumluluk zaten teslimden sonra gerçekleşir. Bu aşamada tapuda alıcı adına tescil de yapılmışsa, zaten serbest dönme hakkı düşmüş olacağından, beyanın yorumlanmasına gerek kalmaz. Fakat henüz alıcı adına tescil yapılmadıysa veya alıcı temerrüde dayalı olarak dönme hakkını kullanıyorsa, artık beyanın, bu hakların koşulları yönünden ele alınması gerektiği açıktır.

Alıcının yaptığı temerrüde veya ayıba dayalı dönme beyanı incelendiğinde, temerrüdün veya ayıbın koşullarının oluşmadığı tespit edilirse, acaba bu beyan, serbest dönme beyanı olarak yorumlanabilir mi? Kanaatimce, satıcı bu beyanı kural olarak serbest dönme olarak yorumlamak zorunda bırakılmamalıdır. Zira temerrüde veya ayıba dayalı dönmenin sonuçları ile serbest dönme hakkının sonuçları birbirinden farklıdır. Bu sebeple, temerrüde veya ayıba dayalı dönme hakkı kullanıldıktan sonra, bunun koşullarının oluşmadığı tespit edilirse, bu beyan serbest dönme olarak ayakta tutulmaya çalışılmamalıdır.

Fakat satıcı, alıcının beyanı karşısında, temerrüt veya ayıba dayalı dönmenin koşullarının oluşmadığını, ancak sebepsiz dönme hakkının kullanılmış sayılmasını kabul ettiğini beyan ederse, kanaatimce bu durumda serbest dönmenin hukuki sonuçlarının uygulanmasında yarar vardır. Ayrıca belirtelim ki bu konudaki temel tavır, irade beyanının yorumu konusundaki temel ilkelere göre belirlenmelidir.

B. Olumlu Koşullar

1. Şekil Yönünden

Kanunda keyfi dönme hakkının hangi şekilde kullanılacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Bu nedenle dönme hakkının kullanılmasının geçerlilik yönünden herhangi bir şekil kuralına bağlı olmadığı söylenebilir.

Fakat dönme beyanı bir hukuki işlem niteliği taşıdığı ve ön ödemeli konut satış sözleşmesinin değerinin de çoğunlukla tanıkla ispat sınırının üzerinde olacağı için, dönme hakkının kullanıldığının tanıkla ispatlanması, karşı taraf muvafakat etmediği sürece mümkün değildir. Yazılı delille ispat gerekir. Fakat karşı taraf muvafakat ederse, yazılı delil dışındaki diğer delillerle de ispat mümkündür. Bu nedenle, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa ve satıcı inkârda bulunursa, sözlü bildirim veya e –mail yoluyla yapılan bildirim ispatı yeterli olmadığı kabul edilmelidir.

Ancak Yönetmelikte bu dönme bildirimünün noter aracılığıyla gönderilmesi gerektiği ifade edilmiştir (md.9/II, c.1)²⁴. Kanunda yer almayan böyle bir şekil şartının Yönetmelikle getirilmesi mümkün değildir²⁵. Yönetmeliğin bu hükmüne rağmen, mesela adi yazılı biçim-

²⁴ Aslında Yönetmeliğin bu hükmünde bir şekil şartının getirilmediğini iddia etmek bile mümkündür. Zira hükümde beyanın noterlikler aracılığıyla yöneltilmesinin yeterli olduğu yönünde, kısmen renksiz bir ifadeye yer verilmiştir.

²⁵ Böyle bir düzenleme Kanuna açıkça aykırı olduğu gibi, tüketicinin de aleyhinedir. Bu nedenle Yönetmeliğin şekille ilgili hükmü uygulanamaz bir hüküm niteliğinde kabul edilmelidir. Karş. *Doğar* s.282; *Özmen / Vardar Hamamcıoğlu* s.86.

Fakat doktrinde bazı yazarlarca, bu husus göz ardı edilerek, beyanın Noterce yapılmasının gerektiği belirtilmiştir. Bkz. *Arat* s.256; *Çabri* (Sektörel) s.138; *İnal* (Milli Şerh) s.721.

de yapılan bildirim de, hukuken geçerli bir bildirim niteliği taşıyacağı gibi, ispatı halinde, sözlü yapılan bildirim bile hukuki sonuç doğurabilir.

Bildirim muhatabı satıcıdır. Bağlı kredi kullanılmış bile olsa, alıcı bu beyanı kredi kurumuna yöneltmek zorunda değildir. Bunu kredi kurumuna satıcı bildirecektir (Yönetmelik 9 / II, c.2).

2. Süre Yönünden

Kanunun yürürlüğe girdiği (şu anda yürürlükte olmayan) şeklinde²⁶, keyfi dönme hakkının kullanılması kesin bir süreye bağlanmış değildir. Kanunda süre yönünden geçen ifade, konutun teslimi veya tescilin yapılma tarihidir (... *devir veya teslim tarihine kadar* ...). Bu hükme göre, teslim veya tescilden hangisi geç ise, ona kadar serbest dönme hakkının kullanılması mümkündür. Mesela konut fiilen teslim edilmiş olsa bile, henüz tescil yapılmamışsa veya tescil yapılmış olmakla birlikte, henüz teslim gerçekleşmemişse, tüketici serbest dönme hakkını kullanabilirdi²⁷. Ancak teslim ve tescilin gerçekleştiği andan itibaren, artık serbest dönme hakkı kullanılamamaktadır.

Fakat daha sonra, serbest dönme hakkının kullanılabilmesi sürenin netleştirilmesi ve aslında kısaltılmasını sağlamak için, ilk olarak bir olağanüstü hal KHK'si²⁸ ile; ardından da bunun aynen kabul edildiğine ilişkin bir Kanun²⁹ ile keyfi dönme hakkına bir süre sınırı getirilerek hüküm değişikliği yapılmış ve TKHK 45 / I hükmü yürürlükteki halini almıştır. Bu hükme göre, alıcı ön ödemeli konut satış sözleşmesinden itibaren 24 ay içinde keyfi dönme hakkını kullanabilir³⁰. Görüldüğü gibi, bu son değişiklik keyfi dönme hakkının kullanılması, ön ödemeli konut satış sözleşmesinden itibaren 24 aylık süreyle sınırlanmıştır³¹. Teslim ve tescil bu süre içinde yapılmamış olsa bile, 24 ayın geçmesiyle birlikte alıcının serbest dönme hakkı ortadan kalkmaktadır.

Acaba, cayma hakkında olduğu gibi, bu süre içinde beyanın yöneltmesi yeterli midir, yoksa muhatabına ulaşması da gerekir mi? Kanaatimce bu tarihe kadar dönme bildirimini ulaşması da gerekir. Gönderilmek yeterli değildir³². Zira bu durumda, göndermenin yeterli olduğuna ilişkin bir hüküm mevcut olmadığına göre, genel kural olan, irade beyanı-

Bazı Yazarlarca ise, Yönetmelikteki bu hükmün bir ispat şekli olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. **Çınar** s.219.

²⁶ Bu hüküm şöyleydi: “*MADDE 45 – (1) Ön ödemeli konut satışında, devir veya teslim tarihine kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır. Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı; konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilir.*”

²⁷ **Gümüüş** (Şerh) s.272; **Aslan** s.462; **Kara** s.897; **Çabri** (Şerh) s.699; **Makaracı** s.257. Aksi görüşte: **Özmen / Vardar Hamamcıoğlu** s.84.

²⁸ 02.01.2017 tarih ve 684 sayılı “*Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*” (RG,23.01.2017, S.29957) md.8. Bu kararname, resmi gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girmiştir (md.12).

²⁹ 01.02.2018 tarih ve 7074 sayılı “*Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun*” (RG.08.03.2018, S.30354 Mük.) md.8.

³⁰ Bu sınırlamanın yerinde, fakat yetersiz olduğu görüşünde: **Doğar** s.278.

³¹ Bu değişiklikten önce akdedilen ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde ise, alıcı sözleşme tarihindeki hükümlere göre teslim + tescil yapılar kadar dönme hakkını kullanabilir. Bkz. Yönetmelik geçici madde 1.

³² Bu yönde: **Çabri** (Sektörel) s.137; **Doğar** s.281.

nın ulaşmakla hüküm doğurması ilkesinden ayrılmayı gerektiren bir sebep de yoktur. Bu sebeple caymaya ilişkin “*bildirim bu süre içinde satıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir*” biçimindeki TKHK 43 / I, c.2’deki kural, keyfi dönme hakkına uygulanamaz.

Bu son değişikliğin ardından şu sorunun cevaplanması gerekir: Acaba sözleşmeden itibaren 24 ay içinde, teslim ve tescil (ikisi de) yapılmışsa, alıcı yine 24 ay içinde olmak kaydıyla bunlardan sonra da keyfi dönme hakkına sahip midir?

Hükümün değişiklikten önceki halinde, teslim ve tescil birlikte yapıldıktan sonra dönme hakkı kullanılamamaktaydı. Buna göre mesela sözleşmeden itibaren 5 ay içinde konut tamamlanarak teslim edilir ve tescil de gerçekleştirilirse, alıcı artık bu aşamadan sonra serbestçe dönme hakkını kullanamazdı. Yeni düzenlemede ise, bu iki kavrama yer verilmeksizin sadece 24 aylık üst süre kabul edilmiştir. Bu durumda mesela 15 ayda tescil ve teslim gerçekleşmişse, alıcı 20. ayda keyfi dönme hakkını kullanabilir mi sorusunun cevaplanması gerekir.

Kanaatimce, teslim ve tescil (birlikte) gerçekleştikten sonra alıcının serbest dönme hakkı ortadan kalkmalıdır³³. Zira bu keyfi dönme hakkın temelinde alıcıya, ifa menfaatinin tam olarak karşılanmasından önceki dönemde sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı verilmesi düşüncesi yatmaktadır. Yoksa kanun koyucunun amacı, alıcının teslim aldığı ve adına tescil ettirdiği bağımsız bölümü sonradan keyfi olarak iade hakkını alıcıya vermek olmasa gerektir. İdarenin 2017 yılında yaptığı KHK ve Kanun koyucunun 2018 yılında yaptığı Kanun değişikliğinin amacı, alıcının keyfi dönme hakkına bir limit getirmek olup, eski kanundaki limiti dolaylı olarak genişletmek değildir. Bu sebeple, 24 ay içinde olursa bile, teslim ve tescil gerçekleşmişse, alıcının artık keyfi dönme hakkının düşmüş sayılması gerektiği kanaatimdeyim.

Ayrıca belirtelim ki, menkul satışına ilişkin ön ödemeli işlemlerde de alıcıya verilen dönme (TBK’nın ifadesiyle cayma) hakkı, ifa menfaatinin tam olarak gerçekleştiği ana, yani teslim kadardır (TBK 269 / I)³⁴.

Tescil ve teslim gerçekleşmekle birlikte, bu ifa ayıplı olsa bile, alıcının keyfi dönme hakkı düşmüş sayılmalıdır. Bu durumda alıcı, koşulları varsa ayıp nedeniyle dönme hakkını, ilgili kurallara göre kullanabilmelidir.

Dönme hakkının varlığı konusunda usulüne uygun olarak bilgilendirilme yapılmamışsa, alıcının 24 aylık süreyle bağlı olmaksızın teslim ve tescile kadar keyfi dönme hakkını kullanabileceği; fakat bu bilgilendirme yapılmamış bile olsa, teslim ve tescil yapılmışsa, artık alıcının bu hükme göre serbest dönme hakkını kullanamayacağı kanaatindeyim.

Süreyle ilgili olarak ayrıca belirtilmesi gereken husus ise, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan süreyle ilgili hükmün, Yönetmelik hükmüyle uyum içinde bulunmayışıdır. 2017 değişikliğiyle mevcut halini alan Kanunun açık hükmüyle keyfi dönme hakkı 24 ay içinde kullanılabilir. Bu süre sonunda teslim ve / veya tescil halen yapılmamış olsa bile, alıcının keyfi dönme hakkı düşer. Fakat Yönetmelikte 2017 değişikliğiyle son halini alan hükümler incelendiğinde, sanki keyfi dönme hakkının teslim ve tescile kadar (24 ay geçmiş bile olsa) yapılabileceği gibi bir anlam çıkarılabilir.

Yönetmeliğin 9/4 hükmünde, aynen şu ibare yer almaktadır:

“*Aşağıdaki hallerde tüketici, sözleşmeden dönme hakkını devir veya teslim kadara kadar kullanabilir.*”

³³ Bu yönde: **Çabri** (Sektörel) s.137.

³⁴ Bkz. **Tek** s.76.

Bu hükmün devamında belirtilen dört durum, zaten Kanunda da dönme sebebi olarak belirtilen sebeplerdir. Bu sebeple, bu dört durumda keyfi dönme hakkı, (Yönetmelik hükmünün Kanuna aykırı olmayacağı gerekçesiyle) 24 aylık süreyi geçmemek kaydıyla teslim ve tescil yapılana kadar kullanılabilir. Diğer bir ifadeyle Kanunda yer alan 24 aylık sınır, Yönetmelikle kaldırılamayacağına göre, bu dört sebep yönünden Kanun metnine uygun bir yorum yapılmalıdır.

Yönetmelikte, bu sebeplere iki durum daha eklenmiştir. Bunlar aşağıda incelenecektir. Fakat bu kısımda kısaca belirtelim ki, Yönetmelik 9/5 ve 11. maddede belirtilen bu iki sebebe dayalı keyfi dönme hakkı, kanaatimce 24 aylık süreye bağlı olmaksızın teslim ve tescil yapılana kadar kullanılabilir³⁵. Bunun gerekçesi, kanaatimce Kanunda belirtilen tazminatsız / masrafsız dönme hakkına ilişkin sebeplerin örnekleme suretiyle belirtildiğidir. Kanunda, belirtilen dört sebep 24 ay içinde kullanılmalıdır. Fakat Kanunda yer almayan ve Yönetmelikle getirilen diğer iki sebep ise, Yönetmelikte belirtildiği üzere 24 aylık sınıra takılmaksızın, teslim ve tescile kadar kullanılabilir.

3. Tasarruf Yetkisi Yönünden

Ön ödemeli konut satış sözleşmesine konu olan konut, eğer alıcıya teslim edilmiş ve fiilen de aile konutu olarak kullanılmaya başlanmışsa, alıcının keyfi dönme hakkını kullanması, evli olan alıcının eşinin açık rızasına (izin-icazet) bağlıdır³⁶ (TMK 194). Burada önemli olan, konutun fiilen teslim edilip, aile konutu niteliği kazanmasıdır. Bu yönde bir kullanım bulunmama ile birlikte, sadece teslim sonrasında aile konutu olarak kullanma iradesi varsa, bu konut henüz aile konutu niteliği taşımayacağı için (dönme hakkının kullanılması için) eş rızasına gerek yoktur³⁷. Zira eşlerin bir yeri aile konutu haline getirmeye yönelik soyut iradeleri, tek başına bu taşınmazı aile konutu haline getirmez³⁸. Bu, ancak konutun fiilen kullanılmasıyla mümkün olabilir. Konutun alıcı adına tescil edilmiş olması da bu sonucu değiştirmez.

Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte katıldığımız görüş gereğince, TMK 194 hükmüne göre aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin diğer eşin muvafakatine bağlanması, hukuki niteliği itibarıyla bir tasarruf yetkisi sınırlamasıdır³⁹. Bu nedenle bu görüş gereğince, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde alıcının eşinin muvafakati yoksa, bir tasarruf işlemi niteliği de bulunan dönme beyanı sonuç doğurmayacaktır.

C. Olumsuz Koşullar

1. Genel Olarak

Kanunda veya Yönetmelikte, keyfi dönme hakkının kullanımını düşüren haller (süre hariç) açıklanmış değildir. Bu sebeple, somut olayın özelliklerinden ve özellikle alıcının davranışlarından yola çıkılarak, dürüstlük kuralları da dikkate alındığında, keyfi dönme hakkının artık kullanılamayacağı bazı durumların ortaya çıkması mümkündür⁴⁰.

³⁵ Bu yönde: *Doğar* s.298.

³⁶ *Gümüş* (Şerh) s.272; *Çabri* (Sektörel) s.138; *Doğar* s.282.

³⁷ *Gümüş* (Şerh), s.272.

³⁸ *Ayan* (Evlilik Birliğinin Korunması) s.66.

³⁹ Bu konudaki görüşümüz için bkz. *Ayan* (Evlilik Birliğinin Korunması) s.80 vd. Bu konudaki tartışma ve literatür için ayrıca bkz. *Öztan* s.315 vd; *Erdem* s.224, dn.389; *Dural / Ögüz / Gümüş* s.168.

⁴⁰ Cayma yönünden bkz. ve karşı. *Ayan* (Cayma) s.75 vd.

2. Dönme Hakkının Düşmesine Yol Açan Durumlar

a. Sözleşme tarihinden itibaren 24 ayın geçmiş olması

Yukarıda açıklandığı üzere, sözleşmenin akdi anından itibaren 24 aylık süre geçmişse, alıcının keyfi dönme hakkı düşer. Bu süre içinde konut tamamlanarak teslim edilmemiş veya tapuda alıcı adına tescil henüz yapılmamış bile olsa alıcı TKHK 45 hükmüne göre keyfi dönme hakkına artık sahip olmayacaktır⁴¹.

Alıcı bu tarihten sonra, ancak koşulları varsa temerrüt, ayıp gibi diğer dönme imkânlarına göre sözleşmeyi sona erdirebilir.

Fakat Yönetmelik 9 / V ve 11. maddelerinde belirtilen durumlarda, keyfi dönme hakkının 24 aylık süreyle sınırlı olmadığına ilişkin görüşümüze yollama yapmak gerekmektedir.

b. Konutun alıcıya teslim ve alıcı adına tescil edilmiş olması

Yukarıda açıklandığı üzere, henüz 24 aylık süre geçmemiş bile olsa, konut alıcı adına tescil edilmiş ve aynı zamanda alıcıya teslim de edilmişse, artık alıcının keyfi dönme hakkı düşmüş sayılmalıdır. Bu sonuç, Yönetmelik 9 / 5 ve 11. maddelerinde belirtilen keyfi dönme halleri için de geçerlidir.

Fakat bu iki koşuldanda (teslim + tescil) en az biri eksikse, 24 ay içinde olmak kaydıyla keyfi dönme mümkündür.

c. Alıcının konut üzerindeki bazı fiilleriyle, dönme hakkını kullanmaktan feragat ettiği yönündeki örtülü iradesini açıklamış sayılması

Öncelikle belirtelim ki; Kanunda veya Yönetmelikte, bu başlık altında saydığımız durumlarda dönme hakkının düşeceğine veya artık kullanılamayacağına ilişkin hükümler yoktur. Fakat dürüstlük kuralları yardımıyla açıklanan sonuçlara ulaşılması mümkün sayılmalıdır. Bu sebeple bazı durumlarda istisna boşluğunun bulunduğu kabul edilerek, hükmün amaca uygun bir biçimde sınırlanması yoluyla, açıkladığımız durumlarda keyfi dönme hakkının kullanılamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Bu genel açıklamanın ardından, bu hallerin incelenmesi uygun olur:

Keyfi dönme hakkı alıcı için emredici olmakla birlikte alıcı, keyfi dönme hakkı doğduktan sonra (sözleşmeden sonra) bu hakkını kullanmaktan vazgeçebilir. Bu irade, açıkça ortaya konulabileceği gibi, örtülü olarak da açıklanmış sayılabilir.

Mesela henüz teslim edilmemiş konut, alıcı adına tescil edilmiş ve alıcı bu taşınmaz üzerinde, satıcı dışındaki bir kişi lehine ipotek kurmuşsa veya intifa gibi bir sınırlı ayni hak tesis ettirmişse, artık alıcının keyfi dönme hakkının düşmüş sayılması gerektiği kabul edilebilir.

Kurduğumuz bu cümlelerin çeşitli açılardan açıklanması gerekir:

Alıcının konut üzerinde üçüncü kişi lehine sınırlı ayni hak tesis ettirebilmesi için, konutun alıcı adına tescil edilmiş olması gerekir. Henüz alıcı adına tescil yapılmamışsa, alıcının üçüncü kişiye sınırlı ayni hak kurması mümkün değildir. Zira sınırlı ayni hak tescille kurulacağından ve taşınmaz halen satıcı adına kayıtlı olduğundan, alıcının (sınırlı ayni hak tesisi yönünden) henüz tasarruf yetkisi bulunmamaktadır.

⁴¹ Yukarıda açıkladığımız gibi, alıcı dönme hakkının varlığı konusunda usulüne uygun olarak aydınlatılmamışsa, alıcının teslim ve tescil yapılana kadar (24 aylık süre geçmiş olsa bile) dönme hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekir.

Alıcı adına tescil edilmiş konut, aynı zamanda alıcıya teslim de edilmişse, alıcının keyfi dönme hakkı ermiş olur.

Alıcı henüz teslim almamakla birlikte adına tescil ettirdiği konut üzerinde, satıcı lehine ipotek kurduymuşsa, bunun keyfi dönme hakkı yönünden bir etkisi yoktur. Bu durumda keyfi dönme hakkı yine kullanılabilir. Aynı şekilde, alıcının kurduduğu ipotek, bağlı konut kredisinin teminatı niteliğindeyse, alıcının dönmesi, bağlı konut kredisini de kendiliğinden sona erdireceğinden, bağlı konut kredisine ait ipotegin dönme hakkına engel olmayacağı açıktır. Bu iki durumda da keyfi dönme hakkının kullanılması üzerine satıcı ipoteği terkin ettirilebilecektir.

Fakat alıcı, henüz teslim almamakla birlikte adına tescil ettirdiği konut üzerinde, satıcı veya bağlı konut kredisini veren kredi kuruluşu dışında bir kişi lehine ipotek kurduymuşsa, kanaatimce artık keyfi dönme hakkı kullanılamamalıdır. Zira aksinin kabulü halinde, dönmeden sonra satıcı bu rehin hakkıyla karşı karşıya kalır. Aynı sonuç, alıcının kuracağı intifa hakkı gibi diğer irtifak hakları için de geçerlidir.

Bu sebeple yukarıda açıklanan durumlarda, aslında alıcının fiillerinin keyfi dönme hakkından vazgeçme olarak yorumlanması suretiyle keyfi dönme hakkının ortadan kalkacağı biçiminde bir yorum yapılması mümkündür.

Alıcının bu tarz hukuki işlemleri dışında, bazı maddi fiil biçimindeki davranışlarıyla da keyfi dönme hakkından vazgeçmiş sayıldığı dürüstlük kuralları yardımıyla kabul edilebilir. Mesela alıcı, teslim aldığı konutta yaptığı esaslı değişiklikler sonucunda, satıcı nezdinde keyfi dönme hakkından vazgeçme iradesi taşıdığı izlenimi doğmasını sağlarsa veya konutu fiilen kullanmaya başlarsa, artık keyfi dönme hakkının (kural olarak) düştüğü kabul edilmelidir⁴². Zira dönme halinde konut satıcıya iade edilecektir. Satıcı kullanılmış, ikinci el konutu üçüncü kişiye satamayabilir. Bu nedenle menfaat dengesi dikkate alındığında, konutun kullanılmaya başlanmış olması halinde, alıcının keyfi dönme hakkının düşmüş sayılması gerektiği kural olarak kabul edilebilir. Aynı şekilde konutun, alıcının özel istekleri doğrultusunda inşa edilmiş durumunda, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, keyfi dönme hakkından vazgeçme yönünde bir iradenin bulunduğu da kabul edilebilir. Mesela konut için alıcının özel isteği üzerine bir engelli asansörü yapılmışsa, artık somut olayın özellikleri dikkate alındığında keyfi dönme hakkının düştüğü kabul edilebilir.

Fakat istisnai olarak, önceki paragrafta belirtilen durumlarda bile keyfi dönme hakkının düşmemiş sayılacağı haller de ortaya çıkabilir. Mesela henüz alıcı adına tescil yapılmamış olmakla birlikte, konut alıcıya teslim edilmiş ve alıcının da konutu fiilen kullanmaya başlamasının ardından, satıcı projede değişiklik yapmış veya aynı konut için bir başka kişiyle daha satış vaadi sözleşmesi yaptığı ortaya çıkmışsa, alıcı keyfi dönme hakkını kullanabilmelidir.

Bu başlık altında incelenmesi mümkün son durum ise, alıcının yaptığı bir hukuki işlemi veya maddi fiili bulunmamakla birlikte, alıcının riziko alanından doğan bazı sebeplerin, keyfi dönme hakkının kullanılması halinde dürüstlük kurallarına aykırı olacak biçimde adaletsiz sonuçların doğmasına neden olabilmesi ihtimalidir. Mesela alıcının henüz teslim almamakla birlikte adına tescil ettirdiği konuta, alıcının borcu nedeniyle haciz konulursa, kanaatimce alıcının serbest dönme hakkı, bu haciz mevcut olduğu sürece kullanılamamalıdır. Aksi halde satıcı, dönme durumunda bu hacizle karşı karşıya kalır. Bunun adil olmadığı açıktır. Bu sebeple bu durumda dönme hakkının artık kullanılamayacağı kabul edilebilir.

⁴² Karş. *Doğar* s.281.

IV. Keyfi Dönme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

A. İfa Edilmemiş Edimlerin Sona Ermesi

Keyfi dönme hakkının usulüne uygun olarak kullanılmasının ilk hukuki sonucu, normal bir dönme hakkından farklı değildir. İfa edilmemiş edimler sona ererken, ifa edilmiş edimlerin iadesi borcu doğar⁴³.

Bu yönüyle keyfi dönme, her iki taraf bakımından da bozucu yenilik doğrucu bir etki yaratır. Alıcı açısından konutun tamamlanarak teslimi ile konutun adına tescilini isteme hakları ortadan kalkarken, satıcı açısından da bedeli talep biçimindeki alacağı kesin olarak sona erer.

Bu sebeple, alıcının ön ödemeli konut satış sözleşmesinden doğan borçları için verilen kefaletler, dönme halinde doğan borçların da kefaletle teminat altına alınan borçlardan olduğu özel olarak belirtilmiş olmadıkça, bu dönmeye birlikte kendiliğinden sona erer. Aynı sonuç, alıcının borcunun teminatı olarak verilen rehinler için de geçerlidir⁴⁴.

Dönmeyle birlikte, satıcıya verilmiş bulunan kambiyo senetleri de, alıcı yönünden kendiliğinden bedelsiz hale düşer. Senetler üçüncü kişiye devredilmiş olsa bile, alıcı bu savunmayı iyiniyetli kişilere karşı da ileri sürebilir. Zira kanun gereğince bu senetlerin nama yazılı olması gerekir. Zaten senetler emre yazılıysa, dönme yapılmaya bile senetler tüketici yönünden hükümsüz olacaktır (TKHK 4)⁴⁵.

B. İfa Edilmiş Edimlerin İadesi Borcunun Doğması

Keyfi dönmenin ikinci etkisi ise, dönme anına kadar ifa edilmiş edimlerin iadesi borcunun doğmasıdır. İşte dönme konusundaki görüşlerin ayrıldığı nokta da, bu etkinin hukuki niteliğine ilişkindir⁴⁶.

Dönme tarihine kadar ifa edilmiş edimlerin iadesi borcu her iki taraf için de bulunur.

Satıcının iadesi: Satıcı, alıcıdan alındığı her şeyi iade etmelidir⁴⁷. Satıcının, alıcının aldığı şey, bir miktar para olacağından, satıcının bu parayı, yapmaya yetkili olduğu kesintileri yapıp, iade etmesi gerekir. Bunun yanında alıcıdan alınan ve alıcıyı borç altına sokan tüm belgelerin (senet, çek, bono vs) alıcıya iadesi gerekir.

⁴³ *Oğuzman / Öz* (C.I) s.516 vd; *Zevkiler / Özel* s.295.

⁴⁴ Bu keyfi dönme hakkının, bina tamamlama sigortası veya diğer teminat türleriyle ilişkisi aşağıda ayrı bir başlıkta incelenecektir.

⁴⁵ *Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 07.03.2018, E. 2016/20529, K. 2018/2886*:

“... Kanun'un bu amir hükmüne göre davaya konu senetlerin her bir taksit için ayrı ayrı nama yazılı olarak düzenlenmesi gerekirken emre muharrer olarak düzenlendiğinden geçersizdir. Bilindiği gibi emre yazılı senetler TTK 559, 560, 743 maddelerinde yazılı esaslar dahilinde devredilebilir. Buna karşılık nama yazılı senetlerin devrinde ziyedliğin devri yanında alacağın temlik sonuçları doğuracak şekilde devredilmesi gerekir. Nama yazılı senette hak sahibi olmayan bir kimseden iyiniyetle devir alındığı gerekçesiyle taksit mümkün değildir. Senet hamili TTK 599. maddesi gereği kendisinin iyi niyetli hamil olduğu savunmasında bulunamaz. Somut olayda ciro edilen senetlerin nama yazılı olarak düzenlenmesi yasal zorunluluk olmasına rağmen, emre muharrer olarak düzenlenmesi sebebiyle geçersizdir. Geçersiz olan bu senetlere ciro yoluyla hamil olan iyiniyetli olup borçlunun zararına hareket etme kastı bulunmadığı savunmasında da bulunamaz.” (www.kazanci.com.tr).

⁴⁶ Çalışmamızın sınırlarını aşan bu konuda bkz. *Buz* s.121 vd; *Serozan* s.78 vd; *Öz* (İnşaat) s.171 vd; *Antalya* s.580 vd; *Doğar* s.283 vd; *Ayan* (Temerrüt) s.266 vd.

⁴⁷ Ön ödemeli menkul satışlarında satış bedeli, bankada alıcı adına açılan bir hesapta tutulmaktadır. Bu sebeple, alıcının dönmesi halinde alıcı bu parayı bankadan alabilir. Bkz. *Akçal* s.86.

Alıcının iadesi: Alıcı ise, konutu teslim almışsa onu iade etmelidir. Bu iade, zilyetliğin devri suretiyle gerçekleşecektir. Teslim gerçekleşmemekle birlikte tapuda alıcı adına tescil yapılmışsa, tapunun yeniden satıcı adına tescil edilmesi gerekir. Bu tescil tarafların tapu müdürlüğüne birlikte başvurusuyla fiilen icra edilmelidir. Keyfi dönme hakkını kullanan alıcı, bu işlemi yapmaktan kaçınırsa, satıcının alıcı aleyhine dava açabileceği açıktır. Fakat açılacak olan bu davanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Zira bu davanın hukuki niteliği, çalışmamızın kapsamı dışında tuttuğumuz, dönmenin icra edilmiş tasarruf işlemleri üzerindeki etkisi konusunda kabul edilecek hukuki görüşe bağlı olarak belirlenecektir⁴⁸.

Dönmenin bu konudaki sonucu hakkında kanaatimce TBK 229 hükmü kıyas yoluyla uygulanabilir⁴⁹. Buna göre alıcı, malı; maldan elde ettiği yararlarla birlikte iade etmelidir. Mesela konutu fiilen kullanmışsa (istisnaen bu kullanımın dönme hakkından vazgeçme olarak yorumlanmadığı hallerde⁵⁰), bu nedenle bir karşılık ödemekle yükümlüdür. Zira satıcının ayıptan sorumluluğu nedeniyle dönme halinde bile malı kullanan alıcı kullanım nedeniyle bir karşılık ödemek zorunda olduğuna göre, tamamen keyfi olarak dönme hakkını kullanan alıcının böyle bir kalem sorumluluk altına girmediğinin kabulü haksız olur.

Aynı şekilde satıcı da, aldığı parayı aldığı tarihten itibaren yasal faiziyle iade etmekle yükümlüdür⁵¹.

Normal koşullarda iade derhal istenebilir ve taraflar aynı anda iadeyle yükümlüdür. Fakat iade borçlarının muacceliyeti ve ifasının sırası hakkında Kanun açık bir hüküm getirmiştir. Buna göre öncelikle ifa yükümü satıcıdadır. Alıcının iade borcu, satıcının iade borcunu tam olarak ifa etmesinden sonra muaccel olacaktır. Eğer dönme beyanının satıcıya ulaştığı anda, henüz alıcı hiçbir edimini ifa etmiş değilse ve satıcıya senet vs. de vermemişse, satıcının alıcıya iade edeceği hiçbir borcu olmayacağından, alıcının aldıklarını, dönme beyanının ulaşmasından itibaren 10 gün içinde iade etmesi gerekir.

Öncelikli ifa yükümlülüğünün borçlusunu satıcının borcunun muacceliyeti, dönme beyanının kendisine ulaşmasından itibaren 180 gün olarak belirlenmiştir. Kanunun ilk halinde bu süre 90 gün olarak tespit edilmişti⁵². Fakat 2017 KHK değişikliğiyle, bu süre satıcı lehine 180 güne çekilmiştir⁵³.

⁴⁸ Bu konuda bkz. yuk. dn. 44’de belirtilen yazarlar.

⁴⁹ Doktrinde **Özmen / Vardar Hamamcıoğlu** (s.87) tarafından ön ödemeli menkul satışlarına ilişkin TBK 269 / II, son cümle hükmünün bu durumda kıyas yoluyla uygulanması ve alıcının faiz olması imkânının sağlanması gerektiği ileri sürülmüştür.

⁵⁰ Mesela henüz alıcı adına tescil yapılmamış olmakla birlikte, konut alıcıya teslim edilmiş ve alıcının da konutu fiilen kullanmaya başlamasının ardından, satıcı projede değişiklik yapmış veya aynı konut için bir başka kişiyle daha satış vaadi sözleşmesi yaptığı ortaya çıkmışsa, alıcı keyfi dönme hakkını kullanabilmelidir.

⁵¹ **Doğar** s.288. Doktrinde faiz yükümlülüğünün olmadığı yönünde görüşler de bulunmakla birlikte (**Çınar** s.220), kanaatimce bu kabul edilebilir bir görüş değildir.

⁵² Doktrinde bazı yazarlarca, bu sürenin bile çok uzun olduğu yönünde eleştiriler yapıldığı görülmektedir. Bkz. **Çınar** s.220.

⁵³ TKHK’nun yürürlüğe girmesinden sonra, TBMM başkanlığına sunulan ve 6502 sayılı Kanunda değişiklik yapılmasını da öngören (2 / 2736 sayılı) Kanun teklifinde, dönme halinde her iki tarafın da edimlerini iadesi için tek bir süre (6 ay) belirlenerek, karşılıklı iade kuralı getirilmek istenmişti. Fakat teklifteki bu hüküm, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda metinden çıkarıldığı için yasalasamamıştır.

Teklif edilen madde şöyleydi: “**MADDE 2- 6502 sayılı Kanunun 45 inci maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

Dikkat edilirse bu süre, dönme beyanının gönderilmesinden değil, ulaşmasından itibaren başlar.

Gümüş'e göre satıcı bu sürenin geçmesiyle kendiliğinden temerrüde düşer⁵⁴. Kanaatimce ihtar şartının ortadan kalkmasını sağlayan bir istisna mevcut olmadığına göre, ihtarsız temerrüt olgusuna dayanak bulmak güçtür. Fakat alıcı dönme beyanını kullanırken, 180 gün içinde ödeme yapılmasını istemişse bu, ihtar olarak kabul edilebilir. Ayrıca sözleşmede, keyfi dönme hakkının kullanılması durumunda, satıcının aldıklarını dönme beyanının ulaşması üzerine 180 gün sonra iade edeceğine ilişkin bir hüküm varsa, bu durumda da iadenin muacceliyeti belirli vade biçiminde belirlenmiş olacağından, ihtarsız temerrüdün oluşacağı kabul edilmelidir.

Alıcının iade borcunun, satıcının bütün iade borcunu ifa etmesinden 10 gün sonra muaccel olacağı TKHK 45 / III hükmünde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, satıcı aldığı para ve senet gibi bütün alıcı edimlerini, dönme beyanının kendisine ulaşmasından itibaren 180 gün içinde iade etmeli; alıcı da, konutu fiilen teslim almışsa zilyetliği; teslim yok, sadece tescil yapılmışsa, tapunun satıcı adına tescilli işlemlerini bundan en geç 10 gün sonra yerine getirmelidir. Bu sonuncu durumda da tüketicinin temerrüde düşmesi için, satıcının ihtarı da aranmalıdır⁵⁵.

Dikkat edilirse, bu durumda satıcı açısından tehlikeli bir durum ortaya çıkmaktadır⁵⁶. Satıcının, aldığı tüm parayı iade etmesinden itibaren 10 gün geçmedikçe alıcıdan iade isteminde bulunması mümkün değildir. Özellikle konutun alıcı adına tescil edilmiş olması halinde, alıcı keyfi dönme hakkını kullanıp tüm parasını geri aldıktan sonra, üzerine kayıtlı taşınmazı 10 gün daha iade etmekten kaçınabilmektedir. Özellikle alıcının kötüniyetli işlemlere girişmesi ihtimalinin, satıcı açısından önemli bir tehlike doğuracağı da açıktır.

Bu konuda son olarak belirtelim ki, TKHK 77 / 3 gereğince bu iade borcuna aykırı davranılması halinde, satıcı her bir sözleşme için (2020 yılı için) 2.092,00 TL⁵⁷ idari para

“(1) Ön ödemeli konut satışında, devir veya teslim tarihine kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır. Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı; konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile taşınmazın teslimine altı ay ve daha uzun bir süre kaldığı durumda sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar, altı aydan daha az bir süre kaldığı durumda ise sözleşme bedelinin yüzde dördüne kadar tazminat ödenmesini isteyebilir.”

“(3) Sözleşmeden dönülmesi durumunda, tüketicie iade edilmesi gereken tutar ve tüketicieyi borç altına sokan her türlü belge ile tüketicinin elde ettiği edinimler dönme bildirimimin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç altı ay içinde karşılıklı olarak iade edilir.”

Plan ve Bütçe Komisyonunda bu hüküm şu gerekçeyle tekliften çıkarılmıştır: *“Komisyonumuzda Teklifin geneli üzerinde yapılan görüşmelerde: “Büyük çaplı konut inşaatları ile devre tatil için ön ödemeli satışlarda teslim sürelerinin uzatılarak 36 aydan 42 aya çıkarılmasının tüketicinin aleyhine bir düzenleme olduğu, düzenlemenin bu şekliyle tüketici haklarında çeşitli kayıplara neden olacağı, yapımı halen devam eden ve teslim süreleri sözleşmeyle hüküm altına alınan yapım işleri için ayrı bir geçici düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu, düzenlemenin bu haliyle birçok davaya konu olabileceği, bu şekilde genel bir düzenleme yapmak yerine, büyük çaplı ve üç yıl içinde tamamlanması güç olan yapım işleri için ayrı bir düzenleme yapılması gerektiği, ayrıca uygulama açısından bu tür projelerin kapsamının da çok iyi belirlenmesi gerektiği... ifade edilmiştir.”*

Teklifin tam metni ve gerekçesi ile 08.03.2015 tarihli komisyon raporu için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss705.pdf>.

⁵⁴ **Gümüş** (Şerh), s.275. Bu yönde: **Çabri** (Sektörel) s.139.

⁵⁵ **Baş Sözel** s.122. Aksi görüşte: **Gümüş** (Şerh), s.276.

⁵⁶ **Atamer** s.247.

⁵⁷ Bkz. RG. 31.12.2019, S.30995.

cezasına çarptırılır. Bu cezayı uyulama yetkisi, TKHK 78/1 gereğince satıcının merkezinin bulunduğu yerdeki Valilik'e aittir⁵⁸.

C. Alıcının Bazı Mali Külfetlere Katlanma Borcunun Doğması

1. Genel Olarak

Bu dönme, keyfi dönme hakkı olduğundan, keyfi dönme hakkını kullanan tüketici satıcıdan herhangi bir tazminat isteyemez. Tam tersine, kendisi bazı mali külfetlere katlanmakla yükümlüdür. Fakat kanun koyucu bunun miktarına bir üst sınır çizmiştir.

Kanunun ilk şekline göre satıcı; konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilirdi. Fakat 2017 KHK değişikliğiyle, bu tazminat, keyfi dönme hakkının kullanıldığı tarihe göre değişken oranlarda belirlenmiştir.

TKHK 45 hükmünün gerek ilk halinde, gerekse de mevcut halinde satıcının alıcıdan isteyebileceği maddi taleplerin bir kısmı masraf, bir kısmı ise tazminat niteliği taşımaktadır. Bunların ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Fakat öncelikle bu konuda bir sorunun cevaplanması gerekir: Kanunda, istenebileceği belirtilen masrafların ve %2'den %8'e kadar olan dönme cezasının istenmesi, sözleşmede bunların istenmesinin mümkün olduğunun kararlaştırılmış olmasına mı bağlıdır? Yoksa bu iki sonuç, keyfi dönmenin yasal sonucu mudur?

Kanaatimce masrafların tüketici tarafından üstlenilmesi için sözleşmede bu yönde bir hükme gerek olmadığı kabul edilmelidir⁵⁹. Yani sözleşmede bu yönde bir hüküm olmasa bile, serbest dönme hakkını kullanan tüketici, yasal masrafları karşılamakla yükümlü olacaktır.

Fakat %2 - %8 oranında belirlenecek olan dönme cezası ödenmesi için sözleşmede bu konuda bir hükmün varlığının aranması gerekir⁶⁰. Çünkü kanun koyucu bu hükümlerle, keyfi dönme halinde %2'den %8'e kadar ceza isteme yetkisi vermiştir. Taraflar bunu %1 olarak da kabul edebilirler. Hiç de kararlaştırmayabilirler. Kararlaştıracaklarsa bunun üst sınırı, dönme tarihine göre %2 - %8 arasında olacaktır. Bu sebeple sözleşmede, keyfi dönme halinde tüketicinin dönme cezası olarak belli bir oranda tazminat ödeyeceğine ilişkin hüküm yoksa, satıcı bunu alıcıdan talep edemeyecektir. Bu sebeple kabul ettiğimiz görüşte, dönme cezasının sözleşmesel bir mahiyet taşıdığı ve taraf iradesine dayandığı yönündeki temel ilkeye de sadık kalındığı görülmektedir⁶¹.

Kanaatimce sözleşmede belirtilen ve Kanunun izin verdiği ölçüyü aşmayan (%2 - %8) orandaki cezanın hâkim tarafından herhangi bir sebeple indirilmesi de mümkün değildir⁶². Dönme cezasının, fahiş olduğu durumlarda hâkimce TBK 183 / III hükmüne göre

⁵⁸ **TKHK 78 / 2-3:** "(2) Bu Kanun hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliğini izleyen gündünden itibaren otuz gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz. - (3) Bu Kanuna göre verilen idari para cezalarının, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesi zorunludur."

⁵⁹ **Özmen / Vardar Hamamcıoğlu** s.92; **Çabri** (Sektörel) s.141; **Doğar** s.288.

⁶⁰ **Atamer** s.244. Aksi görüşte: **Doğar** s.291; **Çabri** (Sektörel) s.142. TBK hükümlerine tabi ön ödemeli menkul satışları için bu yönde: **Tek** s.78.

⁶¹ Bu konuda bkz. **Tutar** s.5.

⁶² Aksi görüşte: **Gümüç** (Şerh), s.273.

resen indirilmesinin doktrinde genel olarak kabul edilmesine rağmen⁶³, kanaatimce Kanunun çizdiği üst sınır içindeki bir dönme cezasının fahiş olduğu iddiasına yer kalmamaktadır.

2. Karşılanması İstenebilen Masraf Kalemleri

Tüketiciden karşılanması istenebilecek olan masraflar, yasal masraf olmalıdır. Bir yasa hükmü gereğince satıcının ödemek zorunda kaldığı giderler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Mesela satıcının, alıcının malvarlığını tespit edebilmek için kendi içinde yaptığı istihbarat gideri, sözleşme yapmak için harcadığı personel (avukat) gideri tüketiciden talep edilebilecek kalemlerden değildir. Bunlar yasal masraf olmayıp, ihtiyari masraflardır.

Kanun'da “*vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar*” biçiminde geniş bir ifade kullanılmıştır. Vergi, harç ve benzeri yükümlülük ifadesi, dönme nedeniyle vergi idaresinden geri alınamayacak olan masrafları ifade eder. Mesela sözleşme kurmak için yapılan resmi masraflardan olan noter masrafları, tapu harçları bu kapsamda düşünülebilir. Bunlar, dönme halinde Devletten geri alınamayacağından, alıcının bu masrafları karşılaması gerekir.

Fakat damga vergisi ve KDV için farklı düşünülmesi mümkündür. Dönme hakkının kullanıldığı tarihte satıcı fatura kesip KDV ödemişse, dönme üzerine ödenen bu KDV'nin devletten geri alınması mümkündür⁶⁴. Bu sebeple bu tutar alıcıdan istenemez. Fakat damga vergisi ise, sözleşmeden dönme halinde bile Devlet'ten geri alınamayacağından, bu tutarın alıcıdan istenmesi mümkündür.

Noter masrafının tüketiciden istenebilmesi için, bu masrafın satıcı tarafından yapıldığının kanıtlanması gerekir. Aynı sonuç tapuda alıcı adına tescil yapılmışsa, bu tescil işlemleri için yapılan giderler için de geçerlidir. Taşınmaz alıcı adına tescil edilmişse; dönme halinde bu taşınmazın tapu kaydının yeniden satıcı adına tescili gerekir. İşte bu ikinci tapu masrafının da alıcı tarafından karşılanması gerekir⁶⁵.

3. Dönme Cezası Talebi

Kanunda alıcıya keyfi dönme hakkı verilmekle birlikte, sadece yasal masrafların alıcıya yüklenmesinin adil olmayacağı kabul edilerek, keyfi dönme hakkını kullanan alıcının satıcıya bir dönme cezası⁶⁶ ödemesine ilişkin anlaşmalara da belli oranda izin verilmesi uygun görülmüştür⁶⁷.

⁶³ Bu konuda bkz. *Tutar* s.112.

⁶⁴ KDV beyannamesinin Tablo 4 indirimler kısmınının 34 nolu “*Mal iadeleri ve gerçekleşmeyen işlemler nedeniyle düzeltilen KDV*” kısmında belirtildiği üzere, daha önceden ödenen KDV geri alınabilmektedir.

⁶⁵ *Çabri* (Sektörel) s.140.

⁶⁶ Bilindiği gibi dönme cezası, taraflardan birinin veya ikisinin de sözleşmeyle kararlaştırılan bir edimi ceza olarak ödeyip sözleşmeden dönme hakkını saklı tutmaları durumunda söz konusu olur. Bkz. *Tutar* s.4 vd; *Yağcıoğlu* s.76; *Oğuzman / Öz* (C.II) s.543. İşte TKHK'nun bu hükmüyle, taraflara böyle bir dönme cezası getirme imkânı (belli ölçüler içinde) mümkün kılınmıştır.

⁶⁷ Dönme cezası terimi için: *Gümüüş* (Şerh) s.273; *Özmen / Vardar Hamamcıoğlu* s.92; *Aydoğdu* s.91; *Aslan* s.462; *İnal* (Milli Şerh) s.719; *Yağcıoğlu* s.82; *Kara* s.898; *Tek* s.78. Bunun bir ceza şart olduğu görüşünde: *Çınar* s.219. Devre tatil sözleşmesi yönünden, bunun bir tazminat sınırı niteliğinde olduğu görüşünde: *Baş Süzel* s.121.

Kanunda belirtilen dönme cezası olarak nitelenen tutarın ise ayrıca analiz edilmesi gerekir. Kanunun ilk şeklinde maktu %2 olarak belirlenen, 2017 KHK değişikliğiyle kademeli hale getirilen ceza tutarı hakkında şunlar söylenebilir⁶⁸:

Yüzdellik olarak belirlenen bu ceza tutarı, satış bedeli üzerinden hesaplanır. Kanaatimce bu bedel KDV dâhil olarak tüketicinin elinden çıkacak olan toplam tutarı ifade eder.

Dönme hakkının kullanıldığı tarih itibariyle, sözleşmeden geçen süre dikkate alınarak, ceza tutarı kademeli hale getirilmiştir. Sözleşmeden itibaren ilk 6 ay içinde dönme hakkı kullanılırsa, %2, 6-12 ay içinde kullanılırsa %4, 12-18 ay arasında kullanılırsa %6, 18-24 ay içinde kullanılırsa %8 oranında ceza kesilebilir.

Kanaatimce dönme hakkının hangi tarihte kullanılmış sayılacağı konusunda, beyanın gönderilme tarihinin değil, ulaşma tarihinin esas alınması gerekir. Buna göre, mesela 5. ayın 28. günü gönderilen dönme beyanı, 6. ayın 2. günü satıcıya ulaşırsa, alıcı %2 değil, %4 oranında ceza ödemek zorunda kalabilir. Zira genel kuralın ve cayma hakkındaki açık düzenlemenin⁶⁹ aksine, dönme hakkının ulaşmakla değil, gönderilmekle hüküm doğuracağına ilişkin bir yasal dayanak mevcut değildir.

Satıcı, zararının daha fazla olduğunu iddia ederek, aşan zararının tazminini isteyemez⁷⁰. Acaba alıcı, satıcının zararının daha az olduğunu iddia ederek, daha az bir tutarı ödemesi gerektiğini ileri sürebilir mi? Kanaatimce bu tutar, zarara bağlı olmaksızın maktu olarak ödenir. Bu sebeple sorduğumuz sorunun olumsuz olarak cevaplanması gerekir.

4. Masrafların Karşılanmasının / Dönme Cezasının İstenemeyeceği Haller

Alıcı keyfi dönme hakkını kullandığında, Kanunda belirtilen masraf ve cezayı ödemek zorunda kalacaktır. Fakat bazı özel durumların bulunması halinde, alıcının bu yükümlülükten kurtulacağı da kabul edilmiştir. Bu durumlarda, alıcı hem masrafı hem de cezayı ödemekten kurtulur⁷¹.

Bu sebepler, TKHK'da belirtilmekle birlikte Yönetmelikle iki durum daha eklenmiştir.

a. TKHK gereğince

Kanunda dört halde hem masrafın, hem de cezanın istenemeyeceği belirtilmiştir. Bunlar şöyledir:

⁶⁸ TKHK'nun yürürlüğe girmesinden sonra, TBMM başkanlığına sunulan ve 6502 sayılı Kanunda değişiklik yapılmasını da öngören (2 / 2736 sayılı) kanun teklifinde, dönme halinde tüketiciden alınacak olan tazminatın, her durumda % 2 olarak değil; dönme tarihi ile akdi teslim tarihi arasındaki sürenin altı ay veya daha fazla olması halinde %2; altı aydan kısa süre kalmışsa %4 oranında ödemesi öngörülmüştü. Fakat teklifteki bu hüküm, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda metinden çıkarıldığı için yasalaşamamıştır. Bu konuda bkz. yuk. dn.46.

⁶⁹ Bkz. *Ayan* (Cayma) s.70.

⁷⁰ *Gümüüş* (Şerh) s.273; *Özmen / Vardar Hamamcıoğlu* s.93; *Doğar* s.291; *Yağcıoğlu* s.79.

⁷¹ Aslan'a göre bu hallerde, sadece ceza istenemez, fakat vergi ve sözleşme masrafı gibi diğer masrafların tüketiciden istenmesi mümkündür. *Aslan* s.463. Bu yönde: *Özmen / Vardar Hamamcıoğlu* s.96; *Zevkliler / Özel* s.297. Yazarın düşüncesi daha adil olmakla birlikte, Kanunun yazılış tarzının bu yoruma imkân vermediği kanaatindeyim: "... hâllerinde tüketiciden herhangi bir bedel talep edilemez." (TKHK 45 / II, son cümle). Yönetmelik'in ifade biçimi de görüşümüzü destekler içeriktedir: "Aşağıdaki hallerde tüketici sözleşmeden dönme hakkını ... vergi, harç, masraf, tazminat ve benzeri adlar altında herhangi bir bedel ödemeksizin kullanabilir" (Yönetmelik 9 / IV).

Bazı yazarlarca, Kanunda geçen bedel teriminin ne anlama geldiğinin belli olmadığı belirtilmiştir. Bkz. *Ceylan* s.66; *Zevkliler / Özel* s.296.

- Satıcının, yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi,
- Tüketicinin ölmesi,
- Tüketicinin kazanç elde etmekten sürekli biçimde yoksun kalması nedeniyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesi,
- Mevcut sözleşme yerine, olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin alıcı önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi.

Kanun incelendiğinde, bu dört sebebin mevcut olması durumunda tazminatsız / masrafsız dönme hakkının yine sözleşmeden itibaren 24 ay içinde kullanılması gerektiği anlaşılmaktadır. Zira Kanunun ilk halinde 24 aylık süre sınırı bulunmaksızın teslim ve tescilden hangisi sonra olacaksa, o tarihe kadar dönme hakkının kullanılabilmesi düzenlenmişken, 2017 KHK değişikliğiyle mevcut halini alan hükümde, bu hakkın 24 ay içinde kullanılabilmesi kuralı getirilmiştir. Bu sebeple, mesela alıcı ölse bile, alıcın mirasçıları, 24 aylık süre geçmişse, keyfi dönme hakkını zaten kullanamazlar.

Fakat 2017 KHK değişikliğinin Yönetmeliğe işlenmesi sırasında, yanlış anlamaya imkân verebilecek bir ifade biçiminin kaldığı görülmektedir. Yönetmelik madde 9 ilk fıkrada hükmünde, kanuna paralel olarak, keyfi dönme hakkının 24 aylık süre içinde kullanılabilmesi belirtilmiştir. Fakat 4. fıkrada ise, Kanunda belirtilen tazminatsız / masrafsız dönme hakkının, 24 aylık süreyle sınırlı olmadığı, eskiden olduğu gibi teslim ve tescile kadar kullanılabilmesi yönünde bir ifadenin kaldığı görülmektedir:

Yukarıda da belirtildiği gibi⁷², kanaatimce bu fıkranın kanunla olan uyumsuzluğu, keyfi dönme hakkının zaten 24 aylık süre içinde kullanılabilmesine ilişkin Kanun hükmüne üstünlük tanınmasıyla aşılmalıdır. Zira Kanun mevcut haliyle, keyfi dönme hakkının zaten en fazla 24 ay içinde kullanılabilmesini düzenlemiştir. Bu süre içinde yapılan keyfi dönme, yine belirtilen sebeplerden birine dayalı olarak yapılmışsa, alıcı tazminat / masraf / ceza ödemek zorunda kalmayacaktır. Bu sebeple, Yönetmelik 9/4 hükmünde belirtilen, dönme hakkının 24 aylık süreyle bağlı olmaksızın, teslim ve tescil tarihine kadar masrafsız / tazminatsız biçimde kullanılabilmesi anlamına gelen ibarenin, Kanunla birlikte yorumlanması ve bu hakkın 24 aylık sınır içinde kullanılabilmesinin kabulü gerekir.

Fakat Yönetmelikle getirilen diğer iki sebepsiz dönme halinin (9/5 ve 11) tabii olduğu süre konusundaki görüşümüz, aşağıda ayrıca açıklanacaktır.

aa. Satıcının yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olması

Kanun gereğince tazminat / masraf / ceza istenemeyen ilk hal, *satıcının yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi ifa etmemesi* biçiminde düzenlenmiştir.

Hangi kapsamda anlamlandırılacağı tartışılabilir nitelikteki bu hüküm, kanaatimce temerrüt ve ayıp nedeniyle dönme halinde uygulanabilir değildir. Diğer bir ifadeyle mesela satıcı temerrüde düşmüşse, alıcının temerrütten doğan hakları bu maddenin kapsamına girmez, alıcı temerrüde dayalı dönme hakkını hangi koşullarda kullanabileceğine, yine o hükümlere dayanabilir. Bunun sonuçları da yine temerrüt hükümlerine göre belirlenir. Aynı şekilde teslim ayıplıysa, alıcı ayıptan doğan hakları kapsamında koşulları varsa dönme hakkını kullanabilir. Bu durumda da dönme hakkının, bu maddeyle bir ilişkisi yoktur.

Bu sebeple alıcının dönme hakkını kullanıp, temerrüt veya ayıba dayanarak göstermesi halinde, temerrüt veya ayıp nedeniyle dönme hakkının koşullarının oluşup oluşmadığı incelenmeli ve ilgili hakkın sonuçlarının uygulanması yoluna gidilmelidir. Zira bu madde, temerrüt ve ayıp nedeniyle dönme hakkını, her türlü borca aykırı davranış halinde

⁷² Bu konuda bkz. yuk. III, B. 2.

kullanmaya izin veren bir madde niteliği taşımaz. Diğer bir ifadeyle, alıcı keyfi dönme hakkını kullanıp, satıcının masraf ve tazminat talep etmesi halinde, alıcı satıcının herhangi bir borca aykırılığına dayanıp bunu ödemekten otomatik olarak kurtulamaz.

Bu sebeplerle kanaatimce bu maddede açıklanan, *satıcının yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi ifa etmemesi* biçimindeki ifadenin bir anlamı yoktur⁷³. Zira temerrüt veya ayıp nedeniyle dönme halinde, nasıl bir hukuki durumun ortaya çıkacağı ayrı kurallara tabi olduğundan, bunun uygulama alanı olmayan bir hüküm olduğu kabul edilebilir.

Fakat satıcı ön ödemeli konut satış sözleşmesine özgü bazı yükümlülüklerine aykırı davranmışsa, acaba alıcı keyfi dönmesi halinde tazminat ve masraf ödemekten kurtulabilir mi? Bu soru kapsamında incelenmesi gereken kanaatimce dört hal sayılabilir:

İnşaatın yapıldığı sırada, inşaatın ayıplı olacağına ortaya çıkması,

Satıcının alıcıyı gerektiği gibi aydınlatmamış olması,

Sözleşmenin adı yazılı biçimde akdedilmiş olması,

Satıcının bina tamamlama sigortası yaptırmamış olduğunun ortaya çıkması.

Gümüş'e göre, teslim tarihinden önce konutun ayıplı olacağı anlaşılırsa, alıcının bu nedenle dönme hakkını kullanması halinde, alıcıdan tazminat istenemez⁷⁴. Kanaatimce inşaatın yapıldığı sırada ayıplı olacağı anlaşılıyorsa, zaten alıcı TBK 473 / II hükmünün⁷⁵ kıyas yoluyla uygulanması yoluyla dönme hakkını kullanabilir. Bu durumun da TKHK 45 ile bir ilişkisi yoktur. Alıcı, 473 / I'ın aradığı koşulları yerine getirmeden, doğrudan dönme hakkını kullanamaz. Aksi halde, satıcıya tazminat masraf ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz.

Alıcının aydınlatılmamasının yaptırımı, tazminatsız dönme değil, somut olaya göre cayma veya dönme süresinin uzamasıdır⁷⁶. Bu sebeple, bu sonuçlar gereğince meselenin çözülmesi gerekir.

Sözleşmenin adı yazılı biçimde akdedilmiş olması, kural olarak bu sözleşmenin hükümsüz olması sonucunu doğurur⁷⁷. Bu durumda zaten dönme hakkının kullanılmasına da

⁷³ Bu hükmü anlamlandırmaya çalışan yazarlar da bulunmaktadır. Karş. **Çabri** (Sektörel) s.145. Bu yazara göre, satıcı bir yükümlülüğüne aykırı davranışsa, ek süreye gerek olmaksızın derhal dönme hakkı kullanılabilir. Bu görüşe katılma olanağı yoktur.

Ayrıca bu hüküm nedeniyle haklı sebeple dönme hakkı tesis edildiğine yönelik katılmadığımız görüş için bkz. **Karakocalı / Kurşun** s.138.

⁷⁴ **Gümüş** (Şerh), s.274. Bu yönde: **Çabri** (Sektörel) s.145; **Çınar** s.220; **Doğar** s.293.

⁷⁵ Bu konuda bkz. **Gümüşsoy Karakurt** s.211 vd.

⁷⁶ Bir görüş ise, bu durumda alıcının kesin hükümsüzlük iddiasında bulunabileceği yönündedir. Bkz. **Doğar** s.211.

⁷⁷ TKHK 41 / II hükmünde, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tapu müdürlüğünde; satış vaadinin ise noterde düzenleme senet biçiminde yapılması gerektiği, fakat bu şekle uyulmazsa, alıcının bu geçersizliğe dayanması mümkün olmakla birlikte, satıcının alıcının aleyhine olacak biçimde buna dayanamayacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün hukuki niteliği konusunda bkz. Bkz. ve karş. **Atamer** s.227; **Gümüş** (Şerh) s.256; **Oğuzman / Öz** (C.I) s.155; **Öz** (Sektörel) s.243; **Çabri** (Sektörel) s.112; **Özmen / Vardar Hamamcıoğlu** s.40; **Aydoğdu** s.90; **Makaracı** s.252; **Doğar** s.126; **Inal** (Milli Şerh) s.662. Şekle aykırılık halinde alıcı, zaten dürüstlük kurallarına aykırı olmadıkça geçersizliğe dayanabileceğinden, dönme hakkını kullanmasına gerek bile yoktur.

Fakat taraflar arasında önce bir adi yazılı sözleşme, ardından da noterde düzenleme senet biçiminde bir sözleşme yapılmışsa, kanaatimce 24 aylık süre, noter sözleşmesinde, adi yazılı sözleşme tarihinden itibaren hüküm doğuracağı belirtilmedikçe, noter sözleşmesinden başlamalıdır. Karş. **Çabri** (Sektörel) s.137.

gerek ve yer yoktur⁷⁸. Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin kendisine kalacak olan bağımsız bölümleri adi yazılı biçimde üçüncü kişilere satmasının, tahvil yoluyla alacağın temliki olarak ayakta tutulduğu Yargıtay uygulaması⁷⁹ esas alınrsa, zaten alacağın temliki işlemi nitelikli bu sözleşme geçerli olacağından, şekil sorunu yine mevcut olmayacaktır.

Satıcının bina tamamlama sigortası yaptırması veya diğer bir teminatı sağlaması gereken bir durum varsa ve satıcı bunu yapmamışsa, kanaatimce bu bir yan edim yükümlülüğü olduğundan, alıcıya temerrüde dayalı dönme hakkı tanınmalıdır⁸⁰. Bu yorum kabul edildiğinde meselenin zaten serbest dönme hakkıyla bir ilişkisinin olmadığı da ortaya çıkacaktır.

Bu sebeplerle yine özetlemek gerekirse, kanaatimce bu hüküm, alıcıya genel hükümlerde olmayan bir dönme hakkı vermektedir. Bunun için satıcının borca aykırı davranışına gerek yoktur. Fakat satıcının borca aykırı davranışı nedeniyle dönüp tazminat ödemek isteyen alıcının, dönmeyle ilgili (temerrüt ve ayıp gibi) kurallara uyması gerekir.

bb. Alıcının ölmesi:

Alıcı ölmüşse⁸¹, onun mirasçıları bu dönme hakkını kullanırlarsa mirasçılar, dönme nedeniyle hiçbir masrafa katlanmayacaklar ve dönme cezası da ödemeyeceklerdir⁸². Burada önemli olan, dönme hakkının alıcı tarafından değil, onun mirasçıları tarafından kullanılmasıdır. Eğer alıcı, dönme hakkını kullanıp bir gün sonra ölmüşse, tazminat istenmesine engel olan diğer sebepler mevcut olmadığı sürece, bu durumda satıcı masraf ve cezanın ödenmesini talep edebilir.

Alıcının ölmesine bağlı olarak masrafsız, tazminatsız keyfi dönme hakkının sözleşme tarihinden itibaren en fazla 24 aylık süre içinde kullanılması gerekir. Bu sebeple ölüm tarihi itibarıyla mesela 21. ay içinde bulunuluyorsa, mirasçıların 3 ay içinde dönme hakkını kullanması gerekir. Fakat bu 24 ay içinde olmak kaydıyla, alıcının mirasçılarının ölümünden sonra hangi süre içinde bu dönme hakkını kullanacaklarına ilişkin bir kural mevcut değildir. Mesela alıcı sözleşmenin yapılmasından bir gün sonra ölmüşse, mirasçılar 23. ayda dönme hakkını kullanabilir mi? Kanunda bir sınırlama olmadığına göre, bu hakkın dürüstlük kuralı kapsamında, 24 aylık sürenin sonuna kadar kullanılabileceğini kabul etmek gerekir.

Fakat mirasçılar, bazı fiilleriyle bu sebebe bağlı dönme hakkını kullanmayacakları yönünde bir kanaatin doğmasına neden olmuşlarsa, 24 ay içinde bulunulsa bile keyfi dönme hakkının düştüğü kabul edilmelidir. Mesela mirasçılar satıcıdan, konutla ilgili bazı özel isteklerde bulunmuşlarsa, bu fiilin, ölüme bağlı keyfi dönme hakkından vazgeçme olarak yorumlanması mümkündür.

⁷⁸ Özmen / Vardar Hamamcıoğlu s.83.

⁷⁹ Bu konuda bkz. Arat s.109 vd.

⁸⁰ Benzer yönde: *Göktepe* s.27. Doktrindeki bir görüşe göre ise, bina tamamlama sigortası yapılmaması, kesin hükümsüzlüğe neden olur. *Doğar* s.199. Fakat bu hükümsüzlüğe sadece alıcı dayanabilir. Bir diğer görüşe göre ise bu durumda sözleşme askıda hükümsüzdür. Bkz. *Atamer* s.234. Bu aykırılığın geçersizliğe neden olmayacağı yönünde: *Baş Süzel* s.118.

⁸¹ Teorik olarak belirtelim ki, alıcının gaipliğine karar verilmesi halinde de, 24 aylık sürenin içinde olmak kaydıyla mirasçılar dönme hakkını masrafsız olarak kullanabilir. Fakat gaiplik kararının, 24 aylık süre içinde verilmesi (ve kesinleşmesi) uygulamada pek mümkün olmadığından, bu ihtimal teorik bir açıklamadan öteye geçemeyecektir.

⁸² Karş. *Giger* s.500, Art.227f, no.11. Bazı yazarlara göre ise alıcı bu durumda sadece dönme cezası ödemez, fakat masrafları karşılamakla yükümlüdür. Bkz. *Özmen / Vardar Hamamcıoğlu* s.96; *Doğar* s.293 *Çabri* (Sektörel) s.146. Kanuna aykırı olduğundan, bu görüşe katılma olanağı yoktur.

Alıcının ölmesi durumunda, satıcının, alıcının mirasçılarına dönme hakkını kullanıp kullanmayacaklarını açıklamaları için bir süre vererek, bu hakkı kullanması isteyemez. Ölüm üzerine mirasçılar, alıcı murisin dönme hakkını kullanabileceği tarihe kadar dönme hakkını kullanabilirler. Yeterli onların fiilleri, dönme hakkından vazgeçme niteliği taşımasın.

Mirasçı sayısı birden çoksa, iştirak halinde hak sahipliği ilkesi gereğince, dönme hakkının oybirliğiyle kullanılması gerekir (TMK 640 / II). Mirasçılar arasında oybirliği sağlanamazsa bu hak kullanılamaz.

Kanaatimce mirasçıların, ölümden haberdar olmaması veya mirası ret haklarının bulunması ya da terekenin resmi defterinin tutulması bu 24 aylık sürenin işlemlerini durdurmamalıdır. Zira bu 24 aylık süre, bir zamanaşımı süresi olmadığı gibi, hak düşürücü süre de değildir. Alıcıya veya mirasçılara tanınan hakkın kullanılması için belirlenmiş bir süre niteliğindedir. Bu nedenle sürenin geçmesi halinde hak ortadan kalkar. Anılan sürenin durması / kesilmesi söz konusu olmamalıdır.

cc. Alıcının kazanç elde etmekten sürekli biçimde yoksun olması nedeniyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesi:

Sosyal gerekçelerle hukuk politikası gereğince kabul edilmiş bu istisnada iki hususun birlikte gerçekleşmesi gerekir. 1. Alıcının ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesi, 2. Bunun sebebinin, alıcının kazanç elde etmekten sürekli biçimde yoksun hale gelmesinden kaynaklanması⁸³.

Bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Alıcının, kazanç elde etmekten sürekli biçimde yoksun hale gelmesi söz konusu olsa bile, alıcının mali durumu ön ödemeleri yapabilecek durumdaysa veya alıcı mesela işyeri kapandığı, işten çıkarıldığı için ön ödemeleri yapamayacak duruma gelmişse, tazminatsız / masrafsız keyfi dönme hakkı kullanılamaz. Daha doğrusu, bu durumlarda alıcı keyfi dönme hakkını kullanırsa, tazminat / masrafları / cezayı ödemek zorunda kalır.

Alıcının kazanç elde etme imkânının sürekli biçimde ortadan kalkması, mesela alıcının geçirdiği bir kaza nedeniyle olabileceği gibi, başkaca nedenlerle de ortaya çıkabilir. Çalışma gücünün tamamen değil de, kısmen kaybı halinde de, bu durum süreliyse ve bu nedenle ön ödemeleri yapamama durumu ortaya çıkmışsa, tazminatsız / masrafsız keyfi dönme hakkı kullanılabilir⁸⁴. Mesela bir kişinin, geçirdiği kaza nedeniyle ellerini kaybetmesi halinde, çalışma gücü tamamen olmasa bile, büyük ölçüde ortadan kalkmış sayılabilir. Bu olay ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmeye neden olmuşsa, tazminatsız keyfi dönme hakkı kullanılabilir.

Alıcının çalışma gücünü kaybetmesinin kendi kurusuna bağlı olup olmaması, bu hükmün uygulanmasında önem taşımaz⁸⁵.

Alıcının, tazminatsız / masrafsız dönme hakkını, bu durumun ortaya çıkması üzerine, (24 ayın dolmaması şartıyla) makul süre içinde kullanması gerekir.

Bu hükme göre keyfi dönme hakkı kullanıldığında, alıcı hem dönme cezasından, hem de masrafları karşılama borcundan kurtulur⁸⁶.

⁸³ Karş. *Giger* s.500, Art.227f, no.11.

⁸⁴ Karş. *Gümüş* (Şerh) s.274; *Çabri* (Sektörel) s.147.

⁸⁵ *Çabri* (Sektörel) s.147.

⁸⁶ Bir görüşe göre ise, alıcı masrafları ödemek zorunda kalır. *Özmen / Vardar Hamamcioğlu* s.97; *Çabri* (Sektörel) s.148; *Doğar* s.297.

dd. Ön ödemeli sözleşme yerine, olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin alıcı önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi:

Bu şartın ne anlama geldiğini kavramak güçtür⁸⁷. Hükümün gerekçesinde de bununla ilgili bir açıklama yoktur. Ön ödemeli satışlara ilişkin TBK 269 / III hükmünde de bu kurala yer verildiği görülmektedir.

Kanunda geçen bu hükmün ne anlama geldiği, Yönetmeliğin 9 / IV – ç bendinin, son değişiklikten önceki halinde şöyle açıklanmıştır:

“Ön ödemeli konut satışının taksitle yapılması durumunda, mevcut sözleşmenin yerine konut teslim tarihini geçmeyen ve tüketicinin mevcut sözleşmeye göre talep edilen vade farkını ödemeyi de kabul ettiği yeni bir taksitle satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin önerisinin, satıcı tarafından kabul edilmemesi nedeniyle sözleşmeden dönülmesi.”

Bu hükümle kastedilen aslında alıcının vadenin uzatılmasına ilişkin önerisinin kabul edilmemesidir⁸⁸. Bunu bir örnekle canlandıralım:

01.01.2019 tarihinde akdedilen ön ödemeli konut satış sözleşmesinde, ön ödeme taksit süresi 20 ay ve konutun teslim ve tescil tarihi ise 30 ay olsun. Alıcının yapacağı ön ödeme taksitleri aylık 5.000'er TL olarak kabul edilirse, mesela 10. ayda bu hükmün uygulanarak alıcının tazminatsız dönme hakkını kullanması için hesaplama şöyle olacaktır:

10. taksitin de ödenmesi üzerine geri kalan taksit sayılı 10 ve toplam ödeme tutarı (10 x 5.000) 50.000 TL'dir. İşte bu hükmü göre, alıcının mesela geri kalan ödeme sayısının, konutun teslim / tescil edileceği tarihi geçmeyecek biçimde uzatılması biçimindeki önerisi (vade farkı da eklenmek suretiyle), satıcı tarafından kabul edilmezse, alıcı tazminatsız dönme hakkını kullanabilir.

Bu ihtimalde geri kalan ve 10 ayda ödenecek olan 50.000 TL, mesela 20 ay içinde ödenir biçimde taksitlendirilebilir. Bu ihtimalde bu uzatma nedeniyle doğan vade farkının da alıcı tarafından karşılanması gerekir.

Bu hükmün uygulanabilmesi için, öncelikle alıcının, mevcut vade sayısının uzatılmasını, vade farkını ödemeyi de kabul etmek suretiyle satıcıya bildirmesi gerekir. Bu önerideki uzatılmış vade sayısı, sözleşme gereğince konutun teslim / tescil edilmesi gereken tarihten daha ileri bir tarih değilse, satıcının bunu kabul etmesi gerekir. Kabul etmezse, böyle bir değişiklik gerçekleşmemekle birlikte, alıcının tazminatsız dönme hakkı doğar.

Fakat 2017 yılında Yönetmelikte yapılan değişiklikle bu hüküm şu hale gelmiştir:

“ç) Tüketicinin kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi.”

Hemen belirtelim ki, 2017 değişikliğiyle bu halini alan Yönetmelik hükmü Kanuna aykırıdır⁸⁹. Zira Kanunda, alıcının yapacağı önerinin reddinin tazminatsız dönmeye olanak vermesi için, bunun kazanç elde etmekten sürekli biçimde yoksun kalmaya dayanması gibi bir koşul bulunmamaktadır. Alıcının, özel bir gerekçesi olmasa bile, Kanuna göre, mevcut sözleşmenin yerine, olağan koşullarda yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin önerisinin reddi, tazminatsız dönme imkânını doğurur.

⁸⁷ Karş. *Giger* s.501, Art.227f, no.13; *von Büren* s.65; *Özmen / Vardar Hamamcıoğlu* s.98.

⁸⁸ *Özmen / Vardar Hamamcıoğlu* s.99.

⁸⁹ Doktrinde bu duruma dikkat edilmeksizin, Yönetmelik hükmüne öncelik veren yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. *Çabri* (Sektörel) s.148; *Doğar* s.295.

Kanunda olmayan (alıcı aleyhine) bir koşulun yönetmelikle eklenmesi mümkün değildir. Bu sebeple, meselenin Kanuna göre çözümlenmesi ve Yönetmelikteki eski hüküm gibi algılanması daha uygun olacaktır.

TKHK 45 / II hükmünde belirtilen bu sebebe göre tazminatsız / masrafsız dönme hakkının kullanılabilmesi için, tüketicinin Kanuna uygun öneride bulunması ve satıcının bu öneriyi reddetmesi gerekir. Önerinin yapıldığı, yazılı delille kanıtlanmalıdır. Önerinin Kanuna uygun bir nitelik taşıyıp taşımadığı, ileride bu konuda bir uyuşmazlık çıkması durumunda mahkemece takdir edilecektir.

Atamer bu hükmün temel mantığını şöyle açıklamıştır⁹⁰: Ön ödemeli biçimde mesela bir koltuk takımı satın alan kişi, evlilik tarihini öne çektiği için koltuğa daha erken ihtiyaç duymuşsa, satıcıdan malın hemen teslimini isterse ve satıcıya da bu sebeple doğan riskini teminat altına alırsa, satıcının bu teklifi reddetmesinin dürtünlük kurallarına aykırı olacağı düşünülebilir. İşte bu hüküm bu tip durumlar için getirilmiştir. Fakat yazar, menkuller için getirilmiş bulunan bu hükmün taşınmazlar için kabul edilmesini haklı olarak eleştirmiştir.

b. Yönetmelik gereğince

Kanunda belirtilen bu dört sebebin dışında, Yönetmelikle iki halde daha tazminat / masraf / ceza istenemeyeceği belirtilmiştir. Kanunda belirtilen 4 sebepsiz dönme hakkının 24 aylık süreye bağlı olduğuna yönelik kanaatimi yukarıda açıklamıştım. Fakat Yönetmelikle getirilen diğer iki sebepsiz dönme imkânında (m. 9/5 ve m. 11) ise, kanaatimce daha farklı düşünülmesi gerekir. Şöyle ki, sözleşmeden itibaren 24 ay geçmiş olsa bile, satıcının aynı konutu birden fazla kişiye sattığı ortaya çıkarsa (m. 9/5) veya satıcı 24 aylık süre geçtikten sonra projede değişiklik yaparsa (m. 11), artık alıcının tazminatsız masrafsız dönme hakkının olmayacağını iddia etmek doğru olmaz. Bu sebeplerle bu iki halde tazminatsız keyfi dönme hakkı, teslim ve tescil gerçekleşene kadar kullanılabilir⁹¹.

aa. Konutun birden çok kişiye satılması:

Yönetmelik 9/5 hükmüne göre:

“(5) Bir konutun birden fazla tüketicieye satılması halinde tüketicie, sözleşmeden dönme hakkını, devir veya teslim kade vergie, harç, masraf, tazminat ve benzeri adlar altında hiçbir bedel ödemeksizin kullanabilir.”

Bu hükmeye göre satıcının aynı konutu birden çok kişiye sattığı tespit edilir ve alıcı bu nedenle dönme hakkını kullanırsa, alıcıdan dönme cezası / tazminat istenemez. Tüketicie yaptığı masrafların tamamını satıcıdan talep edebilir.

Aslında aynı konutun birden çok kişiye satışı; satış vaadi sözleşmesi veya adi yazılı satış sözleşmesiyle gerçekleştirilebilir. Bu tip durumlarda alıcı, hak sahipliğiyle ilgili davalara muhatap olmak istemiyorsa dönme hakkını kullanabilir. İşte böyle bir durumda alıcının tazminat ödemesi gerekmez.

Acaba, tüketicinin bu hükmeye göre dönme hakkını tazminatsız kullanabilmesi için, birden çok kişiye satılan / satışı vaat edilen konutun, tüketicieye satılan konut olması şart mıdır? Yoksa aynı projeden bir başka konutun birden çok kişiye satılması da, tüketicieye tazminatsız dönme hakkı verir mi?

Kanaatimce bu sonucunda da alıcının güven duygusunun temelden sarsılması söz konusu olacağından, alıcı tazminatsız dönme hakkını kullanabilmelidir.

⁹⁰ **Atamer** s.245.

⁹¹ Bkz. yuk. III, B. 2.

Bu durumda alıcı dönme hakkını, bu durumu öğrendiğinde makul bir süre içinde kullanmalıdır. Alıcı, uzun süre sessiz kalması veya diğer bazı davranışlarıyla bu durumu kabullendiği yönünde bir izlenim doğmasına yol açarsa, artık bu sebeple sebepsiz dönme hakkını kullanamamalıdır.

bb. İnşaat projesinin sonradan değiştirilmesi

İkinci istisna ise, yine uygulamanın ihtiyaçlarından doğan çok yerinde bir biçimde düzenlenmiş Yönetmelik madde 11 hükmüdür. Bu hükme göre:

Proje değişiklikleri MADDE 11 – “(1) Sözleşmeye konu konutun yer aldığı projede sonradan değişiklik yapılması durumunda, bu değişikliğin tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirilmesi zorunludur. Tüketici yapılan proje değişikliğini kabul etmeyerek bir ay içinde vergi, harç, masraf, tazminat ve benzeri adlar altında hiçbir bedel ödemeksizin sözleşmeden dönebilir. Proje değişikliğinin yasal zorunluluklardan veya mücbir sebep hallerinden kaynaklanması durumunda, satıcı tüketiciden bu Yönetmeliğin 9. Maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan masraf ve tazminat tutarını dikkate alarak kesinti yapabilir.”

Uygulamada görüldüğü gibi, inşaat ruhsatının alınmasından sonra, sıklıkla proje değişikliği yapılmaktadır. İşte böyle bir durumda alıcının masrafsız dönme hakkının bulunup bulunmadığı ayrı bir maddeyle düzenlenmiştir. Buna göre, projede değişiklik olursa, bunun alıcıya yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirilmesi zorunludur. Bu bildirim üzerine alıcı, bir ay içinde keyfi dönme hakkını kullanırsa, herhangi bir tazminat ödemesi gerekmez. Fakat iki halde bunun da istisnası olduğu belirtilmiştir. Buna göre, proje değişikliği yasal zorunluluklardan veya mücbir sebeplerden kaynaklanmışsa, alıcı keyfi dönme hakkını kullandığında tazminat / ceza ödemek zorunda kalır.

Kanaatimce, alıcının proje değişikliği nedeniyle dönme hakkını kullanması halinde, satıcının tazminat talep edebilmesi için, alıcıya yapacağı bildirimde, bunun yasal zorunluktan veya mücbir sebepten kaynaklandığını ve dönme hakkını kullanırsa, tazminat ödemekle yükümlü olacağını bildirmesi gerekir. Aksi halde, alıcıdan bu tazminat talep edilemez.

Sonradan ortaya çıkan imar artışı nedeniyle daha fazla bağımsız bölüm yapmak için projede değişiklik yapılması halinde, bunun yasal zorunluluk olmaması nedeniyle, alıcı tazminat ödemeksizin keyfi dönme hakkını kullanabilir.

Proje değişikliği nedeniyle alıcının tazminatsız dönme hakkını kullanmasının, işin niteliğine uygun düşmesi gerekir. Alıcıya hiçbir olumsuz etkisi olmayan proje değişiklikleri, tazminatsız dönmek için yeterli değildir. Aynı şekilde, alıcının ek bir ödeme yükümlülüğü altına girmemesi kaydıyla, alıcının menfaatine bazı proje değişikliklerinde de tazminatsız dönme hakkı kullanılamaz.

D. Keyfi Dönme Hakkının Kullanılmış Olmasının Bağlı Kredi Sözleşmesine Etkisi

Konutun bağlı krediyle satın alınması durumunda, ön ödemeli konut satış sözleşmesinden keyfi dönme halinde bunun konut finansman sözleşmesine nasıl bir etki yapacağı Kanunda düzenlenmiş bir durum değildir. Fakat Yönetmelikte bu konuda iki ayrı hükmün (9 / II, c.2 ve 9 / VII) getirildiği görülmektedir.

Bu hükümler birlikte incelendiğinden ilk tespiti gereken husus, ön ödemeli konut satış sözleşmesinden keyfi dönme halinde, bağlı kredi niteliği taşıyan konut finansmanı sözleşmesinin de buna bağlı olarak kendiliğinden (dönmenin hüküm doğurduğu tarihte) sona

erdiği⁹². Bu tarih itibariyle tüketicinin kredi kuruluşuna karşı olan kredi taksitlerini ödeme borcu, ileriye yönelik olarak sona erer.

Keyfi dönmenin hüküm doğurması ve buna bağlı olarak da konut finansmanı sözleşmesi gereğince tüketicinin bankaya kredi taksitlerini ödeme borcunun sona ermesi için, tüketicinin keyfi dönme beyanını kime yöneltmesi gerektiği de ayrıca incelenmelidir. Yönetmelik 9 / II, c.2 hükmüne göre:

“Konut bedelinin bir kısmının bağlı kredi ile karşılanması durumunda, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullandığına ilişkin bilgi, satıcı tarafından ilgili konut finansmanı kuruluşuna derhal bildirilir.”

Bu hükümden anlaşıldığı üzere, tüketici bağlı konut finansmanı kredisi bulursa bile, keyfi dönme beyanını sadece satıcıya yönetmekle, dönme hakkını usulüne uygun olarak kullanmış olacaktır. Bu durumda satıcı, dönme hakkının kullanıldığını derhal ilgili konut finansmanı kuruluşuna bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim satıcı tarafından hiç ya da zamanında yapılmaması nedeniyle tüketicinin bankaya karşı hiçbir sorumluluğu olmamalıdır. Bu durumda kredi kuruluşu, varsa uğradığı zararın tazminini, bu bildirim kendisine hiç veya zamanında yapmayan satıcıdan talep edebilecektir. Bu sebeple satıcının bu bildirim ihmal etmesine rağmen bağlı kredi sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılır.

Keyfi dönme durumunda tasfiyenin nasıl yapılacağı da Yönetmelik 9 / VII hükmünde şöyle düzenlenmiştir:

“(7) Konut bedelinin bir kısmının bağlı kredi ile karşılanması durumunda, tüketicinin ödediği satış bedeli, satıcı tarafından dönme bildirimünün kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç yüz seksen gün içinde yalnızca üçüncü fıkrada belirtilen masraf ve tazminat tutarı düşülerek ilgili konut finansmanı kuruluşuna iade edilir. Konut finansmanı kuruluşu söz konusu tutarı, Kanununun 37 nci maddesine uygun olarak tüketiciye derhal geri öder.”

Buna göre mekanizma şöyle işleyecektir:

Keyfi dönme üzerine satıcı, hakkı varsa masraf ve dönme cezasını kesip, kalan tutarı parayı aldığı tarihten itibaren yasal faiziyle birlikte 180 gün içinde konut finansmanı kuruluşuna öder.

Konut finansmanı kuruluşu da, kendisine satıcının ödediği bu tutardan, Kanununun 37. maddesine göre erken ödeme hükümlerine göre gerekli kesintiyi yapıp⁹³, kalan tutarı tüketiciye derhal öder.

Bu hüküm gereğince öncelikle tespiti gereken husus, dönme üzerine satıcının iade borcunun muhatabının alıcı değil, kredi kuruluşu olmasıdır. Alıcı, bu tutarın iadesini bankadan talep edecektir. Acaba banka, bu paranın kendisine ödenmediği gerekçesiyle iadedden kaçınılabilir mi?

Kanaatimce bankanın iade borcunun doğması, paranın satıcıdan alınabilmesine bağlı değildir. Çünkü Kanununun 35 / II hükmünde geçen *“Bağlı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin bu Kanununun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından birini kullanması hâlinde, satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsilen sorumludur.”* biçimindeki hüküm geniş bir biçimde yorumlandığında, satıcının

⁹² Bkz. *Arat* s.256.

Doktrinde **Gümüş**, Yönetmelikten önce kaleme aldığı eserinde, dönme hakkının kullanılmasının, bağlı kredi üzerinde hiçbir etki yapmayacağını ileri sürmüştür **Gümüş** (Şerh), s.272.

⁹³ Bilindiği gibi TKHK 37 hükmünde kredi kuruluşunun, erken ödeme halinde, kalan taksit sayısı 36 ayı aşmıyorsa erken ödeme tutarının %1'i; 36 ayı aşmıyorsa %2'si oranında erken ödeme tazminatı kesebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm hakkında bkz. *Atamer* s.175; *Acar* (Milli Şerh) s.606 vd.

Kanaatimce bu taksit sayıları, keyfi dönmenin hüküm doğurduğu tarih itibariyle hesaplanacaktır.

keyfi dönme durumunda aldığı parayı iade etme borcunun ifasındaki temerrütten de bankanın sorumlu tutulmasının mümkün olduğu kanaatindeyim. Bağlı kredi veren kredi kuruluşunun, bu durumda da sorumlu tutulmasında, kanaatimce Kanunun ruhuna ve işin niteliğine bir aykırılık oluşturmayacaktır.

Bunun yanında cevaplanması gereken diğer diğer soru da, acaba satıcının, sadece kredi kullanım tutarını mı, yoksa hem peşinatı, hem de kredi tutarını birlikte mi kredi kuruluşuna ödemekle yükümlü olduğudur. Mesela 500.000 TL'lik bir konutun satışında alıcı 100.000 TL peşin ödemiş, kalan 400.000 TL için ise bağlı kredi kullanmışsa bu sorun ortaya çıkar.

Yönetmelikte geçen ibare “tüketicinin ödediği satış bedeli” biçimindedir. Kanaatimce alıcının ödediği peşinatın bankaya ödenmesinin bir anlamı yoktur. Satıcı, tüketiciden aldığı peşinatı ona, bankadan gelen kredi kullanım tutarını ise, yasal faiziyle birlikte kredi kuruluşuna iade edecektir.

Fakat şunu belirtelim ki, satıcının yapacağı kesintinin öncelikle alıcının ödediği peşinatın mahsup edilmesi uygun olur. Zira aksinin kabulü, bankanın haksız bir zarara uğramasına neden olabilir.

Bu sebeple örnek bir hesaplama meselenin anlaşılması açısından yararlı olabilir.

Örnek hesaplama:

Can ailesi, konut olarak kullanmak amacıyla, 300.000 TL bedelli bir konutu ön ödemeli olarak satın alırlar. Bu tutarın 200.000 TL'si için bankadan bağlı kredi kullanılır. Kullanılan 60 ay geri ödemeli bağlı kredinin aylık faizi (masraflar da dâhil) net 0,99, aylık ödeme tutarı ise 2.853 TL'dir. Böylece 60 ayda ödenecek olan toplam tutar (200.000 TL karşılığında) 342.390 TL olur⁹⁴.

Bu olayda alıcı bedelin 100.000 TL'sini peşin olarak kendisi ödemiş, geri kalan 200.000 TL ise, banka tarafından satıcıya ödenmiştir. Alıcı mesela 12. taksiti de ödedikten sonra sözleşmeden sebepsiz olarak dönerse, nasıl bir durum ortaya çıkar?

Kabul ettiğimiz görüş gereğince, satıcı aldığı paradan kredi yoluyla gelen 200.000 TL'yi yasal faiziyle birlikte bankaya, 100.000 TL'yi ise (yine yasal faiziyle birlikte) alıcıya 180 gün içinde iade etmelidir. Fakat satıcının, isteyebileceği tazminatlar tutarı mesela 15.000 TL ise, satıcının alıcıya iade etmesi gereken tutar 85.000 TL olur.

Banka ise, satıcıdan aldığı 200.000 TL'yi, Kanunun 37. maddesi uygulanıyormuş gibi değerlendirip gerekli kesintiyi yapıp kalanını alıcıya iade eder. Mesela verdiğimiz örnekte, satıcı 200.000 TL'yi bankaya ödeyecektir. Banka da, bu paradan erken ödeme işlemi yaparak hesabı kapatacaktır.

Bu olayda bankanın alacağı için konut üzerinde ipotek kurulmuşsa, bankanın kredi tutarını tahsil etmesiyle ipotegün kaldırılması gerekir.

E. Keyfi Dönme Hakkının Kullanılmış Olmasının Teminatlarla İlişkisi

Kanunun 42 / I hükmüyle satıcıya, belli bir eşiği aşan projeler için⁹⁵, alıcının haklarının korunması amacıyla bir teminat sağlama yükümlülüğü getirilmiştir⁹⁶. Bu teminat me-

⁹⁴ Bu hesaplama gerçek veriler kullanılarak oluşturulmuştur. Bu konuda bkz. <http://www.kredipazari.com/public/main/apply7.php?creditamount=200000&duration=120&submitok=Devam+%3E>.

⁹⁵ Yönetmelik 12. madde hükmüne göre bu eşik, projedeki konut sayısının en az 30 olmasıdır.

⁹⁶ Ön ödemeli menkul satış sözleşmelerinde satış bedeli alıcı adına bir banka hesabında tutulduğundan, alıcı açısından önemli riskler bulunmamaktadır. Bkz. *Giger* s.484, Art.227b, no.8 vd; *Koller / Schneyder / Druey* s.362, no.98; *Develioğlu* s.917; *Tek* s.72; *Aydoğdu / Kahveci* s.314; *Akcaal* s.87.

kanizmasının tüm yönleriyle incelenmesi konumuzun dışında olmakla birlikte⁹⁷, alıcının keyfi dönme hakkını kullanmış olmasının bu teminatlar karşısında doğuracağı hukuki sonucun ne olduğu özel olarak incelenmeye layıktır. Acaba alıcının sözleşmeden keyfi olarak dönmemesinin, bu teminat karşısındaki etkisi nedir? Bu sorunun yanıtı, her bir teminat için ayrı ayrı verilmelidir.

1. Bina tamamlama sigortası yönünden

Bina tamamlama sigortasının hükümleri konusunda Kanunda ve Yönetmelikte hiçbir hüküm yoktur. Fakat bina tamamlama sigortası genel şartlarında konuyla ilgili detaylı hükümlere yer verilmiştir⁹⁸. Bu hükümler incelendiğinde sistemin işleyişiyle ilgili genel olarak şu tespit yapılabilir: Sigorta şirketi açısından riziko, satıcının iflası⁹⁹ veya sözleşmeye göre teslim tarihinin üzerinden 12 aylık bir sürenin de geçmesine rağmen (genel şartlarda ifadesini bulan kullanıma uygun biçimde) teslimin gerçekleşmemesidir (Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartları, A.1 maddesi, 1. paragraf).

Genel şartlar gereğince riziko olarak anılan bu sebeplerden birinin gerçekleşmesinden önce alıcı keyfi olarak dönmüşse, sigorta şirketinin bu alıcıya karşı bir sorumluluğunun olmadığı kanaatindeyim. Zira rizikonun gerçekleşmesinden önce sözleşmeden keyfi olarak veya temerrüde dayalı olarak dönmüş kişilerin hakları, artık sadece satıcıya yönelik olacaktır. Sigortacının sorumluluğu, rizikonun gerçekleştiği tarihte halen aynen ifayı istemeye yetkili olan alıcının varlığına bağlıdır.

Fakat teslim tarihinin üzerinden 12 ay geçmişse ve alıcı bu dönemde (sigortacıya başvurmadan önce) dönme hakkını (temerrüde dayalı olarak) kullanmışsa, kanaatimce sigorta şirketi bu talepten sorumlu olmalıdır¹⁰⁰. Fakat bu tarihte 24 aylık keyfi dönme süresi zaten geçmiş olacağından keyfi dönmeye imkân yoktur.

Bina tamamlama sigortası genel şartlarının A.4 / 9 maddesinde geçen, alıcının cayması veya dönmemesinin teminat dışı kaldığı biçimindeki hükmü, bu biçimde anlamlandırmak uygun olur.

2. Banka teminat mektubu yönünden

Yönetmelikte, banka teminat mektubunun hangi durumda teminat işlevi göreceği 14. maddede şöyle açıklanmıştır:

“(1) *Banka teminat mektubu, satıcının tüketiciye karşı ön ödemeli konut satışına ilişkin 10 uncu maddede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, tüketicinin*

Fakat bu hüküm taşınmaz satışlarına uygulanamayacağından, alıcı için ortaya çıkan risklerin karşılanması adına bir teminat sistemi öngörülmüştür.

⁹⁷ Bu konuda bkz. *Atamer* s.233 vd; *Özmen / Vardar Hamamcıoğlu* s.60 vd; *Doğar* s.157 vd; *Çabri* (Sektörel) s.116 vd; *Çabri* (Şerh) s.670 vd; *İnal* (Milli Şerh) s.677 vd; *Karakocalı / Kurşun* s.136; *Özel* s.208; *Horoz* s.22 vd; *Göktepe* s.18 vd.

⁹⁸ Bu konuda bkz. *Özmen / Vardar Hamamcıoğlu* s.62 vd; *İnal* (Milli Şerh) s.675 vd.

⁹⁹ Genel şartlarda geçen, satıcının gerçek kişi olması ve onun ölmesi halinde, tüm mirasçılarının mirası reddetmesi durumu, ayrı bir koşul olarak anılmaya gerek olmayan bir durumdur. Zira bildiği gibi TBK 612 / I hükmüne göre, “*en yakın mirasçılarının tamamı tarafından reddedilen miras ...iflas hükümlerine göre tasfiye olunur*”. Bu sebeple bu durum özel olarak anılmasaydı bile, iflas kavramı altında değerlendirilebilirdi. Karş. *Göktepe* s.56.

¹⁰⁰ Bu yönde bir ayırım yapmaksızın sigorta şirketinin sorumluluğunun ortadan kalkacağı yönünde: *Doğar* s.164.

ödediği bedeli, ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair banka tarafından verilen kesin ve süresiz mektuptur.

(2) Ön ödemeli konut satışının banka teminat mektubu verilmesi suretiyle teminat altına alınması durumunda, satıcı 10 uncu maddede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmezse tüketiciler, kendilerine verilmiş olan banka teminat mektubunu bankadan tazmin edebilirler.”

Görüldüğü gibi banka teminat mektubuyla teminatta, tazmin talebi satıcının yönetmeliğin 10. maddesindeki yükümlülüklerine aykırı davranmasına bağlanmıştır. Diğer bir ifadeyle banka teminat mektubunda daha geniş bir sorumluluk üstlenilmediği sürece, teminat mektubunun Yönetmeliğin 10. maddesindeki borca aykırılık halinde paraya çevrilmek üzere verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yönetmelik madde 10. hükmüne göre:

“(1) Ön ödemeli konut satışında devir veya teslim süresi sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemez.”

Bu hükümden anlaşıldığı üzere banka teminat mektubunun tazmini, ancak teslim süresine uyulmazsa mümkün olacaktır¹⁰¹. Bu sebeple, banka teminat mektubunun paraya çevrilmesi için satıcının temerrüdünün doğması ve alıcının temerrüde dayalı olarak haklarını kullanması gerekir¹⁰².

Bu durumda alıcının keyfi dönme halinde, bu teminat mektubunun paraya çevrilmesini isteyemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Zira banka teminat mektubu, bu ihtimal için bir teminat oluşturmamaktadır.

3. Hakediş sistemi yönünden

Hakediş sisteminde, alıcının ödemeleri satıcı adına bir banka hesabında tutulur ve banka, inşaatın ilerleme seviyesine göre bu hesaptan paraları serbest bırakır. Bankanın bu durumda bir denetleme borcu vardır¹⁰³. Yönetmelik 15 / II hükmüne göre:

“Konutun tamamlanma oranına göre belirlenecek hakediş sisteminde, ödemelerin doğrudan bankaya yapılmış olması ve bankaların sorumluluğu altında inşaatın ilerleme seviyesi oranında şirkete aktarılması esastır.”

Bu sistemin işlediği konut satışlarında, inşaat seviyesine göre banka tarafından satıcıya yapılan ödemelerin (dönme halinde) tüketici tarafından geri alınması için bir mekanizma yoktur¹⁰⁴. Alıcı dönme üzerine bu parayı satıcıdan geri almaya çalışacaktır. Yönetmelikte, sadece hesapta bulunan ve fakat henüz satıcıya ödenmemiş bulunan para için bir hüküm getirilmiştir.

Yönetmelik 15 / III hükmüne göre:

“Satıcı, 10 uncu maddede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemezse, hesap üzerindeki haklarını kaybeder. Bu durumda, tüketicinin yapmış olduğu ödemelerin hakediş usulüne göre satıcıya ödenmemiş kısmı banka tarafından tüketiciye iade edilir. Tüketicinin

¹⁰¹ İnal (Milli Şerh) s.682.

¹⁰² Doktrinde ise buna gerek olmadığı, satıcının temerrüdünün gerçekleşmesi üzerine, ek süreye gerek olmaksızın alıcının bankaya başvurarak tazmin talebinde bulabileceği ileri sürülmüştür. Özmen / Vardar Hamamcıoğlu s.66.

¹⁰³ Atamer s.237; İnal (Milli Şerh) s.683; Doğar s.193.

Atamer'e göre, bankanın iade yönünden tüketiciye karşı sorumluluğu, sadece inşaatın ilerleme seviyesine uygun ödeme tutarını serbest bırakmamış olmasından kaynaklanabilir Atamer s.238.

¹⁰⁴ Özmen / Vardar Hamamcıoğlu s.68.

o ana kadar yapmış olduğu ödemelerin satıcıya ödenen kısmı üzerinde ise tüketicinin hakları saklıdır.”

İşte tüketicinin, dönme anında hesapta duran ve henüz satıcıya ödenmemiş bulunan paranın kendisine ödenmesini bankadan istemesi, ancak dönmenin satıcının temerrüdüne dayalı olarak gerçekleşmesi halinde mümkündür¹⁰⁵. Bu ihtimalde banka, hesapta kalan bakiyeyi alıcıya derhal öder.

Fakat alıcı keyfi dönme hakkını kullanmışsa, banka bu parayı tüketiciye ödeyemez. Zira alıcının verdiği paranın iadesi alacağı ancak 180 gün sonra muaccel olur. Ayrıca bankanın yükümlülüğü, bu tutarı inşaatın ilerleme seviyesine göre satıcıya ödemektir. Sözleşmeden keyfi dönme durumunda bu paranın alıcıya iadesi yönünde bankanın bir borcu yoktur. Fakat bu durumda nasıl bir yol izleneceğine ilişkin bir hüküm de yoktur. Kanaatimce bu ihtimalde banka, bu parayı satıcıya ödemelidir. Satıcı bu ihtimalde aldığı parayı, faiziyle birlikte 180 gün içinde (gerekli indirimleri yaptıktan sonra) alıcıya ödeyecektir.

4. Bağlı krediyle teminat yönünden

Konut finansmanına ilişkin bağlı kredileri düzenleyen TKHK 35 / II hükmüne göre, konut finansmanı kuruluşu, bağlı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından birini kullanması hâlinde¹⁰⁶, satıcıyla birlikte müteselsilen sorumludur¹⁰⁷.

İşte bağlı kredide konut finansmanı kuruluşunun bu sorumluluğu nedeniyle Yönetmelik'in 16. maddesinde şu hüküm getirilmiştir:

“Ön ödemeli konut satışının bağlı kredi ile yapılması halinde, kullanılan kredi tutarında teminat sağlanmış olur.”

Fakat konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu, konutun hiç ya da gereği teslim edilmemesi halinde, tüketicinin Kanunun 11. maddesindeki seçimlik haklarını kullanması halinde ortaya çıkmaktadır¹⁰⁸. Diğer bir ifadeyle bağlı krediyle teminat halinde, banka sadece satıcının temerrüdü veya ayıplı ifasına bağlı bazı sonuçlardan sorumludur. Keyfi dönme halinde alıcının bankadan olan talebine yönelik yukarıda açıkladığımız görüşe bu kısımda yollama yapıp, tekrardan kaçınmayı uygun görmekteyim.

Sonuç

Temelden bir taşınmaz satışı niteliği taşıyan ön ödemeli konut satış sözleşmesinde, alıcıya hiç gereği yokken cayma hakkı ve bunun da ardından bir de 24 ay içinde keyfi dönme hakkı tanınmasının menfaatler dengesine uygun olmadığı kanaatindeyim.

Zira gerek cayma, gerekse de keyfi dönme hakkının tanınmasına ilişkin genel haklı gerekçelerin taşınmaz satışlarında bulunmadığı açıktır. Bu sebeple önerimiz, keyfi dönme hakkının Kanundan tamamen çıkarılmasıdır.

¹⁰⁵ Doktrindeki bir görüşe göre ise, temerrüdün gerçekleşmesi üzerine alıcının bankadan hesaptaki paranın kendisine verilmesini istemesi, dönme hakkının kullanılması anlamına gelmez. *Doğar* s.195.

¹⁰⁶ Tüketici kredilerini düzenleyen TKHK 30. maddesinin 4. fıkrasında ise, bağlı kredilerde kredi kuruluşunun satıcıyla birlikte müteselsil sorumluluğunun, 11. maddedeki tüm haklardan değil, sadece bedelden indirim ve dönme halinde söz konusu olacağı açıkça düzenlenmiştir. Bkz. *Zevkliler / Özel* s.259; *Akipek* (Milli Şerh) s.537; *Atamer* s.163 vd; *Çabri* (Şerh) s.469.

¹⁰⁷ Bu konuda bkz. *Zevkliler / Özel* s.275.

¹⁰⁸ *Acar* (Milli Şerh) s.578; *İnal* (Milli Şerh) s.684; *Çabri* (Şerh) s.587 vd.

Fakat kanun koyucunun iradesinin de bu hakkı sınırlama yönünde olduğu zaman içindeki değişikliklerden anlaşılmaktadır.

Kanun alıcıya, 24 ay içinde teslim ve tescilin gerçekleşmemiş olması kaydıyla sözleşmeden keyfi olarak kurtulma imkânı vermiştir. Alıcı bu hakkını kullandığında, sözleşme sona erer ve taraflar yönünden alınanların iadesi borcu doğar. Son değişiklikle, alıcının iade alacağına 180 gün içinde muaccel olacağı yönünde bir hüküm getirilmiştir. Böylece satıcı, alıcıların dönme hakkını kullanması halinde kendi mali durumunu düzenleyebilecek uzunca bir süreye kavuşmuş olmaktadır.

İade borcunda karşılıklılık ilkesinden sapılması da kanaatimce yerinde değildir. Gerekle bu hakkın varlığı, gerekse de hükümlerindeki bazı hususlar dikkate alındığında, TKHK 45 hükmünün, tüketicinin korunması anlamında aşırı bir düzenleme niteliği taşıdığı gözlemlenmektedir.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk: “Konut Finansmanı” (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Milli Şerh, Editörler: Tokbaş, Hakan / Tüzüner, Özlem, İstanbul 2016, s.543-620) (Milli Şerh).

Akcaal, Mehmet: “Borçlar Kanununa Göre Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi”, (TBB 2014 / 110, s.57-108).

Akipek, Şebnem: “Bağlı Krediler” (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Milli Şerh, Editörler: Tokbaş, Hakan / Tüzüner, Özlem, İstanbul 2016, s.531-542) (Milli Şerh).

Antalya, Gökhan O.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,3, B.2, İstanbul 2019.

Arat, Ayşe: Konut Satışlarında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2018.

Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, B.4, Bursa 2014.

Atamer, Yeşim M.: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Ayan Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2008. (Evlilik Birliğinin Korunması).

Ayan, Serkan: “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Cayma Hakkı” (AHBVÜHFD. 2019 / III, s.53-96).

Ayan, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008 (Temerrüt).

Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.4, Ankara 2019.

Aydoğdu, Murat: “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri”, **Terazi HD**, 2014 Kasım, s.87-94.

Baş Süzel, Ece: Tatil Sözleşmeleri, İstanbul 2019.

Buz, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayıncılık, Ankara 1998.

Ceylan, Ebru: 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler, İstanbul 2015.

Çabri, Sezer: “*Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri*” (Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı, İnşaat Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, Editör: Tokbaş, Hakan / Kurşun, Ali Suphi / Öz, Turgut, B.2, İstanbul 2018, s.91-159). (Sektörel).

Çabri, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016 (Şerh).

Çınar, Ömer: “*Devre Mülk ve Devre Tatil Sözleşmesi*” (Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı, İnşaat Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, Editör: Tokbaş, Hakan / Kurşun, Ali Suphi / Öz, Turgut, B.2, İstanbul 2018, s.187-228).

Deryal, Yahya / Korkmaz, Yakup: Tüketici Hukuku, B.3, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Develioğlu, Hüseyin Murat: “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan ‘Ön Ödemeli Satım Sözleşmesi’ ile İlgili İsviçre Öğretisinde Yapılan Bazı Açıklamalar ve Bu Açıklamaların Türk Hukuku Açısından Kısaca Değerlendirilmesi*”, (GSÜHFD 2014/2, s.909-625).

Doğar, Mehmet: Ön Ödemeli Konut Satışı, İstanbul 2018.

Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2016.

Erdem, Mehmet: Aile Hukuku, Ankara 2018.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.4, Ankara 2017. (Özel Hükümler).

Giger, Hans: Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband Kauf und Tausch, 4. Abschnitt Besondere Arten des Kaufes Art.222 bis 236 OR, 5. Abschnitt Der Tauschvertrag Art. 237 bis 239 OR, Bern 1999.

Göktepe, Elif: Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde Bina Tamamlama Sigortası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2019.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, B.4, Filiz Kitapevi, İstanbul 2019. (Borçlar).

Gümüş, Mustafa Alper: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi C.1, Madde 1-46, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 (Şerh).

Gümüşsoy Karakurt, Güler: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul 2017.

Horoz, Seda Hatice: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2015.

İnal, H. Tamer: Tüketici Hukuku, B.3, Ankara 2014.

İnal, Tamer: “*Ön Ödemeli Konut Satışı*” (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Milli Şerh, Editörler: Tokbaş, Hakan / Tüzüner, Özlem, İstanbul 2016, s.621-738) (Milli Şerh).

Kara, İlhan: Tüketici Hukuku, Engin yayınevi, Ankara 2015.

Karakocalı, Ahmet / Kurşun, Ali Suphi: Tüketici Hukuku, Aristo Yayıncılık, İstanbul 2015.

Koller, Alfred / Schneyder Anton K. / Druvey, Jean Nicholas: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9.Aufl. Zurich 2000.

Küçükaydn, Emine Aslı: Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı, İstanbul 2018.

Makaracı, Aslı: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı” (Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Derleyen M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2015, Oniki Levha Yayıncılık, s.239-260).

Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, İstanbul 2018.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, İstanbul 2017.

Öz, Turgut M.: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013 (İnşaat).

Özel, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, B.3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Özmen, Etem Saba / Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah: Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, Oniki Levha yayıncılık, İstanbul 2016.

Öztaş, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015.

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul Üniv. Yayınları, İstanbul 1975.

Sert Sütçü, Selin: Tüketicinin Cayma Hakkı, Adalet Yayıncılık, Ankara 2016.

Tek, Sinem Gülen: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Bağlamında Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi” (LHD, 2012 / 118, s.41-86).

Tutar, Elce: Dönme Cezası, Ankara 2016.

von Büren, Bruno: Schweizerische Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972.

Yağcıoğlu, Burcu: Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu, Ankara 2019.

Zevkliler, Aydın / Özel, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

İSTİHKAK DAVASI

(REI VINDICATIO, ACTION FOR RESTITUTION OF PROPERTY)

Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA* **

ÖZ

Mülkiyet hakkının içerdiği yetkiler olumlu ve olumsuz yetkiler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu yetkilerden olumlu yetki kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma şeklinde ifade edilen aktif yetkilendirir. Yetkinin olumsuz yönü ise koruyucu yetki olarak nitelendirilmekte ve istihkak davası ile haksız elatmanın önlenmesi şeklinde ifade edilmektedir. Malik zilyetliği elinden çıkmış eşyanın iadesi için birden fazla hukuki imkana sahiptir. İstihkak davası ile birlikte eşyanın iadesini isteyebileceği gibi zilyetlik davaları, taşınır davası, sözleşmeden doğan talepler, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan taleplerle de iadesini isteyebilir. İstihkak talebi mülkiyetin içerdiği olumsuz yetkiler içinde yer alır. Bu talep ile malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabilir. İstihkak talebi, malik kendisine mülkiyet hakkına sahip olduğu eşyayı, mülkiyet hakkına dayanarak, onu alıkoyma hakkı olmayan ve ona doğrudan zilyet olan üçüncü kişiden geri isteme yetkisi veren taleptir. İstihkak talebinin dolaysız zilyede yöneltilmesi ile birlikte dolaysız zilyet, haksız olarak elinde tuttuğu eşyayı geri verme yükümlülüğü altına girer. İstihkak davasının sonucunda verilen kararlar da mülkiyet hakkının tespiti ile dava konusu eşyanın geri verilmesi sağlanır.

Anahtar Kelimeler: mülkiyet, istihkak davası, elatmanın önlenmesi, zilyet, malik

ABSTRACT

The right of property entitles the proprietor with both positive and negative authorities. The positive aspect of proprietary authorities comprise the active authorities to use, to collect the return, and to dispose. The negative aspect, qualified as protective authorities, result in the authority to bring an action of rei vindicatio and actio negatoria. The proprietor holds multiple legal remedies to enable the return of the property. It is also possible to demand the return of the property through possessory actions and contract/tort/unjust enrichment based claims. To bring an action of rei vindicatio is among the negative authorities granted by the right of property. The proprietor may sue for the return of property from the third party who wrongfully possesses it. The wrongful possessor is then obliged to return the property. The property is returned upon the establishment of proprietor's right of property via judgment on the action of rei vindicatio.

Keywords: Property, rei vindicatio, actio negatoria, possessor, proprietor.

^H Eserin Dergimize geliş tarihi:07.05.2020. İlk hakem raporu tarihi: 21.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi:22.06.2020. Onaylanma Tarihi:22.06.2020.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3005-2154

Eser Atf Şekli: Gökhan Antalya, "İstihkak Davası", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.499-514.

I. MÜLKİYETİN İÇERİĞİNDE DAHİL KORUMA YETKİSİ OLARAK İSTİHKAK DAVASI

A. GENEL OLARAK

TMK m.683 (ZGB Art.641) hükmü mülkiyetin içeriğini ve onun yetkilerini düzenlemiştir: Malikin yetkileri olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yönüyle düzenlenmiştir¹. Mülkiyetin içeriğini oluşturan olumlu ve olumsuz yetkilerin tümü, özel hukukta *mülkiyet özgürlüğü*nün de içeriğini oluşturur².

TMK m.683'ün ilk fıkrasında, yetkinin olumlu yönü yani "*kullanma, yararlanma ve tasarrufla bulunma*" olarak ifade edilen mülkiyet hakkının malike tanıdığı **aktif yetkiyi** düzenlemektedir.

TMK m.683'ün birinci fıkrası malik ile kendi eşyası arasındaki ilişkiyi, malikin eşya üzerindeki yetkilerini sayarak düzenlemektedir. ZGB Art.641 Abs.1'de bu yetkileri saymaktan kaçınarak, malikin sahibi olduğu eşyayı dilediği gibi tasarruf edebileceğini düzenlemiştir. Bu yetkiler, mülkiyetin *içsel veya olumlu yönünü* (innere oder positive Seite) oluşturur³.

TMK m.683'ün ikinci fıkrasında yetkinin olumsuz yönü "*istihkak davası ile haksız elatmanın önlenmesi davası*" açma imkânı tanıyan **koruyucu yetkiyi** düzenlemektedir.

TMK m.683'ün ikinci fıkrası malik ile diğer üçüncü kişiler arasındaki hukuki durumu düzenlemektedir. Bu düzenlemede malikin üçüncü kişilere karşı olan yetkileri sayılmıştır. Bu yetkililer, mülkiyetin *dışsal veya olumsuz yönünü* (äussere oder negative Seite) oluşturur⁴.

Bu yetkileri, mülkiyetin her şekil ve çeşidini kazanan tüm hukuk sülheleri, yani gerçek ve tüzel kişiler kullanır.

Yetkinin kullanıldığı mülkiyetin konusu da nitelikli eşya oluşturur.

B. DİĞER KORUMA YOLLARI

1. GENEL OLARAK

Özel hukuk alanında zilyetlik ihlallerine karşı korunma⁵ (TMK m.926 vd.) ve taşınır davası⁶ (TMK m.934, 936) dışında diğer koruma yolları olarak başlıca şu örnekler belirtilebilir⁷:

- Taşınmazın adına tescili yapılmış kişinin zilyetlik davası (TMK m.992/I);
- Kişinin hakkını kuvvet kullanarak savunması ve zorunluluk hali (TBK m.63 ve bu kapsamda TMK. m.740/I, 752, 753);
- Taşınmazın sınırlarını belirleme davası (TMK m.720);
- Mülkiyetin tespiti davası (malikin tespitine yararı varsa);

¹ WIEGAND, BSK ZGB II, Art.641, N.25; ARNET/BELSER, ZHK ZGB Art.641, N.27; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.656.

² LEEMANN, BK ZGB Art.812, N.9.

³ MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.641, N.26 ff; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.657 ff.

⁴ MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.641, N.32 ff; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.659 ff.

⁵ İstihkak davası ile zilyedliği koruma davası arasındaki farklar için bkz. ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/1, EH, N. 1254.

⁶ İstihkak davası ile taşınır davası arasındaki farklar için bkz. ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/1, EH, N.1715.

⁷ MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.641, N.18 ff, 121 ff, 128 ff; REY, I, 2059 ff; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.685

- Tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m. 1025);
- Miras sebebiyle istihkak davası (TMK m.687-639);
- Komşuluk hukukundan doğan davalar (taşınmaz malikinin sorumluluğu) (TMK m.730);
- Hacedilen eşyanın paraya çevrilmesini önlemek üzere İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nda yer alan istihkak ve iflas masasından ayırma hakkı;
- Diğer eşya hukukundan doğan hukuki davalar;
- Paylı mülkiyette paylaşma davası (TMK m.698, 690/II);
- Malzeme sahibi tarafından arazi üzerine veya başkasının malzemesiyle kendi arazisine yapılan yapı sebebiyle doğan davalar (TMK m.722 vd.);
- Zilyetliğin iadesi sorumluluğu (TMK m.993 vd.);
- Borçlar hukuku alanında sözleşmeden ya da sözleşme dışı borç ilişkilerinden, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talepler⁸.

2. GERİ VERMEYİ HEDEF TUTAN DİĞER DAVALAR İLE İLİŞKİSİ

Malik, zilyetliği elinden çıkmış bir eşyasını geri alabilmek için birden fazla hukuki imkana sahip olabilir. Zilyetlik davaları, taşınır davası, sözleşmeden doğan talepler, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talepler bu kapsamda belirtilebilir. Bu sebeple malikin istihkak davası yerine diğer talepleri ileri sürebilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Öğretide belirtildiği üzere malik şartları var ise zilyetlik davalarından geri verme davasını, istihkak davası yerine tercih edebilir ve iadeyi çok daha hızlı bir şekilde sağlayabilir; fakat bu davada hak tartışması yapılmadığından, daha sonra mülkiyet hakkının tespitini isteyebilir⁹.

Taşınır davası şartları bulunduğu takdirde malik, istihkak davası yerine bu davayı da tercih edebilir¹⁰. Taşınır davası yargılamada ispat kolaylığı sağladığından, özellikle eşya üzerindeki mülkiyet hakkını ispat zorunda kalmaksızın eşyanın iadesini sağladığından, istihkak davasına tercih edilir¹¹.

Taşınır davası için söz konusu olan hak düşürücü sürenin geçmesinden sonra istihkak davasının açılabilip açılmayacağı ise tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş, TMK m. 989'da yer alan beş yıllık sürenin dolmasıyla birlikte zilyedin mülkiyeti zamanaşımı yoluyla kazanacağından, artık malikin mülkiyeti kaybedeceğinden istihkak davası açamayacağını savunmaktadır¹².

Fakat öğretilde katıldığımız çoğunluk görüşü, zamanaşımı yoluyla hak iktisabının beş yılın geçmesiyle doğrudan gerçekleşmeyeceğini, diğer hukuki olguların da tamamlanmasının gerektiğinden hareketle kural olarak m.989/1'de yer alan beş yıllık süre geçtikten

⁸ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 444; AYAN, s. 90.

⁹ ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1311,1400; AYBAY/HATEMİ, s. 117, s. 11; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 449; AYAN, s. 91.

¹⁰ ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1635; AYAN, s. 91.

¹¹ MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.641, N.55; HINDERLING, SPR, V/1, s.504; LIVER, SPR, V/1, s. 26; REY, N.2035

¹² AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 450.

sonra da mülkiyet hakkına dayanılarak istihkak davasının açılabilceği de kabul edilmektedir¹³.

Malikin sözleşmeden veya diğer bir borç ilişkisinden kaynaklanan nispi nitelikte iade talebini de istihkak davası yerine tercih edebileceği diğer deyişle aynı ve kişisel nitelikte iki talep hakkının yarışacağı kabul edilmektedir¹⁴. Örneğin kiracı, kira sözleşmesi sonunda kiralanana geri vermezse malik iadeyi borç ilişkisinden doğan hakka göre talep edebileceği gibi (TBK m.334/I), bunun yerine istihkak davası da açabilir. Ancak bu talebin zamanasına uğramış olması veya hükümsüz olması hallerinde iade, istihkak ile sağlanacaktır.

Burada sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade talebi ile istihkak davasının aynı anda var olamayacağını, diğer deyişle yarışamayacaklarını belirtmek gerekir¹⁵. Hukukumuzda taşınmazlar bakımından sebebe bağlılık ilkesi geçerli olduğu için hukuki sebepteki geçersizlik eşya üzerindeki aynı hak kazanımını da geçersiz hale getireceğinden istihkak davası ile istirdat davası aynı anda gündeme gelmez. Zira zenginleşme gerçekleşmemiş olduğundan istirdat davası şartları oluşmaz, iade istihkak ile sağlanır¹⁶.

Eğer taşınırlar için de benimsediğimiz sebebe bağlılık görüşü kabul edilirse, aynı sonuç benimsenir. Taşınırların iktisabında soyutluk görüşü benimsenirse, mülkiyet hukuki sebepteki geçersizlikten etkilenmeyerek geçeceğinden, iade bu ihtimalde istihkak davası ile yapılamaz, sebepsiz zenginleşme nedeniyle istirdat davası açılması gerekir.

C. MÜLKİYETTİN OLUMSUZ (DIŞSAL) YÖNÜNÜ OLUŞTURAN MÜLKİYETTEN DOĞAN KORUMA YETKİSİ OLARAK İSTİHKAK DAVASI

Özel hukukun mülkiyet hakkına sağladığı koruma daha çok üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına yönelik haksız saldırılarına karşıdır. Mülkiyet hakkı, sahibine, hakkını ve hak konusu şeyi koruma yetkisi verir. Mülkiyeti koruyucu yetkilere mülkiyetin olumsuz yönü de denilmektedir¹⁷.

Mülkiyet hakkının olumsuz yönü malike, başkalarının müdahalelerine engel olma yetkisi vermektedir. Mülkiyet hakkından doğan davalar, iki farklı duruma göre yani mülkiyet hakkını üçüncü kişilerin haksız el atmalarına ve zilyetliğe tamamen son vermek şeklindeki ihlallerine karşı korur.

Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 683/II hükmünde malikin, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası (*rei vindicatio*) açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebileceğini düzenleyerek mülkiyet hakkından doğan davaları istihkak ve elatmanın önlenmesi olarak belirlemiştir¹⁸.

İstihkak davası, Roma hukukundaki malikin geri alma davası yani *rei vindicatio*'yu karşılamaktadır; günümüzde mülkiyet davası olarak da isimlendirilmektedir (Herausgabeklage, Vindikation, Eigentumsklage, l'action en revendication).

¹³ AYBAY/HATEMİ, Eşya Hukuku, İstanbul 2014, s. 58, s. 49; AYAN, s. 91; ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/1/EH, N.1657; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 231 ve dn. 438'de yer alan yazarlar.

¹⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1137; EREN, s. 36; AYİTER, s. 80; AYAN, s. 92; ERGÜNE, s. 75.

¹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 482

¹⁶ ANTALYA, MHY V/1, 2 BH GH, N. 3010; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 450; AYAN, s. 92.

¹⁷ EREN, s. 18; ESENER/GÜVEN, s. 185; ERGÜNE, s. 67.

¹⁸ SUTTER-SOMM, SPR V/1, N.56 ff; WIEGAND, BSK ZGB II, Art.641, N.40ff; SİRMEN, s. 250; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.1127.

Elatmanın önlenmesi davası ise, Roma hukukunda *actio negatorio*'ya denk gelmektedir. Elatmanın önlenmesi davası, günümüzde mülkiyetin özgürleştirme davası, olumsuz mülkiyet davası veya olumsuz kaçınma davası olarak da ifade edilmektedir (Negatorienklage, Eigentumsfreiheitsklage, l'action négative).

II. İSTİHKAK DAVASI

A. KAVRAM

Malikin mülkiyet hakkına dayanarak, eşyayı kendi fiili hakimiyetinde bulundurma yetkisi söz konusudur. Bunu sağlamak için malik, TMK m.683/II hükmüne göre, haksız olarak şeyi doğrudan zilyesinde tutan herhangi bir kişiye karşı istihkak davası açılabilir.

TMK m.683/II hükmünde istihkak davası, "*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği*" şeklinde düzenlemiştir.

Malik kendisinin mülkiyet hakkına sahip olduğu eşyayı, mülkiyet hakkına dayanarak, onu alıkoyma hakkı olmayan ve ona doğrudan zilyet olan üçüncü kişiden geri isteme yetkisi veren talep, *istihkak talebidir*; bu talep aynı bir geri isteme taleptir. Dolaysız zilyet kendisine yönelen geri verilme talebini rızaen yerine getirmezse, malik ona karşı geri verilme talepli aynı nitelikte *istihkak davasını* açabilir¹⁹.

İstihkak davası, dolaysız zilyet durumunda olmayan malikin, hak sahibi olmayan zilyede karşı mülkiyet hakkında dayanarak açabildiği ve haksız olarak ele geçirilen veya alıkonulan eşyanın geri verilmesini sağlama amacını güden aynı nitelikte bir eda davasıdır²⁰.

İstihkak davası, malikin mülkiyet hakkının dışlanması yargı yoluyla geri alarak yetkilerini kullanılmasını sağlar²¹.

Liver, istihkak davasının ortak hukukun bakış açısıyla değerlendirmekte, istihkak davasını, zilyetliği eşya üzerindeki hakimiyetle bağlantılayarak, zilyet olmayan malikin, malik olmayan zilyede karşı açtığı olarak değerlendirmektedir²².

İstihkak davası, sebebe bağlılık ilkesinin geçerli olduğu; özellikle taşınırlarda bu ilkenin kabulün halinde de, mülkiyetin gerçek malikine geri verilmesini²³ temin eder. Temel borçlandırıcı işlemi, örneğin satış sözleşmesi geçersiz ise veya sonradan geçersiz hale gelmesi halinde, hatta bir görüşe göre akde aykırılık sebebiyle sona ermişse²⁴, bu işlemi ifa için verilen şeyin iadesi istihkak davası ile sağlanır²⁵.

¹⁹ MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.941, N.54.

²⁰ MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.941, N.54; HAAB/SIMONIUS/SCHRRER/ZOBL, Art.641, N.34; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.1130; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.480; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 356; EREN, s. 31; SİRMEN, s. 248.

²¹ WIEGAND, BSK ZGB II Art.641, N.49 ff; REY, N.2032 f; ARNET/BELSER, CHK ZGB Art.641, N.31

²² LIVER, SPR V/1, s.25. Aynı yaklaşım için bkz. LEEMANN, ZGB Art.641, N.31. Eleştirisi için bkz. HAAB, ZGB Art.641, N.34

²³ REY, N.2035; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.669

²⁴ İstihkak görüşü için bkz. ANTALYA, MHY V / 1, 3, BH GH, N.2972.

²⁵ Bkz. ANTALYA, MHY V,1, s, BH GH, N.2066.

B. MALİKİN İSTİHKAK DAVASININ (YETKİSİNİN) HUKUK OLGULARI

1. MALİKİN DOLAYLI ZİLYET OLMASI

Geri istenen eşya üzerinde kişi mülkiyet hakkına sahip olmalı ve eşyaya doğrudan zilyet olmaması (dolaylı zilyet) gerekir²⁶.

İstihkak davasında, davacı malik, kendi mülkiyet hakkına dayanmalı ve onu ispat etmelidir.

2. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DOĞRUDAN HAKSIZ ZİLYET OLMASI

a. Doğrudan Zilyet Olması

Malik, zilyede karşı istihkak talebini yöneltebilir. Davanın yönelteceği zilyedin dolaysız (doğrudan) zilyet olduğu tartışmasızdır²⁷. Dolaylı zilyede karşı bu davanın yöneltilip yöneltilmeyeceğini tartışmasına aşağıda değineceğiz.

Zilyet yardımcısı (hizmet zilyedine)²⁸, karşı bu dava yönelilemez²⁹. Her ne kadar zilyet ile zilyet yardımcısının ayrımı genellikle oldukça zor olsa da, zilyet yardımcısının eşya üzerindeki fiili hakimiyeti, sosyal bağlılık ilişkisi niteliğiyle zilyetten ayrılır³⁰.

Özel hukuk nitelikli bu dava, kanun koyucu tarafından malike, zilyetlik ilişkisine bakılmaksızın, sırf mülkiyet hakkına dayanarak, doğrudan zilyetliğini geri alma yetkisi tanınmıştır. Bu sebeple, istihkak davasında, malikin eşyanın zilyetliğini kaybetmesi aranmaz; malikin dolaylı zilyet kalması yeterlidir.

Davacı malikin, taşınırın önceden zilyet olup olmaması da önemi değildir; önemli olan malikin dolaysız zilyet olduğu eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmasıdır. Bu sebeple, malik hiçbir zaman zilyetliğine sahip olmasa da istihkak davası açılabilir. Bu imkanın zilyetlik davası açılması şartına bağlı olup olmadığı tartışmalıdır.

b. Haksız Zilyet Olması

Dolaysız zilyet olan davalının eşya üzerindeki zilyetliğinin haksız olması yani zilyetliğin nispi ya da mutlak hakka, aynı bir hakka dayanmaması gerekir. Davalının haksız zilyet olması gerekir.

Davalının zilyetliğinin kusurlu olması da aranmaz.

C. MALİKİN TAZMİNAT TALEBİ

Malik, mülkiyetin geri almaması sebebiyle uğradığı zararın tazminini, haksız fiil ve ya sözleşme varsa, sözleşme ilişkisine göre zarar verenden veya sözleşme borçlusundan talep edebilir.

Malik istihkak davası ile birlikte veya ondan bağımsız olarak eşyanın haksız olarak alıkonulmuş olmasından doğan zararının, haksız zilyedin sorumluluğu kapsamında da (TMKm.993-995) talep edebilir³¹.

²⁶ Dolaylı Zilyed Kavramı İçin bkz. **ANTALYA**, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/1, EH, N.80.

²⁷ BGer vom 31.07.2002, 5C119/20002 E.3.1'de açıkça ifade edilmiştir.

²⁸ Hizmet zilyedi kavramı için bkz. **ANTALYA**, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/1, EH, N.730.

²⁹ **MEIER-HAYOZ**, BK ZGB Art.641, N. 60; **WIEGAND**, BSK ZGB II Art.641, N.47

³⁰ Bkz. **ANTALYA**, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/1, EH, N.749; **HINDERLING**, SPR V/1, 421 FF.

³¹ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER**, N. 1553 f; **ANTALYA**, MHY V/1, 3 BH GH, N.2995.

D. AMACI

Davanın amacı, elden çıkış biçimi ne olursa olsun eşyanın malike geri verilmesini sağlamaktır³².

E. HUKUKİ NİTELİĞİ

1. EDA TALEBİ NİTELİĞİ (DAVANIN EDA KARARI NİTELİĞİ)

İstihkak talebi, malikin dolaysız zilyede yöneltilen, geri vermeye ilişkin eda talebidir. Talep üzerine mahkemenin verdiği karar da, eda kararıdır.

İstihkak davası, geri vermeyi hedef tuttuğu için, tespit davası niteliğinde değil, aynı bir eda davası niteliğindedir³³. Hakim, malikin mülkiyet hakkının varlığını tespit ettikten sonra, haksız ve dolaysız zilyet olan davalının eşyayı geri vermesine karar verir. Davalının talebi mülkiyetin tespiti talebi değildir; mülkiyet hakkının varlığına dayanarak doğrudan zilyetliğinin sağlanması için eşyanın geri verilmesi talebidir.

Zilyetliği hukuki bir işlemle devredilmiş eşya, devreden malik kural olarak aradaki hukuki ilişkinin hükümlerine göre de isteyebilir. Söz gelimi kira veya kullanım ödöncü sözleşmesi sona erince, kiracı veya ödöncü alanın malı geri verme borcu bulunmaktadır. Bu halde malikin istihkak ve sözleşmeden doğan geri verme talebi yararlıdır³⁴.

Fakat aradaki hukuki ilişkiden doğan alacaklar zamanaşımına uğramış ise yahut hukuki ilişki geçerli değilse iade, istihkak ile sağlanacaktır³⁵.

2. AYNİ BİR TALEP OLMASI

İstihkak iddiası, malike, eşya üzerinde doğrudan zilyetliğini sağlanması amacıyla taşıyan³⁶, mülkiyet hakkına dayanan *ayni bir talep*³⁷ (dinglicher Anspruch) verir³⁸. İstihkak talebiyle birlikte dolaysız zilyet mülkiyet konusu eşyayı geri veri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük borçlandırıcı işlemten kaynaklanan bir yükümlülük değildir.

Geri verme yükümlülüğü taşınmazı (kat mülkiyetine konu bağımsız bölümü) konu alabileceği gibi, taşınırı da konu olabilir.

Eşyanın geri verilmesine ilişkin masrafları, zilyedin başka bir hukuki sebeplerden örneğin sözleşme ilişkisinden doğan bir hüküm sebebiyle zararı tazmin yükümlülüğü altında değilse, malik taşır³⁹.

³² ÜNAL/BAŞPINAR, s. 229; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 446; ERGÜNE, s.70. Bkz. BGE 110 II 187 E.2

³³ MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.941, N.56 ff; HAAB/SIMONIUS/SCHRRER/ZOBL, Art.641, N.36; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.1132; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.482; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 359; EREN, s. 34; SİRMEN, s. 250; ESENER/GÜVEN, s. 186; ERTAŞ, s. 978; AYAN, III, s. 140; ERGÜNE, s. 32.

³⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.1137.

³⁵ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 445; SİRMEN, s. 251.

³⁶ MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.941, N.6.

³⁷ Aynı talep hakkı kavramı için bkz. von TUHR/PETER, s.13 ff

³⁸ WIEGAND, BSK ZGB II, Art.641, N.52. Alman hukukunda bir kısım yazarlar, istihkak talebini zilyedin katlama yükümlülüğü (Duldungspflicht) olarak değerlendirmektedir. Bkz. GURSKY, StaudingerKomm, § 986, N. 43 ff.

³⁹ WIEGAND, BSK ZGB II, Art.641, N.53; ARNET/BELSER, CHK ZGB Art.641, N.35

Aynı niteliği sebebiyle istihkak talebi (davası) bir dava süresine tabi olmadığı gibi, zamanaşımına uğramaz⁴⁰. BGB § 197/I, 2 hükmü ise, istihkak talebini 30 yıllık zamanaşımına tabi tutmuştur. Ancak davalının zamanaşımı ile mülkiyet kazanımı mümkün olabilir.

3. BÖLÜNEMEMESİ (İSTİHKAK TALEBİNİN MÜLKİYETTEN AYRI DEVRİ)

İstihkak talebinin mülkiyet hakkından ayrılarak bir başkasına devredilebilip edilemeyeceği, bugün de doktrinde tartışmalıdır⁴¹.

İstihkak hakkından talebin veya taleplerin ayrılarak devri asli ve fer'i olarak gerçekleşebilir. Fer'i olarak ayrılımda malik sahip olduğu mülkiyet hakkını kendisinde tutarak, zilyede karşı ileri sürülebilecek dava hakkını üçüncü kişiye devretmektedir. Asli olarak ayrılımda ise, malik mülkiyet hakkından doğan haklarının neredeyse tamamını üçüncü kişiye devretmektedir⁴².

İstihkak talebinin hem doğuşunun hem varlığını sürdürmesinin mülkiyet hakkına bağlı olduğundan hareket eden görüş mülkiyet ve istihkak talebinin birbiriyle bütün olduğunu ve ayrılamayacaklarını kabul etmektedir⁴³. İstihkak talebi ancak çekişmeli şeyin mülkiyeti ile birlikte devredilebilir.

Aksi görüş ise, istihkak davasının amacının mülkiyet hakkını korumak olduğundan hareketle bu korumanın genişletilebilmesi adına istihkak talebinin temlikini mümkün görmektedir⁴⁴.

Bu husus İsviçre Federal Mahkemesinin 132 III 155 aylı kararına konu edilmiş olup, Mahkeme istihkak talebinin bölünemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme buna karşılık, nisbi yani hukuki işlemde kaynaklan geri verme talebinin bölüneceğini kabul etmiştir⁴⁵.

Görüşümüze göre, istihkak talebi mülkiyetten kaynaklanmış olup, onun bütünün oluşturan temel yapı taşlarından biridir. İstihkak talebi (davası), mülkiyete bağlı ve ondan ayrılamaz niteliktedir. Bu sebeple, istihkak talebi mülkiyetten bağımsız olarak ya da tam tersi istihkak talebi saklı tutularak devredilemez.

F. KONUSU

1. GENEL OLARAK

İstihkak davasının konusu, mülkiyet hakkının konusu oluşturan her türlü eşya olabilir. Ancak bu eşyanın, ferdiyle belirlenmiş ya da aynı tür eşyalardan ayırt edilmiş yani bireyselleştirilmiş, cinsiyle belirlenmiş olması gerekir⁴⁶.

⁴⁰ BGE 48 II 47. **SUTTER-SOMM**, SPR V/1, N.63; **WIEGAND**, BSK ZGB II, Art.641, N.54

⁴¹ **MEIER-HAYOZ**, BK ZGB Art.641, N.73; **HAAB**, ZK ZGB Art.641, N.37; **WIEGAND**, BSK GB II Art.641, N.56. **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, N.68; Alman hukuku için Bkz. **EINSELEWILL**, Vindikationszesion, Diss. Zürich 1975; **NEUMAYER**, Die sogenannte Vindikationszesion (§993) im dogmatischen Spannungsfeld zwischen Übereignung und procuratio in rem, FS Lange, München 1970, s.305 ff

⁴² **ANTALYA**, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1102,1103,1104.

⁴³ **MEIER-HAYOZ**, BK ZGB Art.641, N.73; **LIVER**, SPR V/1, s.27, Fn.5; **SİRMEN**, s. 255; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 1136; **EREN**, s. 42; **ERTAŞ**, s. 979; **AYAN**, s. 94; **ERGÜNE**, s. 69.

⁴⁴ **HAAB**, ZGB Art.641, N.37, 56; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 447.

⁴⁵ BGE B5C.119/2002.

⁴⁶ **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 446; **AYAN**, s. 92.

İstihkak davası hem taşınır, hem taşınmazlar için açılabilir ise de taşınmazlar bakımından öneminin daha az olduğu, taşınır davasının ihtiyaca daha kolay cevap verdiği ifade edilmektedir⁴⁷.

Bundan başka, taşınmazlarda da taşınmaz bir malın gasp edilmesinin ve alıkonulmasının imkansız olduğu, bir arazi tamamen işgal edilse bile bunun sadece fiili bir el atma teşkil edeceğinden dolayı istihkak davasının her zaman sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu belirtilmektedir⁴⁸.

2. TAŞINMAZLAR

Taşınmazlar bakımından tapuya kayıtlı olup olmamasına göre değerlendirme yapılmalıdır.

a. Tapuya Kayıtlı Taşınmazlar

Tapuya kayıtlı taşınmazlarda istihkak davasına yer olup olmadığı; tapu sicilinin düzeltilmesi davasının ayrıca istihkak davasına yer bırakıp bırakmayacağı öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁴⁹, tapuya kayıtlı taşınmazlarda istihkak davasının fonksiyonunu tapu sicilinin düzeltilmesi davası yerine getirir; hatta tapu sicilinin düzeltilmesi davası, istihkak davasına dayanmayı zorunlu kıldığı iddia edilmektedir⁵⁰.

Malik tapuda hak sahibi olarak gözüktüğü sürece dolaysız zilyetliği kaybetmiş olmaz; bu sebeple zilyetliği ancak saldırıya uğrayabilir, tamamen sona erdirilemez. Dolayısıyla taşınmazda malikin fiili hakimiyeti fuzuli işgalciler tarafından tamamen sona erdirilse dahi malik, sicil zilyetliğini sürdürdüğü için istihkak davası ile değil, elatmanın önlenmesi davası ile koruma talep edebilir.

Diğer yandan, tapuda malik olarak gözükmüyorsa, örneğin yolsuz tescil var ise⁵¹, TMK m.922 uyarınca dolaysız sicil zilyetliğine sahip olmaz. Malikin mülkiyet hakkı sicildeki yolsuz bir tescil veya terkin ile ihlal edilmekte ise, sicil zilyetliği gerçekleşmediğinden tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile dolaysız zilyetliğini koruyacak ve bu dava istihkak davasının fonksiyonunu yerine getirecektir. Gerçek malik, tapu sicilinin düzeltilmesi ile tescili kendi adına sağlarsa, taşınmazın dolaysız sicil zilyetliğini de sağlayacaktır.

Gerçek malik adına tescil bulunduğu durumlarda ise, malik taşınmazdaki doğrudan zilyetliğinin sağlanması için istihkak davasına dayanabilir⁵².

Katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının istihkak fonksiyonu yoktur, tapu sicilinin düzeltilmesi davası bir eda davası değil, tespit davası niteliğindedir; bu itibarla sicilin düzeltilmesi davasıyla taşınmazın davacıya geri verilmesi sağlanamaz⁵³. Malın zilyetliğinin geri verilmesi için sicilin düzeltilmesi davası ile birlikte

⁴⁷ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 230; SİRMEN, s. 252; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 445. İstihkak davasının taşınırlardaki fonksiyonunun daha büyük olduğu yönünde bkz. EREN, s. 33 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.1131.

⁴⁸ EREN, s. 32.

⁴⁹ SAYMEN/ELBİR, s. 206; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.1130. ERTAŞ, s.978; AYİTER, s. 80 vd.; AYAN, II s. 92; ERGÜNE, s. 36.

⁵⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.480.

⁵¹ Tapudaki yolsuz tescil sınırlı aynı hakka ilişkin ise, tapu sicilinin düzeltilmesi davası, elatmanın önlenmesi fonksiyonu görür.

⁵² SİRMEN, s.250; SEROZAN, N.825.

⁵³ ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.2831,2836; EREN, s.32-33; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.357-358; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 446.

tamamlayıcı nitelikte istihkak davası da açmak gerekir. Zira istihkak davası bir eda davası olarak sadece mülkiyetin kime ait olduğunu tespit etmez, eşyanın malike iadesini de gerçekleştirir aynı bir talep içerir.

Uygulamada tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ve ayrıca istihkak diğer deyişle tescil istemi aynı dilekçede ifade edilmesi usul ekonomisi yönünden pratik olmakla birlikte taleplerin ayrı ayrı dava edilmesi de mümkündür⁵⁴.

Tapuya kayıtlı taşınmazlarda sicilin dolaysız zilyetliği sağlanmasının mutlak olmadığından hareket eden bir görüş, istihkak davasının sicil zilyetliğini değil eşya üzerindeki fiili hakimiyeti sağlamayı/korumayı amaçlayan bir dava olduğunu; taşınmazlarda eşya zilyetliğinin kaybedilmiş sayıldığı durumlarda malikin dolaysız zilyetliğin geri verilmesini sağlamak üzere elatmanın önlenmesi değil, istihkak davası açması gerektiğini savunmaktadır⁵⁵.

b. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazlar

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar hakkında istihkak davasının açılabilip açılmayacağı hususunda, TMK m.713/V hükmü, bu maddenin ilk fıkrasında aranan şartların gerçekleşmesi halinde mülkiyetin kazanılacağını düzenlediğinden, bu andan itibaren istihkak davasının açılabilmesi savunulmaktadır⁵⁶.

3. TAŞINIRLAR

Taşınır bakımından istihkak davası, birçok durumda taşınır davasının da gündeme geleceği olguları barındırır. Çünkü haksız zilyede karşı istihkak davası açılabilen hallerin büyük çoğunluğunda taşınır davası açmak da mümkündür.

Yalnız malik taşınıra hiç zilyet olamamışsa⁵⁷ ya da baştan malın kötüniyetli zilyedi olup sonrasında mülkiyeti kazanmışsa yahut taşınır davası için öngörülen hak düşürücü süre geçmiş ise iadeyi ancak istihkak ile sağlayabilir⁵⁸.

Yine zilyetliğin devri geçerli olduğu halde devre esas sebep işlem geçersiz ise zilyetlik anlaşması sebep işleminden soyut olduğu ve zilyetlik rızaen devredilmiş olduğundan taşınır davası söz konusu olmaz; iade istihkak davası ile gerçekleştirilir⁵⁹.

Doktrinde taşınır zilyetliğinin geri verilmesi veya taşınır davası açma imkanı olduğunda, istihkak davası açılmayacağı iddia edilmiştir⁶⁰. Bu görüşe katılmamaktayız; zira kanunda istihkak davası için bu olgu aranmadığı üzere, her iki dava birbirinden farklı olgulara dayanır ve nitelik ve sonuçları farklıdır. Her iki dava birlikte yarışır. Kaldı ki istihkak davası, diğer zilyetliği koruyan veya hak karinesine dayanan davalara nazaran dolaysız zilyetliğin sağlanmasında daha avantajlıdır⁶¹.

⁵⁴ EREN, s. 33.

⁵⁵ SİRMEN, s. 251; ERGÜNE, s. 70.

⁵⁶ EREN, s. 37; ESENER/GÜVEN, s. 188; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 446; SİRMEN, s. 252. AYAN, s. 93.

⁵⁷ Öğretide verilen klasik örneği aktarmak gerekirse, tavuğu komşusunun kümesine yumurtlayan kimse yumurtanın iadesi için taşınır davası açamaz. Çünkü yumurtaya hiç zilyet olmamıştır. ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1721.

⁵⁸ SİRMEN, s. 252; EREN, s. 34. ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1716.

⁵⁹ ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1654.

⁶⁰ AYAN, II, s. 141.

⁶¹ LİVER, SPR V/1, s. 27.

G. TARAFLARI VE İSPAT YÜKÜ

1. DAVA TARAFLARI

a. Davacı Taraf: Malik

İstihkak davasının davacı tarafı dolaysız zilyet konumunda olmayan malik yani kural olarak taşınır veya taşınmaz eşyası haksız olarak ele geçirilmiş veya alıkonulmuş ve böylece zilyetliği kaybetmiş olan maliktir⁶².

Davalının iyiniyetle mülkiyeti veya sınırlı bir ayni hak kazandığı durumlarda, davalının malik sıfatı kalmayacağından dava reddedilir.

Malikin zilyet olmaması veya dolaylı zilyet olmasının önemi yoktur⁶³.

b. Davalı Taraf: Dolaysız Zilyet

İstihkak davasının davalısı, mülkiyetin konusu olan eşyanın haksız doğrudan (dolaysız) zilyedir yani eşyaya haksız olarak el koyan ve hâlihazırda eşyaya zilyet olan kimsedir. Zilyedin eşyaya zilyetliği malike karşı haklı bir sebebe dayanıyorsa, malikin istihkak talebi söz konusu olamaz⁶⁴.

Zilyetliğe haklılık bir intifa veya rehin hakkı gibi ayni hak sahipliğinden ileri gelebileceği gibi kira, ödünç sözleşmesi gibi nispi bir haktan da ileri gelebilir.

Dolaysız zilyet olan davalının eşya üzerindeki zilyetliğinin haksız olması yani zilyetliğin nispi ya da mutlak hakka, aynı bir hakka dayanmaması gerekir. Davalının haksız zilyet olması gerekir.

İstihkak davasının dolaysız (doğrudan) zilyede açılacağı tartışmasız ise de, dolaylı zilyede açılıp açılmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüş⁶⁵ ve İsviçre yargı uygulaması⁶⁶, eşya üzerinde artık fiili hakimiyeti kalmayan hem dolaylı zilyede, hem de dolaysız zilyede karşı da açılabileceğini kabul etmektedir.

Karşı görüş ise, eşyanın geri verilmesi söz konusu olmadığından, böyle bir talebin istihkak davasının konusu olmadığını istihkak davasının sadece dolaysız zilyede karşı açılabileceğini; ona karşı mülkiyetin tespiti davası açılabileceğini belirtmektedir⁶⁷.

Ancak, istihkak davası yalnızca dolaylı zilyede karşı açılırsa, bu davadan alınan eda kararının dolaysız zilyede icra edilmesi mümkün olmadığından, malikin dolaysız zilyetliği elde etmesi mümkün olamaz. İstihkak davasının hem doğrudan, hem de dolaylı haksız malike karşı açılması gerekir⁶⁸.

Zilyet yardımcısının (hizmet zilyedinin) dava açma hakkı bulunmadığını belirtilim⁶⁹.

⁶² MEIER-MAYOZ, BK ZGB Art.641, N.56; REY, N.2037; ARNET/BELSER, CHK ZGB Art.641, N.33.

⁶³ EREN, s. 38; ESENER/GÜVEN, s. 186; AYAN, s. 93; ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1719.

⁶⁴ SİRMEN, s. 254; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1141; EREN, s. 40.

⁶⁵ MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.641, N.48, 60; WIEGAND, BSK ZGB II, Art.641, N.49; REY, N.2041; ARNET/BELSER, CHK ZGB Art.641, N.35.

⁶⁶ BGE 5C.119/2002 E.3.1; 102 III94 E.3.

⁶⁷ SIMUNUS/SUTTER, I, § 12, N.7, 33 ff.

⁶⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.485; SİRMEN, s. 248; AYAN, II, s.142.

⁶⁹ WIEGAND, BSK ZGB II, Art.641, N47; ARNET/BELSER, CHK ZGB Art.641, N.35.

İstihkak davası açılmadan önce zilyetliğini devreden haksız zilyede karşı tazminat davası da açılabilir⁷⁰. Dava esnasında eşya el değiştirmişse, dava konusunun devrini düzenleyen HMK m.125 hükmü uygulanır.

Davalının zilyetliğinin kusurlu olması da aranmaz.

Davalı istihkak davasında aşağıdaki savunmalarda bulunabilir:

- Davacının malik olmadığını;
- Davacının sahip olduğu mülkiyet hakkını kendisinin kazandığını; örneğin, davalı, TMK m.777, 939, 988 hükümlerine dayanarak iyiniyetle mülkiyeti kazandığı savunmasında bulunabilir.
- Doğrudan zilyetliğinin haklı sebebe dayandığını; örneğin, davalı iadeyi engelleyecek bir sınırlı aynı hak kazandığı savunmasında bulunabilir.
- Davalının davacının istihkak davasına dayanmasının TMK m.2'deki dürüstlük kuralına aykırı olduğunu iddia edebilir.

c. Paylı Mülkiyette

Paylı mülkiyette paydaşlardan her biri, kendi payı için diğer paydaşlardan bağımsız olarak, diğer paydaşlara veya üçüncü kişilere istihkak davayı açabilir (TMK m.688/III).

Paydaşların hepsi ya da paydaşlardan bir ya da birkaçı diğer bir paydaşlar lehine ortak zilyetliğin sağlanması için onları temsilen bu davayı açabilir⁷¹.

d. Elbirliği Mülkiyetinde

Elbirliği mülkiyette ortakların belirli payları bulunmadığından, ortaklardan her biri kendi payı için istihkak davası açamaz. Ancak ortaklardan her biri eşya üzerindeki dolaysız zilyetliğine engel olan diğer ortaklara karşı dava açma hakkı saklıdır.

Elbirliği mülkiyette üçüncü kişilere karşı taşınmaz için açılacak istihkak davası, bütün ortaklar tarafından davanın takip edilmesi gerekir. Bu ortağın tek başına dava açamaya-çağı anlamına gelmez; davanın devamı için diğer tüm ortakların davaya iştiraki, iştiraki sağlanamıyorsa ortaklığa temsilci atanarak davaya devam edilebilir⁷².

e. İstihkak Talebinin Bölünemediği Durumlarda

Paylı mülkiyette, 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğünden önce, 21.06.1944 tarihli 1941-13, 1942/30 Esas, 1944/24 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile istihkak davasının paydaşlardan biri tarafından açılabileceğini kabul edilmiştir.

TMK m.693/III ve m.702/IV hükmüyle, paylı mülkiyette paydaşın, elbirliği mülkiyette ortaklardan her birinin, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabileceği ve bu

⁷⁰ MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.941, N.60; HAAB/SIMONIUS/SCHRRER/ZOBL, Art.641, N.34; GÜRSOY/EREN/CASEL, s. 363; EREN, s.40.

⁷¹ EREN, s. 38; AYAN, s. 93.

⁷² "... iştirak halinde mülkiyet durumunda olan bir taşınmaza üçüncü bir kişi tarafından elatılması halinde bir ortağın MK. nun 618. maddesine dayanarak dava açması mümkün ise de bunu sürdürme-bilmesi; diğer ortakların muvafakatını almak veya terekeye bir mümessil atanmasını sağlaması ile mümkün olacaktır. (...) Bu açıklamalar karşısında, iştirak halinde mülkiyet konusu olan bir taşınmaza elatılması halinde ortaklardan birinin dava açması ve bunu sürdürmesini kabul eden görüş MK. nun 630. maddesi 2. fıkrasının yoruma elverişli olmayan hükmüne aykırı düşer...", Y. İBK, 11.10.1982 T., 1982/3 E., 1982/2 K., <https://0214cl5it-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/ictihat/yargitay/e-1982-3-k-1982-2-t-11-10-1982>, (Erişim T. 13.05.2019).

korumadan bütün ortakların yararlanacağı belirtildiğinden, artık her ortağın istihkak davasını tek başına açabileceği kabul edilmektedir⁷³.

İstihkak davasında bir kısım paydaşın ya da ortağın açtığı bölünemeyen taleplerde, iadenin davacıya mı yoksa, tüm paydaşlara mı yoksa ortaklara yapılacağı tartışmalıdır. BGB § 1011 atfıyla § 432 hükmünde paydaşların tümüne yapılacağını düzenlemiştir. Türk – İsviçre hukukunda herhangi bir kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kanun boşluğu TBK m.85/I’de düzenlenen bölünemeyen borç hükmünün kıyasen uygulanarak doldurulabileceği kabul edilmektedir⁷⁴. Bölünemeyen borç borçluların tümüne ifa edileceği kabul edildiğinden, bölünemeyen taleplerde geri iade tüm paydaşlara (ortaklara) yapılmalıdır.

Dava ortaklardan biri tarafından açıldığı takdirde, diğer paydaş ya da ortaklar, bu davanın olumlu sonucundan yararlanırlar; olumsuz sonuçlarından ise etkilenmezler.

2. İSPAT YÜKÜ

İspat hukuku bakımından davacının ispat yükü altında olduğu; dava konusunun mülkiyetini geçerli olarak kazandığını ispat etmesi gerektiği, bu faaliyetinde TMK’da düzenlenmiş olan mülkiyet karinelerinden yararlanabileceği ifade edilmektedir⁷⁵.

Yine, dava konusunun taşınır olduğu durumlarda davacının, davalının mevcut zilyetliğinin sağladığı hak karinesini çürütmesi diğer deyişle zilyet olmasına rağmen malik olmadığını da ispat etmesi gerekir⁷⁶.

Davacı paylı mülkiyet ilişkisine dayanıp belirli bir payın maliki olduğunu iddia ettiği takdirde bu payın da varlık ve miktarını ispat etmek zorundadır.

Dava, üçüncü kişilere karşı bir paydaş tarafından açılarak tüm paydaşlara iade isteniyorsa, davacının kendi payı dışında diğer paydaşların da payını ispat etmesi gerekmektedir⁷⁷.

İstihkak davasında, davacı mülkiyet hakkının ispat külfetini yerine getirirken, taşınır için TMK m.985 hükmünde, taşınmazlar için TMK m.922 hükmünde düzenlenen mülkiyet karinelerinden yararlanır⁷⁸. Aynı şekilde, davalı da eşyadaki doğrudan zilyetliğini devam ettirmekte olduğunu, taşınırlarda zilyetlik karinelerinden yararlanır.

Davalı ise, davacının malik olmadığını veya dava konusu malı zilyetliğinde buldurmaya hakkı olduğunu ispat etmek suretiyle davanın reddini sağlayabilir. Davalının zilyetliğe hakkı bulunduğu, onun tarafından ispatı gereken bir itiraz teşkil eder. Davalı çekiş-

⁷³ “...olağan koruma eylemleri ve buna bağlı olarak onarımlar, mahsullerin toplanması, bozulacak olanların satılması, acele olarak yapılması zorunlu bulunan işlemin yerine getirilmesi ile **istihkak**, elatmanın önlenmesi, tapu sicilinde hak sahipliğinin saptanması gibi taksimi mümkün olmayan talepler ortaklardan her biri tarafından dava yoluyla ileri sürülebilir...”, **Y. HGK, 12.11.2008 T., 2008/14-676 E., 2008/695 K.**, <https://0214cl5it-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2008-14-676-k-2008-695-t-12-11-2008>, (Erişim T. 13.05.2019); **Y. HGK, 30.12.2009 T., 2009/1-577 E., 2009/608 K.**, <https://0214cl5it-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2009-1-577-k-2009-608-t-30-12-2009>, (Erişim T. 13.05.2019). Bkz. **Y. HGK, 05.10.2016 T., 2014/14-1243 E. 2016/958 K.**

⁷⁴ **ERGÜNE**, N. 78

⁷⁵ **ESENER/GÜVEN**, s.186; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 448; **EREN**, s. 40; **SİRMEN**, s. 254; **AYAN**, s. 94; **ERGÜNE**, s. 74. **ANTALYA**, **ANTALYA/TOPUZ**, **MHY IV/I EH**, N.1700, 1723.

⁷⁶ **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 448.

⁷⁷ **EREN**, s. 41.

⁷⁸ Bu karineler için bkz. **ANTALYA**, **ANTALYA/TOPUZ**, **MHY IV/I EH**, N.1484,1536.

meli şeye davacı ile aralarında mevcut bir aynı veya kişisel hakka dayanarak, örneğin intifa, kira, ödünç vb. ilişkisine dayanarak zilyet olduğunu ve hukuki ilişkinin devam ettiğini ispat ederse istihkak davası reddedilir⁷⁹.

Bunun hukuki sebebini açıklama noktasında öğretilde, karşı hakkın sağladığı defi görüşü, malikin eşyayı iadeye ilişkin hakkının muaccel olmadığı görüşü, sözleşme ilişkisinin inhisarilik etkisi görüşü ileri sürülmüştür⁸⁰.

Katıldığımız inhisari etki görüşünü göre, malik, borç ilişkisi devam ettiği sürece mülkiyetten doğan iade talebini, alacak hakkı sahibi dolaysız zilyede karşı ileri sürme hakkını askıya diğer deyişle beklemeye almıştır⁸¹.

Dava konusu bir taşınır ise, taşınır davası için öngörülen TMK m. 989 hükmünün istihkak davasında da etkili olacağı, yani istihkak davasının davalısı zilyedin taşınır pazarından, açık arttırmadan veya benzeri eşya satandan edindiği ve kendisinin iyiniyetli olduğu takdirde ödediği bedelin kendisine verilmesini isteyebileceği; bu istek kabul edilmediği takdirde istihkak davasının reddini sağlayabileceği savunulmaktadır⁸².

H. HUKUKİ SONUÇLARI

İstihkak talebinin dolaysız zilyede yöneltilmesiyle birlikte dolaysız zilyet, haksız olarak elinde tuttuğu eşyayı geri verme yükümlüğü altına girer.

İstihkak davasının sonucunda verilen kararlar da, mülkiyet hakkının tespiti ile dava konusu olan eşyanın davacıya geri verilmesi sağlanır. Dava sonucunda hakimim vereceği karar, davalının haksız olarak el koyduğu veya alıkoyduğu belirli bir malın veya malların doğrudan doğruya zilyetliğinin geri verilmesine; özellikle taşınırlarda teslim, taşınmazlarda tahliye karar verilmesini içerir. Malik, netice-i talebinde istihkak davasıyla birlikte mülkiyetin tespitine onunla birlikte veya ondan ayrı karar verilmesini talep edebilir⁸³.

Davalı eşyayı rızasıyla vermezse İİK m.24 ve 26 hükümleri uyarınca icra vasıtasıyla bu sonuç sağlanır.

Taşınır konu alan istihkak davasında, malik, mahkeme kararını icra ederek, malın kendisine teslimini icra yolu ile sağlayarak, eşyanın doğrudan zilyetliğine kavuşur.

Davalının iade yükümlülüğüne TMK m.993-995 hükümleri uyarınca haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanır⁸⁴.

İstihkak davası mülkiyet hakkına dayanan bir dava olarak da aynı bir dava mahiyetindedir. Bu sebeple zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle tabi değildir⁸⁵.

İstisnai olarak taşınmazların yüz ölçümlerinin yapılarak yeni tapu verilmesi söz konusu olan taşınmazlarda kadastro tutanağının kesinleşmesinden itibaren on yıl geçmişse önceki kayıtlara dayanılarak hak iddia edilemez. Dolayısıyla bu on yıllık süre,⁸⁶ hak düşürücü özellik göstermektedir.

⁷⁹ EREN, s. 41; AYAN, s. 92; ERTAŞ, s. 977.

⁸⁰ Bu görüşler için bkz. ÖZEN, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul 2003, s. 11 vd.

⁸¹ ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N. 1829.

⁸² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1131; ESENER/GÜVEN, s. 187; SİRMEN, s. 255.

⁸³ MEIER-HAYOZ, BK ZGB Art.941, N.61. Faklı görüş bkz. SIMONIUS/SUTTER, I, § 12, N.34.

⁸⁴ ANTALYA, ANTALYA/TOPUZ, MHY IV/I EH, N.1836; ANTALYA, MHY V/1, 2 BH GH, N. 3010; AYAN, s. 95; ERGÜNE, s. 80.

⁸⁵ EREN, s. 34; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1132, 1135; ERTAŞ, s. 978; AYAN, s. 92, 95; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 231; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 449; ERGÜNE, s. 81.

⁸⁶ AYBAY/HATEMİ, s. 117, s. 11.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, J./AKINTÜRK, T./ATEŞ, D.**, Eşya Hukuku, 2. Baskı İstanbul 2018.
- ANTALYA, O. G./TOPUZ, M.**, Marmara Hukuk Yorumu, Eşya Hukuku, c.IV/1, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. G.**, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.V/1, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. G.**, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.V/1, 2, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. G.**, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.V/1, 3, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. G./TOPUZ, M.**, Marmara Hukuk Yorumu, Eşya Hukuku, c.IV/1, Ankara 2019.
- ARNET, R./BELSER, E. M.**, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, Zurich – Basel – Genf 2012.
- AYAN, M.**, Eşya Hukuku-I (Zilyetlik ve Tapu Sicili), Ankara 2016.
- AYBAY, A./HATEMİ, H.**, Eşya Hukuku, İstanbul 2010.
- AYİTER, K.**, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953.
- EINSELE-WILI, F.**, Die Vindikationszession, Diss. Zürich 1975.
- EREN, F.**, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2016.
- ERGÜNE, M. S.**, Taşınır Mülkiyeti, İstanbul 2017.
- ERTAŞ, Ş.**, Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2016.
- ESENER, T./GÜVEN, K.**, Eşya Hukuku 2012.
- GAUCH, P./SCHLUEP, W. R./SCHMID, J./REY, H./EMMENEGGER, S.**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Aufl., Zurich/Basel/Genf 2008.
- GURSKY, Karl-H. J.** Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht Neub. Berlin 2013.
- GÜRSOY, K. T./EREN, F./CANSEL, E.**, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- HAAB, R.**, Zürcher Kommentar; Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729, Lieferung 1-6, 2. A., Zurich 1929 bis 1938.
- HAAB, R./SIMONIUS, A./SCHRER, W./ZOBL, D.**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729, 2.Aufl. Zurich 1977.
- HINDERLING, H.**, Der Besitz, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. V/I, hg. von Meier-Hayoz Arthur, Basel/Stuttgart 1977.
- LEEMANN, H.**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918, Bern 1925.
- LIVER, P.**, Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. V/I, hg. von Meier-Hayoz Arthur, Basel/Stuttgart 1977.
- MEIER-HAYOZ, A.**, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum: 1. Teilband, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981.
- NEUMAYER, K.**, Die sogenannte Vindikationszession (§ 931) im dogmatischen Spannungsfeld zwischen Übereignung und procuratio in rem, in: Kuchinke, Kurt (Hrsg.), Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung, FS Heinrich Lange, München 1970.

- OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S.**, Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2018.
- ÖZEN, B.**, Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul 2003.
- REY, H.**, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum; Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts, Bd. I, Bern 1991.
- SAYMEN, F./ELBİR, H. K.**, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954.
- SCHMID, J./HÜRLIMANN-KAUP, B.**, Sachenrecht, 5. Aufl., Zurich 2017.
- SEROZAN, R.**, Eşya Hukuku-I, İstanbul 2014.
- SİRMEN, L.**, Eşya Hukuku, Ankara 2017.
- SUTTER-SOMM, T.**, Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. V/I, hg. von Meier-Hayoz Arthur, Basel/Stuttgart 2014
- TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.**, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989.
- ÜNAL, M./BAŞPINAR, V.**, Şekli Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2017.
- von TUHR, A./PETER, H.**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zurich 1974-79.
- WIEGAND, W.**, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Hrsg.; **HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas**), Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015.

 ANONİM VE LİMİTED ŞİRKETLERE KONULACAK AYNI SERMAYE UNURLARI ÜZERİNDE SINIRLI AYNI HAK BULUNMAMASI ŞARTINA İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER

*(SOME ASSESSMENTS REGARDING THE CONDITION OF -NO LIMITED RIGHTS IN REM-
ON CAPITAL IN KIND THAT IS TO BE BROUGHT TO JOINT STOCK AND LIMITED
LIABILITY COMPANIES)*

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR* **

ÖZ

Çalışmamızın amacı, ayni sermaye unsurlarına dair kısıtlama ve yasaklamalar içeren TTK. m. 342 ve 581 hükümlerini, özellikle konulacak ayni sermaye üzerinde “sınırlı bir ayni hak bulunmaması” şartı ekseninde ele almak, teorik ve pratik açıdan değerlendirmek, olan ve olması gereken hukuk açılarından görüş ve önerilerimizi, inceleme fırsatı bulduğumuz somut bir sorun dolayısıyla ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, limited şirket, ayni sermaye, nakdi sermaye, sınırlı ayni hak

ABSTRACT

The aim of our study is to analyze Articles 342 and 581 of the TCC, which contain restrictions and prohibitions on capital in kind, especially on the basis of the condition of "not having a limited right in rem" on the capital in kind, to evaluate them theoretically and practically, to present our opinions and suggestions in terms of de lege lata and de lege ferenda, due to a concrete problem that we have had the opportunity to examine.

Keywords: Joint stock company, limited liability company, capital in kind, capital in cash, limited right in rem

GİRİŞ

Anonim ve limited şirketler, uygulamadaki sayıları, faaliyet konuları ve ekonomik büyüklükleri itibarıyla, hem hukuki, hem ekonomik açıdan büyük bir öneme sahip sermaye şirketleridir. Bu nedenle, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK.), şahıs şirketleri/sermaye

[] Eserin dergimize geliş tarihi: 16.02.2021. İlk hakem raporu: 02.03.2021. İkinci hakem raporu: 31.03.2021. Onaylanma tarihi: 07.05.2021.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-8255-2543.

Esere Atf Şekli: Mehmet Bahtiyar, "Anonim Ve Limited Şirketlere Konulacak Ayni Sermaye Unsurları Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Bulunmaması Şartına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.515-528.

şirketleri ve kooperatif ayrımı (m. 124/2) yaptıktan sonra, sermaye şirketleri için, 6762 Sayılı Kanun'a (eTK'ya) oranla, daha ayrıntılı ve farklı birçok düzenleme getirmiştir.

Bu düzenlemeler arasında, sermaye şirketlerine getirilebilecek aynı sermaye unsurlarına ilişkin TTK. 342 ile 581 dikkat çekmektedir.

Çalışmamızın amacı, aynı sermaye unsurlarına dair kısıtlama ve yasaklamalar içeren bu iki hükmü, özellikle konulacak aynı sermaye üzerinde "sınırlı bir aynı hak bulunmaması" şartı ekseninde ele almak, teorik ve pratik açıdan değerlendirmek, olan ve olması gereken hukuk açılarından görüş ve önerilerimizi, inceleme fırsatı bulduğumuz somut bir sorun dolayısıyla ortaya koymaktır.

I. TTK. 342 ve 581 DÜZENLEMELERİNİN KAPSAMI, FARKLARI ve BENZERLİKLERİ

A. Anonim şirketlerin kuruluşuna ilişkin maddeler arasında yer alan TTK. 342 hükmü uyarınca,

"(1) Üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz.

*(2) 128 inci madde hükmü saklıdır"*³.

Görüldüğü üzere, birinci fıkranın ilk cümlesinde hangi unsurların hangi şartlarla aynı sermaye konabileceği, ikinci cümlesinde de nelerin aynı sermaye olamayacağı düzenlenmiştir. Bu madde, yapılan atıflar nedeniyle hem esas sermaye sistemindeki, hem kayıtlı sermaye sistemindeki sermaye artırımlarında da uygulanmaktadır (TTK. 459/3, 460/3).

Limited şirketlerin kuruluş hükümleri arasında bulunan TTK. 581 hükmü de lafzen, büyük ölçüde m. 342'yi tekrarlamaktadır:

"(1) Üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz veya tedbir bulunmayan; nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar ve adlar da dâhil,

³ İşlem denetçisine dair hükümler 6335 Sayılı Kanun ile TTK'dan çıkarıldığı için bu tür denetçiye dair son cümlesini kaldırırsak, bu maddeye Bilim Komisyonunca yazılan gerekçe; "342 nci madde, anonim şirkete sermaye olarak konulabilecek ayınları ve bunların hukukî durumlarını genel hükümlerden farklı olarak, ancak ilgili maddeyi saklı tutarak düzenlemiştir. Üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz veya tedbir bulunan, nakden takdir ve devrolunamayan ayınların anonim şirkete sermaye olarak konulması, sermayenin korunması ilkesi ile bağdaşmaz bulunmuştur, 6762 sayılı Kanunda düzenlenmeyen bu nokta açıklığa kavuşturulmuştur. Tapuya bağlanmamış, zilyedliğin devri yolu ile devredilen taşınmazlar sorununun içtihata bırakılması uygun görülmüştür. "Fikrî mülkiyet hakları" ibaresi, fikir ve sanat eserlerini, bağlantılı hakları, markaları, tasarımları, patentleri, coğrafi işaretleri, tescil edilmemiş haklar ile bilgileri, bitki geliştirilmesini, yani ishahçı haklarını, yarı iletkenlerin topografyalarını kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. Elektronik ortamlar, kazandıkları değer dolayısıyla hükme dahil edilmiştir. Ancak, devredilebilme ve nakden takdir olunabilme şartının gerek fikrî mülkiyet hakları gerek elektronik ortamlar için de aranacağı şüphesizdir. Ayrıca, fikrî mülkiyet hakları ile elektronik ortamlar çok çeşitli türleri içerdikleri için bu türlerden bazıları, özellikle bağlantılı haklar, meselâ bir kısım fonogram yapımcısı hakları sermaye olarak konulmaya müsait olmayabilir, ya da bu hakların değerlendirilmeleri sorun oluşturabilir. Tasarının 343 üncü maddesine göre yapılacak değerlendirmede, bilirkişiler bu noktayı belirtmek, mahkemenin dikkatini çeken, ifadesi açık olan ve kesin nitelik taşıyan görüş beyan etmekle yükümlüdürler" şeklindedir (bkz. <http://www.ticaretkanunu.net/ttk-madde-342/>).

malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz.

(2) 127 nci madde hükmü saklıdır⁴. Bu madde, TTK. 590'ın yaptığı atıf nedeniyle limited şirket sermaye artırımlarında da uygulanmaktadır.

B. TTK. 342 ile 581 sözel açıdan karşılaştırıldığında, aralarında şu iki farka rastlanmaktadır:

- TTK. 581/1'in ilk cümlesindeki "ve adlar" kısmı m. 342/1'de bulunmamakta ise de, bunun esasa ilişkin bir farklılık yaratmayacağı açıktır. Çünkü maddede yapılan sayım sınırlayıcı değil örnekleyicidir. Böyle olunca, uygulamada "adlar"ın anonim şirketlere de sermaye konabileceği şüphesizdir.

- TTK. 342/2'de, m. 128 saklı tutulmuş iken, m. 381/2'de saklı tutulan hüküm 127. maddedir. TTK. 127, ticaret şirketlerinde sermaye koyma borcunun konusu düzenleyen genel bir hüküm olup, ilk fıkrasında on bent halinde ve örnekleyici şekilde, "Kanunda aksine hüküm olmadıkça" nelerin sermaye konulabileceğini saymakta, ikinci fıkrasında da, komandit şirkete ilişkin m. 307/2 yanında, incelediğimiz iki maddenin ilk fıkralarını (m. 342/1 ve 581/1) da saklı tutmaktadır⁵. Bu durumda, "Kanunda aksine hüküm olmadıkça" diye başlayan m. 127 genel hüküm (kural), m. 342/1 ile m. 581/1, söz konusu aksine hüküm kapsamına giren özel hüküm (istisna) niteliğinde olup, m. 127'de, m. 342/1 ile m. 581/1'in saklı tutulması normaldir.

Ne var ki; m. 581/1'de de tekrar genel kuralın (m. 127'nin) saklı tutulması nedeniyle, her iki hükmün birbirini saklı tutması gibi tuhaf bir durum ortaya çıkmaktadır ki, kural koyma tekniği bakımından bu karşı atfın isabetsizliği ortada olduğu gibi⁶, ne işe yarayacağı da belirsizdir.

Öte yandan, m. 581/2'den farklı olarak m. 342'de, m. 127 yerine m. 128'in saklı tutulduğu görülmektedir ki, saklı tutulan bu madde, ticaret şirketlerinde sermaye koyma borcunun taahhüt ve tasarruf aşamaları ile, ifa etmemenin yaptırımlarına dair genel bir hükümdür; özel düzenleme olmayan hallerde zaten genel düzenleme uygulanacaktır.

Şu halde, m. 128'in saklı tutulmasına zaten ihtiyaç bulunmadığı gibi, şayet mutlaka saklı tutulacaksa da, m. 128'in değil, aynen m. 581/2'de olduğu gibi m. 127'nin saklı tutulması düşünülebilirdi⁷. Ne var ki; bu ihtimalde de yine, genel hüküm (m. 127) ile özel hüküm (m. 342), gereksiz yere birbirini saklı tutmuş olacak idi.

TTK. 342, m. 127 ile sözel açıdan karşılaştırıldığında ise, şu farklara rastlanmaktadır⁸:

⁴ Madde gerekçesinde, "Gelişmelere göre hüküm yeniden düzenlenmiştir" denilmesi ile yetinilmiştir. Bu nedenle, m. 342'nin gerekçesi, içerik ve özellikle birinci fıkrası itibarıyla hemen hemen aynı olan bu madde için de geçerli sayılabilir.

⁵ Esasen, m. 127/2 "Kanunda aksine hüküm olmadıkça" ibaresi ile başladığına göre, aksine hükümlerin burada sayılmasına da kesinlikle gerek bulunmadığı yönünde haklı tespit için bkz. **KENDİGELEN, A.:** Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler-Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul 2016, s. 124; **PASLI, A.:** Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III), YTK. Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 "Kuruluşun Hükümleri", BATİDER. 2012, C. XXVIII, S. 3, s. 197, dn. 8.

⁶ Nitekim bkz. **BAHTİYAR, M.:** Ortaklıklar Hukuku, Dersler-Soru Örnekleri, 14. Bası, İstanbul 2020, s. 21 ve s. 54. Bu yönde olmakla birlikte, m. 581/2'de, m. 127'nin değil, m. 128'in saklı tutulması yönünde katılmadığımız önerisi nedeniyle karşı. **MOROĞLU, E.:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul 2016, s. 80.

⁷ Bu yönde, **KENDİGELEN**, s. 230, dn. 32.

⁸ **PASLI**, s. 197, dn. 9.

- TTK. 127/1'in h bendindeki "elektronik ortam" ibaresi yerine m. 342'de "sanal ortam" denilmiştir⁹.

- TTK. 127'de "malvarlığı değeri" yerine m. 342'de " malvarlığı unsuru" ibaresi kullanılmıştır.

C. TTK. 381 ve 542 birlikte ele alındığında, aynı sermaye konulması konusunda şu ortak kısıtlama ve yasakları içerdikleri görülmektedir:

- Konulacak aynı sermaye unsuru üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz veya tedbir bulunmaması gerekmektedir;

- Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye konulması yasaklanmıştır.

Bu kısıtlama ve yasaklamaların her biri ayrı ayrı inceleme konusu olabilecek özellikler taşımakta, birçok yönden eleştirileri davet etmekte, öğretilerde de bu konuda yapılmış ayrıntılı çalışmalara rastlanmaktadır¹⁰. Biz, aşağıda inceleyeceğimiz bir uygulama sorunu vesilesiyle sadece ve özel olarak, "aynı sermaye unsuru üzerinde sınırlı bir aynı hak bulunmaması şartı"ni ele alacağız.

II. AYNİ SERMAYE UNSURU ÜZERİNDE SINIRLI BİR AYNİ HAK BULUNMAMASI ŞARTI

TTK. 342/1 ve 581/1'de yer verilen bu şartı incelemeden önce, karşılaştırma yapmak bakımından, 6762 Sayılı (eski) Kanun dönemindeki durumu ele almakta yarar vardır:

A. 6762 Sayılı Kanun'da (eTK'da) böyle bir şart bulunmamakta idi. O dönemde öğretilerde, bazı zorluklara yol açabilecekse de, aynı sermaye unsurları üzerinde haciz, rehin, intifa ve hapis hakkı gibi birtakım külfetler bulunmasının bunların sermaye olarak taahhüt edilmesine engel oluşturmadığı, önemli olanın bilirkşi incelemesi sırasında bu külfetlerin değerinin saptanarak, sermaye unsurunun net değerinin belirlenmesi olduğu ifade edilmiştir¹¹.

O dönemde, ipotekli taşınmazın aynı sermaye konulması ve değerlendirme sorunlarına dair Bakanlık uygulamasındaki değişime bakıldığında, Bakanlığın, 2000'li yıllara dek süren ilk uygulamasına göre, üzerinde ipotek gibi yük bulunan taşınmazların sermaye olarak konulması halinde, takyidat sahibinin yazılı izninin alınması gerekmektedir. Bundan sonra,

⁹ Öğretilerde "sanal" ve "elektronik" sözcüklerinin eş anlamlı ve parantez işareti ile ayrılarak kullanıldığı görülmektedir. Bkz. **TEKİNALP, Ü.:** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 156, N. 10-56; **PASLI**, s. 197, dn. 9. Ayrıca **TEKİNALP**, atf verdiğimiz bu eserinde, fikri mülkiyet haklarının, sanal ortamların, yani domain adlarının, internet sitelerinin, adların ve işletmelerin anonim şirkete sermaye konulmasına olanak sağlandığını vurguladıktan sonra, "Tüm bu hakların aynı sermaye olarak konulabilmesi için müseccel olmaları gerekir. Söz konusu haklar kapsamına giren bir hak herhangi bir şekilde, mesela haksız rekabet hükümlerine göre korunuyor olsa da, tescil edilmemişse anonim ortaklığa aynı sermaye olarak konulamaz" demektedir. Bu konuda eleştiri için bkz. **PASLI**, s. 198, dn. 9. Yazarın isabetle belirttiği üzere, müseccel olmaya dair bir şart kanunda yer almamaktadır.

¹⁰ Bu konuda kapsamlı ve doyurucu bir doktora tezi olarak özellikle bkz. **ÇONKAR, H.:** Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye, İstanbul 2016.

¹¹ Bkz. **DOMANIÇ, H.:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi II (Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması), İstanbul 1988, s. 197 vd.; **KORKMAZ, Y.:** İpotekli Taşınmazın Anonim Şirkete Aynı Sermaye Konulması ve Değerinin Tespiti, Legal Hukuk Dergisi, 2008, S. 61, s. 89 vd.; **KUMKALE, R.:** Sermaye Şirketleri, 4. Bası, Ankara 2003, s. 70. Mevzuatta hüküm olmamasına rağmen aksi yönde; **ÇEVİK, O. N.:** Uygulamada Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara 1994, s. 76; fakat aynı yazarın, Anonim Şirketler, 4. Bası, Ankara 2002, s. 143'te bu görüşünden dönmüş olduğu anlaşılmaktadır.

taşınmazların bilirkişilerce saptanmış değerinden takyidat miktarı düşüldükten ve kalan kısmının yüzde yirmibeşi çıkarıldıktan sonraki miktarın sermaye olarak konulmasına izin verilmekte idi¹².

Bakanlığın, 8.3.2000 tarih ve 1508 Sayılı Genelgesi ile ortaya çıkan ikinci uygulaması gereği, aynı sermaye konulacak taşınmaz üzerinde takyidat bulunması halinde takyidat (örneğin ipotek hakkı) sahibinin yazılı onayı alındığı, ayrıca şirket anasözleşmesinde, aynı sermayeyi taahhüt eden pay sahibinin, takyidat nedeniyle taşınmazın satılması halinde, satıldığı tarihteki bilirkişilerce saptanan değer kadar miktarı şirkete ödeyeceği yönünde taahhütte bulunması gerektiği, bu taahhüt karşılığı oluşacak payların, takyidatın kaldırılmasına kadar devredilemeyeceğinin de öngörüldüğü ve bu kurgu içerisinde takyidatlı (yükü) taşınmazların aynı sermaye konmasına izin verildiğini aktaran KORKMAZ, bu uygulamanın haklı ve isabetli olduğunu ifade etmiştir¹³.

Daha sonra ise, eTK.'da pozitif bir dayanağı olmadığı halde, Bakanlıkça çıkarılan İç Ticaret: 2003/3 sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"¹⁴ in kuruluş ve anasözleşme değişikliklerinde istenecek belgeleri düzenleyen 1 no'lu ekinin G maddesinde, "aynı sermaye gayrimenkul ise, üzerinde takyidatın olmadığına dair ilgili tapu dairesinden, nakil vasıtalarında, mülkiyeti muhafaza kaydının olmadığına dair ilgili trafik müdürlüğünden alınacak yazı"nın sunulması öngörülmüştü.

Aynı Tebliğ'in 2 No'lu ekinin F maddesinde de, "aynı sermaye olarak gayrimenkul ve nakil vasıtası konulduğu takdirde gayrimenkul üzerinde herhangi bir takyidatın, nakil vasıtalarında mülkiyeti muhafaza kaydının bulunmadığına dair belgeler" in dilekçeye eklenmesi gerektiği düzenlenmişti.

B. 6102 Sayılı TTK'nın 342/1 ve 581/1'nci maddelerinde yer verilen bu şartı olumlu karşılayan görüşün taraftar bulduğu görülmektedir. Bu görüşün gerekçelerine bakıldığında, ticaret şirketlerinin genel hükümlerinde yer almayan bu sınırlamanın anonim ve limited şirketler için öngörülmüş olmasının sermayenin ve bu bağlamda alacaklıların korunmasına hizmet ettiği, aynı amaç doğrultusunda hizmet edimi, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olamayacağına da hükme bağlandığı, anılan malvarlığı unsurlarının ekonomik değeri bulunduğu kuşku olmamakla beraber, vadesi gelmemiş alacak dışındakilerin objektif biçimde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, bunlara farklı açıdan farklı değerlendirilebileceği, bu subjektifliğin şirket sermayesinin karşılıksız kalmasına yol açabileceği ve alacaklılara karşı güvence oluşturamayabileceği hususlarına dayandığı¹⁵ görülmektedir.

¹² KORKMAZ, s. 90 vd.

¹³ KORKMAZ, s. 91 vd.

¹⁴ RG. 25.07.2003, S. 25179. Söz konusu Tebliğ, 6102 Sayılı TTK. uyarınca Bakanlık tarafından çıkarılan "Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ" (RG. 15.11.2012, S. 28468) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁵ MANAVGAT, Ç. (KIRCA, İ./ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H.), Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Ankara 2013, s. 352; benzer gerekçe ile, ŞENER, O. H.: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2019, s. 31; aynı yazar; Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017, s. 117; KARAHAN, S./KARAMAN COŞGUN, Ö.: Şirketler Hukuku, Konya 2013, s. 347; ÖZDAMAR, M.: 6102 Sayılı TTK. Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar, TFM. 2015/1, s. 147. İsviçre Hukukunda bu yönde görüş açıklayan yazarlar olarak bkz. Von STEIGER, F. (Çev. ÇAĞA, T.): İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968, s. 125; ayrıca, ÇONKAR, s. 88, dn. 123'te zikredilen BÖCKLI ve WERLEN.

Öğretide, bizim de katıldığımız diğer yazarlar ise, bu şarta eleştirel bir gözle yaklaşmakta ve ilgili sınırlamayı isabetsiz bulmaktadır. Bu görüş taraftarlarınca, anılan şarta yöneltilen temel eleştiriler olarak;

- Aynı sermaye unsurları üzerinde, bu tür yükler (örneğin bir sınırlı aynı hak) bulunması durumunda, bunun değerlendirilme prosedürü içerisinde hesaba katılacağı ve söz konusu yükün değerine göre bir indirimle gidilebileceği, hatta yükün değerinin çok yüksek olması halinde aynı sermayenin değerinin sıfıra kadar inebileceği¹⁶,

- Salt üzerinde böyle bir yük mevcut olduğu için o unsurun aynı sermaye konulmasını tümden engellemenin doğru olmadığı¹⁷,

- Madde gerekçesinde sermayenin korunması ilkesine yapılan yollamanın, aynı sermaye unsuru üzerindeki yükün niteliğini ve değerini hesaba katmaksızın, toptancı bir yaklaşım ile yasaklamayı haklı kılmadığı, değerlendirme prosedürü içerisinde çözülebilecek bir sorunda peşinen yasaklama tercihinin “kolaycılık” ve “pire için yorgan yakmak” anlamına geleceği, eTK. döneminde kanunda hüküm olmadığı halde fiilen getirilen bu sınırlama veya yasaklamamanın, 6102 Sayılı Kanun metnine Bakanlık ve özellikle de “sicil bürokrasisi” eli ile, hukuki gerekçesinin sağlam olması gereğinden ziyade “bürokratik pragmatizm” mülahazalarıyla dahil edildiği¹⁸,

- Hiçbir ayrıma gidilmeksizin, “üzerlerinde sınırlı bir aynı hakkın bulunmaması” gerektiğine dair hükümde, sınırlı aynı haklar başlığı altındaki hakların hepsinin (irtifak hakları, taşınmaz yükü, rehin hakkı) aynı yasak kapsamına sokulduğu, aynı sermayenin değeri ve etkileri yönünden çok farklı sonuçlar doğurma olasılıklarının gözardı edilmiş olduğu¹⁹ hususları, haklı olarak ifade edilmiştir.

- Öte yandan, bir ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte anonim şirkete devri (TTK. 11/3 ve BK. 2020) veya bir işletmenin anonim şirket tarafından devralınmak suretiyle şirket ile birleştirilmesi (TTK. 194) mümkündür. Aynı şekilde, bir ticari işletme, kuruluş veya sermaye artırımı sırasında bir anonim şirkete sermaye konulabilir (TTK. 127/1.g ve 339/1,e).

Bu işlemlerden herhangi biri dolayısıyla, bir işletmenin toptan şirket malvarlığına dahil olması sırasında, işletme malvarlığındaki bazı unsurlar üzerinde sınırlı aynı hak bulunabilir²⁰. Bu durum, işletmenin el değiştirerek şirkete geçmesine engel oluşturmadığı gibi, üzerinde sınırlı aynı hak bulunan münferit unsurların, işletmenin şirket mülkiyetine geçişinde kapsam dışında tutulmasını öngören bir yasal düzenlemeye de rastlanmamaktadır.

- Eklemeliyiz ki, ilk görüşün, esas itibarıyla değerlemenin farklı ve subjektif yapılabileceği yönündeki endişesi de aşılabilir bir sorun değildir; değerlemenin sağlıklı ve yetkin kişi ya da kurumlarca yapılması halinde bu sakınca büyük ölçüde giderilebilir. Esasen, üzerinde hiçbir aynı hak, haciz veya tedbir bulunmayan bir taşınmazın aynı sermaye konulmasında da benzer (örneğin değer biçmede objektif davranmama, değerlendirme yönteminin

¹⁶ KENDİGELEN, s. 230; BİLGİLİ, F./ DEMİRKAPI, E.: Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 227; ÇONKAR, s. 87.

¹⁷ MOROĞLU, s. 153; PASLI, s. 199; ayrıca, bkz. TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ (Yayın No: 138): Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları (I-II-III), Ankara 2008, s. 643 vd.’daki tartışmalar ve oradaki görüşümüz.

¹⁸ Bkz. ÇONKAR, s. 87 vd. ve dn. 125.

¹⁹ ÇONKAR, s. 90.

²⁰ Bkz. DOMANIÇ, s. 198.

isabetsizliği, değerlendirme yapanın yetkin veya işin uzmanı olmaması gibi) endişeler daima gündeme gelebilir²¹.

Sözün özü, önemli olan değerlemenin kim tarafından, hangi yöntemlerle yapılacağı ve nasıl denetleneceğidir. Şu halde, salt endişeye veya kuşkuya dayalı bir yasaklamaya gitmek yerine, endişeleri giderici, bütün menfaat sahiplerinin ve kamunun menfaatlerini optimum düzeyde gözeten önlemlerle birlikte daha liberal bir tavır almak, çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile (TC. Anayasası, m. 48) irade özgürlüğü (BK. 26-27) yanında, ekonomik gereksinimlere de daha uygun olur inancındayız.

Aşağıda, söz konusu şarta olumsuz yaklaşan görüşün bu gerekçe ve eleştirilerinin yerindeliliğini doğrular şekilde önümüze gelen bir uygulama örneği üzerinden, şartın isabetsizliği göz önüne serilmeye çalışılacaktır.

III.ÖRNEK BİR OLAYDA TİCARET SİCİLİ ve BAKANLIK UYGULAMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A. Somut Olay

1. İstanbul'da bulunan bir anonim şirketin (kısaca AŞ.) vekili, Asliye Ticaret Mahkemesi'ne sunduğu 04.09.2019 tarihli dilekçesinde özetle,

“İstanbul ili, ...ilçesi, ...mahallesi,..pafta, ...parsel numaralı, 10 katlı 10,400 m² taşınmazın 5630/6150 hissesinin şirket pay sahiplerinden Ö. Ü. ve 520/6150 hissesinin de yine şirkette pay sahibi K. A. adına kayıtlı olduğunu, anılan taşınmazın tamamının değil ipotek bedelinden fazla olan artık değeri ile ve artık değeri kadar sermaye artışında kullanılmak üzere şirkete aynı sermaye olarak konulmak istenildiğini, mahkemece tespit edileceği üzere taşınmaz üzerinde üçüncü bir kişinin borcuna değil yine şirketin borcuna istinaden banka ipoteğinin mevcut olduğunu, bu nedenle taşınmazın tamamının değil ipotek bedelinden fazla olan artık değeri ile ve artık değeri kadar sermaye olmasını amaçladıklarını belirterek”, neticede, taşınmazın bilirkişiler marifetiyle gerçek değerinin ve onu kısıtlayan ipotek bedelinden fazla olan artık değerinin tespitini talep etmiştir.

2. Bilirkişi Raporu

İnşaat Mühendisi, Mali Müşavir, Harita Mühendisi ve Ziraat Mühendisi'nden oluşan heyetçe düzenlenen 07.11.2019 tarihli Bilirkişi Heyet Raporu'nun 'Sonuç' bölümünde;

“Yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda davaya konu...taşınmazın arsa dahil rayiç değerinin 62.400.000-TL (altmışikimilyondört yüzbin TL) olabileceği, Tespit edilen 62.400.000,00-TL rayiç değerden 3.750.000,00 TL ipotek tutarı tenzil edildiğinde, aynı sermaye olarak tescili gereken tutar 58.650.000,00-TL olup hisse durumuna göre... aynı

²¹ Hatta, örneğin alınacak kredi karşılığında bir taşınmazın ipotek edilmesinde dahi, bir bankanın yaptırdığı değerlendirme ile diğer bankaların yaptırdıkları arasında ciddi rakam farklarına rastlanabildiği gibi, bir taşınmazın satışa çıkarılmasında da, satışın olağan (ihtiyari) bir satış mı, cebri icra veya iflas yoluyla yapılan bir satış mı, yoksa konkordato prosedürü içerisinde borçların tasfiyesi amacıyla yapılan bir satış mı olduğu, taşınmazın fiyatı bakımından ciddi fark yaratabilmektedir. Bu nedenle olsa gerek, TTK. 343'te fiyat yerine değere vurgu yapıldığı, değer in öze ve yapısal özelliklere ilişkin olduğu, değer in anlık piyasa koşullarından etkilenmeyeceği, fiyatın ise, bir varlığa belirli bir an itibarıyla üçüncü kişilerin attığı önemi yansıttığı, fiyatın değer in üzerinde veya altında olabileceği, sermaye süreklilik arz ettiği için bu maddede fiyat yerine değer kavramının tercih edildiği, öğretilde önemle ifade edilmiştir. Bkz. **MANAVGAT (KIRCA/ ŞEHİRALİ ÇELİK)**, s. 352 vd. Fakat bu farkın teoride kaldığını ve pratikte bu farka bir önem verilmediğini de özellikle eklemeliyiz.

sermaye olarak koyulabileceği sonucuna varılmaktadır.” şeklinde görüş ve kanaat bildirilmiştir.

3. Asliye Ticaret Mahkemesi Kararı

Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 05.12.2019 tarihli kararında;

“Dava, hukuki niteliği itibari ile, 6102 sayılı yasanın 342. ve 343. maddeleri kapsamında anonim şirkete sermaye olarak konulacak taşınmazların değerinin tespiti talebinden ibarettir. Tapu Müdürlüğünden celp edilen tapu kaydının incelenmesinde, İstanbul, ...parselde kayıtlı, tarla niteliğindeki gayrimenkulün, 5630/6150 hissesinin Ö. Ü., 520/6150 hissesinin de K. A. adına kayıtlı olduğu, taşınmaz üzerinde ... Bankası A.O. lehine 3.750.000 TL tutarında ipotek konulduğu görülmüştür. Mahkememizce alınan bilirkişi raporundaki tespitlerde yasaya aykırı bir yön bulunmadığı, davaya konu İstanbul, ... parselde kayıtlı, 10 katlı ve 10.400 m² alana sahip taşınmaz üzerinden ipotek kayıtlarının mevcut olduğu anlaşılmıştır. Kural olarak ipotekli bir taşınmazın bir şirkete aynı sermaye olarak konulmasına hukukten bir engel yoktur. Ancak bu taşınmazların gerçek değerlerinin, onu kısıtlayan ipotek değerinden fazla olması gerekir. İpotekli taşınmaz bu artık değerleriyle ve artık değeri kadar sermaye olur. Aksi halde, sermaye taahhüdü ve konulması hayali (fiktif) bir işlem olur. Buna göre taşınmazın gerçek değerinin, onu kısıtlayan ipotek bedelinin fazla olduğu bilirkişiler tarafından tespit edilmiştir. Talep TTK'nun 329 vd. maddeleri uyarınca şirket ortaklarına ait taşınmazın şirkete aynı sermaye olarak konulacağından bahisle talep konusu taşınmazın değerlerinin tespiti isteminden ibaret olup celp olunan tapu kayıtları, alınan bilirkişi raporuna binaen; talep konusu ... taşınmazın arsa dahil rayiç değeri ile ilgili olarak bilirkişi heyetinin 06.11.2019 havale tarihli raporunun TTK'nun 329 vd. maddeleri özellikle 343. maddesinde belirtilen nitelikte değerlendirme kriterlerine göre değer tespitinin yapıldığı anlaşılınca söz konusu raporun onaylanması uygun görülerek aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir” gerekçelerine yer verilerek,

“Talebin kabulü ile bilirkişiler...tarafından hazırlanan 07.11.2019 tarihli raporun TTK. 343. madde gereğince onaylanmasına” şeklinde bir hüküm tesis edilmiştir.

4. İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü Yazısı

Müdürlük tarafından şirkete gönderilen 27.05.2020 tarihli yazıda; “İlgi yazımıza istinaden TC. Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'ne 04.03.2020 tarih ve 29120-51792 sayılı yazımız ile görüş sorulmuş olup, Bakanlığın cevaben gelen 07.05.2020 tarih ve E-00054257636 sayılı yazısında,

“...6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 127. maddesinde, Kanunun 307. maddesinin ikinci, 142. Maddesinin birinci ve 561. maddesinin birinci fıkraya hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilecek değerler sayılmıştır. Bununla birlikte, anılan Kanunun 342. maddesinde ise üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak konulabileceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan maddenin gerekçesinde, madde ile üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz veya tedbir bulunan, nakden takdir ve devrolunamayan ayınların anonim şirkete sermaye olarak konulmasının, sermayenin korunması ilkesi ile bağdaşmaz bulunduğu belirtilmiştir. Sınırlı aynı haklar ise irtifak hakkı, rehin hakkı ve taşınmaz yükü olarak üçe ayrılmaktadır. Bu kapsamda, 6102 sayılı Kanunun 342. maddesi çerçevesinde bir gayrimenkul üzerinde üçün-

cü kişi lehine rehin hakkının (ipotek) bulunmasının, o gayrimenkulün aynı sermaye olmasına engel teşkil ettiği açıktır.

Öte yandan, aynı sermaye olarak konulmak istenen bir varlık üzerindeki ipoteğin, aynı şirketin borcu nedeniyle tesis edilmiş olması durumuna ilişkin Kanunda istisnai bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla, anılan mevzuat hükümleri çerçevesinde, üzerinde ipotek tesis edilmiş olan bu durumdaki bir gayrimenkulün aynı sermaye olarak kabul edilmesi münikün olmadığından, söz konusu sermaye artırımının tescil edilmesinin uygun olmayacağı mütalaa edilmektedir” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu bağlamda, sermaye artırımına ilişkin tescil talebinize dair Müdürlüğümüzce herhangi bir işlemi yapılamayacağı hususu bilgilerinize sunulur”.

B. DEĞERLENDİRMELER

6102 sayılı TTK'nın 342 ve 581'nci maddelerine göre, üzerlerinde sınırlı bir aynı hak, tedbir ve haciz bulunmayan malvarlığı unsurları, anonim ve limited şirketlere aynı sermaye olarak konulabilir.

İki hükmün sadece lafzından çıkan zıt anlamına bakıldığında, üzerinde ipotek bulunan bir taşınmazın, değeri ve ipotek konusu borcun miktarı ne olursa olsun aynı sermaye konulamayacağı sonucuna varmak gerekmekte ise de, böyle bir sonucun hem ekonomik, hem hukuki gerekçelerle sorgulanması ihtiyacı doğmaktadır. Hükme, sadece lafzından çıkan mutlak bir yasaklama anlamı yüklenmesi, aktardığımız örnekte olduğu gibi pratik ve teorik açılardan bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Gerçekten;

1. Öncelikle saptamamız gerekir ki; hükmün konuluş amacı (ratio legis) şirket malvarlığının korunması ilkesidir. Anonim şirketlerde pay sahiplerinin sorumluluğu, şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye miktarı ile sınırlı ve sadece şirkete karşı olduğu (TTK. 329) için, şirket alacaklılarının tek güvencesini şirket malvarlığı oluşturmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, malvarlığı değerinin esas sermaye rakamının altına düşmemesi, pay sahiplerinin sermaye taahhütlerinin şirkete gerçek değerleri ile getirilmesi ve şirket sermayesinin iade edilmemesi için çeşitli tedbirlere yer vermiştir. TTK. 343 hükmü de bu tedbirlerden birisidir²². Şu halde, hükmü yorumlar ve uygulamalar, bu amacı daima göz önünde tutmak gerekir.

Nitekim, tüm kanun hükümlerinin yorumlanmasında yol gösterici kurallardan birisi olan Türk Medeni Kanunu, m. 1 uyarınca, “*Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır*”. Bu hüküm uyarınca, bir kanun hükmünün anlamı saptanırken, öncelikle hükmün sözüne bakılacak, kullanılan kelimelerin anlamı, cümle yapısı, gramatik özellikleri dikkate alınacaktır. Fakat, lafzi yorumla saptanan anlam ile yetinilmeyecek, bu anlamın, kanunun ruhuna da uygun olması aranacaktır. “Kanunun ruhu ile bağdaşmayan bir sözel anlam (lafzi yorum) kabul edilemez”²³. Kanunun ruhunu araştırırken başvurulacak hususlar, kanunun sistematığı ve hazırlık çalışmaları ile yorumun yapıldığı zamandaki koşullar ve karşıladığı gereksinimler yanında özellikle hükmün konuluş amacıdır²⁴.

TTK. 343 hükmü de şirket malvarlığının ve dolayısıyla şirket alacaklılarının korunmasını amaçlayan bir hüküm olduğuna göre, herhangi bir olayda yapılacak değerlendirme- nin, bu amaca aykırı düşmemesi, hatta tam aksine bu amaca hizmet etmesi gerekmektedir.

²² PULAŞLI, H.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020, s. 247; BAHTİYAR, Ortaklıklar, s. 115; ÜÇİŞİK, G./ ÇELİK, A.: Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Ankara 2013, s. 54.

²³ Bkz. OĞUZMAN, M. K./ BARLAS, N.: Medeni Hukuk, İstanbul 2019, 25. Bası, s. 72-73.

²⁴ OĞUZMAN/BARLAS, s. 75-80.

İncelediğimiz olayda, hem ipotek bedeli, şirkete aynı sermaye konulmak istenen taşınmazın rayiç değerinden çok düşük olduğu, hem bu değer, mahkemece atanan bilirkişilerce resmi rapora bağlandığı ve rapor mahkemece onaylandığı, hem de taşınmaz tam değeri ile değil, ipotek bedeli düşüldükten sonra kalan değeri üzerinden aynı sermaye konulmak istendiği için, ilgili hükümlerin konuluş amacına ve korumak istediği menfaatlere aykırı bir durumun ortaya çıkmadığı rahatlıkla anlaşılmaktadır.

Daha da önemlisi, taşınmaz üzerindeki ipotek, anonim şirketin banka kredi borcuna karşılık verilmiş olup, taşınmazın müşterek malikleri olan gerçek kişi ortakların bu taşınmazı başka bir şirkete değil, kredi borçlusunu olan şirkete (AŞ'ye) aynı sermaye koymak istedikleri görülmektedir. Böylece, hem ipotek borçlusunu üzerinde ipotek kurulan taşınmazın maliki haline getirilmekte, hem de şirketin malvarlığı, ipotek bedelini aşan taşınmaz değeri kadar güçlendirilmiş olmaktadır. Yani yapılmak istenen işlem, amacı ve niteliği itibarıyla kimseye zarar vermemekte, tam aksine, ilgili hükümlerin konuluş amacına hizmet etmektedir.

2. Esasen, TTK. 342/1 ve 581/1 hükümlerindeki bu şartın, Avrupa Birliği Hukuku'nda karşılığı olmadığı gibi, Alman Hukukunda da böyle bir şarta yer verilmemiştir²⁵. 6762 sayılı (eski) Ticaret Kanunu'muzda da, sadece sözüne itibar edildiği takdirde sakınca doğuran böyle bir düzenleme mevcut değil idi²⁶.

3. Söz konusu şartın isabetli olmadığı ve somut olaydaki gibi sıkıntı ve tereddütlere yol açabileceği, doktrinde de birçok yazar tarafından haklı olarak dile getirilmiştir.

Gerçekten, 6102 Sayılı (yeni) TTK, henüz Tasarı olarak kamuoyuna açıklandığında, 342. (ve 581.) maddeye ilişkin olarak, üzerinde sınırlı bir aynı hak bulunan malvarlığı unsurlarının sermaye olarak konulmasının engellenmesinin yerinde olmadığı; bu açıdan sınırlı aynı hakkın türü ve özelliklerini dikkate alan bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu, öğretilerde ARKAN tarafından ifade edilmiştir²⁷. Tasarı döneminde yayımlanan bir makalemizde biz de bu yönde bir görüş açıklamış idik²⁸.

MOROĞLU da, üzerinde sınırlı aynı hak bulunan taşınmaz ve taşınır malların sermaye olarak değerli veya amaca uygun olmasının pekâlâ mümkün olduğunu belirterek aynı yönde görüşünü ortaya koymuştur²⁹.

4. 6102 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra da öğretilerde bir çok yazar³⁰, TTK. 342/1 ve 581/1'de yer alan, sınırlı aynı hakların türü ve özelliğini dikkate almayan bu düzenlemeyi eleştirmiştir. Genel olarak; üzerinde haciz, rehin, intifa, hapis hakkı gibi bazı yüklerin (kültfetlerin) bulunmasının sermaye taahhüdüne engel olmadığını, bu gibi yüklerin

²⁵ AB.'nin Sermaye Yönergesi ile Alman Hukuku konusunda bilgi için özellikle bkz. **ÇONKAR**, s. 87, dn. 123.

²⁶ ETK. dönemi için bkz. yukarıda, II/A kısmındaki açıklama ve atf verilen kaynaklar.

²⁷ **ARKAN, S.:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferansı, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2005, s. 52.

²⁸ **BAHTİYAR, M.:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi, Doç. Dr. Mehmet SOMER'e Armağan, İstanbul 2006, s. 62.

²⁹ **MOROĞLU**, s. 153.

³⁰ Sorunun değer biçme prosedürü içerisinde çözülmesinin mümkün ve doğru olduğu yönündeki isabetli tespiti için **KENDİGELEN**, s. 230. Değerleme yapılırken ilgili yükün sermaye konusu aynı değerinde yaratacağı azalmanın hesaplanabileceğini, dolayısıyla sırf yükün varlığından hareketle sermaye vasfının kabul edilmemesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. **PASLI**, s. 199; **SEVİ, A. M.:** Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasası, Ankara 2013, s. 158; ayrıntılı bilgi için ayrıca, **ÇONKAR**, s. 88 vd.

yaratacağı değer azalmasının bilirkişiler tarafından yapılan değerlendirme incelemesi sırasında tespit edilebileceği isabetle dile getirilmiştir.

Hatta 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu hazırlayan Bilim Komisyonunun Başkanı TEKİNALP de bu soruna bizzat değinmiştir. Yazar; TTK m. 342'ye bir istisna getirilerek, bilirkişi incelemesi yaptırılması sonucu teminatın güvence altına aldığı borcun düşülmesi suretiyle kalan değerle sermaye konulmasının kabulünün menfaatler dengesine uygun olacağını açıklıkla ifade etmiştir³¹.

Yargıtay 11. HD'nin limited şirkete sermaye artırımında aynı sermaye konulmak istenen ipotekli taşınmazlara ilişkin 18.10.2018 tarihli bir kararında; "...Mahkemece, uyulan bozma kararı, tüm dosya kapsamına göre; davaya konu her üç taşınmazın üzerinde anılan ortaklar kurulu kararından önce ipotek bulunduğu, bu durumun 6102 Sayılı Kanun'un 581. hükmüne aykırı olduğu, bununla birlikte taşınmazların toplam değerlerinin ipotek borcunun altında olduğu, taşınmazların şirkete aynı sermaye olarak konulmasına dair...ortaklar kurulu kararının yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle" açılan ortaklar kurulu kararının iptali talepli davada, yerel mahkemenin davayı kabul eden kararı onanmıştır³². Karar gerekçesinde, TTK. 581 yanında, "taşınmazların toplam değerinin ipotek borcunun altında olduğu"nun da belirtilmesi, hükmü eleştirenleri, kısmen de olsa destekler gözükmektedir.

5. Gerçekten somut olayın özellikleri göz önüne alındığında, TTK. 342/1 ve 581/1 hükümlerinin lafzına sıkıca bağlı kalınarak uygulanmasının isabetli olmayacağı söylenebilir. Olayın özellik gösteren iki boyutu öne çıkmaktadır:

Birincisi, taşınmazın değerinin ipoteğin değerinden çok daha yüksek olması; ikincisi ise, aynı sermaye konulmak istenen taşınmaz üzerindeki ipoteğin üçüncü bir kişinin değil doğrudan ortaklığın borcunu teminat altına almak üzere kurulmuş olmasıdır.

Sermaye olarak getirilmek istenen taşınmazın değerinin ipoteğin değerinden yüksek olduğu dosyaya sunulan Bilirkişi Raporu ile belirlenmiş; taşınmazın rayiç değeri 62.400.000,00-TL, ipotek bedeli 3.750.000,00-TL. olarak tespit edilmiştir. İki değer arasındaki fark 58.650.000,00-TL'dir. Yukarıda ve esasen Asliye Ticaret Mahkemesi'nin gerekçeli kararında isabetle belirtildiği üzere, sermaye olarak getirilmek istenen taşınmazın gerçek değerinin, onu kısıtlayan ipotek bedelinden fazla olduğu hallerde aynı sermaye olarak kabulüne olanak tanınmalıdır.

TTK. 342/1 ve 581/1 hükümlerinin lafzına bağlı kalınmaksızın, olaydaki gibi ipotek bedelinden çok daha fazla bir değere sahip olan taşınmazın, fazlalık değerinin sermaye

³¹ "Uygulamada, AO'nun bir borcu, meselâ aldığı bir banka kredisi dolayısıyla, bir pay sahibinin veya üçüncü kişinin taşınmazının ya da pay senetlerinin ya da alacağın üzerine ipotek veya rehin konulması halinde, bunların AO'ya sermaye olarak konulmasının mümkün olup olmadığı sorunu tartışma yaradır. Tartışılan sorun AO için yapılan bir fedakârlığın pay sahibi açısından bir hak yoksunluğuna sebep olup olmayacağıdır. Kanunun bu sonucu düşünmediği veya amaçlamadığı söylenebilir. Kanaatimce burada TK m. 342'ye bir istisna getirmek ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak, teminatın güvence altına aldığı borç düşülerek kalan değerle sermaye konulmasının kabulü menfaatler dengesine uygun düşebilir." Aynen aktardığımız bu ifadeler için bkz. **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul 2017, s. 241, p. 1382c.

³² Bkz. 11. HD. 18/10/2018, E. 2017/364, K. 2018/6494 (**bkz. karararama.yargitay.gov.tr**). Aynı daire, daha önce, 9.6.2016 Tarih, E. 2015/14181, K. 2016/6415 sayılı kararında ise, doğrudan TTK. 581 gerekçe gösterilerek, hükmün emredici niteliği nedeniyle ipotekli taşınmazın sermaye konulması sonucuna varılmıştır (**karar için bkz. legalbank**). 11. HD'nin anonim şirkete ilişkin, 2017/3176 E. ve 2019/661 K. sayılı kararında da TTK. 342 gerekçe gösterilerek aynı sonuca varılmıştır (**karar için bkz. https://avukatlarasor.net**).

konulabilmesi, hem kanun hükmünün ruhuna, hem ekonomik ihtiyaçlara, hem de hakkaniyete uygun olur kanaatindeyiz.

Borcun ödenmemesi nedeniyle ipotekli taşınmazın icraen satışa çıkarılması halinde taşınmazın gerçek değerinin çok altında bir fiyata satılma olasılığı da gözetilerek, bunun da bilirkişi tarafından yapılacak değerlemede hesaba katılması ve aynı sermayenin net değerinin belirlenmesi veya eTK. döneminde olduğu gibi, aynı sermaye konulması sırasındaki değer kadar bir bedelden aynı sermaye taahhüdünde bulunan ortağın sorumlu sayılması, bu sorumluluğa da kanun veya anasözleşmesel bir temel sağlanması mümkündür.

6. Konuyu bir de taşınmaz üzerindeki ipoteğin üçüncü bir kişinin değil doğrudan ortaklığın borcunu teminat altına almak üzere kurulmuş olması bakımından değerlendirmek uygun olacaktır.

TTK. 342'nin madde gerekçesinde, bu düzenlemenin getirilme amacı sermayenin korunması ilkesi ile açıklanmıştır. Zira, sınırlı aynı hakların mutlak hak niteliğinde olması dolayısıyla bu haklarla yüklü olan bir malvarlığı unsurunun sermaye olarak getirilmesi halinde, sınırlı aynı hak sahibi hakkını yeni malik olan ortaklığa karşı da ileri sürebilecektir. İşte bu nedenle kanun koyucu, üzerinde sınırlı aynı hak, haciz veya tedbir bulunan, nakden takdir ve devrolunamayan ayınların anonim ortaklığa sermaye olarak konulmasını, sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesi ile bağdaşmaz bulmaktadır³³.

Ne var ki, her durumda üzerinde sınırlı aynı hak bulunan malvarlığı unsurunun sermaye olarak getirilmesi, anılan ilkeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Dosya kapsamından sermaye olarak getirilmek istenen taşınmaz üzerindeki ipoteğin, ortaklık borcunu teminat altına almak için kurulduğu anlaşılmaktadır. Ortaklık zaten asıl borçlu konumunda olup, aynı zamanda ipoteğe konu taşınmazın mülkiyetini de kazanacak olması, ipotek alacaklısının hakkına ve sermayenin korunması ilkesine halel getirmeyecektir. Olayın bu özelliği de dikkate alındığında, ortaklık borcu için ipotek tesis edilmiş bulunan taşınmazın sermaye konulmasının, hükmün gerekçesinde vurgulanan sermayenin korunması ilkesine aykırı düşmeyeceğini düşünüyoruz.

SONUÇ: Açıklama ve gerekçeler ışığında özet sonuç olarak denilebilir ki;

1. TTK. m. 342/1 ve 581/1'de, üzerlerinde sınırlı bir aynı hak, tedbir ve haciz bulunan malvarlığı unsurlarının sermaye olarak getirilemeyeceğinin düzenlendiği, söz konusu düzenlemenin isabetinin tartışmalı olduğu, gerek Tasarı halindeyken gerek Kanun yürürlüğe girdikten sonra; üzerinde haciz, rehin, intifa, hapis hakkı gibi bazı külfetlerin bulunmasının sermaye taahhüdüne engel olmadığı ve külfetlerin yaratacağı değer azalmasının bilirkişiler tarafından yapılan değerlendirme sırasında tespit edilebileceğinden hareketle eleştirildiği görülmektedir.

2. Anılan hükümlerin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmaksızın, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, ipoteğin değerinden çok daha yüksek bir değere sahip olan taşınmazın, fazla oluşturan bu değerinin sermaye olarak getirilebilmesine izin verilmelidir. Bu sonuç ekonomik ihtiyaçlara, korunmak istenen menfaatlere ve hakkaniyete de uygundur.

3. Olayın özelliği dikkate alındığında, ortaklık borcu için ipotek tesis edilmiş bulunan taşınmazın sermaye olarak getirilmesi, kanun hükmünün getirilme gerekçesine (sermayenin korunması ilkesine) de aykırı düşmemektedir.

4. TTK. 342/1 ve 581/1 hükümlerinin ilk fırsatta değiştirilerek, lafzındaki katılığın yumuşatılmasını ve taşınmazın değerinin ipotek bedelinin çok üstünde bulunmasına yönelik bir istisnanın hükümlere eklenmesini, hukuk güvenliği ve uygulama birliği sağlanması

³³ ÇONKAR, s. 93.

açısından temenni etmekteyiz. Bu değişiklik yapılana kadar da, değerlendirme prosedürü ile anasözleşme düzeni içerisinde sorunun çözülerek, sermayenin korunması ilkesine aykırı düşmeyecek ve olaydaki gibi özellikleri gözeticek bir uygulamaya olanak verilmesinde yarar, hatta zorunluluk bulunduğu kanısındayız.

KAYNAKÇA

ARKAN, S.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferansı, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2005, s. 52 vd.

BAHTİYAR, M.: Ortaklıklar Hukuku, Dersler-Soru Örnekleri, 14. Bası, İstanbul 2020.

BAHTİYAR, M.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi, Doç. Dr. Mehmet SOMER'e Armağan, İstanbul 2006, s. 62 vd.

BİLGİLİ, F./DEMİRKAPI, E.: Şirketler Hukuku, Bursa 2013.

ÇEVİK, O. N.: Uygulamada Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara 1994.

ÇEVİK, O. N.: Anonim Şirketler, 4. Bası, Ankara 2002.

ÇONKAR, H.: Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye, İstanbul 2016.

DOMANIÇ, H.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi II (Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması), İstanbul 1988.

KARAHAN, S. (Edit.): Şirketler Hukuku, Konya 2013.

KENDİGELEN, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler-Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul 2016.

KIRCA, İ./ MANAVGAT, Ç./ ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H.: Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Ankara 2013.

KORKMAZ, Y.: İpotekli Taşınmazın Anonim Şirkete Ayni Sermaye Konulması ve Değerinin Tespiti, Legal Hukuk Dergisi, 2008, S. 61, s. 89 vd.

KUMKALE, R.: Sermaye Şirketleri, 4. Bası, Ankara 2003.

MOROĞLU, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul 2016.

OĞUZMAN, M. K./ BARLAS, N.: Medeni Hukuk, 25. Bası, İstanbul 2019.

ÖZDAMAR, M.: 6102 Sayılı TTK. Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar, TFM. 2015/1, s. 143 vd.

PASLI, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III), YTK. Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 "Kuruluşun Hükümleri", BATİDER. 2012, C. XXVIII, S. 3, s. 197 vd.

PULAŞLI, H.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020.

SEVİ, A. M.: Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara 2013.

ŞENER, O. H.: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2019.

ŞENER, O. H.: Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017.

POROY, R./TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU, E.: Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul 2017.

TEKİNALP, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları (I-II-III), Ankara 2008.

ÜÇİŞİK, G./ ÇELİK, A.: Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Ankara 2013.

Von STEIGER, F. (Çev. ÇAĞA, T.): İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968.

“YAPAY ZEKA KARŞISINDA
KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI VE REVİZYON İHTİYACI
(*DATA PROTECTION IN THE ERA OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE NEED*
FOR REVISION)

Prof. Dr. Erdem BÜYÜKSAĞIŞ* **

ÖZ

Büyük verilerin insan müdahalesi ve denetimi olmaksızın salt algoritmalar tarafından işlenmesiyle elde edilen bireysel kararlar, bunların hukuki niteliği ve muhtemel sonuçları tartışılan en güncel konulardan biridir. Algoritmaların yaygın kullanımı, kişisel verilerin usulsüz şekilde depolanmasına, işlenmesine, paylaşılmasına, bu şekilde temel hakların zedelenmesine ve özellikle ayrımcılığa yol açmaktadır. Bu olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması, Türkiye’deki mevcut veri koruma düzenlemelerinde ciddi bir revizyonu gerekli kılmaktadır. Çünkü, algoritma tarafından işlenen salt veri gibi görünmekle birlikte, aslında analize konu edilen çoğu zaman veri öznesinin temel haklarıdır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu bazı alanlarda yenilikçi çözümler sunmakla birlikte, ne temel hakların salt algoritmik bireysel kararlarla zedelenmesini engelleyici önlemlere ilişkin, ne de bu tip kararlar sonucunda ortaya çıkan zararların telafisine ilişkin bir hüküm içermektedir. Değerli hocamız Profesör Abdülkadir Arpacı için kaleme aldığım bu makalenin amacı, algoritmik bireysel kararların olumsuz sonuçların mümkün olduğunca önlenmesine ve meydana gelebilecek zararların telafisine yönelik Kanun’da yapılabilecek bir revizyona rehberlik etmek ve değişiklik gerçekleştirilene kadar mevcut kanun hükümleri ışığında çözümler önermektir.

Anahtar Kelimeler: KVKK, kişisel veri, yapay zeka, algoritmalar, otomatik bireysel kararlar, ayrımcılık, kusursuz sorumluluk

ABSTRACT

The legal and ethical implications of the use of algorithms in automated decisions made without any human involvement are among the most controversial topics. Indeed, the widespread use of algorithm-based artificial intelligence gives rise to illegal storage, processing and sharing of personal data, and consequently to the violation of fundamental rights, particularly by way of discrimination. The elimination of these negative effects requires a radical revision of the current data protection regulation in Turkey. Although at first glance it seems that algorithms simply process personal data, fundamental rights are

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 31.10.2020. İlk hakem raporu tarihi: 07.12.2020. İkinci hakem raporu tarihi:12.02.2021. Onaylanma Tarihi:28.04.2021.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Yazının tashihlerinde yardımcı olan Arş. Gör. Elif Ceren Türkoğlu’na teşekkür ederim.

** Yazarnn ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0763-6699.

Eser Atf Şekli: Erdem Büyüksağış, "Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.529-541.

actually at stake. While the Law on the Protection of Personal Data No. 6698 presents innovative solutions to several problems of data management, it fails to provide any legal provision designed to prevent the violation of fundamental rights by fully automated individual decisions. Neither does the Law answer the question of how to compensate losses arising out of such decisions. The purpose of this article, which I wrote in this *liber amicorum* for my highly esteemed colleague Professor Abdülkadir Arpacı, is to provide a guide showing how to change the Law to align it with more progressive models avoiding, to the extent possible, the negative outcomes of algorithmic decision-making, and to suggest solutions based on the existing rules to be used until the Law is modified.

Keywords: LPPD, personal data, AI, algorithms, automated individual decisions, discrimination, strict liability

I. Giriş

Özellikle akıllı hizmetler alanında ve yeni iş modellerinde, gerek kamu kurumları gerekse özel sektör, algoritmaları karar alma sistemlerinin merkezinde giderek daha yoğun bir şekilde kullanmaktadır.² Algoritmalar, temel aldıkları verileri işleyerek mümkün olan olasılıkları hesaplar ve amaçları doğrultusunda bunlardan çıktılar üretirler. Örneğin perakende, taşımacılık ve turizm sektöründe rakip firmaların sunduğu mal ve hizmetlerin fiyatlarının izlenerek buna göre fiyatlama yapılmasında ve internet alışveriş (e-ticaret) tercihlerinin toplanması ve analiz edilmesinde algoritmalar yoğun olarak kullanılmaktadır.³ Benzer şekilde, sigorta primlerinin hesaplanmasında, iş başvurusu yapan adayların özgeçmişlerinin filtrelenmesinde, kredi başvurusu yapan tüketicilerle sözleşme yapılıp yapılmaması veya mevcut bir sözleşmenin feshedilmesi noktasında çoğunlukla algoritmaların vermiş olduğu analitik kararlar belirleyici olmaktadır.⁴ Yakın gelecekte boşanmanın sonuçlarını, kira sözleşmesinin ifasından doğan uyuşmazlıkları veya iflası konu alan hukuk yargılamalarında da algoritma destekli platformların kullanılması,⁵ UYAP'ın yapay zekayla donatılmış bir karar destek sistemine dönüştürülmesi⁶ ve bu şekilde önyargılardan arındırılmış daha objektif bir karar alma sistemine geçilmesi düşünülmektedir.⁷

Çin Halk Cumhuriyeti'nin yakın zamanda uygulamaya koymayı planladığı ve algoritmik karar alma sistemlerinin uygulama alanını son derece genişleten “sosyal kredi siste-

² Bkz. Erdem Büyüksagis, Décisions algorithmiques: mieux vaut responsabiliser qu'informer, REAS/HAVE 2020, s. 225.

³ Bkz. Gamze Aşçıoğlu Öz, Corona (Covid 19) Gölgesinde Geleceğin Hukuku ve Dijital Ekonomi Çağında Rekabet Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2020, s. 40.

⁴ Algoritmik kararların hukuk dünyasındaki etkileri üzerine yeni tarihli bir çalışma için bkz. Rolf H. Weber, Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Grundrechte, SZW 2020, s. 18 vd.

⁵ Bkz. Jean-Benoît Hubin/Hervé Jacquemin/Benoît Michaux, Le juge et l'algorithme: juges augmentés ou justice diminuée ?, Brüksel 2019.

⁶ Bkz. Emre Kıyak, Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri ile Adım Adım Zeki Uyap (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2020, s. 79 vd.

⁷ Algoritmik kararların insan tarafından alınan kararlardan daha nesnel sonuçlar sunduğuna dair iddia için İsviçre doktrininde özellikle bkz. Florent Thouvenin/Alfred Früh, Automatisierte Entscheidungen: Grundfragen aus der Perspektive des Privatrechts, SZW 2020, s. 16. Ayrıca bkz. Yuval Feldman/Yotam Kaplan, Big Data and Bounded Ethicality, Cornell Journal of Law and Public Policy 2019, s. 39 vd.

mi”, aslında konuyla ilgili en çarpıcı örneği teşkil etmektedir.⁸ Sistem, vatandaşların cep telefonuna yüklenecek bir uygulamayla sosyal medya paylaşımları da dahil olmak üzere tüm davranışlarının anlık izlenmesini ve banka kredisi taleplerinin, tatil izinlerinin, hatta evlenme başvurularının elde edilen sosyal puan üzerinden algoritmik analizle sonuca bağlanmasını öngörmektedir. İnsan hakları ihlallerine son derece açık bu uygulamalar birçok hukuki tartışmayı da beraberinde getirmektedir; ancak, biz konuyu daha çok kişisel verilerin korunması bağlamında ve zaman zaman AB hukukuna atıf yaparak özellikle Türk hukuku bakımından ele alacağız.

Öncelikle, hukuk eğitimi almamış olduklarından algoritmalar verdikleri otomatik bireysel kararlarla kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal edip etmediklerini bilemezler. Deneysel çalışmalar, algoritmaların çoğu zaman ayrımcılığa yol açacak kararlar verme eğiliminde olduğunu göstermektedir.⁹ Bu nedenle, ilgili kişiler hakkında yeni bir hukuki durum yaratan veya benzer şekilde önemli bir durum meydana getiren algoritmik kararlar, insan denetiminden geçirildikten sonra uygulamaya konmalıdır. 2016/679 sayılı AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (ileride: AB Tüzüğü) böyle bir denetimi zorunlu kılmakta, salt algoritmalar tarafından verilmiş kararların doğrudan uygulanmasını ilgili kişinin açık rızası bulunmadıkça yasaklamakta ve böylece algoritmik otoriteryanizmin AB sınırlarından içeri sızmasını engellemeyi amaçlamaktadır.¹⁰

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (ileride: KVKK) ise AB Tüzüğü’nü model olarak almamış ve bu konuda spesifik bir düzenlemede bulunmamıştır. Bu nedenle, salt otomatik bireysel kararlar Türk hukukunda insan denetimine/müdahalesine ihtiyaç duymaksızın uygulanabilmektedir. KVKK’nun amacıyla uyumlu olacak şekilde bu konuda revize edilmesi gerekliliği, salt algoritmik bireysel kararların olumsuz sonuçlarından kimlerin sorumlu olacağı, sorumluluğun hukuki temeli, kapsamı gibi konular bugüne kadar doktrinde irdelenmemiştir.

II. Yapay zeka kullanımının kişisel verilerin korunması bakımından sonuçları

Kişisel verilerin korunması hakkı, 2010 yılında Anayasa’nın 20. maddesine eklenen üçüncü fıkra ile bir temel hak olarak kabul edilmiştir.¹¹ Buna göre, “herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”. Esasen korunan salt veri değil, ilgili kişinin temel haklarıdır.

⁸ Daha detaylı açıklamalar için bkz. Karen Li Xan Wong/Amy Shields Dobson, We’re Just Data: Exploring China’s Social Credit System in Relation to Digital Platform Ratings Cultures in Westernised Democracies, *Global Media and China* 2019, s. 220 vd; Daithi Mac Sithigh/Mathias Siems, The Chinese Social Credit System: A Model For Other Countries?, *EUI Working Paper LAW* 2019/01, https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/60424/LAW_2019_01.pdf?sequence=1

⁹ Bu konudaki deneysel bir çalışma için bkz. Brent D. Mittelstadt/Patrick Allo/Mariarosaria Taddeo/Sandra Wachter/Luciano Floridi, *The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate, Big Data & Society* 2016, s. 7 vd., <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2053951716679679>.

¹⁰ Bkz. Diana Sancho, *Automated Decision-Making under Article 22 GDPR: Towards a More Substantial Regime for Solely Automated Decision-Making*, in: Martin Ebers/Susana Navas (edit.), *Algorithms and Law*, Cambridge 2020, s. 136 vd.

¹¹ 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği.

Kişisel veri, KVKK'nun 3. maddesinin (ç) bendinde, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır. Bahsedilen ilk durumdaki veriler, bir kimsenin kartvizitindeki, kimlik kartındaki veya pasaportundaki veriler gibi söz konusu kişiyi açık ve net bir şekilde tanımlarken, ikinci durumdaki veriler kamera kaydına alınmış bir kişinin kimliğinin tespitindeki gibi tamamlayıcı başkaca bilgilere de ihtiyaç duyar. Buna karşın, bir kişiyle ilişkilendirilemeyen (anonim) ya da ilişkilendirilemeyecek şekilde değiştirilmiş (anonimleştirilmiş) veriler kişisel veri olarak kabul edilmez ve KVKK kapsamında değerlendirilmez.¹²

KVKK'nun 6. maddesinin 2. fıkrası kişisel verileri özel nitelikli kişisel veriler ve diğer genel nitelikli kişisel veriler olarak ayırmış ve özel nitelikli kişisel veriler ile ilgili spesifik bir düzelleme getirmiştir. Buna göre, ister belirli ister belirlenebilir olsun, KVKK'nun 6. maddesinin 1. fıkrasında özel nitelikli olarak tanımlı sınırlı sayıdaki kişisel verinin ilgili kişinin rızası olmaksızın işlenemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu tip veriler, kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili durumları ile biyometrik ve genetik bilgilerini içeren verilerdir.

KVKK, insan katılımı olmaksızın salt algoritmalar vasıtasıyla alınan otomatik bireysel kararlar ve bir insan müdahalesi içeren kararlar arasında ise bir ayırım yapmamıştır. Başka bir deyişle, genel kişisel verilerin işlenmesiyle alınacak kararların salt algoritmalar vasıtasıyla otomatik bir şekilde uygulanması ve insan denetiminden geçmemiş olması, KVKK'da özel bir durum olarak görülmemiş ve buna spesifik bir hukuki sonuç atfedilmemiştir. Dolayısıyla, kişilerin ekonomik durumu, alışveriş alışkanlıkları, medeni hali, ika-metgâhı, iletişim bilgileri gibi genel nitelikli verilerinin otomatik olarak işlenmesi yasaklanmamıştır. Salt algoritmik kararlar yardımıyla genel nitelikli kişisel veri işleme, kişisel verilere mantıksal veya aritmetik işlemlerin uygulanması, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, geri elde edilmesi veya aktarılması gibi işlemlerin salt otomatik yöntemlerle gerçekleştirilmesi Türk hukukunda serbesttir.

Bu durum, dünyadaki ve özellikle Avrupa'daki gelişmelerle,¹³ ama daha önemlisi Anayasa'nın 17. maddesi ile güvence altına alınan kişi dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile Anayasa'nın 20 ve 22. maddelerinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ve korunmasıyla paralellik arz etmemektedir. KVKK'daki düzenlemenin ardında geçerli sebepler bulunduğunu ya da bunun bilinçli olarak farklı bir hukuk algısına dayandırıldığını söylemek mümkün değildir. Esasen, amacı "kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek" olan KVKK,¹⁴ genel nitelikli kişisel verileri bilgisayar, telefon, saat vb. işlemci sahibi cihazlar tarafından yerine getirilen, yazılım veya donanım özellikleri aracılığıyla önceden hazırlanan algoritmalarla insan müdahalesi olmadan işleme faaliyetinden doğabilecek hak kayıplarına ilişkin spesifik bir koruma mekanizması sunmamaktadır.

¹² Kişisel veri kavramıyla ilgili bir çalışma için bkz. Sinan Sami Akkurt, Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 2020/2. s. 20 vd.

¹³ Bu konuda AB hukukundaki gelişmeler için özellikle bkz. Isak Mendoza/Lee A. Bygrave, The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, in: Tatiani Synodinou/Philippe Jougleux/Christiana Markou/Thalia Prastitou (edit.), *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*, Cham 2017, s. 77 vd.

¹⁴ Bkz. KVKK'nun 1. maddesi.

Bunda kanun koyucunun salt otomatik kararların aslında ayrımcılığa yol açtığını göz ardı etmiş olması önemli bir etkidir. KVKK'nun yürürlük tarihinden hemen bir hafta önce kabul edilen AB Tüzüğü'ne ilişkin hazırlık çalışmalarının bir kısmı dahi kanun koyucu tarafından dikkate alınmış olsaydı, salt algoritmik karar kavramı Türk hukukuna bu kadar yabancı olmaz ve uğranılan hak kayıplarının da önüne geçilmiş olurdu.¹⁵ Doğrusu, KVKK'nun ne yürürlükte bulunan AB hukukuyla uyumlu olduğu ne de genel kişisel verilerin algoritmik kararlarla işlenmesine, paylaşılmasına karşı etkin çözümler sunduğu söylenebilir.

III. AB hukukundaki yeni düzenlemeler

Salt algoritmik kararların hukuki niteliği ve hukuk dünyasında meydana getirdiği sonuçlar Türk hukukunca tanımlanmamışken, AB Tüzüğü bu tip kararları özel bir rejime tabi tutmuş ve özel nitelikli kişisel verilere ilişkin de olsa genel nitelikli kişisel verilere ilişkin de olsa, ilgili kişi hakkında önemli bir durum yaratan salt otomatik kararları kural olarak toptan yasaklama yoluna gitmiştir. AB Tüzüğü'nün 22. maddesinin 1. fıkrası uyarınca veri özneleri, profil çıkarma da dahil olmak üzere,¹⁶ salt otomatik yollarla kişisel verilerinin işlenmesine dayanan ve kendileri hakkında hukuki sonuçlar doğuran ya da kendilerini önemli derecede etkileyen kararlara konu olmama hakkına sahiptir.¹⁷ Bir kararın ilgili kişi üzerinde hukuki sonuçlar doğurup doğurmadığı ya da onu ciddi derecede etkileyip etkilemediği her somut olayın özelliğine göre ayrı değerlendirilir.¹⁸

Salt algoritmik karar yasağının istisnaları, AB Tüzüğü'nün 22. maddesinin 2. fıkrasında sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre, otomatik bireysel kararların,

- veri öznesi ile veri sorumlusu arasında bir sözleşmenin kurulması ya da ifası için gerekli olması;

- AB ya da veri sorumlusunun tabi olduğu Üye Devlet hukukunun izin vermesi ve veri öznesinin hak ve özgürlükleri ile meşru menfaatlerini güvence altına almaya yönelik uygun önlemler öngörmesi ya da

- veri öznesinin AB Tüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca veri sorumlusundan aldığı bilgi üzerine kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermesi

hallerinde, veri öznesinin kişisel verilerinin işlenmesine dayanan ve kendisi hakkındaki hukuki sonuçlar doğuran ya da ciddi derecede etkileyen kararlara konu olmama hakkı istisnaen sınırlandırılmış bulunur.¹⁹

¹⁵ İçerik olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki AB Yönergesi (95/46/EC) ile büyük benzerlik taşıyan KVKK, 24 Mart 2016'da kabul edilmiş ve 7 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hem AB Yönergesi'nden hem de dolayısıyla mevcut KVKK'dan çok daha detaylı ve koruyucu hükümler içeren AB Tüzüğü ise 14 Nisan 2016'da kabul edilmiş ve 24 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girerek AB Yönergesi'nin yerini almıştır.

¹⁶ AB Tüzüğü'nün 4. maddesinin 4. fıkrasındaki tanıma göre profil çıkarma, kişisel verilerin, gerçek kişilerin çeşitli kişisel özelliklerini değerlendirme, özellikle iş performansını, ekonomik durumunu, sağlık durumunu, kişisel tercihlerini, ilgi alanlarını, güvenilirliğini, davranışlarını, konumunu ve hareketlerini belirleme ya da tahmin etmede kullanılacak şekilde otomatik yollarla işlenmesidir.

¹⁷ AB Tüzüğü'nde profil çıkarma örnek olarak verilmiş olup, otomatik bireysel işlemler profil çıkarmadan ibaret değildir. Bkz. Frederike Kaltheuner/Elettra Bietti, Data is Power: Towards Additional Guidance on Profiling and Automated Decision-Making in the GDPR, Journal of Information Rights, Policy & Practice 2018, s. 2 vd.

¹⁸ Bkz. Paul Voigt/Axel von dem Bussche, The EU General Data Protection Regulation (GDPR), Cham 2017, s. 182.

¹⁹ Bkz. Gianclaudio Malgieri, Automated Decision-making in the EU Member States: The Right To Explanation and Other "Suitable Safeguards" in the National Legislations, Computer Law & Security Review 2019, s. 1 vd.

AB Tüzüğü'nün 22. maddesinin 3. fıkrasına göre, otomatik bireysel kararların sözleşmenin kuruluşu veya ifası için gerekli olması ya da veri öznesinin rızasına dayanması hallerinde dahi veri sorumlusu, veri öznesinin hak ve özgürlükleri ile meşru çıkarlarını güvence altına almaya yönelik uygun önlemler almalı, veri öznesine en azından bir insanın müdahalesini isteme, görüşünü belirtme ve karara itiraz etme haklarını sağlamalıdır.

Özel nitelikli kişisel verilere dayanan otomatik bireysel kararlar yönünden ise, kural olarak, yukarıda sayılan istisna halleri dahi geçerli değildir. Bu tarz otomatik bireysel kararların alınması, yalnızca veri öznesinin rızasının varlığı ya da ciddi kamu yararı için gerekli olması hallerinde mümkündür. AB Tüzüğü'nün 22. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, veri öznesinin hak ve özgürlükleri ile meşru menfaatlerini güvence altına almak için uygun güvenlik önlemlerinin alınmış olması da gerekmektedir.

IV. Türk hukukunun (KVKK) revize edilmesi gerekliliği

AB Tüzüğü'nün salt algoritmik kararları kural olarak yasaklayıp, temel hak ve özgürlükleri zedelemeyecek çok istisnai şartlar altında hukuka uygun olarak kabul etmesinin nedeni, bu tip kararların hâlihazırda var olan ayrımcılığı daha büyük kitlelere yayması ve özellikle kırılgan gruplar aleyhine adaletsizliklere yol açmasıdır.²⁰ Şöyle ki, algoritmanın davranışı bir yandan kod tarafından diğer yandansa istatistiki veriler tarafından belirlenmektedir. Hangi verilerin toplanarak işlendiği, hangilerinin algoritmanın kullanımına kapalı olduğu ise birçok sosyal etkiye tabidir ve bu, genelde dışarıdan bir kimsenin göremeyeceği karmaşık bir modellemeye dayanmaktadır.²¹ Bu modelleme mühendislik faaliyetinde kullanıldığında, uç değerlerin etkisini ortadan kaldırarak işlem yükünü azaltmakta ve amaca yakın optimum çözümler üretmekte, ancak hukuki alanda uç değere tekabül eden kırılgan grupları marjinalleştirmekte ve ayrımcılığa yol açmaktadır.²² Deneysel çalışmalar, derin öğrenme algoritmalarının kullandığı verilerin birçoğunun ilgili kişi hakkında alınacak kararı objektif olarak destekleyecek nitel ve nicel yeterlilikte olmadığını,²³ bu nedenle, mevcut

²⁰ Bkz. Peter Rott, A Consumer Perspective on Algorithms, in: Lucila de Almeida et al. (edit.), *The Transformation of Economic Law, Essays in Honour of Hans-W. Micklitz*, Oxford 2019, s. 56.

²¹ Bkz. Frank Pasquale, *The Black Box Society, The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge 2015, s. 3-4; Nicholas Diakopoulos, *Algorithmic Accountability Reporting: On the Investigation of Black Boxes*, Tow Centre for Digital Journalism 2013, s. 3 ss; Brenda Reddix Smalls, *Credit Scoring and Trade Secrecy: An Algorithmic Quagmire or How the Lack of Transparency in Complex Financial Models Scuttled the Finance Market*, U.C. Davis Business Law Journal 2011, s. 87; Frank Pasquale, *Restoring Transparency to Automated Authority*, Journal on Telecommunications and High Technology Law 2011, s. 237.

²² Bkz. Talia B. Gillis/Jann L. Spiess, *Big Data and Discrimination*, University of Chicago Law Review 2019, s. 459 vd; Betsy Anne Williams/Catherine F. Brooks/Yotam Shmargad, *How Algorithms Discriminate Based on Data They Lack: Challenges, Solutions, and Policy Implications*, Journal of Information Policy 2018, s. 78 vd; Lilian Edwards/Michael Veale, *Slave to the Algorithm? Why a "Right to an Explanation" Is Probably Not the Remedy You Are Looking for*, Duke Law & Technology Review 2017, s. 27-8; Pauline T. Kim, *Auditing Algorithms for Discrimination*, University of Pennsylvania Law Review Online 2017, s. 189 vd; Allan G. King/Marko J. Mrkonich, *"Big Data" and the Risk of Employment Discrimination*, Oklahoma Law Review 2015-2016, s. 555 vd.

²³ Derin öğrenme algoritmaları üzerine bkz. Yann LeCun/Yoshua Bengio/Geoffrey Hinton, *Deep Learning*, Nature 2015, s. 436 vd.

veriler kullanılarak oluşturulan algoritmaların esasen önyargılar ekseninde elde edilmekte olduğunu ortaya koymaktadır.²⁴

Bu sorunu, Türk hukukunda işlenmesi serbest olan genel nitelikli kişisel veriler üzerinden çarpıcı bir örnekle açıklayalım. Kolluk kuvvetleri yoksul semtlerde daha sık denetim yapmakta ve neticede bu semtlerde daha fazla vatandaş idari, cezai ve adli işleme konu olmaktadır. Bu işlemlere ilişkin istatistiki bilgileri temel alan algoritmalar, söz konusu semtlerde denetimlerin daha da sıklaştırılarak yapılmasını talep etmekte, sonuçta belli semtlerde katlanarak artan bir suç eğrisi ile karşılaşmaktadır. Burada, algoritmalar tarafından işlenen veriler anonimleştirilmiş olduğundan, KVKK bağlamında henüz bir sorun mevcut değildir.²⁵ Ancak problem şu noktada ortaya çıkmaktadır: Özgeçmişlerinde söz konusu semtlerde ikamet ettiğini belirten kişilerin iş başvuruları genellikle reddedilmekte, durum genel bir kişisel veri olarak depolanmakta ve paylaşılmaktadır. Sonrasında, sunulan özgeçmişleri algoritmalar vasıtasıyla otomatik olarak filtre eden başka işyerleri, adayı tüm özellikleriyle değerlendirmeden olumsuz sonuçlanan önceki başvurularını, yani genel nitelikli kişisel bilgilerini dikkate alarak adayın iş için yetersiz olduğu sonucuna varmaktadırlar. Bu durum o yerde işsizliği daha da arttırmakta, işsizlik makro düzeyde suça eğilimi arttırmakta ve toplumu içinden çıkılması zor bir kısır döngü ile karşı karşıya bırakmaktadır.²⁶

İş başvurusu yapan kişilerin soyadları üzerinden onların borçluluk durumlarını, kredi skorlarını, adli, cezai, idari soruşturmalara maruz kalıp kalmadıklarını internet üzerindeki bilgiler üzerinden araştıran yapay zeka sistemlerinin kullandığı filtreleme faaliyeti de konuyla ilgili bir başka örnek teşkil etmektedir. Bu sistemler olumsuz bir durumla karşılaştıklarında, olumsuzluğa konu soyadı taşıyan tüm başvuranları (örneğin boşanma aşamasında olup halen eşinin soyadını taşıyan ama eşinin borçlarından sorumlu olmayan kadını) otomatik olarak elemektedir. Örnekler çoğaltılabilir, ama biz burada sorunu detaylı bir şekilde ortaya koyan bilimsel yazılara atıf yapmakla yetinelim.²⁷

KVKK'nun 11. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendi, işlenen kişisel verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle aleyhine olumsuz sonuçlar ortaya çıkan kişinin duruma itiraz etme hakkı olduğunu hükme bağlamaktadır. Ancak, temel hakları zedeleyen, ilgili kişi nezdinde ciddi sonuçlara yol açan kararlara sonradan itiraz hakkı tanımak, KVKK'nun 1. maddesinde belirtilen amaçla uyumlu bir çözüm değildir. Gerçekçi olmak gerekirse, hakkında salt algoritmalar vasıtasıyla bir karara varılan kişi, çoğu

²⁴ Bu konuda yeni tarihli bir çalışma için bkz. Robert H. Sloan/Richard Warner, *Beyond Bias: Artificial Intelligence and Social Justice*, Virginia Journal of Law and Technology 2020, s. 1 vd.

²⁵ KVKK'nun 3. maddesinin (a) bendinde anonim hâle getirme, "kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmeyecek hâle getirilmesi" olarak tanımlanmıştır.

²⁶ Türkiye'de işsizlik oranı ile suç oranı arasında pozitif korelasyon bulunduğunu ortaya koyan deneysel bir çalışma için bkz. Necmiye Cömertler/Muhsin Kar, *Türkiye'de Suç Oranının Sosyo-Ekonomik Belirleyicileri: Yatay Kesit Analizi*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 2007, s. 37 vd.

²⁷ Bu konuda özellikle ABD eski Başkanı Barack Obama'nın 2014 yılında hazırlattığı rapora dikkat çekmek isteriz. Bkz. *Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values*, Washington DC 2014, s. 64

vd, https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf Ayrıca doktrinde bkz. Anupam Chander, *The Racist Algorithm?*, Michigan Law Review 2017, s. 1038; Toon Calders/Indrė Žliobaitė, *Why Unbiased Computational Processes Can Lead to Discriminative Decision Procedures*, in: Bart Custers et al. (edit.), *Discrimination and Privacy in the Information Society*, Berlin 2013, s. 43 vd; Céline Castets-Renard, *Accountability of Algorithms in the GDPR and Beyond: A European Legal Framework on Automated Decision-Making*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal 2019, s. 96 vd.

zaman kararın neden ve hangi ölçütler göz önüne alınarak verildiğini dahi bilmez ve bu nedenle itiraz hakkını kullan(a)maz. Ayrıca, kararla yaratılan yeni durumun geri döndürülmesi mümkün olmayabilir – ki çoğu zaman böyledir.

Başka temel bir sorun, AB'nin konuyla ilgili eski düzenlemesini esas alan KVKK'nun algoritmik kararların olumsuz sonuçları bakımından spesifik hukuki yaptırımlar öngörmemiş olmasıdır. Mevcut hukuki düzenlemeler karşısında algoritmalara bir kişilik atfetmek mümkün değildir. Her ne kadar 27 Ocak 2017 tarihli raporunda Avrupa Parlamentosu yapay zekaya da kişilik tanınması gerekliliğini vurgulayarak öneri ve tavsiyelerde bulunmuş²⁸ ve bu öneriler belli ölçüde Türk doktrininde yankı bulmuşsa da,²⁹ yapay zekaya kişilik tanınmasının getireceği komplikasyonları da dikkate alarak AB kurumları bu düşünceden vazgeçmiştir.³⁰ Bu nedenle, salt algoritmik kararlar nedeniyle açılacak davalarda kimlerin muhatap gösterilebileceği, hangi hukuki gerekçelerin dava konusu yapılabileceği ve muhtemel taleplerin kapsamının nasıl belirlenebileceği henüz net bir şekilde ortaya konabilmiş değildir.

Çoğu durumda, algoritmanın verdiği kararın bir fırsatın kaçırılmasına neden olduğu iddia edilebilse bile, bunun uygun illiyet bağı kapsamında maddi bir zarara yol açtığını ispatlamak zordur. Kişilik hakkının ihlali nedeniyle genel hükümlere göre veri işleyen ve veri sorumlusuna karşı belki bir manevi tazminat talebi de gündeme gelebilir. Manevi tazminatın duyulan acı ve elemi *kısmen* gidermeyi amaçladığı düşüncesinden³¹ manevi tazminatın caydırıcılık unsurunun da göz önünde bulundurulması düşüncesine doğru evrilen Yargıtay içtihadı,³² bu tip taleplerin daha sık gündeme gelmesinin önünü açabilir.

V. Önerilerimiz

ABD, Avrupa ve Uzak Doğu'da uzun bir süredir gündemi meşgul eden salt algoritmik kararlar nedeniyle kimlerin hangi hukuki zeminde sorumlu olacağına dair tartışma, birkaç istisna dışında, sorunun mevcut hukuk yollarıyla efektif bir çözüme kavuşturulamayacağına dair ortak paydada buluşmaktadır. Bu nedenle Avrupa Parlamentosu, 20 Ekim 2020 tarihinde spesifik olarak yapay zekanın yol açtığı zararlardan sorumluluğu düzenleyen bir Tüzük tasarısı kabul etmiştir.³³ Kısa bir süre içinde kanunlaşması beklenen tasarının 4.

²⁸ Bkz. European Parliament Report, Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html Doktrinde bkz. Ugo Pagallo, Apples, Oranges, Robots: Four Misunderstandings in Today's Debate on the Legal Status of AI Systems, *Philosophical Transactions of The Royal Society* 2018, s. 1 vd.

²⁹ Konuyla ilgili Türk hukukundaki tartışmalar için bkz. Cavit Yantaç/Mete Özgür Falcioğlu, *Yapay Zeka, İnsan ve Hukuk*, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2020, s. 31 vd.

³⁰ Civil liability regime for artificial intelligence European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)), par. 7: "... it is not necessary to give legal personality to AI-systems; ... the opacity, connectivity and autonomy of AI-systems could make it in practice very difficult or even impossible to trace back specific harmful actions of AI-systems to specific human input or to decisions in the design ...".

³¹ Örneğin bkz. Y.17.HD., 16.7.2018 T., 2016/6107 E., 2018/7206 K.: "... manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkındaki hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemi *kısmen* de olsa giderilmesi amaçlanmalı ...".

³² Özellikle bkz. Y.21.HD., 25.11.2018 T., 2017/5886 E., 2017/9533 K.

³³ Civil liability regime for artificial intelligence European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)).

maddesinin 3. fıkrası, yüksek riskli yapay zeka uygulamaları kullananların (işletenlerin) yapay zekanın neden olduğu kayıpların, özellikle temel hakların zedelenmesinden kaynaklanan zararların kusursuz sorumluluk esasına göre tazminini öngörmektedir. Buna göre işleten, zarar verici durumun önlenmesi için kendisinden beklenebilecek tüm özeni gösterdiğini ispatlayarak veya zararın kendisinden bağımsız şekilde yapay zeka tarafından yönlendirilen otonom bir faaliyetin sonucu olarak doğduğunu iddia ederek dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır.³⁴

İsviçre’de yardımcı çalışanların sorumluluğunu düzenleyen hükümler (bkz. İBK m. 101)³⁵ ve bazı AB ülkelerinde üreticinin sorumluluğuna ilişkin hükümler vasıtasıyla aynı sonuca ulaşmanın mümkün olup olmadığı bazı yazarlarca tartışılarsun,³⁶ biz, AB dışındaki birçok ülke kanun koyucusu tarafından da örnek alınan AB düzenlemelerinden,³⁷ özellikle yeni Tüzük tasarısındaki kusursuz sorumluluk düzenlemesinden yararlanılmasının ve bunun bir zorunlu mali sorumluluk sigortasıyla tamamlanmasının gerek Türk hukuku gerekse İsviçre hukuku bakımından en uygun yol olacağını düşünüyoruz.³⁸

Hakimler, 6098 sayılı TBK ile getirilen yeni sorumluluk kurallarını uygulamada cesur davranırlarsa, tazminat hukuku bakımından mevcut kanuni düzenlemeler, özellikle TBK’nun 66. maddesinin 3. fıkrası kullanılarak da en azından KVKK revize edilene ya da AB’deki Tüzük tasarısına paralel yeni bir düzenleme yapılana kadar hakkaniyetli çözümler elde edilebilir. Zira, aynı maddede (TBK 66) düzenlenmiş bulunmasına rağmen esasında

³⁴ *Id.* Annex to the Resolution, Chapter II - High-risk AI-systems (Kısım II - Yüksek riskli yapay zeka sistemleri)

Article 4 - Strict liability for high-risk AI-systems (Madde 4 - Yüksek riskli yapay zeka sistemleri bakımından kusursuz sorumluluk)

...

3. “Operators of high-risk AI-systems shall not be able to exonerate themselves from liability by arguing that they acted with due diligence or that the harm or damage was caused by an autonomous activity, device or process driven by their AI-system. Operators shall not be held liable if the harm or damage was caused by force majeure” (Yüksek riskli yapay zeka sistemleri işletenler gerekli özeni gösterdiklerini ya da zarar veya ziyanın otonom bir faaliyetin veya yapay zeka tarafından kontrol edilen bir aracın ya da sürecin sonucu olduğunu iddia ederek sorumluluktan kurtulamazlar. İşletenler, mücbir sebebin neden olduğu zarar veya ziyandan sorumlu tutulmazlar).

³⁵ İsviçre’de bu yönde bkz. Jérôme Gurtner, Les nouvelles technologies et la responsabilité des avocats. La cybersécurité et l’intelligence artificielle, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (edit.), Responsabilité civile et nouvelles technologies, Journée de la responsabilité civile 2018, Cenevre 2019, s. 82. Tartışmalar için ayrıca bkz. Rolf H. Weber/Susan Emmenegger, Berner Kommentar, Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2. bası, Bern 2020, Art. 101, N. 41. Kişilik atfedilemeyen yapay zeka sistemlerinin İBK m. 101 anlamında “yardımcı” sayılamayacağı ve bu nedenle yardımcı çalışanların sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin uygulanamayacağı üzerine bkz. Erdem Büyüksagis, Responsabilité pour les systèmes d’intelligence artificielle, REAS/HAVE 2021/1, s. 18.

³⁶ Bkz. Gerhard Wagner, Produkthaftung für autonome Systeme, Archiv für die civilistische Praxis 2017, s. 707 vd; Giovanni Comandé, Multilayered (Accountable) Liability for Artificial Intelligence, in: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer (edit.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, Baden-Baden 2019, s. 165 vd.

³⁷ Örneğin, ABD’nin Kaliforniya eyaletinde 2018 yılında kabul edilen Tüketicilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkındaki Kanun (California Consumer Privacy Act), bu konudaki AB Regülasyonu (EU 2016/679) model alınarak hazırlanmıştır. Bu konuda bkz. Erdem Büyüksagis, Towards a Transatlantic Concept of Data Privacy, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal 2019, s. 139 vd.

³⁸ İsviçre hukukunda bkz. Erdem Büyüksagis (dn. 34), s. 12 vd.

adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsız bir kurum olan organizasyon sorumluluğu,³⁹ hukuka aykırı davranışların, teknolojik gelişmelere paralel şekilde kullanımı artan özel amaçlı modern araç ve makinelerle ya da başvuruyla komplike faaliyetlerle belirlenmesinin güçleşmiş bulunması karşısında bir çözüm olarak ihdas edilmiştir.⁴⁰ Faaliyetlerinde otomatik bireysel karar alma mekanizmasına sahip algoritmik platformları kullanan işletmelerin alınan kararların olumsuz sonuçlarından organizasyon sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulması mümkün olabilmeli; işletme ile veri öznesi arasında halihazırda sözleşmesel bir ilişki mevcut olsa bile, TBK'nun 114. maddesinin 2. fıkrasının atfıyla, uygun düştüğü ölçüde sorumluluk TBK'nun 66. maddesinin 3. fıkrasına dayandırılabilir. Ayrıca, işletme ile arasında sözleşmesel ilişki var olsa dahi, veri öznesi dilediği sorumluluk türüne dayanarak zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Dolayısıyla, otomatik bireysel kararların yol açtığı zararların tazminini doğrudan haksız fiil sorumluluğuna dayanarak istemek de mümkündür.

Sonuçlar

Kişisel verilerin yapay zeka tarafından usulsüz şekilde depolanması, işlenmesi, paylaşılması, bu şekilde temel hakların zedelenmesi ve özellikle ayrımcılığa yol açması karşısında KVKK'nun sunduğu çözümler yetersizdir. Ayrıca, KVKK ne AB Tüzüğü'yle ne konuyla ilgili diğer modern düzenlemelerle uyumludur.

Sorun, KVKK'nun algoritmik bireysel kararların muhtemel olumsuz sonuçlarına ilişkin spesifik bir düzenlemede bulunmamış olması ve bu durumun haklı bir gerekçeye veya bilinçli bir tercihe dayanmamasıdır. Söz konusu eksiklik, KVKK'nun vatandaşların temel haklarını korumada yetersiz kalmasına neden olmakta ve KVKK'ü amacından uzaklaştırmaktadır. Bu boşluğun giderilmesinde, kişisel verilerin korunmasında küresel ölçekte en yoğun şekilde referans gösterilen ve AB dışındaki birçok ülke kanun koyucusu tarafından da örnek alınan AB Tüzüğü'nden yararlanılması en uygun yol olacaktır.

AB Tüzüğü'nün özellikle 15. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendi ve 22. maddesi, kişilik haklarının algoritmik bireysel kararlarla ihlaline karşı etkin bir koruma sağlamaktadır. Bu düzenlemelere paralel olacak şekilde KVKK'na eklenecek bir hükümlerle, öncelikle ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenip işlenmediğini ilgili kurum veya kuruluşun teyit etme ve işleme faaliyeti olması halinde

- profil çıkarma da dahil olmak üzere otomatik karar vermenin varlığı,
- yürütülen mantığa ilişkin anlamlı bilgiler ve
- söz konusu işleme faaliyetinin öngörülen sonuçları

hakkında bilgi alması mümkün kılınmalıdır. Buna ek olarak, ilgili kişiye kendisi ile ilgili hukuki sonuçlar doğuran veya kendisini ciddi şekilde etkileyen otomatik işleme faaliyetine dayalı bir karara tabi olmama hakkı verilmelidir. Bu tür bir işleme için ilgili kişinin açık rızasının bulunması şart koşulmalıdır. İlgili kişinin açık rızasının mevcut olmadığı hallerde, onunla ilgili alınan algoritmik bireysel kararlar hükümsüz sayılmalıdır.

³⁹ Bkz. TBK'nun 66. maddesine kaynak teşkil eden ve Profesör Pierre Widmer ve Profesör Pierre Wessner'in İsviçre'deki eski Ön-Tasarı için kaleme aldıkları açıklamalar: Pierre Widmer/Pierre Wessner, Révision et unification du droit de la responsabilité civile: Avant-projet de loi fédérale, Bern 2000, Art. 49a AP, s. 130 vd.

⁴⁰ Bkz. Erdem Büyüksağış, "La responsabilité de l'entreprise" régie par l'art. 65 al. 3 du projet du Code des obligations turc: une disposition différente de celles prévues par les principes du droit européen de la responsabilité civile?, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) 2007, s. 915 vd.

İzinsiz algoritmik bireysel kararların ilgili kişinin kişisel haklarını ihlal ettiği varsayılarak, AB Tüzüğü'nün özellikle 78. ve 82. maddelerine paralel olacak şekilde, ilgili kişiye

- veri sorumluları ve veri işleyenleri Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na şikâyet hakkı verilmeli ve
- veri sorumluları ve veri işleyenler hakkında kusursuz sorumluluk esasına dayanan bir maddi ve manevi tazminat davası açma hakkı tanınmalıdır.

KVKK'nun önerdiğimiz şekilde revize edilmesi, yalnızca ihlalin sonuçlarını telafi etmeye yönelik bir adım olmayacak, aynı zamanda veri sorumlularının ve veri işleyenlerin algoritmik sistemler kullanarak aldıkları kararları insan denetiminden geçirmeye sevk edecektir. Böylece, salt algoritmik kararların ayırıcı sonuçları bertaraf edilene kadar, ilgili kişi hakkında yeni bir hukuki durum yaratacak ölçüde önemli kararların en azından makine ve insan tarafından birlikte alınması, yani hibrit bir model yaratılması özendirilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

Allan G. King/Marko J. Mrkonich, "Big Data" and the Risk of Employment Discrimination, *Oklahoma Law Review* 2015-2016, s. 555-584.

Anupam Chander, *The Racist Algorithm?*, *Michigan Law Review* 2017, s. 1023-1045.

Betsy Anne Williams/Catherine F. Brooks/Yotam Shmargad, *How Algorithms Discriminate Based on Data They Lack: Challenges, Solutions, and Policy Implications*, *Journal of Information Policy* 2018, s. 78-115.

Brenda Reddix Smalls, *Credit Scoring and Trade Secrecy: An Algorithmic Quagmire or How the Lack of Transparency in Complex Financial Models Scuttled the Finance Market*, *U.C. Davis Business Law Journal* 2011, s. 87-124.

Brent D. Mittelstadt/Patrick Allo/Mariarosaria Taddeo/Sandra Wachter/Luciano Floridi, *The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate*, *Big Data & Society* 2016, s. 1-68.

Cavit Yantaç/Mete Özgür Falcıoğlu, *Yapay Zeka, İnsan ve Hukuk*, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2020, s. 31-56.

Céline Castets-Renard, *Accountability of Algorithms in the GDPR and Beyond: A European Legal Framework on Automated Decision-Making*, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 2019, s. 91-137.

Daithí Mac Síthigh/Mathias Siems, *The Chinese Social Credit System: A Model For Other Countries?*, *EUI Working Paper LAW* 2019/01.

Diana Sancho, *Automated Decision-Making under Article 22 GDPR: Towards a More Substantial Regime for Solely Automated Decision-Making*, in: *Martin Ebers/Susana Navas (edit.), Algorithms and Law*, Cambridge 2020, s. 136-156.

Emre Kıyak, *Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri ile Adım Adım Zeki Uyak (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2020, s. 79-121.

Erdem Büyüksagis, *Responsabilité pour les systèmes d'intelligence artificielle*, *REAS/HAVE* 2021, s. 12-24.

Erdem Büyüksagis, *Décisions algorithmiques: mieux vaut responsabiliser qu'informer*, *REAS/HAVE* 2020, s. 225-242.

Erdem Büyüksagis, *Towards a Transatlantic Concept of Data Privacy*, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 2019, s. 139-221.

Florent Thouvenin/Alfred Früh, *Automatisierte Entscheidungen: Grundfragen aus der Perspektive des Privatrechts*, SZW 2020, s. 3-17.

Frank Pasquale, *Restoring Transparency to Automated Authority*, *Journal on Telecommunications and High Technology Law* 2011, s. 235-254.

Frank Pasquale, *The Black Box Society, The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge 2015.

Frederike Kaltheuner/Elettra Bietti, *Data is Power: Towards Additional Guidance on Profiling and Automated Decision-Making in the GDPR*, *Journal of Information Rights, Policy & Practice* 2018, s. 1-17.

Gamze Aşçıoğlu Öz, *Corona (Covid 19) Gölgesinde Geleceğin Hukuku ve Dijital Ekonomi Çağında Rekabet Hukuku*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2020, s. 40-56.

Gerhard Wagner, *Produkthaftung für autonome Systeme*, *Archiv für die civilistische Praxis* 2017, s. 707-765.

Gianclaudio Malgieri, *Automated Decision-making in the EU Member States: The Right To Explanation and Other “Suitable Safeguards” in the National Legislations*, *Computer Law & Security Review* 2019, s. 1-26.

Giovanni Comandé, *Multilayered (Accountable) Liability for Artificial Intelligence*, in: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer (edit.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden 2019, s. 165-183.

Isak Mendoza/Lee A. Bygrave, *The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling*, in: Tatiani Synodinou/Philippe Jougoux/Christiana Markou/Thalia Prastitou (edit.), *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*, Cham 2017, s. 77-98.

Jean-Benoît Hubin/Hervé Jacquemin/Benoît Michaux, *Le juge et l’algorithme: juges augmentés ou justice diminuée ?*, Brüksel 2019.

Jérôme Gurtner, *Les nouvelles technologies et la responsabilité des avocats. La cybersécurité et l’intelligence artificielle*, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (edit.), *Responsabilité civile et nouvelles technologies*, Journée de la responsabilité civile 2018, Cenevre 2019, s. 45-104.

Karen Li Xan Wong/Amy Shields Dobson, *We’re Just Data: Exploring China’s Social Credit System in Relation to Digital Platform Ratings Cultures in Westernised Democracies*, *Global Media and China* 2019, s. 220-232.

Lilian Edwards/Michael Veale, *Slave to the Algorithm? Why a “Right to an Explanation” Is Probably Not the Remedy You Are Looking for*, *Duke Law & Technology Review* 2017, s. 18-84.

Necmiye Cömertler/Muhsin Kar, *Türkiye’de Suç Oranının Sosyo-Ekonomik Belirleyicileri: Yatay Kesit Analizi*, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 2007, s. 37-57.

Nicholas Diakopoulos, *Algorithmic Accountability Reporting: On the Investigation of Black Boxes*, *Tow Centre for Digital Journalism* 2013, s. 1-33.

Paul Voigt/Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Cham 2017.

Pauline T. Kim, *Auditing Algorithms for Discrimination*, *University of Pennsylvania Law Review Online* 2017, s. 189-203.

Peter Rott, *A Consumer Perspective on Algorithms*, in: Lucila de Almeida et al. (edit.), *The Transformation of Economic Law, Essays in Honour of Hans-W. Micklitz*, Oxford 2019, s. 43-64.

Robert H. Sloan/Richard Warner, *Beyond Bias: Artificial Intelligence and Social Justice*, *Virginia Journal of Law and Technology* 2020, s. 1-32.

Rolf H. Weber, *Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Grundrechte*, *SZW* 2020, s. 18-26.

Rolf H. Weber/Susan Emmenegger, *Berner Kommentar, Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2. bası, Bern* 2020.

Sinan Sami Akkurt, *Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış, Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 2020/2. s. 20-32.

Talia B. Gillis/Jann L. Spiess, *Big Data and Discrimination*, *University of Chicago Law Review* 2019, s. 459-487.

Toon Calders/Indrė Žliobaitė, *Why Unbiased Computational Processes Can Lead to Discriminative Decision Procedures*, in: Bart Custers et al. (edit.), *Discrimination and Privacy in the Information Society*, Berlin 2013, s. 43-57.

Ugo Pagallo, *Apples, Oranges, Robots: Four Misunderstandings in Today's Debate on the Legal Status of AI Systems*, *Philosophical Transactions of The Royal Society* 2018, s. 1-39.

Yann LeCun/Yoshua Bengio/Geoffrey Hinton, *Deep Learning*, *Nature* 2015, s. 436-444.

Yuval Feldman/Yotam Kaplan, *Big Data and Bounded Ethicality*, *Cornell Journal of Law and Public Policy* 2019, s. 39-93.

ERGİNLERİN EVLAT EDİNİLMESİNDE ÖNCEKİ EVLATLIĞIN RIZASI
(*CONSENT OF THE PREVIOUSLY ADOPTED DESCENDANTS OF THE ADOPTING
PERSON TO THE ADOPTION OF AN ADULT*)

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN* **

ÖZ

TMK 313 I'e göre, ergin bir kişinin evlat edinilebilmesi, ancak evlat edinenin altsoyunun açık muvafakatiyle mümkündür. Açık muvafakati aranan altsoyun kapsamına, evlat edinecek olan kişinin daha önce edinmiş olduğu evlatlığı da dahildir. Önceki Medeni Kanun döneminde öğretide yapılan, kan bağına dayanan - kan bağına dayanmayan altsoy ayırımının etkisindeki aksi yöndeki değerlendirmeler isabetli değildir. İsbetli olmayan bu değerlendirme yüzünden rızası alınmamış olan mevcut evlatlık, rızanın bulunmayışına ilişkin olan TMK 317 hükmüne dayanarak, evlat edinme kararının kaldırılmasını isteyebilir.

Anahtar Kelimeler: Evlat edinme, soybağının evlat edinmeyle kurulması, erginlerin evlat edinilmesi, erginlerin evlat edinilmesine evlat edinenin altsoyunun rızası, evlatlık ilişkisinin kaldırılması.

ABSTRACT

According to TCC (Turkish Civil Code) art. 313 I, which regards the adoption of adults, adoption of an adult is exclusively possible with the express consent of the adopter's descendants. Previously adopted descendants of the adopter are as well included in the scope of the descendants whose explicit consent is sought. Under the former Civil Code, a distinction was made by the doctrine between lineal descendants linked by blood and linked by adoption. This distinction is not accurate. The adoptee, whose consent was not obtained due to this inaccurate evaluation in the doctrine, may request the removal of the adoption decision based on the provision of TCC art. 317 regarding the lack of consent.

Keywords: *Adoption, formation of parent-child relationship by adoption, adoption of adults, consent of the adopter's descendants to adoption of an adult, removal of adoption.*

⁴ Eserin dergimize geliş tarihi: 14.06.2021. İlk hakem raporu: 21.06.2021. İkinci hakem raporu: 21.06.2021. Onaylanma tarihi: 21.06.2021.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0439-9234.

Esere Atıf Şekli: Baki İlkay Engin, "Erginlerin Evlat Edinilmesinde Önceki Evlatlığın Rızası", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.543-554.

I. Erginlerin Evlat Edinilmesinde Evlat Edinenin Altsoyunun Rızası

Evvelden beri çeşitli hukuk sistemlerinde evlat edinmenin tanınıp kabul edildiği bilinmektedir. Evlat edinmeyi tanıyıp kabul eden hukuk sistemlerinin, evlat edinmenin şartlarına ve doğurduğu sonuçlara ilişkin farklı dönemlerdeki düzenlemeleri, esasen ilgili dönemin evlat edinmeye ilişkin bakış açısını yansıtır. Evlat edinmenin şartlarına ve sonuçlarına ilişkin düzenlemeler evlat edinmenin amacına ilişkin olan anlayışa göre zaman içinde değişmiştir ve değişmektedir¹. Evlat edinmenin, çocuk sahibi olmayan varlıklı kişilerin, çocuk sahibi olmalarını sağlamaya ve böylece adlarını ve malvarlıklarını devam ettirmeye yönelik bir işlev gördüğü eski dönemlerde, daha ziyade ergin kişilerin evlat edinilmesi suretiyle bu işlevin gerçekleştirildiği belirtilmektedir². Görüldüğü gibi, bu dönemde evlat edinmeye yönelik bakış açısı, evlat edinmeyi esas itibarıyla evlat edinenin menfaatine hizmet eden bir kurum olarak ele almıştır. Zamanla iktisadi ve sosyal hayatta yaşanan değişiklikler neticesinde, evlat edinme, evlat edinenin yararına hizmet etmekten ziyade, evlatlığın gözetilmesine yardım eden bir kurum olarak kabul edilmiştir. Evlatlığın yararının gözetilmesi düşüncesinin ağır basmasıyla birlikte, asıl olanın erginlerin değil, bakım ve gözetim ihtiyacı içindeki küçüklerin evlat edinilmesi olduğu, erginlerin evlat edinilmesinin ancak küçüklerin evlat edinilmesinde benzer ihtiyaçların mevcudiyeti halinde kabul edilmeye başlandığı görülmektedir. TMK 313 hükmünün, yetişkinlerin evlat edinilmesini daha ağır şartlara bağlayan düzenlemesi de bu yöndeki gelişmelerin bir sonucudur. Sosyal ve iktisadi hayattaki gelişmelere bağlı olarak, hukuk düzeninde de bu gelişmelere uygun değişiklikler yapılmaktadır. TMK 313 hükmünde, erginlerin evlat edinilmesini evlat edinenin altsoyunun bulunmaması şartına bağlayan kuralın değiştirilmesi ve altsoyun bulunmaması şartı yerine altsoyun rızasının alınması şartının getirilmesi de bu değişikliklerden biridir.

Erginlerin evlat edinilmesine ilişkin olan TMK 313 I'e göre, "*Evlât edinenin altsoyunun açık muvafakatiyle ergin veya kısıtlı aşağıdaki hallerde evlât edinilebilir*". Böylece küçüklerin evlat edinilmesi bakımından aranmayan bir şart, erginlerin evlat edinilmesi bakımından aranarak, evlat edinenin altsoyu açıkça razı olmadıkça hakimın evlat edinmeye karar veremeyeceği kabul edilmiştir.

Ashında hükmün yürürlüğe girdiği ilk halinde, "*ergin veya kısıtlı*"nın evlat edinilmesinde, evlat edinecek kişinin altsoyunun mevcudiyeti evlat edinmenin önünde mutlak bir engel olarak kabul edilmişti. TMK 313 I'deki "*altsoyu bulunmaması koşuluyla*" ifadesi, daha sonra 5399 sayılı Kanun (RG 15.07.2005/25876) m.1 ile "*altsoyunun açık muvafakatiyle*" şeklinde değiştirilmiştir³.

¹ TMK 313 hükmünün, kanunun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra değiştirilerek, altsoyun bulunmaması şartı yerine altsoyun rızasının alınması şartının getirilmesi, ardından kısa bir süre sonra, böyle bir şartın aranmasının Anayasaya'ya aykırılığının gündeme getirilmiş olması, aşağıda (dn.3) değinilen Anayasa Mahkemesi kararındaki değerlendirmeler, hep bu değişim sürecine işaret etmektedir.

² Özellikle Roma Hukukuna ilişkin açıklamalar için bkz. Errol KÜFFER, Die Erwachsenenadoption: von der Mutter der Adoption zur Schwiegermutter, FamPra.ch 2004, s.30; aynı şekilde Alman Hukukundaki önceki düzenlemenin erginlerin evlat edinilmesini esas almış olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Reinhard ZIMMERMAN, Intestate Succession in Germany, Comparative Succession Law, Volume II: Intestate Succession (ed. Reid/de Waal/Zimmermann), Oxford 2015, s.205.

³ Maddenin değiştirilmesinin üzerinden çok uzun bir süre geçmiş değilken, maddenin yeni halinde evlat edinenin altsoyunun rızasının aranıyor olmasının Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmiş, mesele Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi 23.11.2016 tarihli, 46/178 sayılı kararında Anayasa'ya aykırılık iddiasını oyçokluğu ile reddetmiştir (RG.13.12.2016/29917). Kararın değerlendirilmesi için bkz. Tuba BİRİNCİ UZUN, Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesinde

5399 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un gerekçesine göre: “Ülkemizin sosyal şartları dikkate alındığında ergin veya kısıtlılardan aile himayesine ihtiyacı olanların çok sayıda bulunduğu ve sosyal desteklerden yoksun oldukları bilinmektedir. Geleneksel aile desteği içinde sağlanan imkânlar çoğu zaman şartların değişmesi ile ortadan kalkmaktadır. Muhtaç ve kısıtlı bazı ergenlerin kalıcı bir aile desteğine kavuşturulmaları bakımından Medeni Kanunun 313 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki “Altsoyu bulunmaması” koşulu kaldırılmıştır. Altsoyun herhangi bir sosyal veya ekonomik zarara uğramaması için evlat edinme sırasında açık onaylarının alınması öngörülmüştür”⁴.

İsviçre Medeni Kanunu'nun evlat edinmeye ilişkin hükümleri 2018 yılı başında yürürlüğe giren bir kanunla kapsamlı bir revizyona tâbi tutulmuştur. 1 Ocak 2018'de yürürlüğe giren bu yasayla TMK 313 hükmünün aslını teşkil eden İsviçre Medeni Kanunu'nun 266. maddesi de değiştirilmiştir. Bu maddeye ilişkin değişikliklerden ilkiyle, maddenin birinci fıkrasında yer alan “altsoyun bulunmaması” şartının tamamen kaldırılmıştır. İkinci olarak, erginlerin evlat edinilmesinde aranan beş yıllık bakım/birlikte yaşama hali bir yıla indirilmiştir⁵. Böylece erginlerin evlat edinilmesinde aranan şartlar maddenin önceki haline nazaran oldukça hafifletilmiştir.

Madde metninde ergin veya kısıtlının evlat edinilmesi şeklinde iki ayrı ihtimalden bahsedilmekteyse de⁶ kastedilen, TMK 305-312'de düzenlenen küçüklerin evlat edinilmesine nazaran ayrı şartların arandığı erginlerin evlat edinilmesidir. Evlat edinilecek erginin kısıtlı olup olmaması TMK 313'ün uygulanması açısından bir farklılık yaratacak değildir⁷. Yalnız kısıtlanmış bir kişinin evlat edinilmesinde TMK 463 b.1 uyarınca vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin alınması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır⁸.

Evlat Edinenin Altsoyunun Açık Muvafakatinin Bulunması Koşulu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, s. 557 vd.

⁴ <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0401.pdf>. Gereke metnideki “muhtaç ve kısıtlı bazı ergenler” ibaresi ergin kişileri ifade etmekte olup, bir erginin evlat edinilmesi, evlat edinenin altsoyunun açık muvafakati haricinde, madde metninde belirtilen üç ayrı ihtimalden birinin mevcudiyetine de bağlıdır. Bu şartlar gerçekleştikten sonra, evlat edinilecek olan erginin mutlaka muhtaç ve kısıtlı olması şart değildir.

⁵ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014, BBl 2015, s. 877. Erginlerin evlat edinilmesine ilişkin değişiklikler hakkında bkz. Andrea BÜCHLER / Zeno RAVEANE, Die Volljährigenadoption nach revidiertem Recht, AJP 2018, s.689 vd. Aynı kanunla evlat edinmeye ilişkin olarak yapılan değişiklikler hakkında toplu bir değerlendirme için bkz. Ruth E. REUSSER, Das neue materielle Adoptionsrecht – ein kritischer Blick, Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St.Gallen 2017, s.431 vd.

⁶ Madde kenar başlığı “Erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesi” şeklindedir. Kenar başlık ile metinde farklı bağlaçların kullanılması, aşağıda belirtildiği üzere maddeyle kastedilen erginlerin evlat edinilmesi olduğu için, bir farklılık yaratacak değildir.

⁷ Karş. Murat AYDOĞDU, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlât Edinme, 2.Baskı, Ankara 2009, s.98: “Ancak kısıtlı olmayan ergin için farklı (TMK.m.313/I, b.2-3), kısıtlı için farklı hükümlerin (TMK.m.313/I, b.1) uygulanması söz konusu olur”. Yukarıda ifade edildiği gibi, bent 1 hükmünün uygulanması evlat edinilecek olan erginin kısıtlanmış olmasına bağlı değildir. Bu itibarla, evlat edinilecek erginin kısıtlı olması ile kısıtlı olmaması arasında TMK 313 hükmünün uygulanması bakımından bir farklılık yoktur. Dolayısıyla TMK 313 hükmünde, erginlerin evlat edinilmesinden bahsedilmesi, madde kenar başlığının da B. Erginlerin evlât edinilmesi şeklinde kaleme alınması (“A. Küçüklerin evlât edinilmesi” başlıklı TMK 305'in devamı olarak) isabetli olurdu.

⁸ Bu konu TMK 463 b.1'de açıkça düzenlenmiş olup, TMK 313 III'ün göndermesiyle TMK 308 III hükmü kıyasen uygulanacak değildir.

II. Önceki Evlatlığın Rızası

1. Önceki Medeni Kanun'da, sahih nesepli altsoyu bulunan bir kişinin evlat edinebileceğini kabul edilmişti: “*Evlât edinme hakkı ... nesebi sahih fûruu bulunmayanlara münhasırdır*” (MK 253 c.1). Bu mutlak evlat edinme yasağına ve yasağın açık ifadesine rağmen öğretide cevabı tartışılan soru şuydu: Evvelce bir kişiyi evlat edinmiş olmak daha sonra bir başkasını evlat edinmeye engel midir?

2. Önceki Medeni Kanun döneminde öğretide genellikle kabul edilen görüş, bir kimsenin evlatlığının bulunmasının yeni bir evlat edinmesine engel olmadığı yönündeydi. Bu yönde görüş açıklayan yazarlar, kanunda mutlak bir evlat edinme engeli olarak kabul edilmiş olan, evlat edinecek olan kişinin altsoyunun bulunmaması şartının kapsamına daha önce edinmiş olduğu evlatlığı dahil etmemekteydiler⁹. Bu görüşün gerekçesi olarak, anılan yasağın kan bağına dayanan sahih nesepli altsoyu kastettiği, yapay bir hısımlık bağı kuran evlat edinmenin kan bağına dayanmadığı dolayısıyla da halihazırda evlat edinmiş olan birinin yeni bir evlat edinmesinin mümkün olduğu belirtiliyordu.

Kanaatimce bu görüşü önceki kanunun sistematığı ile bağdaştırmak mümkün değildir. Kanun sahih nesepli altsoyun bulunmasını evlat edinme bakımından mutlak bir engel olarak kabul etmişti ve aynı kanunun sahih nesepli çocuklar ile nesebi sahih olmayan çocuklar ayırımında, evlat edinmeye ilişkin düzenleme sahih nesep bahsi altında yer alıyordu. Bu açık düzenlemeye rağmen, öğretinin sahih nesep bakımından kan bağına dayanan ve kan bağına dayanmayan hısımlık şeklinde, kanunda yapılmış olmayan bir ayırımı başvurarak, evlatlığı evlat edinmenin altsoyundan kabul etmemesinin ve böylece evlat edinmenin tekrar evlat edinmesine izin vermesinin altında yatan en önemli sebep, kanaatimce önceki Medeni Kanun döneminde evlatlık bağının sözleşmesel bir ilişkiye dayanıyor olmasıdır. Bu özelliğinin etkisiyle, kan bağına dayanmayan, bir aile hukuku sözleşmesiyle kurulan evlat edinme, kanunun bu yoldan kurulan soybağına bağladığı farklı hükümler de nazara alınarak, kan bağına dayanan hısımlıktan ayrı tutulmuştur. Esasen gerek bu ilişkinin kuruluşunun sözleşmeye dayanıyor olması gerekse içeriğinin sözleşmeyle belirlenebilmesi ve özellikle bu ilişkiye sözleşmeyle son verilebilecek olmasının önceki kanunumuzda sınırlı etkili bir evlat edinme sisteminin kabul edilmiş olmasının altında yatan en önemli etken olduğu ifade edilmektedir¹⁰. Bu ayırım yapılırken, evlat edinmenin kanından gelen “öz” çocuklarıyla evlatlığı arasında bir fark gözetiliyor ve sadece kan bağına dayalı altsoy hısımlığının evlat edinmeye engel olduğu kabul ediliyordu. Bunun bir diğer sebebi de, o dönemde evlat edinme kurumuna çocukları olmayan kimselere ana baba olma sevincini yaşatan bir kurum gözüyle bakılıyor olmasıdır. Bu bakış açısıyla, kan bağına dayanan altsoyu bulunanlar bakımından evlat edinme “gerekli görülmemiş”, bu sevinci “yapay yoldan” yaşamış olanların ise tekrar evlat edinmelerine bir engel görülmemiş olabilir.

Erginlerin yanında kısıtlılar da bahseden maddenin, kısıtlı olan erginlerin de evlat edinilebileceği konusunda bir açıklık getirmekten amaçında olduğu, bu konuda bir tereddüt yaşanmasına engel olmak istediği düşünülebilir ise de bu husus zaten TMK 463 b.1'den anlaşılabilir.

⁹ Şakir BERKİ, Türk Hukukunda Evlâdedinme ve Evlâdlığın Mirası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1952/3, s.3, 4; Aytekin ATAAY, Medeni Hukukta Evlâd Edinme, İHFD 1957, sayı 1-4, s.326-327; SAYMEN/ELBİR, Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1960, s.345; OĞUZMAN/DURAL, Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1998, s.248. Gerekçesini belirtmeksizin aynı yönde: KÖPRÜLÜ/KANETİ, Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1989, s.230.

¹⁰ AYDOĞDU, s.69.

3. Bu düşünceler günümüzde geçerliğini yitirmiştir. Önceleri çocukları olmayan kimselere çocuk sahibi olma sevincini yaşatan bir kurum gözüyle bakılan¹¹ evlat edinme bakımından sonraki yıllarda yetiştirme ve bakım amacı öne çıkmıştır. Bu bakış açısı değişikliği, kaynak İsviçre Medeni Kanunu bakımından temelli bir değişikliğe sebep olmuştur. Böylece İsviçre’de yapılan 1972 reformunda bir yandan sözleşme sisteminden karar sistemine geçilmiş ve diğer yandan da (bununla bağlantılı olarak) sınırlı etkili evlat edinme sistemi terkedilerek, evlat edinme yoluyla kurulan soybağının, doğal yoldan kurulan soybağı ile aynı sonuçları doğurduğunun, evlatlığın evlat edinenin öz çocuğu ile aynı konumda olduğunun kabul edildiği “tam evlat edinme sistemi”¹² benimsenmiştir. Bu sistemin doğal sonuçları evlatlığın eski ailesiyle mirasçılık dahil olmak üzere tüm bağlarının (öz aile fertleriyle evlenme yaşağının devam etmesi kaydıyla) kopmasıdır.

Bizde de sözleşme sisteminden vazgeçilerek, evlatlık ilişkisinin aile mahkemesinin hükmüyle oluşturulacağı kabul edilmiş, evlatlık ilişkisinin tarafların anlaşmasıyla veya haklı sebeplerle hakim kararıyla kaldırılması olanağı bertaraf edilmiş, küçüklerin evlat edinilmesi bakımından evlat edinenin altsoyunun bulunmaması şartından tamamıyla vazgeçilerek evlat edinmede yetiştirme ve bakım amacının ön planda olduğu vurgulanmış¹³, evlat edinenle evlatlık arasında mutlak bir evlenme yaşağı kabul edilmiştir. Tam evlat edinme sistemine yaklaşan bu değişikliklere rağmen, önceki düzenlemeden gelen ikili sistem korunmuş, evlatlığın hem öz ailesiyle olan soybağının kopmadığı kabul edilmiş, bu arada öz ailesiyle olan karşılıklı mirasçılık bağı korunmuş, bunu ilaveten bir de evlat edinenin evlatlığa mirasçı olmadığı (hiç de tatmin edici olmayan sebeplerle) kabul edilmiş, böylece birbiriley uyumsuz, özellikle miras hukukuna ilişkin sonuçları bakımından endişe kaynağı olabilecek bir sistem kurulmuştur¹⁴. İsviçre Medeni Kanunu hükümleri örnek alınarak yapılan düzenlemede bir yandan evlatlığın evlat edinenin ailesine dahil olması arzu edilmiş ve bu sisteme yakışan düzenlemeler yapılmışken, diğer yandan evlatlığın öz ailesiyle olan soybağının kopmadığının kabul edilmesi, böylece birbirinden tamamen ayrı olan farklı sistemlerin özelliklerinin bir arada tutulmaya çalışılması, yarattığı tutarsız sonuçlara işaret olunarak öğretilere haklı olarak eleştirilmektedir¹⁵. Eleştiri konusu olan hükümlerin, uygulamada da tereddütlere yol açtığı, farklı yönlerde olan aşağıdaki (III) kararlardan da anlaşılabilir. Bu yazıya konu olan, evlat edinenin sonradan ergin bir kişiyi evlat edinme istemesi halinde, daha önce edinmiş olduğu evlatlığının TMK 313 uyarınca açık muvafakatinin alınıp alınmayacağı konusunda yaşandığı görülen tereddüt de bunlardan biridir.

4. Yukarıda (1) önceki Medeni Kanun dönemi bakımından sorulan soruyu, bugünkü kanuna uyarlısık soruyu şu şekilde ifade etmek gerekir: Erginlerin evlat edinilmesi bakımından¹⁶, evlat edinenin mevcut evlatlığının da açık rızası alınmak zorunda mıdır? Erginle-

¹¹ Abdülkadir ARPACI, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2.Bası, İstanbul 2000, s.76: “Medeni Kanun, çocuğu olmayanların çocuk hasretini bir ölçüde de olsa giderebilmeleri amacıyla evlâd edinme kurumunu kabul edip düzenlemiştir”.

¹² Rona SEROZAN, Çocuk Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, s.224.

¹³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2020, N.1516. Erginlerin evlat edinilmesi bakımından ilk başta korunan mutlak engel, daha sonra TMK 313 hükmünde yapılan değişiklikle kaldırılmış ve ergin bir kişinin evlat edinilmesi altsoyun rızası şartına bağlanmıştır.

¹⁴ Rona SEROZAN, Yeni Medeni Kanunun Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına İlişkin) Düzenlemesi, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, Cilt II, s.509-510.

¹⁵ AYDOĞDU, s.70-71; SEROZAN, Tekinalp’e Armağan, s.506; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.1608.

¹⁶ Küçüklerin evlat edinilmesinde, önceki kanundan farklı olarak evlat edinenin altsoyunun varlığı evlat edinme engeli değildir. TMK 313’deki altsoyun rızası da sadece erginlerin evlat edinilmesi bakımından aranmıştır. Dolayısıyla evlatlığı olan bir kişinin, bir küçüğü evlat edinmesinde, mevcut evlatlığın rızasını almasına gerek yoktur.

rin evlat edinilmesi bakımından açık rızası aranan evlat edinenin altsoyunun kapsamına evvelce edinmiş olduğu evlatlığı da dahil değil midir?

Öncekinden farklı olarak sahih – gayri sahih nesep ayırımının mevcut olmadığı şimdiki Medeni Kanun’da, soybağının evlat edinme yoluyla da kurulacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir (TMK 282). Dolayısıyla mevcut evlatlığın, evlat edinenin altsoyundan birisi olarak TMK 313 uyarınca rızasının alınmasının gerektiğinde kanaatimce tereddüt edilmemelidir¹⁷. Ancak aşağıdaki kararda yerel mahkemenin, önceki Medeni Kanun döneminde ifade edilen gerekçeleri aynen kullanarak vermiş olduğu bir kararın temyiz ve karar düzeltme aşamalarından geçerek kesinleşmiş olması, uygulamada bu konunun tereddüt yarattığı izlenimini uyandırmaktadır.

III. Evlatlığın Rızasının Alınmasına Gerek Olmadığı Yönündeki Mahkeme Uygulaması ve Eleştirisi

Kadıköy 3. Aile Mahkemesi’nin 2003/213 E. sayılı dosyasında 14.08.2003 tarihinde verilen evlat edinme kararında, Ö’nün yeğeni S’yi evlat edinmesine bakım ve eğitim ilişkisinin kurulmasına ilişkin şartın gerçekleştiği, evlat edinilecek erginin rızasının da bulunduğu belirtilerek karar verilmiştir. Karara konu olan olayda, Ö’nün daha önce edinmiş olduğu bir evlatlığının olmasına ve kararının verildiği sırada TMK 313’de evlat edinenin altsoyunun bulunmaması şartının aranmasına rağmen, mahkeme kararında bu olumsuz şartın kapsamına mevcut evlatlığın girmediği sonucuna varılmıştır. Varılan bu sonucun gerekçesine ilişkin karar kısım aşağıdaki gibidir:

“Davacının aile nüfus tablosu celp edilmiş, davacının S ... ile evli olduğu, S...’ın 20.8.2000 tarihinde öldüğü L...’ı eşi ile birlikte evlat edindikleri görülmüştür. Davalının kan bağı ile alt soyu yoktur. Davacı şahidi ... yeminle beyanlarında davacının davalıyı küçüklüğünden en az 15 sene bakıp gözetliğini eğitimini yaptırdığını taraflar arasında evlatlık ilişkisinin bulunduğunu, zaten davacı ile davalı arasında amca yeğen kan bağına olduğunu, yeminle belirtmişlerdir. ... Davacı ... nüfusunda kayıtlı olup yukarıda açıklandığı üzere altsoy kanbağı mirasçısı yoktur. ... Türk Medeni Kanununun 313/2, 316 maddesine göre araştırma yapılmış ve deliller toplanmıştır. Yapılan yargılamaya toplanan delil durumuna göre davacı Ö’nün davalı S’yi evlat evlat edinmesine karar verilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır”¹⁸.

Yukarıdaki kararda adı geçen evlat edinen Ö’nün ölümünden sonra, yukarıdaki evlat edinme kararının iptali için, daha önce eşiyle birlikte evlat edindiği L (davacı) tarafından, yukarıdaki karar ile evlat edindiği S (davalı) aleyhine evlat edinme kararının iptali davası açılmıştır. Yetkisizlik kararı sonrasında Malatya 1. Asliye Mahkemesi’ne tevzi edilen davada, talebin reddine karar verilmiştir (Malatya 1.Aile Mahkemesi, 02.10.2014, E.2013/332, K.2014/735). Kararın konumuzu ilgilendiren kısımları şu şekildedir:

“Evlat edinme dava tarihi 19/06/2003, kararın kesinleştiği tarih ise 13/10/2003’tür. Evlat edinme ve karar tarihinde TMK.nun erginlerin evlat edinilmesini düzenleyen 313. maddesi ilk düzenleme hali ile geçerli olup, ev-

¹⁷ Önceki Medeni Kanun dönemindeki tartışmaları hatırlattıktan sonra, şimdiki kanun döneminde altsoyun evlat edinilmiş küçük, kısıtlı veya ergini de ifade ettiği yönünde: AYDOĞDU, s.369; Cengiz KAYA, Türk Hukukunda Evlat Edinme, İstanbul 2009, s.45 dn.118; Didem ÖZCAN, Evlat Edinmede Rıza, İÜHFİM, C.LXXXV, S.2, s.716; Tuğçe TEKBEN/Semih YÜNLÜ, Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi, Prof.Dr.Necle Giritlioğlu’na Armağan, İstanbul 2020, s.587.

¹⁸ Koyu harfle yaptığım vurgulamalar karar metinlerinin aslında mevcut değildir.

lat edinenin alt soyunun bulunmaması koşulu geçerlidir. ... TMK'nun yasal mirasçılarının tanımlandığı 3.kitap birinci kısım birinci bölüm 495.maddesinde "Miras bırakanın 1.derece mirasçıları, onun alt soyudur" ve 500.maddesinde ise "Evlatlık ve alt soyu evlat edinenin kan hısmı gibi mirasçı olurlar..." hükmüleri mevcut olup, davacı vefat edenin eşinin yeğeni ve evlatlığıdır, madde metninde bulunan "kan hısmı gibi" ibaresi evlatlığın, miras bırakanın kan yolu ile doğal alt soyu değil, kanun hükmü ile alt soyu olduğuna işaret etmekte olduğundan, dava ve karar tarihinde 5399 sayılı yasa ile değiştirilmeden önceki TMK'nun 313.maddesinde koşul olarak düzenlenen evlat edinenin kan alt soyunun bulunmadığı kabul ve takdir edilmiş, ...".

Temyiz edilen karar Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 09.09.2015 tarihli, E.2015/35, K.2015/12308 sayılı ilamı ile onanmıştır. Karar düzeltme talebi de 18. HD'nin 20.06.2016 gün, E.2015/19963, K.2016/11563 sayılı ilamıyla reddedilmiştir. Her iki kararda da yerel mahkeme kararının uygun bulunduğu dair kısa bir açıklama dışında gerekçeye yer verilmemiştir¹⁹.

Böylece yerel mahkeme kararı ve bu kararı onayan Yargıtay, TMK 313'deki evlat edinenin altsoyu kavramının kapsamına evlat edinenin mevcut evlatlığının girmediğini kabul etmiştir. Yerel mahkeme kararlarındaki gerekçeler, önceki Medeni Kanun döneminde öğretide ileri sürülen görüşler ile aynı doğrultuda olup, TMK 313'de zikredilen evlat edinenin altsoyu ibaresinin kapsamına sadece kan bağına dayanan hısmılığa (altsoya) ilişkin olduğu yönündedir.

Oysa kanunda böyle bir gerekçeye dayanak olacak bir ifade olmadığı gibi, tam tersine evlatlığın evlat edinen ile evlatlığı arasında soybağı kurduğunda tereddüt yoktur. Evlat edinme, TMK 282 III uyarınca evlat edinen ile evlatlık arasında soybağının kurulmasını sağlar. TMK 282'de, soybağının çocuk ile ana arasında doğumla (f.1), çocuk ile baba arasında, ana ile evlilik, tanıma veya babalık davası neticesinde verilen hakim kararı ile (f.2) kurulacağı ifade edildikten sonra, soybağının ayrıca evlat edinme yoluyla kurulacağını (f.3) belirtmiştir.

Önceki kanundaki düzenleme bakımından dahi isabetli bulmadığımı yukarıda (II 2) belirttiğim bu sonuç, önceki kanundan farklı olarak şimdiki kanunun evlat edinmeyi bir yandan açıkça soybağı kuran bir yol olarak düzenlemesi, diğer yandan (yukarıda belirtilen tüm tutarsızlıklara rağmen) doğal yoldan kurulan soybağına daha çok yaklaştırmış olması (sözleşmesel bir ilişki olmayıp hakim kararıyla kurulması, tarafların anlaşmasıyla veya haklı sebeplerle hakim kararıyla kaldırılmaması, evlat edinen ile evlatlık arasında mutlak evlenme engelini kabul edilmesi) karşısında şimdiki kanun bakımından hiç savunulamaz.

Nitekim Yargıtay evlat edinmenin usul hukuku bakımından yaratabileceği bir sonuçla ilişkin olarak verdiği kararında evlatlığın evlat edinenin altsoyundan olduğunu tespit etmiştir. Karar senetle ispat kuralının istisnalarından biri olan HMK 203/1-a hükmüne ilişkindir. Bu hükme göre, altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler tanıkla ispat edilebilir. Yargıtay yeni tarihli bu kararında, evlatlık ile evlat edinen arasındaki altsoy üstsoy ilişkisinin mevcudiyetini tespit ederek, bu ikisi arasındaki işlemin tanıkla ispatına imkan tanımıştır:

"... tanık dinlenilemeyeceği gerekçesi ile ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiş ise de; taraflar arasında evlat edinen ve evlatlık ilişkisi mevcut olup, evlatlık da evlat edinene kan hısmı gibi mirasçı olacağından (M.K 500.

¹⁹ 18. HD'nin bu iki kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>

*madde) dava konusu alacağıın miktarına bakılmaksızın tanık delili ile ispat imkanı mevcuttur. ...*²⁰.

Diğer yandan değişiklik gerekçesinde (yukarıda I), evlat edinenin altsoyun herhangi bir sosyal veya ekonomik zarara uğramaması için evlat edinmeye rıza göstermesi şartının arandığı belirtilmiştir. Gerekçede ifade edilen bu düşünce, evlat edinenin mevcut evlatlığı için de geçerlidir.

Gerekçede ifade edilen bu düşünce esasen küçüklerin evlat edinilmesinde de gözetilmiş ve evlat edinmenin evlat edinenin “diğer çocuklarının” yararlarını hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelememesi şartı aranmıştır (TMK 305 II). Dolayısıyla erginlerin evlat edinilmesinde de altsoyun rızasının aranması yerine, TMK 305 II’dekine benzer bir düzenlemeye yer verilmesi daha isabetli olurdu²¹. Erginlerin evlat edinilmesine izin verdikten sonra, altsoyun rızasının aranıp aranmayacağı konusunda küçüklerin evlat edinilmesi ile erginlerin evlat edinilmesi arasında bir ayırım yapılmasını haklı gösterecek bir sebep yoktur. Her iki ihtimalde de evlat edinmenin altsoyun yararını hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelemeyecek olmasını aramak yeterlidir.

IV. Evlatlığın Rızasının Alınmasının Gerekliği Yönündeki Uygulama

Yalnız hemen belirtiyim ki, yukarıdaki kararlara konu olan olayda varılan sonuçtan farklı olarak, aşağıda belirtilen Yargıtay kararında (üstelik aynı yıl içinde verilmiş bir kararda) kanaatimce de isabetli olan yönde sonuca varıldığı görülmektedir. Dava konusu ihtilafta, mevcut bir evlatlığı varken, evlatlığın rızası alınmadan yeni bir evlat daha edinen evlat edinenin ölümünden sonra, önceki evlatlık, sonrakine karşı evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası açmıştır. Yerel mahkemece, dava, evlat edinenin ehliyetinin bulunduğu ve davanın sabit olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Kararın temyizi üzerine 18. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda, evlat edinenin “*evlat edindiği kızı ...’ın olduğu ve onun açık muvafakatinin bulunmadığı*” belirtilmiş ve sonuçta ergin kişinin evlat edinilmesinin şartlarının oluşmaması nedeniyle, evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasının kabulüne karar verilmesi gerektiği belirtilerek aksi yöndeki yerel mahkeme kararı bozulmuştur:

*“...’ın davalıyı evlat edinme tarihinde alt soyu konumunda olan evlat edindiği kızı...’ın olduğu ve onun açık muvafakatinin bulunmadığı gibi evlat edinilen 1985 doğumlu...’un evlat edinenin eşi olan 1928 doğumlu...’un çocuğu olmayıp torunu olduğu anlaşılmaktadır. Dava, ergin kişinin evlat edinilmesi şartlarının oluşmaması nedeniyle kurulan evlatlık ilişkisinin kaldırılması istemine ilişkindir. Yukarıda gösterilen yasal düzenlemeler ve dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, ergin kişinin evlat edinilmesine ilişkin koşullar evlat edinme davası sırasında gerçekleşmediğinden evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasının kabulüne karar verilmesi gerekirken...”*²²

²⁰ 13. HD, 28.11.2019, E.2016/25661 K.2019/11724 (Lexpera). Önceki Medeni Kanun döneminde verilen eski tarihli bir Yargıtay kararında aksinin kabul edildiği belirtilmektedir: AYDOĞDU, s.619 ve orada dn. 548’de zikredilen 3.HD’nin 29.9.1951 tarihli, 12967/9675 sayılı kararı.

²¹ Bugün için, evlat edinenin altsoyunun rıza göstermemesinin somut olayın özelliklerine göre hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabileceği konusunda: BİRİNCİ UZUN, s. 566.

²² 18. HD, 12.05.2015, E.2015/15, K.2015/8047 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

V. Altsoyun Rızasının Alınmayışının Evlatlık İlişkisi Üzerindeki Etkisi

TMK 313 I'de belirtilen rıza alınmadan ergin bir kişi evlat edinilmişse evlatlık ilişkisinin kaldırılması dava edilebilecektir. İnceleme konumuz bakımından, bu dava, rızası alınması gerekirken yasal bir sebep olmaksızın rızası alınmış olmayan önceki evlatlık tarafından evlat edinen ve evlat edindiği kişiye karşı açılacaktır²³.

Kanaatimce evlat edinenin altsoyunun rızasının eksik olması yüzünden açılacak evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası “Rızanın bulunmaması” kenar başlığını taşıyan TMK 317 hükmüne dayanır: “Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hâkimden evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler”²⁴. Madde metnindeki, “küçüğün” menfaatinin ağır biçimde zedelenmemesine ilişkin ifadeyi, erginlerin evlat edinildiği hallerde rıza eksikliğine dayalı olarak açılacak davaları dikkate alarak evlatlığın (evlat edinilenin) menfaatinin ağır biçimde zedelenmemesi diye anlamak isabetli olur. Madde metni kaleme alınırken evlatlığın küçük olması ihtimalinden hareket edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Esasen o tarihte altsoyu bulunan bir kişinin ancak küçükleri evlat edinebileceği, madde metninin bu yapı üzerine kaleme alınmış olduğu düşünülebilir. Ancak o zamanki yapıda dahi “küçüğün menfaati”nden bahseden madde metni, evlat edinilen erginin eşinin rızasının bulunmaması ihtimalini kapsamamaktaydı. Hükmün bu dar kalan ifadesine rağmen, evlat edinilen kişinin rızası alınmamış olan eşinin açacağı davanın da TMK 317 hükmüne dayandığı öğretide haklı olarak ifade ediliyordu²⁵. Kanaatimce bu ihtimalde evlatlığın eşinin açacağı davanın olumlu sonuçlanabilmesi evlatlığın menfaatinin evlatlık ilişkisinin kaldırılması yüzünden ağır biçimde zedelenmeyecek olmasına bağlıdır²⁶. Aynı şekilde 2005 değişikliğinden sonra evlat edinen, altsoyunun açık rızası olmadan ergin bir kişiyi evlat edinmiş ise, rızası alınmayan altsoyun açacağı dava da TMK 317 hükmüne dayanır ve bu

²³ BSK ZGB I-BREITSCHMID, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Auflage, Basel 2014, Art. 269 N.5.

²⁴ Buradaki gibi, erginlerin evlat edinilmesinde, evlat edinenin altsoyunun rızasının alınmamış olması halinde açılacak davanın TMK 317 hükmüne dayanacağı görüşünde: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.1620. Bu ihtimalde evlat edinmenin esasına ilişkin diğer bir noksanlığın bulunduğu, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının TMK 318 I'e dayanacağı görüşünde: AYDOĞDU, s.678. Yargıtay 8. HD'nin 08.03.2018 tarihli, E.2017/6749, K.2018/8548 sayılı kararında (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) meselenin herhangi bir gerekçe belirtilmeksizin TMK 318 kapsamında değerlendirilmesi isabetli olmuştur.

²⁵ BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 269 N.7; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.1620; Başak GÖRGEÇ, Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1–2 (2010), s.358.

²⁶ Madde metnindeki ifadeye dayanılarak, yalnızca küçüklerin evlat edinilmesi halinde bu şartın aranacağı, erginlerin evlat edinilmesi halinde rızası alınmayan evlatlığın eşinin veya rızası alınmayan evlat edinenin altsoyunun açacağı dava bakımından bu şartın (evlatlığın menfaatinin ağır biçimde zedelenmeyecek olması şartının) aranmayacağı savunulabilir. Hükmün lafzına dayanan bu yoruma karşı, kanaatimce hükmün metindeki gibi yorumlanması TMK 318 II'deki usule ilişkin noksanlara ilişkin olarak açılan dava bakımından dahi bu şartın aranmış olması ve gerçekleştirilmeye çalışılan amaç (evlat edinilenin yararının gözetilmesi) düşünüldüğünde amaca uygun düşmektedir. Rızası alınmayan eşin (evlat edinilenin eşinin) açacağı davada evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına hükmedilebilmesi için, evlat edinilen ergin kişinin menfaatinin bundan etkilenmemesi şartının aranacağı, hükümde “küçüğün menfaatinin” söz ediliyorsa da bu ihtimalde evlat edinilen ergin olduğuna göre, ergin evlatlığın menfaatinin söz etmek gerektiği belirtilerek aynı yönde: AYDOĞDU, s.352; GÖRGEÇ, 369. Yukarıda belirttiğim gibi aynı sonuç, evlat edinenin rızası alınmamış olan altsoyunun açacağı dava bakımından da kabul edilmelidir. Aynı görüşte: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.1622; GÖRGEÇ, s.369.

davada evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına karar verilmesi, kararın evlatlığın menfaatini ağır bir şekilde zedelememesi şartına bağlıdır.

Böylece somut olayın özellikleri, önceki evlatlık tarafından açılan evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasının olumlu yönde karara bağlanmasını haklı göstermediği takdirde, dava hakkını sınırlayan TBK 317 hükmünden yararlanılabılır.

Diğer yandan söz konusu dava hakkı süre yönünden de sınırlanmıştır. TMK 319 hükmüne göre bu dava bir yıllık kısa bir hak düşürücü süreye tâbidir: “*Dava hakkı, evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden başlayarak bir yıl geçmekle düşer*”.

Sonuç

Yürürlükteki Medeni Kanunumuzda hakim kararıyla evlatlık ilişkisi (TMK 351 I c.2) ve böylece evlat edinen ile evlatlığı arasında soybağı (TMK 282 III) kurulmuş olur. Evlat edinen ile evlatlık arasında kurulan bu soybağının, yürürlükteki hukukumuzda doğal yoldan kurulan soybağına nazaran farklı hükümlere bağlanmış olması, evlatlık ile evlat edinen arasında soybağının kurulduğu gerçeğini değiştirmez. Dolayısıyla evlatlık, evlat edinenin altsoyunda yer aldığından, evlatlığı bulunan bir kimsenin ergin bir kişiyi ancak mevcut evlatlığının açık muvafakatiyle evlat edinebileceğinde (TMK 313 I) tereddüt edilmemelidir. Bu rıza alınmadan verilen evlat edinme kararına karşı, rızası alınmayan mevcut evlatlık, TMK 317 hükmüne dayanarak hakimden evlat edinme kararının kaldırılmasını isteyebilir.

KAYNAKÇA

- Abdülkadir ARPACI, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2.Bası, İstanbul 2000.
- Şakir BERKİ, Türk Hukukunda Evlâdedinme ve Evlâdlığın Mirası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1952/3, s.3 vd.
- Andrea BÜCHLER / Zeno RAVEANE, Die Volljährigenadoption nach revidiertem Recht, AJP 2018, s.689 vd.
- Aytekin ATAAY, Medeni Hukukta Evlâd Edinme, İHFD 1957, sayı 1-4, s.266 vd.
- Başak GÖRGEÇ, Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1–2 (2010), s.353 vd.
- BSK ZGB I-BREITSCHMID, Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Auflage, Basel 2014.
- Cengiz KAYA, Türk Hukukunda Evlat Edinme, İstanbul 2009.
- Didem ÖZCAN, Evlat Edinmede Rıza, İÜHFMD, C.LXXXV (2017), S.2, s.707 vd.
- DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2020.
- Errol KÜFFER, Die Erwachsenenadoption: von der Mutter der Adoption zur Schwiegermutter, FamPra.ch 2004.
- KÖPRÜLÜ/KANETİ, Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1989.
- Murat AYDOĞDU, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlât Edinme, 2.Baskı, Ankara 2009.
- OĞUZMAN/DURAL, Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1998.
- Reinhard ZIMMERMAN, Intestate Succession in Germany, Comparative Succession Law, Volume II: Intestate Succession (ed. Reid/de Waal/Zimmermann), Oxford 2015.
- Rona SEROZAN, Çocuk Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005.

Rona SEROZAN, Yeni Medeni Kanunun Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına İlişkin) Düzenlemesi, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, Cilt II, s.499 vd (Tekinalp'e Armağan).

Ruth E. REUSSER, Das neue materielle Adoptionsrecht – ein kritischer Blick, Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St.Gallen 2017, s.431 vd.

SAYMEN/ ELBİR, Aile Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1960.

Tuba BİRİNCİ UZUN, Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesinde Evlat Edinenin Altsoyunun Açık Muvafakatinin Bulunması Koşulu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Şeref Ertuş'a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, s.535 vd.

Tuğçe TEKBEN/Semih YÜNLÜ, “Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi”, Prof.Dr.Necla Giritlioğlu'na Armağan, İstanbul 2020, s.559 vd.

**^{4f} ALMAN, AVUSTURYA VE İSVİÇRE MEDENİ KANUNLARINDA
YAPILAN REVİZYONLAR VE BOŞANMADAN SONRA BİRLİKTE VE-
LAYETİN KURAL HALİNE GELMESİ**

(AMENDMENTS IN GERMAN, AUSTRIAN AND SWISS CIVIL CODES AND JOINT
CUSTODY'S BECOMING THE RULE AFTER DIVORCE)

Prof. Dr. Fulya ERLÜLE* **

ÖZ

Çocuğun gelişimi bakımından sadece anneye değil aynı zamanda babaya da ihtiyaç duyduğunun bilimsel olarak kanıtlanmış olması ve çocuğun yararının gözetilmesi ilkesinin bir gereği olarak çocukla ilgili tüm uluslararası metinlerde, çocuğun anne ve babası ile arasındaki mevcut ilişkinin korunması ve sürdürülmesinin önemine işaret edilmektedir.

Modern velayet hukukunda çocuğun yararının en iyi şekilde, çocuğun anne ve babası ile ilişkisini sürdürdüğü ve ana babanın tıpkı evlilik birliği süresince olduğu gibi boşanmadan sonra da çocuğun gelişim ve yetiştirilmesinden birlikte sorumlu olmaya devam etmeleri halinde korunacağı kabul edilmektedir.

Velayet hukukunun getirdiği bu yeni bakış açısı, ebeveynlerin boşanarak eş olmaktan vazgeçmiş olmalarının, onların ebeveyn sıfatıyla sahip oldukları sorumluluklardan da vazgeçebilecekleri anlamına gelmediği yönündeki anlayışın geniş bir kabul görmesine neden olmuştur. Bu anlayış doğrultusunda hemen hemen tüm batı ülkelerinde boşanma sonrasında ve evlilik dışı beraberliklerde, birlikte velayet kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda önce Avusturya'da 1 Şubat 2013 tarihinde, kısa bir süre sonra ise Almanya'da 19 Mayıs 2013'te yürürlüğe giren değişiklikler ile her iki ülkenin velayet hukukuna ilişkin hükümleri revize edilmiştir. Avrupa hukuk çevresinde yaşanan bu değişime 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren velayet hukuku revizyonu ile en son İsviçre dahil olmuştur.

Anahtar Kelimeler:Velayet, Birlikte Velayet, Boşanmadan Sonra Birlikte Velayet, Velayet Hakkının Kullanılması, Boşanmadan Sonra Velayetin Birlikte Kullanılması, İsviçre Velayet Hukuku Revizyonu, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Sonuçları, Çocuğun Yararı, Çocuğun Yararının Korunması.

ABSTRACT

As it is scientifically proven that child needs not only his mother yet also his father for his development, and as per the principle of considering the interest of the child, all

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi:01.02.2021. İlk hakem raporu tarihi:10.02.2021. İkinci hakem raporu tarihi:12.02.2021. Onaylanma Tarihi:12.02.2021.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5683-6523

Esere Atf Şekli: Fulya Ertlüle, "Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında Yapılan Revizyonlar ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Kural Haline Gelmesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.555-576.

international texts concerning children draw attention to the importance of protecting and maintaining the existing relationship between the child and his parents.

In modern custody law, it is accepted that the interest of the child is best protected if he maintains his relationship with parents and that parents continue being jointly responsible for the development and upbringing of the child just like during the marriage.

This new perspective brought by custody law brought along the understanding, that renouncing to be spouse by divorcing does not mean renouncing their responsibilities as a parent, to be generally accepted. In line with this understanding, the concept of joint custody after divorce and for non-marital cohabitation has been accepted and come into force in almost all western countries. In this regard, with the amendment entered into force on 1 February 2013 in Austria and the amendment entered into force on 19 May 2013 in Germany, articles on custody law of both countries have been amended. Switzerland has then joined the change in European jurisdictions by the amendment of its custody law entered into force on 1 July 2014.

Keywords: *Custody, Joint Custody, Joint Custody After Divorce, Exercising the Right of Joint Custody, Exercising the Right of Joint Custody After Divorce, Amendment of Swiss Custody Law, Consequences of Divorce Relating to Children, Interest of Children, Protection of Interest of Children.*

A. Genel Olarak

Toplumsal hayatta yaşanan değişim ve gelişimin etkisiyle aile kurumu da değişmiş ve geleneksel aileden modern aileye doğru evrilmiştir. Aile yapısında meydana gelen bu değişimin en önemli göstergelerden birini tüm dünyada hızla artan boşanma oranları oluşturmaktadır¹. Boşanma ile ilgili olarak yapılan araştırmalar, son otuz yıl içerisinde tüm dünyada ilk evliliklerin en az yarısının boşanma ile sona erdiğini göstermektedir².

Boşanma ile ilgili yürütülen araştırmalar sonucunda elde edilen istatistiki verilere göre, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatına (OECD) üye ülkelerde ve Avrupa Birliği ülkelerinde kaba boşanma hızı binde 2,7'ye yükselmiştir. Boşanma oranları ve hızının son yıllarda OECD ve Avrupa Birliği ülkelerinde hızla artmasına karşın, ülkemizde bu ülkelere kıyasen boşanma oranları henüz düşük sayılabilecek düzeydedir. Belirtelim ki Türkiye'de son 20 yıla kadar boşanma olgusunun önemli bir toplumsal sorun olarak görülmediği söylenebilir. Ancak günümüzde nüfusun büyük şehirlerde toplanması, günlük hayatın karmaşıklaşması, iletişim teknolojilerinin ve kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması, tüketim kültürünün artması ve bireysel değerlerin ön plana çıkmasıyla birlikte, özellikle 2000'li yıllardan itibaren boşanma oranlarında belirgin bir artışın gözlemlendiğini belirtmek gerekir³.

¹ Dünyada ve Türkiye'de hızla artan boşanma oranları ve boşanma nedenleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle, Fulya**, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara 2019, s. 53 vd.

² Boşanma Nedenleri Araştırması, T.C. Başbakanlık ASAGEM, Ankara 2009, s. 7; **Tathoğlu, Kasım/Demirel, Nuri**, "Sosyal Bir Gerçeklik Olarak Boşanma Olgusu: Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme", Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 4, S. 22, Mart 2016, s. 61.

³ Bkz. "Türkiye'de Evlilik Tercihleri (Nisan 2015)" Araştırması; Boşanma Nedenleri Araştırması (2009), s. 30.

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) aile veri tabanının 2014 yılında yayımlanmış olduğu istatistiklere göre, Türkiye’de 1997 yılında binde 0,52 olan kaba boşanma oranı, 2005 yılında binde 1,33’e, 2014 yılında ise 1,65’e yükselmiştir⁴. Türkiye İstatistik Kurumu’nun verilerine göre, ülkemizde kaba boşanma hızı 2016 yılında binde 1,59 iken, 2017 yılında binde 1,60’a, 2018 yılında binde 1,75’e, 2019 yılında ise önemli bir artış göstererek binde 1,88’e yükselmiştir⁵.

Boşanma hızında görülen artış eğiliminin gelecekte nasıl bir seyir izleyeceğini tahmin etmek amacıyla Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması (TBNA) 2014 yılı çalışması kapsamında ileri istatistik analiz modelleri kullanılarak bir tahmin modeli geliştirilmiştir. Tahmin modellemesine göre, ülkemizde kaba boşanma hızınının 2023 yılında binde 1,93’e ulaşacağı öngörülmektedir⁶. Nitekim ülkemizde boşanma sayısı son beş yıl içinde %9,8, son on yıl içinde ise %41 oranında artmıştır⁷.

Boşanma sadece eşleri etkileyen bir süreç değildir. Türkiye İstatistik Kurumunun 2016 verilerine göre, kesinleşen boşanma davalarından 109 bin 978 çocuk etkilenmiş ve kesinleşen boşanma davalarında %75 gibi yüksek bir oranla çocukların velayeti anneye bırakılmıştır⁸.

Boşanmanın çocukların psikolojisi ve gelişimi üzerindeki etkisini değerlendiren araştırmalara göre, boşanma, çocuklar ile ebeveynler arasındaki bağı zayıflamakta ve bağlanma figürlerinden ayrılığa yol açmaktadır. 1970’li yılların başında Bowlby tarafından geliştirilen bağlanma kuramına göre,⁹ çocuğun psikolojik gelişiminde anne birincil bağlanma figürüdür, baba ise ödipal dönemde bağlanma figürü olarak algılanmaktadır. 1980’li yıllardan itibaren babanın da çocuk psikolojisine yönelik araştırmalara dahil edilmesiyle birlikte, bu görüş terk edilmiş ve çocuğun gelişimi açısından sadece annenin değil babanın da birincil bağlanma figürü olabileceği bilimsel olarak ortaya konmuştur¹⁰. Esasen tek bir bağlanma figürünün boşanmanın beraberinde getirdiği ağır sorumluluklar düşünüldüğünde çocuğa ihtiyacı olan güven duygusunu vermesi mümkün değildir¹¹. Bu nedenle boşanmadan sonra sürekli dile getirilen “çocukların her iki ebeveyne de ihtiyacı vardır” sloganı¹² bu kapsamda yorumlanmalı ve çocukların her iki ebeveyniyle mevcut ilişkilerini sürdürmelerine imkân sağlanmalıdır¹³.

⁴ Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması (TBNA) 2014, s. 45; Türkiye’de boşanma oranları ve boşanmaya ilişkin araştırmalar hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 55-59.

⁵ Evlenme ve Boşanma İstatistikleri 2018, TÜİK Haber Bülteni, S. 30698, 01 Mart 2019.

2018 yılı itibarıyla, Türkiye’de boşanmaların %37,6’sı evliliğin ilk 5 yılı içinde, %20,4’ü ise evliliğin 6-10 yılı içinde gerçekleşmiştir. Bkz. Evlenme ve Boşanma İstatistikleri 2018, TÜİK Haber Bülteni, S. 30698, 01 Mart 2019.

⁶ Bkz. TBNA 2014, s. 47.

⁷ TÜİK Basın Odası Haberleri, S. 32, Mart 2016.

⁸ TÜİK Basın Odası Haberleri, S. 32, Mart 2016.

⁹ **Emery**, s. 86.

¹⁰ **Kuzucu, Yaşar**, “Değişen Babalık Rolü ve Çocuk Gelişimine Etkisi”, TPDRD, C. 4, S. 35, Y. 2011, s. 79 vd.; **Wirz, Annatina**, Gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener und nicht verheirateter Eltern: Unter Berücksichtigung des deutschen, französischen, englischen und schweizerischen Rechts, Basel-Frankfurt am Main 1995, s. 36; **Matthiessen**, s. 68; ayrıca bkz. **Erlüle**, s.102 vd.

¹¹ **Cantieni, Linus**, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, Eine empirische Untersuchung, Diss., Bern 2007, s. 57.

¹² **Wirz**, s. 36.

¹³ **Erlüle**, s. 106.

Alman hukuk öğretisine göre, birlikte velayet her iki ebeveynin çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişiminden eşit şekilde sorumlu olmasına ve tek başına velayetin aksine çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın ziyaret sürelerine bağlı kalmaksızın çocukla daha fazla zaman geçirmesine imkân vermektedir¹⁴. Ayrıca birlikte velayet, ebeveynler arasında iş bölümünün gerçekleşmesini sağlayarak, çocuğun birlikte yaşadığı ebeveynin sorumluluklarının paylaşılmasına, böylelikle her iki ebeveynin çocuğa daha fazla zaman ayırmasına ve çocukla daha kaliteli zaman geçirmesine olanak sağlamaktadır¹⁵.

B. Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Hukuklarında Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Gündeme Gelmesinin Nedenleri

Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarının velayet hukukuna ilişkin hükümlerinde gerçekleştirilen revizyonları açıklamadan önce belirtelim ki, birbirlerinden farklı tüm hukuk düzenlerinde evlilik birliği devam ettiği sürece, anne ve babanın ebeveyn sıfatıyla sorumluluklarının kanun gereği mevcut olduğu kabul edilmekte ve söz konusu sorumluluğun çocuğun yararı nedeniyle var olduğu ve ancak çocuğun üstün yararı mevcut ise sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Bu anlayışın doğal bir sonucu olarak, yabancı hukuklarda velayetin ana babaya tanınan haklardan ziyade, yükümlülük ve sorumluluklar şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmekte, velayet hakkı denildiğinde, bundan ağırlıklı olarak ebeveynlerin birlikte sorumluluğu anlaşılmaktadır¹⁶.

Temel bir hak olan anayasal ana baba hakkının gereği olarak, ana baba boşanmaları na rağmen çocukla ilişkilerini devam ettirme hakkına sahip oldukları gibi, yine ana baba olmanın bir gereği olarak velayet hakkından doğan yükümlülüklerinden de boşanmak suretiyle vazgeçemezler. Boşanma eşler arasındaki mevcut evlilik birliğini sona erdiren hukuki bir kurumdur. Boşanma

Kararının kesinleşmesiyle birlikte, taraflar birbirleriyle evli olmaktan, birbirlerinin eşi olmaktan çıkarlar ama bu onların anayasal ana baba haklarını da sona erdiren bir durum değildir. Başka bir deyişle, evlilik biter ama anayasal ana baba hakkı yani ebeveynlik devam eder. Belirtelim ki anayasal ana baba hakkı çocukla görüşme onunla iletişim halinde olmanın teminatını oluşturmakla kalmaz, aynı zamanda ana baba olmaya bağlanmış olan sorumluluk ve yükümlülüklerin de tıpkı evlilik birliği süresince olduğu gibi boşanmadan sonra da artık aile başka ve yeni bir aile yapısına dönüşmüş olsa bile yerine getirilmesini gerektirir. Modern boşanma hukuku ve bu anlamda velayet hukukunun getirdiği yeni bakış açısı çerçevesinde; ana baba hakkına bağlanmış olan bakım ve yetiştirme yükümlülüğü, evlilikte olduğu gibi boşanmadan sonra da devam etmekte ve anne ile baba boşanmak suretiyle, bu yükümlülük ve sorumluluklarından kurtulamamaktadır¹⁷.

Birlikte velayet kurumunun Kara Avrupası hukukunda gündeme gelmesi, anayasa mahkemeleri tarafından verilmiş olan kararlar sayesinde mümkün olmuştur. 18.07.1979 tarihli Velayet Hakkı Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden iki yıl sonra, 1982 yılında Alman Anayasa Mahkemesi tarafından Alman Medeni Kanunu'nun 1671/4 c. 1 hükmünü (§ 1671 IV c. 1 BGB) iptal edilmiştir¹⁸. Alman Anayasa Mahkemesi, 03.11.1982 tarihinde vermiş

¹⁴ Matthiessen, s. 64.

¹⁵ Matthiessen, s. 64; Erlüle, s. 111.

¹⁶ Erlüle, s. 158.

¹⁷ Erlüle, s. 110.

¹⁸ BVerfGE 61, 358 vd.

olduğu karar ile aile mahkemelerinin boşanmadan sonra ebeveynlerin velayeti birlikte kullanmaları yönünde kararlar verebilmelerinin önünü açmıştır¹⁹.

Alman Anayasa Mahkemesi 03.11.1982 tarihli kararının iptal gerekçelerinde öncelikle Alman Anayasası m. 6/2'ye dayanmış ve velayetin birlikte kullanılmasının reddedilmesini ağır bir temel hak ihlali olarak nitelendirmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi anılan kararında, Anayasa'nın 6. maddesinin çocuğun ebeveynleri ile aile birliği içerisinde birlikte yaşadığını ve ana babanın çocuğa birlikte bakmak ve onu yetiştirmekle yükümlü olduklarını kural olarak kabul ettiğini dolayısıyla ana ve babanın müşterek çocuklarına bakma yükümlülüklerinden haklı bir neden olmaksızın ayırık tutulmalarının ana babanın Anayasa'nın 6. maddesi ile güvence altına alınmış olan hukuki konumlarına aykırı olduğunu ifade etmiştir²⁰.

Avrupa'da çocuğun velayetine ilişkin genel yaklaşım, ana babanın velayet hakkı kapsamındaki birlikte sorumluluklarının sadece evlilik birliği devam ettiği sürece değil; evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ve evlilik dışı birlikteliklerde prensip olarak devam etmesi şeklindedir. Bu yaklaşım doğrultusunda tüm batı ülkelerinde boşanma sonrasında ve evlilik dışı beraberliklerde, birlikte velayet kabul edilerek yürürlüğe girmiştir²¹.

Avrupa hukuk çevresinde benimsenen yeni anlayışa göre, ana babası evli olmayan çocuğun velayetinin doğumdan itibaren anaya ve sadece belli koşullar altında babaya ait olduğu şeklindeki yaklaşım, bir yandan evlilik dışı birliktelik sonucunda dünyaya gelen çocuklar ile evlilik birliği içerisinde dünyaya gelen çocuklar arasında ayrımcılığa yol açarken; öte yandan çocuğunun anası ile evli olmayan baba bakımından da ayrımcılığa neden olmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen Almanya Zaunegger²² ve Avusturya Sporer²³ kararlarında, ana ile evli olmayan babanın çocuğunun velayetini ana ile birlikte kullanamamasının, AİHS m. 8 ve AİHS m. 14 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kimseye cinsiyetine, evlilik içinde doğup doğmamasına göre farklı muamele edilemeyeceği kuralını düzenleyen AİHS m. 14'ün ihlali anlamına geldiği ifade edilmiştir²⁴.

Görüldüğü üzere, yukarıda anılan AİHM kararlarının ve anayasa mahkemesi kararlarının etkisiyle, ana babanın medeni durumunu dikkate alarak, çocuğun velayetinin tespit edilmesine ilişkin anlayış terk edilmiş; evlilik içi, evlilik dışı ve boşanmış ailelerin çocukları bakımından eşitlik sağlanmış ve bu alanda yaşanan ayrımcılığa son verilmiştir. Bu doğrultuda önce Avusturya'da 1 Şubat 2013 tarihinde, kısa bir süre sonra ise Almanya'da 19 Mayıs 2013'te yürürlüğe giren değişiklikler ile her iki ülkenin velayet hukukuna ilişkin hükümleri revize edilmiştir²⁵. Avrupa hukuk çevresinde yaşanan bu değişime 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren Velayet hukuku revizyonu ile İsviçre dahil olmuştur²⁶.

¹⁹ **Matthiessen**, s. 51.

²⁰ Daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 98 vd.

²¹ **Erlüle**, s. 158 vd.

²² AİHM, T. 03.12.2009, Başvuru No: 22028/04, Zaunegger-Almanya.

²³ AİHM, T. 03.02.2011, Başvuru No: 35637/03, Sporer-Avusturya.

²⁴ AİHM, Zaunegger-Almanya ve AİHM, Sporer-Avusturya kararlarına konu olan Alman ve Avusturya Medeni Kanunlarının ilgili maddelerinde, evlilik dışı çocuğun velayetinin ana ve baba tarafından birlikte kullanılması ananın rızasına bağlanmış durumdaydı. Daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 159 vd.

²⁵ **Wolf, Stephan/Schmuki, Deborah**, "Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutschland und Österreich", Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag

C. Alman, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Düzenleniş Şekli

Velayet hakkının evlilik birliği süresince olduğu gibi boşanmadan sonra da ebeveynler tarafından birlikte kullanılmasına imkân vermek üzere, yabancı hukuklarda iki farklı yöntem benimsenmiştir.

Yöntemlerden birisinde, kanun koyucu birlikte velayetin boşanmadan sonra kanun gereği kendiliğinden devam etmesini kabul etmiş ve tercihini birlikte velayetin kural; tek başına velayetin ise sadece belli bazı koşulların bulunması halinde istisna olmasından yana kullanmıştır. Diğer yöntem olan birlikte velayetin boşanmadan sonra ebeveynlerin ortak talepleri üzerine devam etmesi yönteminde ise mahkeme tarafından birlikte velayete sadece belli koşulların ve bu anlamda ana babanın ortak taleplerinin bulunması halinde imkân tanınmıştır. Bu ihtimalde, boşanmadan sonra çocuğun velayeti ebeveynlerden sadece birisine bırakılmakta, ebeveynlerin velayet hakkını birlikte kullanmalarına ise istisna olarak imkân tanınmaktadır.

Çocuğun gelişimi açısından sadece anneye değil aynı zamanda babaya da ihtiyaç duyduğunun bilimsel olarak kanıtlanmış olması nedeniyle, hemen hemen bütün yabancı hukuk düzenlerinde, çocuğun anne ve babası ile arasındaki mevcut ilişkisinin sürdürülmesi ve çocuğun yararının korunması çerçevesinde, evlilik süresince olduğu gibi; boşanmadan sonra da velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına yönelik yasal düzenlemeler bu iki yöntem doğrultusunda yapılmıştır.

1. Birlikte Velayetin Boşanmadan Sonra Ebeveynlerin Ortak Talepleri Üzerine Devam Etmesi

Boşanmada birlikte velayeti kabul eden ülkelerden bazıları evlilik birliği süresince eşler tarafından birlikte kullanılmakta olan velayetin, boşanmadan sonra da ebeveynler tarafından birlikte kullanılabilmesini, ebeveynlerin bu konuda anlaşıklarını gösteren ortak taleplerinin bir dilekçe ile mahkemeye sunulması koşuluna bağlamıştır²⁷.

Birlikte velayetin boşanmadan sonra ebeveynlerin ortak talepleri üzerine devam etmesine ilişkin bu yöntemde, ebeveynlerin çocuğun velayetini birlikte kullanmaları yönündeki olumlu görüşlerini aktif bir davranışla göstermeleri ve ebeveynlerin karşılıklı olarak iletişim ve iş birliği içinde davranmaya uygun ve hazır olduklarını peşinen ortaya koymaları amaçlanmıştır²⁸.

Bu ihtimalde boşanmadan sonra birlikte velayet, ebeveynlerin ortak taleplerine bağlanmış olduğu için birlikte velayetin, ebeveynlerden birisinin ya da her ikisinin rızası hilafına mahkeme kararı ile düzenlenmesi mümkün değildir. Mahkeme kendisine sunulan birlikte velayet talebini, öncelikle çocuğun yararının korunması kapsamında değerlendirir. Eğer birlikte velayet için bulunması gereken koşullar ve özellikle de çocuğun yararına uygunluk söz konusu değilse, Mahkeme birlikte velayet talebini reddeder ve çocuğun velayetini ebeveynlerden birisine bırakır²⁹.

2014 (Hrsg.: **Kunz, Peter V./Weber, Jonas/Lienhard, Andreas/Fargnoli, Iole/Kren Kostkiewicz, Jolanta**), Bern 2014, s. 156, 162 ve 165.

²⁶ İsviçre’de 20 Haziran 2013 tarihinde kabul edlip, 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren velayet hukuku revizyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 232 vd.

²⁷ Bu yöntem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 181-182.

²⁸ **Cantieni**, s. 24.

²⁹ **Cantieni**, s. 24; **Erlüle**, s. 181.

Görüldüğü üzere bu ihtimalde tek başına velayet kural, birlikte velayet ise istisnadır. Birlikte velayetin boşanmadan sonra ebeveynlerin ortak talepleri üzerine devam etmesine ilişkin bu yöntem, 2013 revizyonuna kadar Avusturya’da, 2014 revizyonuna kadar da İsviçre’de uygulanmıştır³⁰.

İsviçre kanun koyucusu 2000 tarihli boşanma hukuku revizyonu kapsamında, velayet hakkının kullanılması yönünden iki farklı modelin benimsenmesine imkân tanımıştır³¹. Bunlar ana ya da babanın çocuğun velayetini kural olarak tek başına kullanabildiği “tek başına velayet modeli” (eİMK m. 133/1) ve ana babanın çocuğun velayetini istisnaen evlilik birliği süresince olduğu gibi birlikte kullanmaya devam ettikleri “birlikte velayet modeli”dir (eİMK m. 133/3)³².

İsviçre hukuku bakımından boşanmalarına rağmen ana babanın müşterek çocuklarının velayetini birlikte kullanmalarını mümkün kılan İMK m. 133/3 hükmüne göre, kural olarak boşanma sonrasında müşterek çocuğun velayeti ana ya da babadan birine bırakılmakta, birlikte velayet ise belli bazı koşulların gerçekleşmesi halinde istisna olarak kabul edilmekteydi³³.

2. Birlikte Velayetin Boşanmadan Sonra Kanun Gereği Devam Etmesi

Avrupa hukuk çevresini incelediğimizde, anne ve babanın boşanmasının kural olarak, müşterek çocuğun velayeti üzerinde herhangi bir etkisinin söz konusu olmadığını, evlilik birliği süresince olduğu gibi boşanmadan sonra da anne ve babanın velayet hakkını birlikte kullandıklarını, başka bir deyişle birlikte velayetin kanun gereği devam ettiğini görürüz.

Pek çok Avrupa ülkesinde boşanmadan sonra velayet hakkının kullanılmasını özel olarak düzenleyen bir hükme hiç yer verilmeyerek, sadece ebeveynlerden birisinin çocuğun velayetini talep ettiği ya da çocuğun yararının tehlikeye girmesi ihtimalinin söz konusu olduğu hallerde velayet hakkının kullanılması ayrıca düzenlenmiş; bunun dışında kalan hallerde ise boşanmadan sonra tıpkı evlilik birliği süresince olduğu gibi müşterek çocuğun velayetinin birlikte kullanılmasına kanun gereği kendiliğinden imkân veren düzenlemelere yer verilmiştir³⁴.

Boşanmanın birlikte velayet üzerinde herhangi bir etkisinin söz konusu olmadığı bu gibi hallerde; birlikte velayet boşanmadan sonra kanun gereği devam ettiği için ebeveynlerin, müşterek çocuklarının velayetini birlikte kullanabilmeleri için mahkemeye ya da başka bir makama yazılı olarak bir dilekçe ile başvurmalarına gerek yoktur.

³⁰ Erlüle, s. 181-182.

³¹ İsviçre’de 26.6.1998 tarihinde kabul edilip, 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren boşanma hukuku revizyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, s. 205 vd.

³² Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, s. 9083.

³³ İsviçre kanun koyucusu İMK’nın 133. maddesinin 3. fıkrasında birlikte velayete karar verilebilmesi için bir arada bulunması gereken üç koşula yer vermiştir. Bu koşullar, her iki ebeveynin birlikte velayete ilişkin ortak taleplerinin bulunması, ebeveynler tarafından yapılmış ve hâkim tarafından onanması gereken ana babanın çocuğun bakımına ilişkin paylaşımları ile çocuğun bakım giderlerine ilişkin katkılarını gösteren bir anlaşmanın varlığı ve her iki ebeveynin velayeti birlikte kullanmasının çocuğun yararına uygun olmasıdır.

³⁴ Bu yöntem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, s. 179-180.

Boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılmasını kanun gereği kabul etmiş ülkelerin başında Almanya gelmektedir³⁵.

Alman hukukunda 1998 yılından gerçekleşen Çocuk Hukuku Reformu'ndan önce, ebeveynlerin boşanması halinde müşterek çocuğun velayetinin ana babadan birisine bırakılmaktaydı³⁶. 1998 yılında gerçekleşen Çocuk Hukuku Reformu ile boşanma ile velayet hakkının kullanılması arasındaki zorunlu ilişki kaldırılmış ve mahkeme kararının varlığına gerek olmaksızın ana babanın velayet hakkını birlikte kullanmasına Alman medeni Kanunu'nun 1671. paragrafına imkân tanınmıştır³⁷. Alman hukukunda, ana ve baba evlilik birliği süresince olduğu gibi boşanmadan sonra da velayet hakkını kanun gereği birlikte kullanmaya devam ederler, boşanmadan sonra velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılması için mahkeme kararı gerekli değildir. Ana babadan her birinin velayet hakkını tek başına kullanabilmesi ise bir mahkeme kararının varlığını gerektirir³⁸. Bu durum, Çocuk Hukuku Reformu Kanunu'nun etkisi ile Alman Medeni Kanunu'nun 1671. paragrafına eklenen kanun metninde açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, ana babanın geçici olarak ayrı yaşamadıkları hallerde, ana babadan her biri velayetin tamamının veya bir kısmının kendisine bırakılmasını aile mahkemesinden talep edebilir (§ 1671 I)³⁹. Ancak velayetin talep üzerine mahkeme tarafından ana babadan birisine bırakılabilmesi için diğer ebeveynin velayetin tek başına kullanılmasını onaylamış ve 14 yaşını doldurmuş olan çocuğun velayetin tek başına kullanılmasına itiraz etmemiş olması ya da velayetin tek başına kullanılmasının çocuğun yararı bakımından en uygun çözüm olduğu kanaatine varılmış olması gerekir⁴⁰.

Alman Medeni Kanunu'nun 1671. Paragrafı gereğince, ana ya da babadan biri veya her ikisi çocuğun velayetinin kendilerine bırakılmasını talep etmese, velayet hakkının beraberinde getirdiği sorumluluklardan kurtulmak istese bile, velayet hakkı ana baba tarafından birlikte kullanılmalıdır. Birlikte velayet ana ya da babadan birisinin tek başına velayeti talep ettiği; ancak hâkimi velayetin tek başına kullanılmasına ikna edemediği hallerde de uygulanmaya devam eder⁴¹.

Avusturya Medeni Kanunu'nda 1 Şubat 2013 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Hukuku Değişikliğine İlişkin Kanun⁴² ile gerçekleşen revizyondan önce, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velayet hakkının ne şekilde kullanılacağı Avusturya Medeni Kanunu'nun 177. paragrafının 2. fıkrasında hüküm altına alınmıştı⁴³. Avusturya Medeni Kanunu m.177/2'de, boşandıktan sonra velayet hakkını birlikte kullanmak isteyen ebeveynlerin müşterek çocuğun kiminle birlikte yaşayacağı hususunda anlaşmış olmaları ve bu anlaşmanın da hâkim tarafından uygun bulunarak onaylanmış olması koşuluyla velayetin

³⁵ Bkz. **Erlüle**, s. 165-166.

³⁶ **Muscheler, Karlheinz**, Familienrecht, 4. Aufl., München 2017, Rn. 594, Alman Medeni Kanunu'nun velayetin ebeveynlerden sadece birisine bırakılabileceğine ilişkin hükmü Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1982 yılında vermiş olduğu kararı ile Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bkz. BVerfGE 61, 358; ayrıca bkz. **Erlüle**, s. 165.

³⁷ **Muscheler**, Rn. 595.

³⁸ **Dethloff, Nina**, Familienrecht, 31. Aufl., München 2015, Rn. 34.

³⁹ Alman Medeni Kanunu'nun 1671. paragrafında ayrılık ile boşanma arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bkz. **Muscheler**, Rn. 595.

⁴⁰ **Erlüle**, s. 165-166.

⁴¹ **Erlüle**, s. 166.

⁴² BMJ 13.11.2012, Kindschaftsänderungsgesetz (Kindschafts-und Namensrechtsgesetz 2012).

⁴³ Avusturya'da 1.02.2013 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Hukuku Değişikliğine İlişkin Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 105 vd.

birlikte kullanılmasına imkân tanınmıştı (§ 177/2 ABGB)⁴⁴. Ebeveynlerin anlaşmaya varmadıkları ya da anlaşmış olmakla birlikte söz konusu anlaşmanın çocuğun yararına uygun bulunmadığı hallerde, hâkim çocuğun hangi tarafa bırakılacağına karar vermekteydi (§ 166 ABGB)⁴⁵.

Avusturya’da Çocuk Hukuku Değişikliğine İlişkin Kanun’un 2013 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, Avusturya hukuku bakımından evlilik birliğinin sona ermesinin velayet hakkının kullanılması üzerindeki etkisi tamamen ortadan kalkmıştır. Avusturya Medeni Kanunu’nun 179. paragrafının 1. fıkrasına göre, evlilik birliği sona ermesine rağmen; her iki ebeveyn velayet hakkını birlikte kullanmaya devam ederler (§ 179/1 ABGB). Ancak ebeveynlerin mutlaka çocuğun ebeveynlerden hangisi ile birlikte aynı evde yaşayacağı başka bir deyişle, çocuğa asıl bakım verecek olan tarafın hangi ebeveyn olacağı hususunda anlaşmış olmaları gerekir. Makul bir süre içerisinde bu tür bir anlaşma yapılmaz ya da ebeveynlerden birisi çocuğun velayetinin tek başına kendisine verilmesini isteyecek olursa, hâkim tarafından ebeveyn sorumluluğunun 6 aylık geçici bir süre için düzenlenmesi gerekir⁴⁶. Ebeveyn sorumluluğunun düzenlendiği altı aylık sürenin sona ermesi üzerine, hâkim tarafından çocuğun velayetinin kullanılmasına ilişkin nihai kararın verilmesi gerekir. Hâkim müşterek çocuğun velayetinin kullanılmasına ilişkin nihai kararını verirken, ebeveyn sorumluluğunun geçici olarak düzenlenmiş olduğu dönemde edinmiş olduğu tecrübelerden yararlanır ve özellikle de nafakanın ödenmesi sürecini ve düzenlemenin çocuğun yararına uygun olup olmadığını dikkate alır (§ 180/2 ABGB)⁴⁷.

İsviçre’de 20 Haziran 2013 tarihinde gerçekleşen ve 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren velayet hukuku revizyonu neticesinde birlikte velayet eşlerin medeni durumlarından bağımsız olarak kural haline gelmiş ve boşanma bakımından bu durum İsviçre Medeni Kanunu’nun 298. maddesinde hüküm altına alınmıştır⁴⁸.

1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren velayet hukuku revizyonunun hareket noktasını İsviçre Medeni Kanunu’nun 296. maddesi oluşturmaktadır⁴⁹. İsviçre Medeni Kanunu’nun 296. maddesinin 1. fıkrasında, velayet hakkının öncelikle çocuğun yararına hizmet etmesi gerektiği ifade edilmiş, İMK’nın 296. maddesinin 2. fıkrasında ise çocukların ergin oluncaya kadar ana ve babalarının birlikte velayeti altında buldukları belirtilmiştir.

İsviçre Medeni Kanunu’nun, “A. Boşanma Davası ve Evlilik Birliğine İlişkin Diğer Davalar” kenar başlığını taşıyan 298. maddesinin 1. fıkrasında, boşanma davası ya da evlilik birliğinin korunmasına ilişkin davada, çocuğun yararının korunması bakımından velayetin tek başına kullanılmasının gerekli olması durumunda, velayetin ebeveynlerden birisine bırakılabileceği ifade edilmiştir.

⁴⁴ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, s. 9097; **Wolf/Schmuki**, s. 165.

⁴⁵ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, s. 9097; **Wolf/Schmuki**, s. 165.

⁴⁶ **Erlüle**, s. 161.

⁴⁷ **Wolf/Schmuki**, s. 165-166.

⁴⁸ **Büchler, Andrea/Clausen, Sandro**, FamKommentar Scheidung, Band I: ZGB (Hrsg.: **Schwenger, Ingeborg/Fankhauser, Roland**), 3. Aufl., Bern 2017, Vorbem. zu Art. Art. 298 N. 1; İsviçre Medeni Kanunu’nun 298. madde düzenlemesi hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 232 vd.

⁴⁹ **Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, N. 91.

İsviçre Medeni Kanunu'nun "F. Çocuklar / I. Ebeveyn Hakları ve Yükümlülükleri" kenar başlığını taşıyan 133. maddesinde⁵⁰ hâkim, boşanma davası kapsamında soybağı hükümlerine ilişkin düzenlemelere göre, ana ve babanın haklarını ve yükümlülüklerini, çocuğun velayetini, çocuğun himayesini, çocukla kişisel ilişki kurulmasını ve her bir ebeveynin çocuğun bakımına ilişkin paylaşımlarını ve nafakayı düzenler. Hâkim bu düzenlemeyi yaparken, çocuğun yararı bakımından önemli olan tüm koşulları, ana babanın ortak talebini ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşünü de dikkate alır denilmiştir⁵¹.

İsviçre Medeni Kanunu'nun boşanmanın sonuçlarına ilişkin hükümlerinden birisi olan 133/1. maddesi ile boşanma davası ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin davalar bakımından velayetin düzenlendiği İsviçre Medeni Kanunu'nun 298. maddesi birlikte okunduğunda, boşanma davasına bakmakta olan hâkimin, velayetin birlikte kullanılmasına ilişkin koşulların boşanmadan sonra da mevcut olup olmadığını ayrıca değerlendirmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁵².

Görüldüğü üzere, İsviçre Medeni Kanunu'na göre, evlilik birliği süresince ebeveynler tarafından birlikte kullanılmakta olan velayet, boşanmadan sonra da kural olarak ebeveynler tarafından birlikte kullanılmaya devam edecektir. Zira 2014 revizyonu ile birlikte boşanmanın velayet hakkı üzerindeki etkisi ortadan kalkmıştır⁵³. Ancak hemen ifade edelim ki İsviçre Medeni Kanunu'nda boşanma bakımından birlikte velayet kural olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, boşanmadan sonra birlikte velayetin kendiliğinden uygulama alanı bulması söz konusu değildir⁵⁴. 2014 revizyonundan sonra da boşanma davasına bakan hâkim, velayetin birlikte kullanılmasına imkân veren koşulların mevcut olup olmadığını ayrıca değerlendirmelidir⁵⁵. Çocuğun yararını dikkate alarak yaptığı değerlendirme neticesinde hâkim, çocuğun yararının korunması bakımından boşanmadan sonra velayetin ebeveynlerden birisi tarafından tek başına kullanılmasının gerekli olduğuna kanaat getirecek olursa, İsviçre Medeni Kanunu'nun 298. maddesine göre, velayetin ebeveynlerden birisi tarafından tek başına kullanılmasına karar verecektir⁵⁶. Görüldüğü üzere, İsviçre Medeni Kanunu'nun 298. maddesinde boşanma bakımından velayetin ebeveynlerden birisi tarafından tek başına kullanılması istisna olarak düzenlenmiştir⁵⁷.

⁵⁰ İsviçre Medeni Kanunu'nun 133. madde düzenlemesi hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 234.

⁵¹ **Öcal Apaydın, Bahar**, "İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, BAÜHFD, C. 11, S. 145-146, Y. 2016, s. 644; **Birinci Uzun, Tuba**, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", HÜHFD, C. 6, S. 1, Y. 2016, s. 138; s. 155; ayrıca bkz. **Erlüle**, s. 233.

⁵² **Büchler/Clausen**, FamKomm, Vorbem. zu Art. 298, N. 1; **Erlüle**, s. 233.

⁵³ **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, N. 91.

⁵⁴ **Büchler/Clausen**, FamKomm, Vorbem. zu Art. 298, N. 1.

⁵⁵ **Büchler/Clausen**, FamKomm, Vorbem. zu Art. 133/134, N. 3.

⁵⁶ **Erlüle**, s. 257 vd.

⁵⁷ İsviçre Medeni Kanunu gereğince velayetin istisnai olarak ebeveynlerden birisine tek başına bırakılmasına esas olabilecek olgular için bkz. **Erlüle**, s. 259 vd.

D. Türk Medeni Hukukunda Boşanmadan Sonra Velayetin Birlikte Kullanılmasının Mümkün Olup Olmadığı

Boşanma oranlarının ülkemizde de hızla artması ile beraber, velayete ilişkin uyumsuzluklar aile hukuku alanında çözüme kavuşturulmayı bekleyen en önemli sorunlar arasında yerini almış ve çocuğun sadece evlilik birliği süresince değil, boşanmadan sonra ve boşanma yargılaması sırasında da hukuken korunması gerektiği düşüncesi pek çok Avrupa ülkesinde olduğu gibi Ülkemizde de birlikte velayetin tartışılmasına neden olmuştur.

1. Türk Medeni Kanunu'nun Boşanmada Velayeti Düzenleyen Hükümlerine İlişkin Olarak Türk Hukuk Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler

Medeni Kanunu'muzda, boşanmadan sonra velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılmasına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi üzerine velayetin ebeveynler tarafından birlikte kullanılmasının karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, Medeni Kanunumuzun mevcut hükümleri çerçevesinde mümkün olup olmadığı, Türk Hukuk öğretisinde tartışılmaktadır.

Hukukumuz bakımından velayetin kullanılmasında üzerinde görüş birliği bulunmayan ve tartışılmakta olan husus, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi üzerine velayetin ebeveynler tarafından birlikte kullanılmasının Medeni Kanunumuzun mevcut hükümleri çerçevesinde mümkün olup olmadığıdır. Medeni Kanunumuzun yürürlükteki hükümleri kapsamında boşanmada birlikte velayete hükmedilip hükmedilemeyeceğine ilişkin olarak yürütülen tartışmanın odağında TMK m. 182/2 ile m. 336/3 hükümleri bulunmaktadır⁵⁸.

Hukukumuz bakımından ana babanın boşanması halinde müşterek çocuğun velayetinin ne şekilde kullanılacağı Türk Medeni Kanunu'nun altıncı ayırımında velayet ile ilgili hükümler kapsamında "Ana ve baba evli ise" kenar başlığını taşıyan 336. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun üç fıkradan oluşan 336. maddesine göre,

"II. Ana ve baba evli ise

Madde 336 - Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir.

Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir".

Konumuz bakımından önem taşıyan ikinci düzenleme, TMK'nın 182. maddesidir.

Türk Medeni Kanunu'nun boşanmaya ilişkin ikinci bölümünde, "VIII. Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları / 1. Hâkimin takdir yetkisi" kenar başlığı altında düzenlenmiş olan ve üç fıkradan oluşan 182. maddesine göre,

"VIII. Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları

1. Hâkimin takdir yetkisi

Madde 182 - Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

⁵⁸ Türk hukuk öğretisinde ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Ertüle, s. 271-283.

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

Hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir”.

TMK m. 182’ye ilişkin olarak öğretilerde bir görüş, evlilik devam ederken kural olarak ana ve baba tarafından birlikte kullanılmakta olan velayetin boşanma sonucunda hâkim tarafından ana ya da babadan sadece birisine verilebileceğini, hukukumuz bakımından boşanma halinde velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir⁵⁹. Bu görüşü savunan yazarlara göre, hâkime çok geniş bir takdir yetkisi vermiş olan TMK m. 182 hükmü gereğince hâkim, çocuğun menfaatini dikkate alarak çocuğun velayetini ana ya da babadan birisine bırakabileceği gibi çocuğun menfaatinin gerektirmesi ve hem ana hem de baba yönünden velayetin kaldırılması sebeplerinden birisinin varlığı halinde, çocuğu ana ya da babadan birisinin velayeti altına bırakmak yerine vesayet altına da koyabilecektir. Ancak hâkim, TMK m. 182 düzenlenmesinden hareketle velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılmasına karar veremez⁶⁰.

Öğretilerde bir diğer görüş ise TMK m. 182/1 hükmünün ifadesine boşanmada velayetin mutlaka ana babadan birine ait olduğunu gösteren bir anlam yüklenemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, TMK m. 182/2 hükmünde yer alan “*velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesi hükmün, müşterek çocukların taraflardan yalnız birine bırakılması ihtimali dikkate alınarak düzenlenmiş olduğunu gösterir. Dolayısıyla hükümdede yer alan “*velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” şeklindeki tekil anlatım nedeniyle, boşanmada velayetin mutlaka ana babadan birine bırakılması gerektiği söylenemez⁶¹.

Kanaatimizce, boşanmanın çocuklar yönünden sonuçlarının düzenlendiği, “*VIII. Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları / 1. Hâkimin takdir yetkisi*” kenar başlığını taşıyan TMK m. 182/2, velayet hakkının ana baba tarafından ne şekilde kullanılacağını başka bir deyişle velayette hak sahipliğini değil; velayet hakkının ana ya da babadan birisine bırakılması ihtimalinde, diğer ebeveynin çocukla kişisel ilişkisini ve ödeyecek olduğu iştirak nafakasını düzenleyen bir hükümdür. TMK m. 182’de doğrudan velayette hak sahipliği düzenlenmediği için tek başına TMK m. 182/2’nin ifadesinden hareketle, birlikte velayete imkân tanınıp tanınmadığına ilişkin bir yargıya varılamaz. Hukukumuz bakımından boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılmasının TMK’nın yürürlükteki hükümleri

⁵⁹ **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul 2019, N. 752; **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 623; **Hatemi, Hüseyin**, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019, § 10, N. 77, N. 98; **Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya**, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2013, s. 310; TMK m. 182’nin karşılığı olan eski MK m. 148 ile ilgili olarak aynı yönde bkz. **Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona**, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 248; **Tekinay**, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s. 272.

⁶⁰ Bu görüş hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 271-274.

⁶¹ **Koçhisarlıoğlu, Cengiz**, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004, s. 104; **Öztan, Bilge**, “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 253; **Serdar, İlknur**, “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2008, s. 174; aynı yönde; **Kurt, Leyla Müjde**, “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, İnÜHFD, C. 9, S. 2, Y. 2018, s. 166; **Apaydın, Eylem**, “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2018, s. 460.

çerçevesinde mümkün olup olmadığının tespiti için TMK'nın velayet hakkının kullanılmasını düzenleyen 336. maddesinin değerlendirilmesi gerekir. Zira, TMK m. 182/2'de yer alan "velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş" ifadesi tek başına, velayetin mutlaka ana ya da babadan birisine verilmesi gerektiğinin söylenmesi için yeterli bir argüman oluşturmamaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlükteki hükümleri kapsamında boşanmada birlikte velayete hükmedilip hükmedilemeyeceğine ilişkin tartışmada değerlendirilmesi gereken bir diğer madde yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesidir.

Türk Medeni Kanunu'nun üç fıkradan oluşan 336. maddesinin ilk fıkrasında, evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanacakları açıkça ifade edilmiştir.

Türk Medeni Kanunu m. 336/2'de, "Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir" denilmiştir. Görüldüğü üzere birlikte yaşamaya ara verilmesi ve ayrılık halinde, velayet hakkının ne şekilde kullanılacağı hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkim, çocuğun yararını dikkate alarak, ortak hayata son verilmesi ve ayrılık halinde velayeti eşlerden birine bırakabileceği gibi, hükmün zıt anlamından hareketle, velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılmasına da karar verebilir.

Medeni Kanunu'muzun 336. maddesi bakımından öğretilerde tartışılmakta olan ve üzerinde görüş birliği bulunmayan hüküm TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrasıdır. TMK m. 336/3'te yer alan "*Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*" şeklindeki ifadenin emredici olup olmadığı, hükümde boşluk bulunup bulunmadığı hususunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmektedir⁶².

Türk hukuk öğretisinde baskın olan görüşe göre, boşanmadan sonra velayetin kullanılmasının düzenlendiği TMK m. 336/3 hükmü emredici niteliktedir. Baskın görüşe göre, boşanmadan sonra velayetin ana ya da babadan birine bırakılması gerekir, zira hükümde velayetin birlikte kullanılmasına imkân tanımamıştır⁶³.

Türk hukuk öğretisinde son dönemde ağırlıklı olarak savunulmakta olan bir diğer görüş ise TMK m. 336/3 hükmünün emredici olmadığını, dolayısıyla boşanmadan sonra velayetin ebeveynler tarafından birlikte kullanılmasına engel oluşturmadığını, velayetin kullanılmasını bakımından hâkimin takdir yetkisine sahip olduğunu, çocuğun yararının bulunması durumunda ana babanın velayeti birlikte kullanabileceklerini ileri sürmektedir⁶⁴. Farklı gerekçelere dayanmakla beraber, bu görüşü savunanların ortak noktasını, velayetin kullanılmasında çocuğun yararının gözetilmesi ilkesinin dikkate alınacak olması oluşturmaktadır.

Bilindiği üzere, velayet hakkının kullanılmasında temel amaç çocuğun yararının korunmasıdır. Velayet hakkı kullanılırken, çocuğun maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi, güvenliğinin sağlanması ve çocuğa bağımsız bir kişilik kazandırılması amaçlanmaktadır. Nitekim TMK'nın velayetin içeriğini genel olarak düzenleyen 339. maddesinde, "*Ana ve*

⁶² Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 275-283.

⁶³ **Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim**, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 197; **Aküntürk/Ateş Karaman**, s. 310; **Tekinay**, s. 273; **Hatemi**, § 10, N. 98; **Kurt**, s. 172; ayrıca bkz. **Erlüle**, s. 276-277.

⁶⁴ **Öztaş, Bilge**, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 1090; **Koçhisarlıoğlu**, s. 37, 237; **Serdar**, s. 175 ve s. 180; **Erdem, Mehmet**, Aile Hukuku, Ankara 2018, s. 171-172; **Arkan Serim, Azra**, "Boşanma Halinde Ortak Velayet", LHD, C. 14, S. 167, Y. 2016, s. 6085; aynı yönde bkz. **Erlüle**, s. 286 vd.

baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar” denilmiştir. Ama sadece velayetin kullanılmasında değil, velayet hakkını kimin ya da kimlerin kullanacağıının belirlenmesi bakımından da çocuğun yararı ilkesi son derece önemlidir.

Nitekim modern velayet hukukunda çocuğun yararının en iyi şekilde, ana babanın tıpkı evlilik birliği içerisinde olduğu gibi boşanmadan sonra da çocuğun gelişim ve yetiştirilmesinden birlikte sorumlu olmaya devam etmeleri halinde korunacağı kabul edilmektedir.

Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, TMK m. 336/3 hükmünde yer alan “*Velâyet, (...) boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” ifadesinde yer alan taraf kelimesinin tekil olarak kullanılmasından hareketle, hukukumuz bakımından boşanmadan sonra velayetin mutlaka ebeveynlerden birine bırakılması gerektiği sonucuna tam bir kesinlikle ulaşılamaz. Zira yorum yoluyla ulaşılan anlam, hukuk düzeni ve bu kapsamda Anayasa’nın 90. maddesine göre iç hukukumuz haline gelmiş uluslararası sözleşmelerle de uyumlu olmalıdır. Nitekim çocuğun yararı ilkesi, çocuk haklarının uygulanmasında ve çocuklara ilişkin hukuk kurallarının yorumunda dikkate alınması gereken temel bir ilke olarak ulusal hukuklarda yerini almıştır. Çocukla ilgili tüm eylem ve işlemlerde ve çocuğa ilişkin kararlarda gözetilmesi gereken çocuğun yararı ilkesi çocukla ilgili diğer düzenlemelerde olduğu gibi, TMK m. 336 düzenlemesinde de gözetilmiştir. Bu nedenle TMK’nın 336. maddesinin yorumunun da çocuğun yararı ilkesinden hareketle yapılması gerekir⁶⁵.

Çocuk haklarının Magna Carta’sı olarak kabul edilen BM ÇHS’nin 18/1. maddesinde, “*Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler herşeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler*” denilmiştir.

Kanun koyucunun BM ÇHS’nin m. 18/1. gereğince, çocuğun yararını gözetecek olması karşısında, TMK m. 336/3 hükmünün emredici olduğu söylenemeyeceği gibi; hükmün *ratio legis*’i dikkate alındığında, hükmün düzenleniş amacının hâkimin takdir yetkisini sadece velayetin ana ya da babadan birine bırakılması ile sınırlandırmak olmadığı, hâkimin takdir yetkisinin sınırının çocuğun yararı olduğu kabul edilmek gerekir.

Kanaatimizce, Medeni Kanunumuzun 336. maddesinin ilk ve ikinci fıkralarında, çocuğun yararının velayetin birlikte kullanılması durumunda gerçekleşeceğini kabul eden kanun koyucu, aynı maddenin 3. fıkrasında çocuğun yararının velayetin kural olarak ana baba tarafından tek başına kullanılması halinde gerçekleşeceğini kabul etmiştir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, BM ÇHS’nin 18/1. maddesinde, çocuğun yararının ana ve babanın çocuğun yetiştirilmesi ve gelişmesinde birlikte sorumluluk taşımaları halinde gerçekleşeceği açıkça ifade edilmiştir. TMK m. 336/3 hükmünün lafzi yorumundan bu sonuca ulaşılması mümkün değildir. Medeni Kanunumuzda somut olaya ilişkin bir hüküm mevcuttur. Fakat hükmün amacı (*ratio legis*) ele alındığında, somut olaya uygulanması uygun değildir. Hükmün lafzı geniş tutulmuş, somut olaya ilişkin istisnai durum dikkate alınmamıştır.

Kanaatimizce, TMK 336/3 hükmünde örtülü bir boşluk mevcuttur. Örtülü boşluğun söz konusu olduğu hallerde, hâkim hükmü daraltıcı yoruma tabi tutsa dahi, hükmün bu haliyle, istisnai nitelikteki somut olaya uygulanması kanunun amacına aykırı düşmektedir. Örtülü boşlukların doldurulmasının başlıca yolu, amaca uygun sınırlama (teleolojik redük-

⁶⁵ Öztan, Birlikte Velayet, s. 254; Koçhisarhoğlu, s. 39, s. 154; Serdar, s. 181-184.

siyon) yöntemidir. Hâkim TMK m. 336/3 hükmünde mevcut olan örtülü boşluğu teleolojik reduksiyon yönteminden yararlanarak, çocuğun yararı doğrultusunda amaca uygun olarak sınırlayabilir⁶⁶. TMK m. 336/3 hükmünde mevcut olan örtülü boşluğu çocuğun yararı doğrultusunda amaca göre sınırlandıracak olan hakim, tarafların velayetin birlikte kullanılması konusunda TMK m. 166/3 çerçevesinde anlaşmaları ve velayetin birlikte kullanılmasının çocuğun yararına uygun olması halinde, velayetin birlikte kullanılmasına karar verebilmelidir.

Taraflar, TMK m. 166/3 kapsamında hazırlamış oldukları protokol çerçevesinde, boşanmanın yanı sıra velayetin birlikte kullanılması hususunda anlaşacak olurlarsa, boşanma protokolünde velayeti birlikte kullanılacak olan çocuğun ebeveynlerden hangisi ile birlikte kalacağını, çocuğun diğer ebeveyn ile olan kişisel ilişkisini ve çocuğa ödenecek olan iştirak nafakasını da düzenlemeleri gerekir⁶⁷.

2. 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. Maddesinin Türk Medeni Kanunu'nun Velayete İlişkin Hükümleri Üzerindeki Etkisi

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlükteki hükümlerinin boşanmada birlikte velayete imkân verip vermediği hususunda öğretilerde yukarıda aktardığımız tartışma yaşanırken, uygulamada Yargıtay, boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılıp kullanılmayacağı meselesini, boşandıktan sonra velayetin birlikte kullanılmasına izin veren ülkelerin birlikte velayete ilişkin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından incelemekte ve 2017 yılına kadar vermiş olduğu kararlarda velayetin kamu düzenine ilişkin olduğu ve TMK'nın velayete ilişkin hükümlerinin emredici olduğu gerekçesiyle birlikte velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin talepleri reddetmekteydi⁶⁸. Ancak Türkiye'nin 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ü⁶⁹ 6684 sayılı Kanun'la uygun bulması⁷⁰ ve Protokol'ün 9. maddesi gereğince 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe girmesiyle birlikte, Yargıtay Protokolün 5. maddesine dayanarak birlikte velayet uygulamasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına karar vermiştir⁷¹. Hemen belirtelim ki 11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Hak-

⁶⁶ Öztan, Birlikte Velayet, s. 260; Serozan, Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm-Kişiler Hukuku), 8. Bası, İstanbul 2018, I § 5, N. 41h; Nomer, Halûk Nami/Akbulut, Pakize Ezgi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2018, N. 179.

⁶⁷ Erlüle, s. 325.

⁶⁸ Yarg. 2. HD'nin 20.03.2003 tarihli, E. 2003/2818, K. 2003/3889 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁹ 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol, 22 Kasım 1984 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Kasım 1985 tarihinde imzalanmıştır. Ek 7 No'lu Protokol Türkiye tarafından 10 Mart 2016 tarihinde 6684 sayılı Kanun'la uygun bulunarak onaylanmıştır. Uygun bulma kanunu 25 Mart 2016 tarihli ve 29664 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış, ancak Protokol 9. madde gereği 1 Ağustos 2016'da yürürlüğe girmiştir.

⁷⁰ Uygun bulma kanununun tam adı, "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun"dur.

⁷¹ Yargıtay'ın içtihat değişikliğine gittiği; Yarg. 2. HD'nin 20.02.2017 tarihli, E. 2016/15771, K. 2017/1737 sayılı kararına konu olan davada, taraflar İngiliz vatandaşı olup, davacı baba evlilik dışı doğan çocuğunun velayetinin ortak (birlikte) düzenlenmesini talep etmiş; Yargıtay, birlikte velayet uygulamasının "Türk Kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına" karar vererek; ilk derece mahkemesinin birlikte velayeti reddeden kararını, Ek 7 nolu Protokolün 5. maddesine dayanarak bozmuştur. Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

larını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesinde:

“Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir”. denilmiştir.

Yargıtay’ın yerleşik içtihadını değiştirerek, birlikte velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına karar vermesi üzerine, 11 No’lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesinin iç hukukumuz etkisine ilişkin öğretide farklı görüşler ileri sürülmüş ve hukukumuz bakımından boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılmasının mümkün olup olmadığı tartışması yeni bir boyut kazanmıştır⁷².

Öğretide ileri sürülen görüşlerden, 6684 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi ile birlikte hukukumuz bakımından ortak velayeti engelleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerinin örtülü olarak ortadan kalktığı, Türkiye’nin 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol’ü uygulamasından sonra Protokol’ün 5. maddesi hükmüne göre, evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde ortak velayetin asıl olup velayetin eşlerden birine verilmesinin ise istisna olduğu yönündeki görüş⁷³ kendisine yargı kararlarında da yer bulduğu için son derece önemlidir. Zira uygulamada bir süre sonra Bölge Adliye Mahkemeleri de Ek 7 No’lu Protokol’ün 6684 sayılı Kanun ile yürürlüğe girmesiyle Anayasa m. 90/son gereği birlikte velayeti engelleyen TMK hükümlerinin örtülü olarak yürürlükten kalktığı gerekçesiyle birlikte velayete hükmedilmesi gerektiği yönünde kararlar vermişlerdir⁷⁴.

Görüldüğü üzere, hukukumuz bakımından boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılmasının Medeni Kanunu’muzun yürürlükteki hükümleri bakımından mümkün olup olmadığı yanı sıra, Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesinin Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmü karşısında iç hukukumuz etkisinin ne olduğu sorusunun yanıtlanması son derece önemlidir. Bunun için de öncelikle 2004 Anayasa değişikliği ile Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenen “*“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”*” cümlesinin iç hukukumuz bakımından ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gerekir. Belirtelim ki esasen Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenen bu cümle uluslararası antlaşmaların ulusal hukuk düzenindeki yerine ilişkin tartışmaları sona erdireceği düşünülmüş ise de söz konusu cümle bu alanda yaşanan tartışmaların daha da şiddetlenmesine neden olmuştur⁷⁵.

2004 yılında Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenen “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*” ifadesi, Türk anayasa hukuku öğretisinde genellikle, ka-

⁷² Türk hukuk öğretisinde ileri sürülen bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **Erlüle**, s. 300-306.

⁷³ **Gençcan**, s. 26.

⁷⁴ Bölge Adliye Mahkemelerinin birlikte (ortak) velayete ilişkin yayımlanmamış bazı kararları için bkz. **Apaydın**, s. 463-465.

⁷⁵ Bu tartışmalar hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Erlüle**, s. 309-319.

nunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir üstünlük⁷⁶ ilişkisi yaratıldığı şeklinde yorumlanmış ve öğretide kanunların temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların altında yer aldığı görüşü benimsenmiştir⁷⁷. Bu görüşü benimseyenler, Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen cümle ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara, kanunlar karşısında hiyerarşik bir üstünlük tanındığını savunmaktadır⁷⁸. Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen cümle ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara kanunlar karşısında hiyerarşik bir üstünlük tanındığını ileri süren bu görüşten hareketle, Anayasa Mahkemesi 2013/2187 numaralı bireysel başvuru kararında⁷⁹ “*lex superior derogat legi inferiori* çatışma kuralı” “Üst kanun alt kanunları ilga eder” kuralı çerçevesinde, alt normun üst norm tarafından ilga edildiği (yürürlükten kaldırıldığı) sonucuna ulaşmıştır⁸⁰.

Öğretide bir başka görüş ise Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen cümlelenin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla kanunlar arasında hiyerarşi yaratmadığını, bunun yerine özel bir çatışma kuralının söz konusu olduğunu ileri sürmektedir⁸¹. Bu görüşü savunan yazarlardan Ergül'e göre, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenen cümle nedeniyle bir taraftan temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların kanunların üstünde olduğunu (hiyerarşi) belirtmesi, diğer taraftan aslında bir hiyerarşiden çok uygulanma önceliğinden (öncelik tanıma) bahsetmesi çelişkilidir⁸². Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi'nin “kanunla milletlerarası antlaşmanın çatışmasından” ve böyle bir durumda “kanunun göz ardı edilmesinden” bahsetmesi de “hiyerarşi” ve “öncelik tanıma” kavramlarıyla çelişmektedir.

Yine Anayasa Mahkemesi kararında milletlerarası antlaşma ile kanun çatıştığı takdirde, kanunun göz ardı edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Kanunun göz ardı edilmesinin anayasa hukukundaki teknik adının, “ihmal” ya da “ihmal yaptırımı” olduğunu belirten Ergül, Anayasa Mahkemesi'nin bir kanun ile milletlerarası antlaşma çatıştığı takdirde, kanunun ihmal edilerek doğrudan milletlerarası antlaşmanın uygulanması gerektiği yönündeki görüşüne katılmakla birlikte; Ergül'ün dayandığı gerekçe Anayasa Mahkemesi'nden ayrılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, kanunun ihmal edilmesi gerektiği sonucuna, iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki bulunduğu iddiası ile ulaşırken; Ergül ise aynı sonuca eşdeğerde iki norm (temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile kanun) arasındaki çatışmaya Anayasa m. 90'da öngörülen “özel çatışma kuralının” uygulanması ile ulaşmaktadır. Yazara göre, ihmal yaptırımı ile kastedilen, iki normdan birisine öncelik tanımak değil; çatışan iki normdan birisini esas almaktır⁸³.

⁷⁶ Öğretide farklı anlamlara karşılık gelen üstünlük ifadesinin, “uluslararası antlaşma-kanun” ilişkisi söz konusu olduğunda genellikle hiyerarşik üstünlük anlamında kullanıldığı ifade edilmektedir. Bkz. **Ergül, Ozan**, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar Kanun Hükmündedir”, Yıldırım Uler'e Armağan, Lefkoşa 2014, s. 73.

⁷⁷ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. **Ergül**, s. 72 altında yapılan açıklamalara.

⁷⁸ Bkz., **Bilir, Faruk**, Anayasa'nın 90. Maddesinde yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S. 1, Yıl 2005, s. 79 vd.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 2013/2187 sayılı kararı için bkz. RG 07.01.2013 tarih ve sayı 28875.

⁸⁰ **Ergül**, s. 74-75.

⁸¹ **Aybay, Rona**, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, TBB, S. 70, Y. 2007, s. 211. **Ergül**, s.74 ve s. 81-82.

⁸² **Ergül**, s. 79.

⁸³ **Ergül**, s. 80.

Kanaatimizce de 2004 yılında Anayasa'mızın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenen "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." cümlesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla kanunlar arasında hiyerarşi yaratmayı, "özel bir norm çatışma kuralı" dır.

Bu durumda, 11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokolün 5. Maddesi ile Medeni Kanunumuzun m. 336/3 hükmü arasında "özel bir norm çatışma kuralı"nın uygulanmasını gerektirecek bir durumun söz konusu olup olmadığına ortaya konulması gerekir.

Her şeyden önce belirtelim ki, 11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinin Medeni Kanunumuzun m. 336/3 hükmü ile çatıştığını söyleyebilmemiz için Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinde, kapsamına velayet hakkının da dahil olduğunun kabul edildiği, AİHS m. 8'de düzenlenmiş olan aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin bir ifadeye yer verilmiş olması gerekir. Oysa 11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinde, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiş, Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi hükmünde AİHS'nin 14. maddesinde düzenlenmiş olan ayrımcılık yasağının türlerinden birisi olan cinsiyet ayrımcılığı yasaklanmıştır.

Bu durumda Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesinin Medeni Kanunumuzun m. 336/3 hükmü ile çatıştığını söyleyebilmemiz için Medeni Kanunu'muzun 336. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyete dayalı ayrımcılığa neden olan bir ifadenin bulunması gerekir. Medeni Kanunu'muzun, çocuğun velayetinin, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalan tarafa, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağı şeklindeki m. 336/3 hükmünde, kadın ve erkek cinsleri arasında herhangi bir farklılık gözetilmemekte, çocuğun velayetinin, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalan tarafa, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağı ifadesi ile ana ya da babadan birisi, doğrudan cinsiyeti ya da cinsiyetine özgü nitelikleri nedeniyle diğerine üstün tutulmamaktadır. Bu nedenle, TMK m. 336/3 hükmü ile Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesine arasında, 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenmiş olan özel çatışma kuralına dayanan bir çatışma bulunduğundan söz edilemez⁸⁴.

Nitekim Cernecki-Avusturya davasında⁸⁵ AİHM, boşanma ve ayrılık durumunda, eşler birlikte talepte bulunsalar bile, çocukların velayetinin ana babadan birine tek başına verilmesini zorunlu kılan eski Avusturya eski Medeni Kanunu'nun 177. paragrafının 11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin ihlali anlamına gelmediğine, kanun koyucunun boşanma sonrasında birlikte velayeti engelleyen kararının devlet için bırakılan takdir alanının kapsamında bulunduğuna karar vererek, Avusturya Medeni Kanunu'nun 177. paragrafının Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla açılan davayı reddetmiştir⁸⁶. AİHM, Avusturya Medeni Kanunu'nda birlikte velayetin düzenlenmemiş olmasını, kendisine velayet hakkı bırakılmayan ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurma ve bilgi alma hakkı ile güvence altına alındığından bahisle, sözleşme devletine bırakılan takdir alanına girdiğine

⁸⁴ Erlüle, s. 314 vd.

⁸⁵ <http://echr.ketse.com/doc/31061.96-en-20000711/>

⁸⁶ Apaydın, s. 467.

karar vermiştir⁸⁷. Öğretide ifade edildiği üzere, Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi, velayet hakkı kendisine bırakılmayan ebeveyn ile çocuk arasında kurulacak kişisel ilişkide eşlerin eşit haklar ve sorumluluklara sahip olmasına imkan sağlayacak yasal bir düzenlemenin yapılması hususunda devlete pozitif bir yükümlülük getirmektedir⁸⁸.

Hemen belirtelim ki TMK’nın 336. maddesinin 3. fıkrası ile Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi arasında bir çatışmadan söz edilmiş olsaydı bile öğretide katıldığımız görüşe göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan milletlerarası antlaşma ile kanun arasındaki çatışmada milletlerarası antlaşma uygulanarak, kanunun ihmal edilmesi gerekirdi⁸⁹. İhmal yaptırımı ile kastedilen ise yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, iki normdan birine öncelik tanınması değil; çatışan iki normdan bir tanesinin esas alınmasıdır.

Öğretide belirtildiği üzere, usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm antlaşmalar normlar hiyerarşisinde kanunla aynı statüdedir. Bu kural temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar bakımından da geçerli olup; uluslararası bir antlaşmanın hiyerarşik olarak kanunun üstünde olduğunu kabul etmek mümkün değildir⁹⁰. Zira hiyerarşinin varlığı kabul edilecek olursa, gündeme “lex superior derogat legi inferiori” kuralı gelecektir. Bu çatışma kuralı öğretide “üst kanun alt kanunu ilga eder” şeklinde Türkçeleştirilmekte; ilga ifadesi, yürürlükten kaldırma anlamına geldiği için amacı aşan bir sonuca ulaşılmaktadır⁹¹.

Oysa yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, TMK m. 336/3 hükmü ile Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesi arasında Anayasa değişikliği Anayasa’nın 90. maddesine 2004 yılında eklenmiş olan özel çatışma kuralına dayanan bir çatışma bulunmamaktadır. 2004 yılında Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenmiş olan cümlenin getirdiği özel çatışma kuralı nedeniyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile kanun arasında bir çatışma söz konusu olsaydı bile, kanunun ihmal edilerek uluslararası antlaşmanın uygulanması gerekirdi. Ancak kanunun uygulanma kabiliyetini kaybetmiş olması, onun yürürlükte olmadığı başka bir deyişle mülga olduğu anlamına gelmemektedir.

Bu nedenle öğretide bazı yazarların⁹² ve Bölge Adliye Mahkemelerinin uluslararası antlaşma konumundaki Ek 7 No’lu Protokolün 5. maddesinin Medeni Kanunumuzun 336. maddesinin 3. fıkrasını örtülü olarak yürürlükten kaldırdığını ifade etmeleri yerinde değildir.

Sonuç

Günümüzde, bir yandan velayet savaşlarının ortadan kaldırılması amacına hizmet edeceği öte yandan çocuğun gelişimi açısından sadece anneye değil aynı şekilde babaya da ihtiyaç duyduğunun bilimsel olarak kanıtlanmış olması nedeniyle, hemen hemen bütün yabancı hukuk düzenlerinde çocuğun anne ve babası ile arasındaki mevcut ilişkinin korunması ve sürdürülebilmesinin önemine ve çocuğun yararının korunması ilkesine vurgu yapılmak suretiyle boşanmadan sonra evlilikte olduğu gibi velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılması önerilmektedir.

Nitekim yabancı ülkelerde AİHM kararlarının ve Anayasa Mahkemesi kararlarının etkisiyle, ana babanın medeni durumundan hareketle çocuğun velayetinin tespit edilmesine

⁸⁷ **Dönmez, Ünsal/Barın, Taylan**, “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, TAAD, Y. 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 203.

⁸⁸ **Apaydın**, s. 467.

⁸⁹ **Aybay**, s. 211; **Ergül**, s.74-75; s. 80.

⁹⁰ **Ergül**, s. 85.

⁹¹ **Ergül**, s. 80.

⁹² **Gençcan**, s. 26.

ilişkin anlayış terk edilmiş; evlilik içi evlilik dışı ve boşanmış ailelerin çocukları bakımından eşitlik sağlanmış ve ayrımcılığa son verilmiştir. Bu kapsamda Avusturya'da 1 Şubat 2013 tarihinde Almanya'da ise 19 Mayıs 2013'te yürürlüğe giren değişiklikler ile her iki ülkenin velayet hukukuna ilişkin hükümleri revize edilmiştir. En son İsviçre'de 1 Temmuz 2014 tarihinde gerçekleşen revizyon neticesinde birlikte velayet İsviçre hukuku bakımından kural haline gelmiştir.

Hukukumuz bakımından Medeni Kanunun yürürlükteki hükümleri ile ilgili olarak yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde ifade etmiş olduğumuz üzere, TMK'nın 336. maddesinin ilk iki fıkrasında çocuğun yararının velayetin birlikte kullanılması ile gerçekleştirileceğini kabul eden kanun koyucu, aynı maddenin 3. fıkrasında çocuğun yararının kural olarak, ana ve babadan biri tarafından tek başına kullanılması halinde gerçekleştirileceğini, boşanmadan sonra eşler arasındaki anlaşmazlıkların devam edeceği ve boşanma sonrası velayet hakkının birlikte kullanılmasının fiilen mümkün olamayacağı düşüncesinden hareketle benimsemiştir. Ancak velayet hukuku alanında yaşanan gelişmeler karşısında bu argümanlar eski önemini kaybetmiş, TMK m. 336/3 hükmü günümüz ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak bir düzenleme haline gelmiştir. Medeni Kanunumuzda somut olaya ilişkin bir hüküm mevcuttur. Fakat hükmün amacı (*ratio legis*) ele alındığında, somut olaya uygulanması uygun değildir. Hükmün lafzı geniş tutulmuş, somut olaya ilişkin istisnai durum dikkate alınmamıştır. Savunmuş olduğumuz görüşe göre, TMK m. 336/3 hükmünde örtülü bir boşluk mevcuttur, hâkim Medeni Kanunumuzun 336. maddesinin 3. fıkrasında mevcut olan bu örtülü boşluğu, örtülü boşlukların doldurulmasının başlıca yolu olan amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yönteminden yararlanarak doldurabilirse de, hiç şüphesiz en uygun çözüm kanun koyucunun İsviçre hukuku ve diğer yabancı hukuklarda olduğu gibi velayet hukuku alanında yaşanan değişim ve gelişmeleri dikkate alan bir revizyona gitmesi olacaktır.

Uluslararası sözleşme kuralları, sadece anayasal kuralların yorumunda değil, aynı zamanda iç hukuk kurallarının yorumunda, özellikle de ulusal mevzuatta yer alan çocuğun yararı kavramı gibi, soyut kavramların somutlaştırılmasında önemli bir rol oynarlar. Bu nedenle TMK m. 366/3 hükmünde mevcut olan örtülü boşluğu kanun hükmünün amacı olan çocuğun yararını dikkate alarak dolduracak olan hâkimin, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun dinlenmesine ilişkin 12. maddesinin yanı sıra velayetin çocuğun yararı doğrultusunda birlikte kullanılması bakımından önem taşıyan diğer hükümleri olan m. 3, m. 7, m. 9 ve özellikle 18/1 hükümlerini dikkate alması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2013.

Apaydın, Eylem, "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", İnÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2018, s. 445 vd.

Arkan Serim, Azra, "Boşanma Halinde Ortak Velayet", LHD, C. 14, S. 167, Y. 2016, s. 6075.

Aybay, Rona, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", TBBD, S. 70, Y. 2007, s. 187 vd.

Birinci Uzun, Tuba, "Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", HÜHFD, C. 6, S. 1, Y. 2016, s. 135 vd.

Büchler, Andrea/Clausen, Sandro, FamKommentar Scheidung, Band I: ZGB (Hrsg.: **Schwenzer, Ingeborg/Fankhauser, Roland**), 3. Aufl., Bern 2017.

Cantieni, Linus, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, Eine empirische Untersuchung, Diss., Bern 2007.

Dethloff, Nina, Familienrecht, 31. Aufl., München 2015.

Dönmez, Ünsal/Barın, Taylan, “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, TAAD, Y. 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 175 vd.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul 2019.

Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, Ankara 2018.

Ergül, Ozan, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, Yıldırım Uler’e Armağan, Lefkoşa 2014, s.65 vd.

Erlüle, Fulya, İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara 2019.

Gençcan, Ömer Uğur, “Ortak Velayet”, İzmir Barosu Bülten, Y. 27, 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Mart 2017, s.24 vd.

Hatemi, Hüseyin, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2015.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004.

Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1986.

Kurt, Leyla Müjde, “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, İnÜHFD, C. 9, S. 2, Y. 2018, s. 157 vd.

Kuzucu, Yaşar, “Değişen Babalık Rolü ve Çocuk Gelişimine Etkisi”, TPDRD, C. 4, S. 35, Y. 2011, s. 79 vd.

Matthiessen, Stephanie, Gemeinsame Elterliche Sorge in scheidungssoziologischer Perspektive, Diss.,Hamburg 2004.

Muscheler, Karlheinz, Familienrecht, 4. Aufl., München 2017.

Nomer, Halûk Nami/Akbulut, Pakize Ezgi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2018.

Öcal Apaydın, Bahar, “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, BAÜHFD, C. 11, S. 145-146, Y. 2016, s. 631 vd.

Öztan, Bilge, “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006.

Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.

Serdar, İlknur, “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2008, s. 155 vd.

Serozan, Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm-Kişiler Hukuku),8. Bası, İstanbul 2018.

Tathoğlu, Kasım/Demirel, Nuri, “Sosyal Bir Gerçeklik Olarak Boşanma Olgusu: Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 4, S. 22, Mart 2016, s. 59 vd.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.

Usta, Sevgi, Velayet Hukuku, İstanbul 2016.

Wolf, Stephan/Schmuki, Deborah, “Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutschland und Österreich”, Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014.

^{4f} **MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASI HAKKINDA DÜŞÜNCELER**
(THOUGHTS ON ACTIONS FOR RECOVERY OF PROPERTY
IN INHERITANCE PRACTICES)

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ**

Armağan'da yer alan yazılar Armağan'ın sunulduğu meslekdaşa ithaf edilmiş sayılır. Ben de bu kısa yazıyı, değerli meslekdaşım Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı'ya çoban armağanı olarak ithaf ediyorum. Kendisiyle kısa sayılmayacak bir kürsü arkadaşlığımız ve Eşya Hukuku ile Borçlar Hukuku alanında da ortak çalışmalarımız oldu. Hukukçuluğu yanında insani meziyetleri ile de mümtaz olan Meslekdaşım'a daha nice sağlıklı, verimli yıllar niyaz ediyorum.

ÖZ

Miras sebebiyle istihkak davası; Türk Hukuku'nda üzerinde oybirliği sağlanamamış konulardan biridir. 1926 da yürürlüğe giren ilk Medeni Kanun Fransızca CCS metnini esas aldığı ve "L'action en pétition d'hérédité" terimini; Türk Hukuku'nda mülkiyet davası(Vindikation, rei vindicatio) anlamına gelen istihkak terimini içeren "miras sebebiyle istihkak davası" şeklinde aktardığından dolayı, bu dava zamanaşımına bağlı bir istihkak davası olarak görülmüştür. Bir süre sonra da İsviçre Hukuku alanında, bu davanın "possesor pro herede"ye karşı açılmasının zorunlu olmayıp "possesor pro possessoreye"ye karşı da açılabileceği görüşü güç kazanınca, tereddütler ve görüş ayrılıkları büsbütün çoğalmıştır. Bu makalede bu görüş eleştirilerek miras sebebiyle istihkak davasının anlam ve kapsamı açıklanmaya çalışılmaktadır.

Anahtar kelimeler: Miras sebebiyle istihkak davası, tereke, miras sebebiyle istihkak davasında davalı, pro herede possesor.

ABSTRACT

The first Turkish Civil Code, which entered into force in 1926, was based on the French-language version of the Swiss Civil Code (CCS). Therefore, just like the Swiss one, the Turkish Civil Code considers "l'action en pétition d'hérédité" as an action for the recovery of property in inheritance practices. In Turkish law, such an action (Vindikation, rei vindicatio) has been regarded as time-barred. Since the adoption of the Code, whereas hesitations and disagreements arose, particularly over the opinion that this action should not be directed against the possessor pro herede, the idea that it could be filed against the possessor pro possessor has gained weight. While criticizing this view, this paper attempts to

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 18.02.2020. İlk hakem raporu tarihi: 24.06.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 24.06.2021. Onaylanma Tarihi:24.06.2021.

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7098-8294.

Esere Atf Şekli: Hüseyin Hatemi, "Miras Sebebiyle İstihkak Davası Hakkında Düşünceler", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.577-582.

explain the meaning and scope of the action for the recovery of property in inheritance practices.

Keywords: *Action for recovery of property by reason of Inheritance, Succession, Inheritance, Defendant in the Action for Recovery Inheritance, pro herede possessor.*

I- Genel Olarak

Miras sebebiyle İstihkak Davası hakkında geniş bir makale; Hocamız **Prof. Dr. Fikret Eren** imzası ile ve Prof. Dr. Cevdet Yavuz Armağanı'nda yayımlanmıştır. Bu konuda bir monografi de merhum hocamız **Prof. Dr. Kemal Tahir Gürsoy** tarafından yayımlanmıştır (AÜHF yayınları, Ankara 1958). Bundan önce de Hakim **Nedim Ergüven**'in monografisi vardı (İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1942).

Merhum arkadaşım **Doç. Dr. Kevork Acemoğlu** asistanlık döneminde iken bu davayı “Roma Hukuku'nun bir kalıntısı” olarak görmüş ve artık gereksiz olduğunu ileri sürmüştü (İÜHF XXVIII, s.1, 1962 içinde- Bu makalenin -Almanca çevirisi de daha sonra 1963'te İstanbul ÜHF'nin “Annales” adlı dergisinde yayımlanmıştır).

O sıralarda Miras Hukuku'nun bu bahsi benim için açıklık kazanamamıştı. “İstihkak davası (Rei vindicatio)” ile “**miras sebebiyle istihkak davası**”nın sınırları nasıl belirlenmeliydi? Bu dava; çoğunluğun dediği gibi, miras dolayısıyla bir hak iddia etmeyen “possessor pro possessore (sadece zilyed)” ye karşı da açılabilirdi mi idi?

İstanbul ÜHF'de doktora adayı olan **Doç. Dr. Cem Akbıyık**'ın danışmanı olarak kendisine bu konuyu teklif etmiştim. 2002'de oybirliğiyle kabul edilen bu tez, 2003'te yayımlandı (Der Yayınları, İstanbul). Bu sırada TMK yürürlüğe girmişti. Ayrıca, İsviçre'de 2012 yılında kabul edilen ve 2014'te yayımlanan, çok geniş bir bibliyografya içeren; **Amir Moshe**'nin tezini görünce, bu alandaki tartışmalı noktalarda oybirliği sağlamadığı için, “**Miras Sebebiyle İstihkak Davası**” konusunu; bu kez de İTİCÜHF'de araştırma görevlisi olan **S.N. Güvenç Uluçlar**'a önerdim. Umarım ki bu tezdin sonra bu konu daha açıklık kazanacak ve belki de görüş birliğine varılabilecektir.

II- Kullanılan Terim Açık mıdır?

Fransız Hukuk dilinde bu dava için “petitio hereditatis” teriminin karşılığı olan “pétition d' heredité” terimi kullanılmaktadır. Eski Hukukumuzda “istihkak” terimi sadece “Rei vindicatio, revendication” karşılığında kullanılmayıp, mesela “tevlîyete istihkak, galle-ye istihkak” anlamında, “müstahakk olma”yı ifade etmek üzere kullanıldığı için, CCS'den yapılan çeviride de “**miras sebebiyle istihkak davası**” **dendi**. TMK'da da bu terim muhafaza edilmiştir. Alman Hukuk dilinde “**Erbschaftsklage**=Mirasçılık Davası” denmektedir ve daha uygun bir terim olarak görünmektedir.

Özel bir ad alabilmesi için bu davanın “**rei vindicatio**” karşısında ve genel alacak davası karşısında bir özelliği olması gerekir. İstihkak davası (rei vindicatio)nın bir uygulaması söz konusu olsa idi, zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı olmayan bu davanın İsviçre ve Türk Medeni Kanunları'nda ayrıca düzenlenmesine gerek duyulmazdı. Şu halde ne gibi özellikleri olduğunun araştırılması gerekmektedir.

III- Miras Sebebiyle İstihkak Davası Özel Olarak Düzenlenmeseydi Ne Olurdu?

a) Daha yakın mirasçıların veya eşit konumdaki mirasçılarının yerine daha uzak konumda bir mirasçı mirasçılık belgesi alsa idi, bu mirasçılık belgesinin iptali istenerek terekeden hak talep edilebilir miydi? Alacaklar için, para gibi benzerli(misli) taşınır için, benzersiz eşya(misli olmayan eşya) için, zamanaşımı süresi ne olurdu? Kazandırıcı zamanaşımı(Ersitzung) veya def'i niteliğindeki alacak zamanaşımı ileri sürülebilir mi idi?

Kanaatimce, mirasçılık belgesinin iptali istendiği takdirde, davalı veya davalıların eline geçmiş bulunan tereke mallarından benzerli olanlar için **“karışma”** dolayısıyla sebepsiz zenginleşme davası, benzersiz(misli) olmayanlar için istihkak davası açılır ve misli olmayan eşya taşınır ise kazandırıcı zamanaşımı süresi de söz konusu olmazdı. İyiniyet dolayısıyla derhal kazanma da söz konusu olamazdı.

Çünkü bu durumlarda cüz'i halefiyet ve devren iktisap yok, külli halefiyet yoluyla iktisap vardır. Şu halde, derhal kazanma veya iyiniyetle kazandırıcı zamanaşımı yolunu doldurarak benzersiz(misli olmayan) tereke malının kazanıldığı “possessor pro herede” tarafından ileri sürülemez ve adi istihkak davası ile tereke malı geri istenebilirdi. Taşınmazlarda olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı söz konusu olurdu. Ancak, TMK md.713/2'deki “ölmüş, ya da...” ibaresinin 17.03.2011 tarih ve 2009/58 sayılı kararıyla iptalinden sonra, davalı mirasçılar da artık olağanüstü kazandırıcı zamanaşımını ileri süremezlerdi (Bu Anayasa Mahkemesi kararının yerindeliği ayrı bir tartışma konusudur).

b) Miras bırakanın sağlığında veya ölümünden sonra mirasçı olmayan üçüncü kişilere zilyedliği geçirilmiş tereke değerleri üçüncü kişilerden talep edilebilirdi.

aa) Bu değerler taşınır niteliğinde ve miras bırakanın rızasıyla emin sıfatıyla zilyede devredilmiş idiyse, halen zilyedliği haiz olan üçüncü kişi, devraldığı anda mülkiyeti kazandığı için geri alma mümkün olamazdı(TMK md.988, hatta TMK md.990'ın şartları varsa, “taşınır davası” reddedilir; TMK md.763/2 gereğince istihkak davası da açılmazdı).

Zilyedlik davalarından olan taşınır davasının beş yıllık hak düşürücü süresi geçmiş idiyse; iyiniyetli olmasına rağmen, kötü niyetliden taşınırı devralmış ve henüz kazandırıcı zamanaşımı için aranan beş yıllık süreyi TMK md.996(actio temporis) şartlarıyla dolduramamış olan zilyede karşı istihkak davası açılıp açılmayacağı konusu da tartışmalıdır. Benim görüşüm, TMK md.996'daki accessio temporis şartları gerçekleştikçe “hırsızdan devralan” a karşı taşınır davası açma hakkının düşmesine rağmen, istihkak davasının düşmeyeceği yönündedir. TMK md.996 şartları görmezlikten gelinerek aksine bir sonuca varılamaz. TMK md.763/2 “zilyedlik hükümlerine göre kazanmanın korunduğu hallerde” iyiniyetli devralanın taşınırın mülkiyetini kazanacağını belirtmektedir. TMK md.996 zilyedlik hükümlerinden değil midir? Şu halde nasıl olur da TMK md.996'yı görmezlikten gelerek taşınır davasının 5 yıllık hak düşürücü süresi geçmiş ise artık TMK md.996 şartları gerçekleşmemiş olsa bile iyiniyetli devralana karşı istihkak davası da açılmayacağı görüşü savunulabilir?

bb) Taşınır değerler mirasın elinden hırsızlık veya gasp yoluyla çıkmış, veya mülkiyeti kazanılmamış yitik eşya(kaybolmuş eşya) niteliğinde ise bizzat çalan, gasp eden, bulana karşı istihkak davası açılabilirdi.

IV- Roma Hukuku'ndan Gelen Bu Davanın BGB'de Düzenlenişi

Roma Hukuku'nda, başlangıçta sadece terekede hak iddia eden, mirasta hakkı dolayısıyla zilyedliğini ileri süren “possessor pro herede”ye karşı açılan bu dava, zamanla “possessor pro possessore”ye karşı da “formula” verilerek açılabilen bir dava haline gelmişti. Ne

var ki “possessor pro herede”ye karşı singular(münferit) bir dava açılırsa, davalı; bir def’i ileri sürüp kendisi mirasta hak iddia ettiğine göre, davanın singular dava şeklinde görülmesi gerektiğini söyleyebilirdi(bkz: Koschaker, K. Ayiter neşri, Roma Hususi Hukuku’nun Ana Hatları, Ankara 1975, Yenibası, § 99, s.403-405)

BGB’nin hazırlık çalışmalarında Roma Hukuku temeline dayanmakla birlikte, Roma Hukuku’nun artık “ratio legis”i kalmayan kurallarına yer verilmeyerek, bu davanın sadece “possessor pro herede”ye karşı açılabilir bir dava olduğu kanaatimce doğru olarak kabul edildi ve kanunda böyle düzenlendi(bkz: **Amir Moshe**, Die Erbschaftsklage im § ZGB, Basel 2014, § 3, s.23)(bkz: BGB § 2018)

Mirasçılık sıfatı dışında, terekeden bir mala; bağışlama veya satış gibi bir sebeple malik olduğunu iddia edenin davası da miras sebebiyle istihkak davası niteliğinde sayılmaktadır.

Alman Hukuku’nda aynî talepler için de zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Bu sebeple; adî istihkak davası ile miras sebebiyle istihkak davası arasında zamanaşımına tabi olup olmamaları bakımından bir fark yoktur. Bizde “**possessor pro possessore**”ye karşı da miras sebebiyle istihkak davası açılabilirliği görüşü bu açıdan da tereddüt doğurmaktadır. Mirasçılar arasındaki ihtilafların süresiz olarak açılacak davalara konu olması istenmediği için miras sebebiyle istihkak davası aynî nitelikte talepler içermesine rağmen nasıl olur da “**possessor pro possessore**” de mirasçılık sıfatı olmadığı halde kendisine zamanaşımı def’i’ni ileri sürme hakkı tanınabilir?

V- İsviçre Hukuku’nda ve Türk Hukuku’nda Durum

ZGB. 598’de davalı sadece “zilyed(besitzer)” olarak anılmaktadır. Ancak, tereke veya tereke malı üzerinde “**üstün hak**” sahibi olandan bahsedildiğine göre; ZGB.598 de BGB.§2018 ile uyumlu olarak yorumlanabilirdi.

“Tereke veya tereke malı” dendiğine göre, bu dava külli veya münferit bir dava şeklinde görünebilir.

Türk Hukuku’nda MK md.557’de “**Kanuni veya mansup mirasçı sıfatıyla râcih bir hakka malik olduğuna zahib olan kimse**” ifadesi kullanılmakta, davalı için de “**tereye veya bir kısmına vaz’ı yed edenler**” denmekte idi. TMK’da da ifade sadeleştirilerek aynı içerikte TMK md. 637 yer almaktadır.

İsviçre Medeni Kanunu daha yeni yürürlüğe girmişken savunulan bir doktora tezinde miras sebebiyle istihkak davasının “possessor pro possessore”ye karşı da açılabilirliği görüşü savunulmuştur(**Georg Leuch**, Die Erbschaftsklage des SZGB, Bern 1912).

E. Baudat, 1964 tarihli lisans ve doktora tezinde bu kanaatte görünmektedir(L’action en pétition d’ heredité en droit suisse, Lausanne 1964, §5, s.47).

Schuckan da “Die Erbschaftsklage des SZGB başlıklı tezinde bu görüşe katılmakta idi(Zürich 1943-**Patrick Som**m, Die Erbschaftsklage des SZGB, Bern-Peter Lang, s.79’dan naklen).

Somm da aynı görüştedir(Anılan eer, 2.II.A s.79)

Eski müelliflerden **Rossel-Mentha** ise BGB düzenlemesine uygun görüşü savunmuşlardır(Manuel du droit civil suisse, 2.bası, Lausanne-Genf 1921, s.207). **Rossel-Mentha**’nın eseri, Medeni Kanun’un kabulünden sonra, o dönem hukuk öğreticilerinin çoğu Fransızca bildikleri için Türk öğreticilerini de bu yönde etkilemiştir.

Piotet de davalının “possessor pro possessore” olabileceği görüşündedir(Piotet, Précis de Droit Successoral, 2.bası, Berne, 1988, s.145).

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht içinde(3.bası, Zürich, Schulthess, 2016)
T. Göksu da bu görüşü belirtmektedir(Art. 598,10, s.334).

Türk Hukuku'nda, bu konuda davanın “**possessor pro herede**”ye karşı açılabilceği görüşü hakim görünmekte idi(bkz: **Ö.L. Bozcalı**, Taksim, Şuyu'un Giderilmesi ve Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul 1946, s.111-112).

Nedim Ergüven, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul 1942'de BGB ile ZGB'nin düzenleme farkına işaret etmekle birlikte çok açık olarak bu görüşlerden birine taraftar olduğunu belirtmekten kaçınmaktadır(s.43,vd.).

Yukarıda zikrettiğimiz monografisinde **K.T.Gürsoy**, davanın “possessor pro possessore”ye karşı da açılabilceği görüşündedir(s.92). Herhalde bu görüş, Yargıtay kararlarının da yön değiştirmesinde etkili olmuştur.

C. Akbıyık da Türk ve İsviçre Hukuku'nda çoğunluğun görüşünün, davanın “possessor pro possessore”ye karşı da açılabilceği yönünde olduğunu belirtmektedir(s.207,dn.623).

Kanaatimce, Roma Hukuku'nda “**legis actiones**” döneminde davalar “**numerus clausus**” ilkesi ile belirlenmiş olduğu için “**possessor pro herede**” ye karşı bu davanın açılması mümkün iken daha sonra “**praetor formulası**” ile dava açılması döneminde bu şart kaybolduğu için İsviçre hukukçuları da İsviçre Hukuku'nun Alman Hukuku'ndan bağımsızlığı görüşü ile ZGB'nin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra belki de kanunu hazırlayanların görüşüne de uymayarak bu davanın sadece “possessor pro herede”ye karşı açılabilceği görüşüne karşı çıkmışlardır.

VI- Özet Olarak Düşünceler

1)TMK md. 637 miras sebebiyle istihkak davasının “yasal veya atanmış mirasçı” tarafından açılacağını, davacının mirasçılıktaki üstün hakkını ileri süreceğini belirtmektedir. “Mirastaki üstün hak”, ancak bir mirasçıya karşı ileri sürülebilir. Yoksa “üstün hakk(**besserer recht**)”ın anlamı kalmaz. Hırsız karşı açılan istihkak davasında(rei vindicatio) “üstün hak”tan bahsedebilir miyiz? Şu halde davacının yasal veya atanmış mirasçı olduğu bu davada, davalı da, mirasa ilişkin; fakat üstün olmayan bir hak iddiasıyla zilyed olan kişidir(possessor pro herede).

2) Bu dava külli dava mıdır? Yine TMK md.637'den anlaşıldığına göre, külli dava olarak açılabilceği gibi, “**bazı tereke mallarını**” elinde bulunduran mirasçıya karşı münferit dava olarak da açılabilmelidir.

3)Külli dava olarak açıldığı takdirde, davalı mirasçının elinde davalıyı hak sahibi olarak gösteren “mirasçılık belgesi” varsa, davacı önce ihtiyati tedbir isteyerek, mirasçılık belgesinin iptali için “**hasımlı veraset**” davası açmalıdır. Bu davanın açılması ile; miras sebebiyle istihkak davasının zamanasını süresi kesilecektir(TBK md.154,156).

4)Davacının üstün veya aynı derecedeki mirasçılık hakkı inkar edilmeksizin, terekeden bazı benzerli mallar miras bırakanın ölümünden önce veya sonra terekede hak iddia eden bir “possessor pro herede” tarafından tek başına zilyedliğine geçirilmiş ise, açılacak dava yine münferit(singular) miras sebebiyle istihkak davası olmalıdır.

5)Külli mirasçılık davasında, davacı mirasın açılmasıyla külli halefiyet yoluyla elde ettiği “**elbirliği mülkiyeti payı**”nı talep ettiği için, davalı tarafından elden çıkarılmamış veya davalının malvarlığına karışmamış “benzerli(misli)” mallar üzerindeki “**miras payı**” da talep edilmiş olur. Terekeden çıkmamış “**benzersiz eşya**” da külli dava sonucunda verilen kararın kapsamına girer.

6)Benzersiz eşya üçüncü kişiye devredilmiş ise yine münferit miras sebebiyle istihkak davası; malı zilyedliğine geçiren “possessor pro herede”ye karşı açılabilir.

7)Benzersiz eşya üçüncü kişiye devredilmiş ise üçüncü kişi “emin sıfatıyla zilyed”den devralmış sayılamayacaktır. Üçüncü kişi, iyiniyetli olması şartıyla “**kazandırıcı zamanaşımı**” 5 yıllık süresinin dolmasıyla malik olur. Bu süre dolmamış ise ona karşı açılacak dava artık miras sebebiyle istihkak davası değil, adi istihkak davası olacak ve malın terekeye iadesi istenecektir.

8)Benzerli(mislî) eşya üçüncü kişinin zilyedliğine devredilmiş, TMK md.990 gereğince iyi niyetli zilyed tarafından kazanılmış, veya kazandırıcı zamanaşımı süresi dolmuş, yahut üçüncü kişinin malvarlığına karışmış ise, sebepsiz iktisap veya haksız fiilden doğan davalar, gerek devreden “**possessor pro herede**”ye, gerek üçüncü kişiye karşı açılabilir. Devreden “**possessor pro herede**”ye karşı miras sebebiyle istihkak davasının bu davalarla yarışıp yarışmayacağı konusu ayrıca düşünülecek bir sorundur. Kanaatimce devreden “**possessor pro herede**”ye karşı açılacak sebepsiz iktisap ve haksız fiil davaları ile miras sebebiyle istihkak davası yarışabilmelidir.

9)Alman Hukuku’nda aynı haklardan doğan talepler de zamanaşımına tabi olduğu için, miras sebebiyle istihkak davasının da zamanaşımına tabi olması yadırganmaz. Bizde de ve Alman Hukuku’nda da miras sebebiyle istihkak davasının zamanaşımı süresine bağlı olmasının sebebi, yine bu davanın mirasçılar arasında bir dava oluşu ve bu ihtilafların süresiz askıda kalmalarının istenmemesidir. Bu sebeple, tenkis ve iptal davaları da, yenilik doğuran davalar olarak hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Kanunkoyucu, İcra Hukuku çerçevesinde; kesin hükümsüzlük ileri sürülebilecek bazı davaları da hak düşürücü süreye bağlamış, kadastro geçen arazide eski kayıtlara dayanarak hak iddia etme için de bir hak düşürücü süre getirmiştir(Kadaastro Kanunu md.12/3). Amaç miras ihtilaflarının süresiz olarak ileri sürülmesini önlemek ise, bu amaç “**possessor pro possessore**”ye karşı açılacak davaya da zamanaşımı süresi getirilmesini haklı göstermez.

10)Miras sebebiyle istihkak davasının TMK md.639’da düzenlenen zamanaşımı süreleri de dolmadıkça, davalı “**possessor pro herede**”nin terekeye dahil bir malı kazandırıcı zamanaşımı ile kazandığını ileri sürme hakkı yoktur(TMK md.638/2). Burada “hakkın doğmadığı itirazı” söz konusu olur. Hakim tarafından re’sen göz önünde tutulması gerekir.

11)Önceki MK’da yer alan md.580; vasiyet alacaklısının alacak davasının bağlı olduğu alacak zamanaşımı özel bir miras sebebiyle istihkak davası niteliğinde görülmeyerek TMK’da “**miras sebebiyle istihkak davası**” ayırımından çıkarılmış ve “**mirasın kazanılması**” ayırımında yer verilmiştir

12)Miras sebebiyle istihkak davası konusunda daha önce ileri sürdüğüm mülâhazalar için bkz: Hatemi, Miras Hukuku, 8.bası, Onikilevha, §14,s.168-Burada söylediklerim kitap-taki düşüncelerimin kısmen değiştiğini göstermektedir.

^{4f} ANLAŞMALI BOŞANMA PROTOKOLÜNDEN DÖNÜLEBİLİR Mİ?

(CAN A DIVORCE SETTLEMENT AGREEMENT BE RESCINDED?)

Prof. Dr. Haluk Nami NOMER* **

ÖZ

Anlaşmalı boşanma usulünde boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenleme (anlaşmalı boşanma protokolü), aile hukukuna özgü, hüküm doğurması hâkimin onayına bağlı bir sözleşmedir. Bu sözleşme, mahkemece tarafların dinlendiği ve bu dinlemede tarafların boşanma iradelerini ve yaptıkları anlaşmayı teyit ettikleri andan itibaren tarafları için bağlayıcıdır; o andan itibaren eşlerden herhangi biri bu anlaşmadan serbestçe dönemez. Bu aşamadan sonra eşler ancak irade sakatlıklarından birine dayanarak, hâkim sözleşmeyi henüz onaylamamışsa, onu iptal edebilir (hâkimden onaylamamasını talep edebilir) veya onaydan sonra boşanma kararına karşı kanun yoluna başvurabilir. Fakat Yargıtay tarafların, anlaşmalı boşanma protokolünden boşanma kararı kesinleşinceye kadar serbestçe dönebilecekleri görüşündedir.

Anahtar Kelimeler: Anlaşmalı boşanma, anlaşmalı boşanma protokolü, sözleşmeden dönme

ABSTRACT

In the case of uncontested divorce, the arrangement reached by the parties regarding the consequences of divorce and the status of the children (settlement agreement) is an agreement specific to family law. It becomes effective, subject to the approval of the judge. This agreement is legally binding from the moment that the parties confirm the intention to divorce and the agreement during the court hearing; henceforward, spouses cannot freely rescind the settlement agreement. After this stage, and until the judge approves the agreement, the spouses can only rescind (request the judge not to approve) the agreement based on defects in consent, or they can appeal the divorce decision upon the approval. However, the Turkish Court of Cassation is of the opinion that the parties can freely rescind the settlement agreement until the finalization of the divorce decision.

Keywords: Uncontested divorce, divorce settlement agreement, rescinding an agreement

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi:15.04.2019. İlk hakem raporu tarihi:12.02.2021. İkinci hakem raporu tarihi:16.02.2021. Onaylanma Tarihi:16.02.2021.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7448-7454

Eser Atıf Şekli: Haluk Nami Nomer, "Anlaşmalı Boşanma Protokolünden Dönülebilir mi?", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.583-591.

I. Anlaşmalı Boşanma Usulünde Boşanma Kararına Esas Oluşturan Anlaşmanın (Protokolün) Hukuki Niteliği

Anlaşmalı boşanmayı düzenleyen TMK m. 166, f. 3 hükmüne göre hâkimin boşanmaya hükmedebilmesi için öncelikle boşanmak isteyen eşlerin boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında bir düzenleme yapmaları ve bunu hâkimin onayına sunmaları gerekir. Uygulamada “protokol” olarak isimlendirilen bu düzenlemeyi, kanun “anlaşma” olarak nitelemiştir. Aynı fıkrada, hâkimin, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabileceği, bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunacağı öngörülmüştür.

Bu anlaşma teknik anlamda bir sözleşmedir ve geçerli olarak kurulup kurulmadığı ilk planda TBK m. 1 vd. hükümlerine göre belirlenir¹. Dolayısıyla boşanma anlaşması sözleşme niteliğine uygun olarak birbirine uygun karşılıklı irade beyanları ile kurulur. Sözleşmeler sadece borç sözleşmelerinden ibaret değildir; kişiler, aile, miras, eşya hukuklarında da sözleşmeler yer alır². Burada da aile hukukuna özgü bir sözleşme söz konusudur.

Sözleşmeler hukuki işlemlerin önemli bir türüdür. Her hukuki işlemde olduğu gibi, sözleşme kurmaktaki amaç, bir hukuki sonuç yaratmaktır. Burada eşlerin yaptıkları anlaşmanın hukuki sonucu, hâkimin boşanma kararı verebilmesi için kanunun aradığı önşartı yerine getirmekten ibarettir: Anlaşmalı boşanma usulünde hâkimin boşanma kararı verebilmesi için boşanmak isteyen eşlerin boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında bir düzenleme yapması ve hâkimin bunu onaylaması şarttır.

Boşanmak isteyen eşler bu anlaşmayı yaparak hâkimin anlaşmalı boşanmaya karar vermesi için gerekli önşartı gerçekleştirmeyi amaçlarlar. Ancak tarafların anlaşması bu sonucu sağlamaya yetmez. Ayrıca hâkimin bu anlaşmayı “uygun bulması” gerekir. Burada eşlerin yapmış oldukları anlaşmanın hüküm doğurması ilave bir şarta bağlanmıştır. Tarafların iradesine değil, kanuna dayanan bu tür şartlara kanuni şart (hukuki şart, *condicio iuris*) denir³. Kanuni şartın öngörüldüğü hallerde, hukuki işlemin kurucu unsuru olan irade beyanları tamam olduğu halde, yani hukuki işlem kurulduğu halde, onun ilave bir unsur ile tamamlanması gerekir. Bunu ifade etmek üzere öğretide “noksanlık” tabiri kullanılmaktadır. Tamamlayıcı unsurun gerçekleşmesinden önceki dönemde hukuki işlemin akıbeti askıdadır. Tamamlayıcı unsur gerçekleştiğinde sözleşme hükümlerini doğurur; tamamlayıcı unsurun gerçekleşmeyeceği kesin olarak belli olduğunda ise işlem tamamen hükümsüz olur⁴. TMK m. 166, f. 3’te aranan hâkimin anlaşmayı “uygun bulması” şartı da sözleşmenin hüküm doğurması için aranan kanunî bir şart niteliğindedir⁵; bu şartın gerçekleşmesinden önce sözleşme kurulmuş, fakat henüz hükümlerini doğurmamıştır.

Hâkimin boşanmak isteyen eşlerin yapmış oldukları anlaşmayı uygun bulması ile birlikte, anlaşma, hükümlerini doğurur; böylece hâkimin boşanma kararı verebilmesi için

¹ Öz Seçer, Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, Yıl: 2016, 264; 14.11.2016 tarihli, LC160036-O/U sayılı Zürich Kantonu Yüksek Mahkemesi (Obergericht des Kantons Zürich), 2. Medeni Hukuk Dairesinin (II. Zivilkammer) kararı; karar için bkz. http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LC160036-O6.pdf (24.02.2019).

² Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008, § 11 N. 5.

³ Lâle Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, 84.

⁴ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 24. Bası, İstanbul 2018, N. 767 vd.

⁵ Halük N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2018, N. 36 vd., N. 36.8.

gerekli maddi şart yerine gelmiş olur⁶. Hâkim buna dayalı olarak boşanma kararını verir ve tarafların anlaşmasını boşanma kararının hüküm fıkrasına geçirir. Anlaşmanın boşanma kararının hüküm fıkrasına geçirileceğine dair kanunda her ne kadar bir açıklık yoksa da, Yargıtay uygulaması bu yöndedir⁷. İsviçre’de ise bu husus kanunda özel olarak düzenlenmiştir: 19 Aralık 2008 tarihli İsviçre (Federal) Medeni Usul Kanunu (Schweizerische Zivilprozessordnung), boşanma usulüne ilişkin ayırmada yer alan 279. maddesinin 2. fıkrasında, boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşmanın mahkemenin onayı ile hüküm ifade edeceğini ve keza anlaşmanın boşanma kararının hüküm fıkrasına geçirilmesi gerektiğini açıkça hükme bağlamıştır⁸. Boşanma kararı ile birlikte eşlerin yaptıkları anlaşma artık sözleşme karakterini kaybeder; mahkeme kararının bir parçasını oluşturur⁹. Bu sebeplerdir ki, hâkimin onayından sonra anlaşmanın iptali ancak kanun yoluyla olabilir¹⁰.

Bu arada anlaşmalı boşanma usulünde eşlerin yaptıkları düzenleme ilk planda bir sulh sözleşmesine benzemekle birlikte mutlak sulh sözleşmelerinden farklıdır¹¹: Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, “*Sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyumsuzlukları konu alan davalarda yapılabilir.*” (HMK m. 313, f. 2). Bunun içindir ki, görülmekte olan bir davada tarafların yapacakları sulh anlaşmasının, hâkim tarafından uygun bulunması gerekmez. Sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir (HMK m. 315, f. 1, c. 1); hâkim -taraflar sulhe göre karar verilmesini istemezlerse-, “*esas hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına*” karar vererek yargılamayı sona erdirir (HMK m. 315, f. 1, c. 2 ve madde gerekçesi). Sulh anlaşması, mahkeme içi sulhte de, anlaşma niteliğini muhafaza ettiğinden, irade bozukluğu ya da aşırı yararlanma hallerinde -“*ortada mahkemece verilmiş bir hüküm bulunmadığından*” (madde gerekçesi)- bunun iptali istenebilir (HMK m. 315, f. 2). Buna karşılık anlaşmalı boşanmada protokolün kapsamında yer alması gereken velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakası hususları, eşlerin üzerlerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları hususlardır. Hâkimin, protokolü -tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri hususlar (yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat) da dâhil- bütün olarak uygun bulması ve anlaşma hükümlerini hüküm fıkrasına geçirmesi gerekir; böylece protokol anlaşma niteliğini kaybedip boşanma kararının bir parçasını oluşturur. Anlaşma niteliğini kaybeden ve artık boşanma kararının bir parçasını oluşturan protokol hükümlerinin iptali istenemez; protokol, bir bütün olarak kararın maddi şartını oluşturduğundan, bundaki sakatlık sebebiyle (ancak) kanun yoluna başvurulabilir¹².

⁶ Onaylanmış anlaşmanın boşanma davasının maddi şartı olduğu hususunda bkz. Bilge **Özcan**, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004, 417; **Seçer**, 265; Stämpflis Handkommentar/Isabella **Chassé**, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, Art. 279, N. 2.

⁷ Yarg. 2. HD, 29.11.2010, E. 2009/17648, K. 2010/19842, YKD 2011/3, 402. Aksi takdirde protokolün yok hükmünde olduğu görüşünde: Yarg. HGK, 27.03.2015, E. 2013/8-1542, K. 2015/1110 (Lexpera Otomasyon).

⁸ “*Die Vereinbarung ist erst rechtsgültig, wenn das Gericht sie genehmigt hat. Sie ist in das Dispositiv des Entscheids aufzunehmen.*”

⁹ İsviçre Federal Mahkemesi (Bundesgericht), 2. Medeni Hukuk Dairesinin (II. Zivilrechtliche Abteilung) 16 Şubat 2016 tarihli 5A.214/2013 sayılı kararı; karar için bkz. http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2013/Entscheide_5A_2013/5A.214_2013.html (24.02.2019).

¹⁰ Stämpflis Handkommentar / Isabella **Chassé**, Art. 279 N. 17.

¹¹ Züriç Kantonu Yüksek Mahkemesinin yukarıda, 1 no.lu dipnotunda anılan 14.11.2016 tarihli kararı.

¹² Farklı bir fikre göre, tarafların tasarrufuna tabi olmayan velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakası sonuçlarının mahkeme kararından doğduğu kabul edilmekte, ancak yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği sonuçların ise sulh sözleşmesinden doğduğu ileri sürülmektedir. Bu halde, protokolün, tarafların serbestçe tasarruf

II. Tarafların Boşanma Protokolünden Dönmelerinin Mümkün Olup Olmadığı

Sözleşmeler taraflarını bağlar. Başka bir ifade ile taraflar diledikleri gibi sözleşmeden dönemezler veya onu hükümsüz hale getiremezler. Taraflar ancak sözleşmede kararlaştırılan veya kanunda öngörülen hallerde sözleşmeden dönebilir veya onu hükümsüz hale getirebilirler. Örneğin kanunda yanılma, aldatma ve korkutma (hata, hile ve ikrah) halleri için sözleşmeyi iptal etme hakkı düzenlenmiştir (TBK m. 30 vd.). Başka bir ifade ile taraflar ancak bu hallerden biri varsa sözleşmeyi iptal edebilirler. Borç sözleşmelerine ilişkin bu hükümler, TMK m. 5 uyarınca bünyesine uygun düştüğü ölçüde diğer sözleşmelere de uygulanır: (TMK m. 5: *“Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır”*).

Boşanma protokolü de aile hukukuna ilişkin bir sözleşmedir ve dolayısıyla bağlayıcı olduğu andan itibaren taraflar bundan diledikleri gibi dönemezler. Bu itibarla öncelikle boşanma protokolünün taraflar için hangi andan itibaren bağlayıcı olduğunun tespiti gerekir. Bu tespit bakımından bilimsel görüşler ve yargı kararları yol gösterici olacaktır. Nitekim TMK m. 1, f. 3'e göre *“Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”* Hâkim karar verirken sadece Türk hukukunu açıklayan bilimsel eserlerden ve Türk mahkemelerinin verdikleri kararlardan değil, karşılaştırmalı hukuktan, özellikle İsviçre öğretisi ve İsviçre yargı kararlarından da yararlanabilir¹³. Nitekim bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği üzere, *“Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber, yorumlarda ilmi içtihatlardan da faydalanabileceğine göre, bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz”*¹⁴.

Sözleşmeler kurulduklarından itibaren, yani kurucu unsurları (icap + kabul) tamam olduğu andan itibaren, bağlayıcıdır. Ahde vefa (*“pacta sunt servanda”*) ilkesi bunu gerektirir. Bu kural, arada nüanslar bulunmakla birlikte, esas itibarıyla boşanma protokolleri için de geçerlidir. İsviçre hukuku, öğretisi ve yargı kararları ile bize bu konuda yol gösterici niteliktedir:

İsviçre Medeni Kanunu da, bizdekinden bazı farklılıklar içermekle birlikte, anlaşmalı boşanma usulüne yer vermiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun birlikte yapılacak başvuru sonucu boşanmaya karar verilmesine dair 111. maddesinin ilk şeklinde, boşanmak için birlikte başvuran ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin yaptıkları anlaşmayı ibraz eden eşlere iki aylık bir düşünme süresi verilmekteydi. 111. maddenin ikinci fıkrasına göre, eşler, mahkemece dinlendikten sonra iki aylık düşünme süresine sahiptiler. Bu sürenin sonunda eşler boşanma iradelerini ve anlaşmayı yazılı olarak onayladıkları takdirde, hâkim boşanma kararını verebilmekte ve anlaşmayı onaylayabilmekteydi. Bu düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde İsviçre hukukunda tarafların yapmış oldukları anlaşmanın, iki aylık düşünme süresinden sonra eşlerin verdikleri yazılı onayla birlikte bağlayıcılık kazandığı, bu tarihten sonra artık anlaşmadan serbestçe dönemeyecekleri, bunun ancak irade sakatlıklarının varlığı halinde mümkün olduğu; yazılı onaydan sonra irade sakatlığına dayalı olarak yapılacak böyle bir dönme beyanının ise anlaşmanın mahkemece onaylanmamasına ilişkin

edebileceği hususlara ilişkin içeriği bakımından hukuki işlemlere ilişkin hükümlerin uygulanması, dolayısıyla bunların irade sakatlığı hükümleri doğrultusunda iptal edilmeleri ya da borçlu temerrüdü hükümlerine tabi sayılmaları mümkün olmaktadır. Bu görüş için bkz. Özkan Cavit Hoşlan, “Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II, Aile Hukuku, Editör: Baki İlkey Engin, İstanbul 2019, 206-208, 223 vd.

¹³ **Oğuzman/Barlas**, N. 261, 457; Haluk Nami **Nomer/Pakize Ezgi Akbulut**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, 2. Bası, İstanbul 2018, N. 100, 136.

¹⁴ İBK, 28.11.1945, E. 1945/13, K. 1945/15, RG. 1946, Sayı: 6365.

bir talep olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmekteydi¹⁵. Buna paralel olarak İsviçre Medeni Kanunu'nun 149. maddesinin birinci fıkrasına göre, birlikte başvuru üzerine verilen boşanma kararlarına karşı olağan kanun yollarına başvuru, ancak irade sakatları sebebiyle veya federal usul kurallarının ihlali halinde mümkündür. Nitekim St. Gallen Kanton Mahkemesi (Kantongericht St. Gallen), 2. Medeni Hukuk Dairesinin (II. Zivilkammer) 2 Mayıs 2002 tarihli BF 2002.6 ve 7 sayılı kararına göre de, eşler bir kere onay verdikten sonra, onunla bağlıdırlar. Boşanma talepleri kesinleşmiştir, tek taraflı dönme imkânı ortadan kalkmıştır. Evliliğin sona ermesi federal hukuka göre, ancak ZGB Art. 111'de öngörülen emredici usul kurallarına aykırılık veya irade sakatlıkları sebebiyle iptal edilebilir (ZGB Art. 149, Abs. 1)¹⁶.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 111. maddesi 25 Eylül 2009 tarihli Federal Kanun ile değiştirilmiş ve değişiklik 1 Şubat 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklikte eşlere tanınan 2 aylık düşünme süresi ve bu sürenin sonunda eşlerin verdikleri yazılı onay usulü yürürlükten kalkmıştır. 111. maddenin birinci fıkrasının yeni versiyonuna göre, mahkeme birlikte boşanmak için başvuran eşleri ayrı ayrı ve birlikte dinler. Bu dinleme birden fazla oturumda da gerçekleşebilir. İkinci fıkraya göre de, mahkeme, boşanma taleplerinin ve anlaşmanın serbest iradeye ve olgunlaşmış bir düşünmeye dayandığı ve anlaşmanın ve çocuklara ilişkin taleplerin onaylanabileceği kanaatine varırsa, boşanmaya karar verir. 111. maddenin yeni versiyonunun yürürlüğe girmesinden sonra tarafların boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak yaptıkları anlaşmadan serbestçe dönmesi, eşlerin dinlendiği son oturuma kadar mümkündür¹⁷. Bu andan sonraki dönme beyanı anlaşmaya onay verilmemesi talebi olarak değerlendirilir. Bu ise ancak onay beyanına veya anlaşmanın içeriğine dair irade sakatlığının veya federal usul kurallarının ihlali veya açık bir ölçüsüzlüğün varlığı ve ispatlanabilmesi halinde mümkündür¹⁸. İsviçre Federal Usul Kanunu'nun (Zivilprozessordnung, ZPO) yürürlüğe girmesi ile birlikte İsviçre Medeni Kanunu'nun bazı maddeleri yürürlükten kalkmıştır. Bunlar arasında 149. madde de vardır. Bunun yerini alan Usul Kanunu'nun anlaşmalı boşanmaya ilişkin 289. maddesine göre boşanma kararı, istinaf yoluyla ancak irade sakatlıkları sebebiyle iptal edilebilir¹⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümlerinde de İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi tarafların dinlenmesi öngörülmüştür: TMK m. 166, f. 3: "... Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi...". Bu dinlemede hâkim, taraflara boşanma iradelerini ve yaptıkları anlaşmayı teyit ettirir. Aynen İsviçre hukukunda olduğu gibi, bu andan itibaren tarafların boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumuna ilişkin yaptıkları anlaşma bağlayıcılık kazanır. O andan itibaren taraflar bu anlaşmadan serbestçe dönmeyebilirler. Ancak irade sakatlıklarına dayalı olarak, eğer hâkim henüz anlaşmayı onaylamamışsa, ondan anlaşmayı onaylamamasını isteyebilirler veya hâkim anlaşmayı onaylamış ve boşanma kararını vermiş ise istinaf yoluna başvurabilirler.

¹⁵ Basler Kommentar/Urs Gloor, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, Art. 111 N. 10.

¹⁶ http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/nuetzliche_informationen/mitteilungen_zum_familienrecht/Mitteilungen_zum_Familienrecht/_jcr_content/Par/downloadlist/DownloadListPar/download_2.ocFile/Mitteilungen%20zum%20Familienrecht%20-%20Ausgabe%20Nr_4%20-%20Dezember%202002.pdf (24.02.2019).

¹⁷ Basler Kommentar/Urs Gloor, 5. Auflage, Basel 2014, Art. 111, N. 5.

¹⁸ Stämpflis Handkommentar/Sabine Herzog, Art. 287, N. 9; Art. 288, N. 6.

¹⁹ "Die Scheidung der Ehe kann nur wegen Willensmängeln mit Berufung angefochten werden."

Bunun dışında taraflardan her birinin boşanma kararı kesinleşinceye kadar yapmış oldukları anlaşmadan tek başlarına serbestçe dönebileceklerinin kabulü, hukuk sistemimizin temel kurumlarından olan “sözleşme” kurumu ve hukukumuzda geçerli olan “ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi” ile bağdaşmaz. İster borçlar hukukunda ister aile hukukunda olsun yapılan anlaşmalar taraflar için bağlayıcıdır. Sözleşmelerin kurucu unsurları icap ve kabuldür. Kurucu unsurlar gerçekleştiği anda, sözleşme taraflar için artık bağlayıcıdır, meğerki bir irade sakatlığı bulunsun. Anlaşmalı boşanmadaki özellik, TMK m. 166, f. 3, c. 2 uyarınca hâkimin tarafları dinleyerek boşanma iradelerini ve yaptıkları anlaşmayı son bir defa onlara teyit ettirmesidir. Mahkeme önünde boşanma iradesini teyit etmemek suretiyle anlaşmalı boşanma usulüne göre hâkimin boşanma karar vermesine engel olabilecek eşin, o safhaya kadar anlaşmadan da dönebileceğinin kabulü gerekir. Başka bir ifade ile bağlayıcılık hâkimin onayıyla değil, daha önce tarafların hâkim önünde boşanma iradelerini ve yaptıkları anlaşmayı teyit etmesiyle birlikte gerçekleşir. Hâkimin onayı ise kurucu değil, tamamlayıcı bir unsurdur. Hâkim kurulmuş ve taraflarının teyidi ile birlikte bağlayıcı olmuş bir sözleşmeyi onaylayarak onun hüküm doğurmasını sağlar.

Anlaşmalı boşanma dışındaki boşanma davalarında da taraflar, zorunluluk bulunmadığı halde, boşanmanın fer’i sonuçları hakkında anlaşma yapabilirler. O takdirde de boşanmanın fer’i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmazlar (hüküm doğurmazlar) (TMK m. 184, b. 5). Anlaşmalı boşanma dışındaki boşanma davalarında tarafların kendi ihtiyarlarıyla yaptıkları anlaşmadan sonradan tek başına dönmeleri bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Yani taraflar anlaşmayı yaptıktan sonra, henüz hâkim tarafından onaylanmamış olsa dahi bundan serbestçe dönemezler: *“Belirtmek gerekir ki, sözleşme hâkim tarafından onaylandıktan sonra hüküm taşıyacak olmakla birlikte, tarafların onaydan önce dahi bağlanmaları sonucunu yaratır. Taraflardan biri tek başına sözleşmeden dönemez. Onaydan önce, taraflardan her biri ancak irade sakatlıklarından biriyle sözleşmeyi bozabilir.”*²⁰; *“... henüz onanmayan bir fer’i anlaşmanın bağlayıcı olma niteliğini kazanmadığı, bu sebeple de yargıcın onamasından önce, böyle bir anlaşmadan serbestçe vazgeçilebileceği kabul edilemez.”*²¹

Fakat şunu da belirtmek gerekir ki, öğretilerdeki bir görüşe göre anlaşmalı boşanmadaki boşanma protokolü, hâkimin onayı ile birlikte bağlayıcılık kazanır: *“Eşler boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak hazırladıkları anlaşmadan, bu anlaşma hâkim tarafından onaylanıncaya kadar vazgeçebilirler.”*²²; *“O halde sonuç olarak, eşlerin hâkimin önüne getirdikleri düzenlemenin, anlaşmalı boşanma yolunda, hâkimin onayına değin bir bağlayıcılığı yoktur.”*²³

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin iki kararında²⁴ şu ifadeler yer almaktadır: *“Taraflar Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanmışlar, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları, gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Anlaşmanın bozulması ile anlaşmalı boşanma hükmü bütünüyle geçersiz hale gelir (HUMK.md.439/2)...”*

²⁰ Bülent Köprülü, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989, 185.

²¹ Selâhattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990, 287.

²² Öztan, 418.

²³ Nevzat Özdemir, Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003, 157.

²⁴ Yarg. 2. HD, 10.03.2015, E. 2014/20325, K. 2015/4097; Yarg. 2. HD, 02.03.2015, E. 2014/18770, K. 2015/3240 (kararlar için bkz. Lexpera Otomasyon).

Ancak kararlar oybirliği ile alınmamış olup karşı oy yazısında ise şu ifadelere yer verilmiştir: “Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşuluyla, davalının “davayı kabul” beyanı, “evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılması” için gerekli ise de, boşanma kararı verilmesi için, yalın “kabul” yeterli değildir. Bunun yanında, hakimin tarafları bizzat dinlemesi, irade beyanlarının serbestçe açıklandığına ilişkin kanaate ulaşılmış olması ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemeyi uygun bulması da şarttır. Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, boşanma davalarında yalın “kabul”, boşanma kararı verilmesi için yeterli değildir. Bunun yanında, hakimin tarafları bizzat dinlemesi, boşanma konusundaki irade beyanlarının serbestçe açıklandığına kanaat getirmiş olması ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Somut olayda hakim tarafları bizzat dinlediğine, tarafların boşanma konusundaki irade beyanlarının serbestçe açıklandığına ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemenin uygun olmadığına ilişkin bir iddia da ileri sürülmediğine göre, davalının “davayı kabulü” hukuki sonucu doğurur.

Bu şartlara uygun kabul, tarafları da hakimi de bağlar. Böyle bir durumda artık anlaşmalı boşanmaya vücut veren “irade beyanından” dönülemez. Kanun ve usul hükümlerine uygun olarak tarafların boşanma ve fer'ilerinde irade birliğine dayanan bir boşanma kararı, karara esas alınan irade beyanındaki (hata, hile ve ikrah gibi) sakatlık hallerinin varlığı, bu hususta ciddi delillerin gösterilmesi durumunda veya protokol şartlarında kanunun emrettiği hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık halinde ya da protokol şartlarına aykırı hüküm verilmesi durumunda (bu son halde de, aykırılığın ilişkin olduğu konuda) bozulabilir.”

Karşı oy yazısı isabetli olup ilişkin olduğu Yargıtay kararları, sözleşmelerin taraflar için bağlayıcı olduğuna dair temel hukuk prensibine aykırıdır. Sözleşmeden dönmeye dair kanunda bir hüküm yoksa, bu, dönülebileceği anlamına değil, tam tersine dönülemeyeceği anlamına gelir. TMK m. 5 uyarınca tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanması gereken genel hükümlere göre, bir sözleşmeden, aksine bir anlaşma veya kanun hükmü yoksa serbestçe dönülemez, ancak irade sakatlığı mevcut ise sözleşmenin iptali istenebilir (TBK m. 30 vd.). Tarafların serbest iradeleri ile hâkim önünde yapmış oldukları anlaşmayı teyit etmeleri üzerine, anlaşma kendileri için artık bağlayıcı hale gelmiştir. Karşı oy yazısı bu açıdan isabetlidir; genel hukuk prensiplerine uygun olup Türk hukuku bakımından özel önem arz eden ve bakmaktan kaçınamayacağımız İsviçre hukukundaki görüşlerle de uyum halindedir. Taraflardan her biri ancak irade sakatlıklarından birine dayanarak, hâkim henüz sözleşmeyi onaylamamışsa, onu iptal edebilir (hâkimden sözleşmeyi onaylamamasını talep edebilir) veya onaydan sonra boşanma kararına karşı kanun yoluna başvurabilir. Dolayısıyla “Yargıtay’ın eşin tek taraflı olarak anlaşmalı boşanmaya ilişkin irade beyanından dönebileceği yolundaki görüşünün, eşin irade beyanının sakatlandığı hallerle sınırlı olmak üzere kabulü mümkündür.”²⁵

Şunu da eklemek gerekir ki, tarafların boşanma hususunda anlaşması, daha doğrusu boşanmak için “eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi”, TMK m. 166, f. 3 uyarınca, davanın hukuki dayanağını oluşturan “evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması” vakiasına ilişkin bir faraziye yaratır²⁶. Davayı açan eş/eşler/eşlerden biri, davadan feragat etmek suretiyle dolaylı olarak, bu faraziyeyi ortadan

²⁵ Seçer, 283.

²⁶ Mustafa Dural /Tufan Ögüz / Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, 283.

kaldırabilir; ama boşanma davasından feragat etmeksizin birlikte yarattıkları bu faraziyeyi tek taraflı ortadan kaldıramaz²⁷. Davadan feragat etmeksizin, protokolden tek taraflı dönülebileceğinden hareket eden Yargıtay ise, “*anlaşmalı boşanma davasının*”, “*çekişmeli boşanma davasına*” dönüşeceğini kabul etmektedir: “*Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanmalarına karar verilse dahi davacının anlaşmalı boşanma hükmünü gerçekleştiren anlaşmaya rağmen temyiz etmesi davadan açıkça feragat etmedikçe anlaşmalı boşanma yönündeki iradesinden rücu niteliğinde olup, bu halde anlaşmalı boşanma davasının “çekişmeli boşanma” (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir.*”²⁸

SONUÇ:

(1) Anlaşmalı boşanma usulünde boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenleme (anlaşmalı boşanma protokolü), aile hukukuna özgü, hüküm doğurması hâkimin onayına bağlı bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin hukuki sonucu, hâkimin boşanma kararı verebilmesi için kanunun aradığı önşartı yerine getirmekten ibarettir.

(2) Boşanma kararını veren hâkim, tarafların anlaşmasını boşanma kararının hüküm fıkrasına geçirir. Böylece eşlerin yapmış oldukları anlaşma sözleşme karakterini kaybedip, mahkeme kararının bir parçası haline gelir.

(2) Hukukumuzda da geçerli olan temel hukuk prensibine göre, sözleşmeler tarafları için bağlayıcıdır ve bunlardan serbestçe dönülemez (ahde vefa ilkesi, pacta sunt servanda). Kurulmuş bir sözleşmeyi iptal etmek ancak sözleşmede kararlaştırılan veya kanunda belirtilen hallerde, özellikle TBK 30 vd. anlamında irade sakatlığının varlığı ve ispatı halinde mümkündür. TMK m. 5’in genel atfı uyarınca tüm özel hukuk ilişkilerinde geçerli olan temel prensip budur. Dolayısıyla aksine anlaşma veya kanun hükmü olmadıkça, sözleşmeden serbestçe dönmek mümkün değildir.

(3) Bir sözleşme olması itibarıyla anlaşmalı boşanma protokolleri hakkında da ahde vefa ilkesi geçerlidir; her sözleşmede olduğu gibi, anlaşmalı boşanma protokolünden de, bağlayıcılık kazandığı andan itibaren, serbestçe dönülemez. Sadece anlaşmalı boşanma protokolü, kurulduğu andan itibaren değil, mahkemece tarafların dinlendiği ve bu dinlemede tarafların boşanma iradelerini ve yaptıkları anlaşmayı teyit ettikleri andan itibaren tarafları için bağlayıcıdır; o andan itibaren eşlerden herhangi biri bu anlaşmadan serbestçe dönmemez. Hâkimin eşleri dinlemesinin sona ermesine kadar eşlerin, yapmış oldukları anlaşmadan serbestçe dönebilecekleri TMK m. 166, f. 3 hükmüne dayanmaktadır. TMK m. 166, f. 3, c. 2 uyarınca hâkim tarafından dinlenen ve onun önünde boşanma iradesini teyit etmek suretiyle anlaşmalı boşanma usulüne göre hâkimin boşanmaya karar vermesine engel olabilecek eşin, o safhaya kadar anlaşmadan da dönebileceğinin kabulü gerekir. Buna karşılık hâkimin dinlemesi bittikten sonra artık eşlerden herhangi biri anlaşmadan serbestçe dönmemez; ancak irade sakatlıklarından birine dayanarak, hâkim sözleşmeyi henüz onaylamamışsa, onu iptal edebilir (hâkimden onaylamamasını talep edebilir) veya onaydan sonra boşanma kararına karşı kanun yoluna başvurabilir. İsviçre hukukunda kabul gören görüş de budur.

(4) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, anlaşmalı boşanma protokolünden tarafların boşanma kararı kesinleşinceye kadar serbestçe dönebilecekleri yönünde oyçokluğu ile alınmış

²⁷ Karş. Hoşlan, 206, 209.

²⁸ Yarg. 2. HD, 10.03.2015, E. 2014/20325, K. 2015/4097; aynı yönde: Yarg. 2. HD, 02.05.2017, E. 2017/2269, K. 2017/19302; Yarg. 2. HD, 02.03.2015, E. 2014/18770, K. 2015/3240 (kararlar için bkz. Lexpera Otomasyon).

kararları bu açıdan isabetli olmayıp karşı oy yazısındaki aksi görüş, hem yukarıda belirttiğimiz hukukun temel prensiplerine, hem TMK m. 5'in genel atfı uyarınca tüm özel hukuk ilişkilerinde geçerli olan, kurulmuş olan sözleşmeden serbestçe dönülemeyeceği, ancak irade sakatlığı sebebiyle kesin hükümsüz hale getirilebileceği yolundaki TBK m. 30 ve devamındaki genel kurallara uygundur.

KAYNAKÇA

- Basler Kommentar**, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006
- Mustafa **Dural** /Tufan **Öğüz** / Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019
- Özkan Cavit **Hoşlan**, “Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II, Aile Hukuku, Editör: Baki İlkay Engin, İstanbul 2019, 203 vd.
- Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008
- Bülent **Köprülü**, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989
- Halûk N. **Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2018
- Haluk Nami **Nomer**/Pakize Ezgi **Akbulut**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, 2. Bası, İstanbul 2018
- M. Kemal **Oğuzman**/Nami **Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 24. Bası, İstanbul 2018
- Nevzat **Özdemir**, Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003
- Bilge **Öztan**, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004
- Öz **Seçer**, Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, Yıl: 2016, 259 vd.
- Lâle **Sirmen**, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992
- Stämpflis Handkommentar**, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010
- Selâhattin Sulhi **Tekinay**, Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990

^{4f} **BEN, SEN VE TITIUS**
(ME, YOU AND TITIUS)

Prof. Dr. Turgut ÖZ**

ÖZ

Justinianus'un Digesta'sında fragmentumları alıntılanan klasik dönemin büyük hukukçularından biri de Celsus'tur. Celsus hukuk tarihinde "impossibilium nulla obligatio est" ilkesini ortaya atan kişidir. Bu makaleye konu fragmentumda Celsus, sebepsiz zenginleşme kurumunu ilgilendiren ilginç bir olay örneği veriyor. Verdiği örnekte dolaylı bir sebepsiz zenginleşme söz konusudur. Bu örneğin günümüz hukuk sistemine göre yorumlanması, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebinin dolaylı zenginleşmelerde kimin tarafından ileri sürülebileceği sorununun su yüzüne çıkarır. Bu noktada ise, taşınır mülkiyeti naklinin sebebe bağlı mı sebepten soyut mu olduğuna göre farklı sonuçlar doğabilir. Bir diğer soru da örnekteki dolaylı zenginleşmede sebepsiz zenginleşme yerine dürüstlük kuralına dayanan özel bir davanın mümkün olup olmadığıdır.

Anahtar kelimeler: Digesta, Celsus, sebepsiz zenginleşme, soyutluk, dürüstlük kuralı.

ABSTRACT

One of the great law scholars of the Classical Period of Roman Law, whose fragmentums are quoted in Digesta of Justinianus is Celsus. It should be noted that Celsus is also famous for introducing the principle of "impossibilium nulla obligatio est" in legal history. In the fragmentum which is the subject of this article, Celsus gives an interesting example case concerning the concept of unjustifiable enrichment. In this case, there is an indirect enrichment. The interpretation of this case according to today's legal system gives rise the problem of who can put forward the request for return based on indirect enrichments. At this point different results may arise depending on whether the transfer of movable ownership is abstract for the reason (causa) or not. Another question is whether a special right for litigation based on the rule of honesty is possible instead of a request based unjustifiable enrichment.

Keywords: Digesta, Celsus, unjustifiable enrichment, abstract, rule of honesty

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 23.05.2021. İlk hakem raporu tarihi: 28.05.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 18.06.2021. Onaylanma tarihi: 18.06.2021.

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 000-0003-2727-408X.

Esere Atf Şekli: Turgut Öz, "Ben, Sen ve Titius", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.593-612.

1) Sebepsiz zenginleşme bakımından Celsus'un örnek olayı.

Sebepsiz zenginleşme borçlar hukukunun hatta tüm medeni hukukun en köklü ve temel kurumlarından biridir kuşkusuz.¹ Bu kurumun tarihi kökenini ve dogmatik temelini, Justinianus'un *Digesta*'sında Pomponius'un şu tanımında görebiliriz:

Pomponius, D.50. 17. 206: "*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*

= *Doğal hukuka göre adalet kimsenin başkasının kaybı pahasına zenginleşmemesini gerektirir*".

Her ne kadar *Digesta* derlemesi 533 yılında yayınlanmışsa da Pomponius MS 2. Yüzyılın klasik hukukçularından olduğuna göre, bu metin neredeyse bindokuzyüz yıllıktır.

Elbette bu tanıma "*geçerli bir hukuki sebep olmaksızın*" ifadesini de eklemek (veya örtük olarak mevcut saymak) gerekir. Aksi takdirde, her tür meşru rekabet, ticarî girişim hatta alışveriş, hukuka aykırı olur ve metin neredeyse iki bin yıl öncenin komünist manifestosu hâlini alır.

Gene belirtelim ki, tanımdaki "başkasının kaybı" = "*alterius detrimento*" kelimelelerinden açıkça anlaşıldığı üzere, burada yasaklanan, herhangi bir şekilde başkasının hakkına tecavüzle zenginleşmek değil, bunun başkasının fakirleşmesine yol açmasıdır. Yani sebepsiz zenginleşmenin en eski ve temel prensibinde, "fakirleşme" ayrı bir şart olarak aranmaktadır.²

Bu ilkeler çerçevesinde, Roma Hukukunda "condictio" adlı kişisel ve nispi bir dava olarak ortaya çıkan sebepsiz zenginleşmeye ilişkin örneklerle, Justinianus'un *Digesta*'sında çeşitli fragmentumlarda rastlamaktayız.³

İşte bu örneklerden en ilginçlerinden biri, Klasik Dönemin en büyük Roma Hukukçularından biri olan Celsus'un (Publius Juventius Celsus Titus Aufidius Hoenius Severia-

¹ Nitekim doçentlik başvuru eserim buna ilişkindi: ÖZ,T., Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990. Keza sebepsiz zenginleşmeye ilişkin makalelerim de oldu: ÖZ,T., Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e armağan, Cilt III, İstanbul Barosu yayınları, İstanbul 2014; ÖZ,T. BK 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m.20 Kuralı ile İlişkisi, Rüşvet – Başlık Parası, İstanbul Barosu Dergisi 1985, S.1-2-3, s. 105 vd.; ÖZ,T., İsviçre federal mahkemesinin 27 Şubat 1989 Tarihli Kararının Düşündürdükleri, MHAD 1990, No 18, s.105 vd.; dolaylı olarak: ÖZ,T., Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince kazanılmış aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD 1985, S.16, s.131 vd. Ayrıca diğer borçlar hukuku genel hükümler kitaplarına oranla çok daha geniş olarak yazdığım sebepsiz zenginleşme kısmı bakımından: OĞUZMAN/ÖZ., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 16.Bası, İstanbul 2021, s.321 vd. Fakat kanımca Türk Öğretisinde bu konuda ele aldığı konu kapsamında bilimsel değeri ve yoğunluğu en yüksek eser, değerli hocam Prof. Dr. İlhan Ulusu'nun şu eseridir: ULUSAN,İ., İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.

² Buna karşılık Alman Hukuku kaynaklı bir görüş Türk Hukuku bakımından da fakirleşme şartı aranmaksızın sebepsiz zenginleşmeden iade borcu doğmasını savunmaktadır. Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye düzenlemesinin bulunduğu İsviçre ve Türk Hukuklarında böyle bir anlayışa gerek olmaması bir yana; bazı durumlar bakımından sakıncalı sonuçlara götürüleceği ve adaletsiz iade taleplerinin sınırlandırılması sorunları yaratacağı hakkında ayrıntılı açıklamaları için bak ÖZ,T., Sebepsiz Zenginleşme, s.45; ÖZ,T.,a.g.m., Prof.Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan C,lt III, s.16 vd.; OĞUZMAN/ÖZ., a.g.e. Cilt 2 parag.941 vd.

³ Roma Hukukunun bu kurumunun ortaçağa ve oradan da modern hukuklara uzanan süreçte değerlendirilmesi için bak FEENSTRA, R., Die ungerechtfertigte Bereicherung in Dogmengeschichtlicher Sicht, "dergiler.ankara.edu.tr", s. 289 vd.

nus) (MS 67 -130). *Digesta*'ya fragmentum olarak alınan kısa metinlerinden biridir. Yaşadığı ve eserlerini verdiği dönem *Digesta*'nın hazırlandığı Justinianus döneminden yaklaşık 400 yıl öncesi⁴ olmasına rağmen, *Corpus Iuris*⁵ külliyyatı⁶ sayesinde eserlerine ulaşabildiğimiz Celsus, bugün de geçerli olan bazı temel hukuk ilkelerinin kurucusudur.⁷ Bunlardan en tanınanı, imkânsızlığın borcun geçersizlik sebebi olmasına dair formülüdür: *impossibilium nulla obligatio est*. Gene, “yasanın sözünün değil anlamının ve amacının esas alınması”; “bir hukuk metninin içerdiği ifadelerin metnin bütünü göz önüne alınarak yorumlanması”; “iyi niyetli zilyedin iadede ancak elinde kalanla sorumlu olması”, bilindiği kadarıyla tarihte

⁴ Bu zaman farkı, günümüzle Kanuni Sultan Süleyman dönemi arasındaki fark kadardır. Öte yandan, Celsus zamanında Roma kenti imparatorluk başkenti ve Dünyanın en büyük şehri, İstanbul (Bizantion) ise küçük ve önemsiz bir taşra şehri iken; Justinianus zamanında İstanbul (Constantinapolis) İmparatorluğun görkemli başkenti ve Roma ise büyük ölçüde terk edilmiş bir harabedir.

⁵ “civilis” kelimesi çok sonra kilise hukukundan ayırt edebilmek için eklenmiştir.

⁶ Bu külliyyatın hazırlanması, niteliği ve zamanı hakkında bak ÖZ,T., Prof.Dr. David Pugsley, Justinianus'un İstanbul Hukuk Okulu Açılış Konuşması, İstanbul 2019 s. 8 vd.

⁷ Bu büyük hukukçu hakkında şu ansiklopedik bilgi özetini verelim:

Publius Juventius Celsus Titus Aufidius Hoenius Severianus (M.S. 67– AD 130). “Celsus filius” (Oğul Celsus) olarak da anılır. Aynı adı taşıyan fakat daha az tanınan bir hukukçu babanın oğludur. Julius ile birlikte Olgun Klasik Dönem Roma Hukukunu en çok etkileyen iki hukukçudan biridir.

Celsus muhtemelen Juventus ailesinin yaşadığı ve Senatus üyeliğinin başladığı Yukarı İtalya'da doğdu. 106 veya 107 yılında preator (yargıç) oldu. 114/115 yılında Trakya valisi oldu ve daha sonra 115 Mayıs ile Ağustos arası *nundinium*'unda (ortak konsüllük döneminde) meslektaşı Lucius Julius Frugi ile birlikte consül oldu. Celsus consüllük görevini 129 yılında, bu kez *consul ordinarius* ünvanı ile ve Lucius Neratius Marcellus ile birlikte, ikinci defa üstlendi. 129/130 yılında Asya proconsul'ü olduğunda başarılı senatörlük kariyerinin zirvesindeydi.

Celsus babası Juventius Celsus'un Proculian Hukuk Okulu'nda halefi oldu.

Hadrianus'un *consilium*'unda (yasalar komisyonunda) üye iken *Senatus consultum Iuventianum*'un çıkartılmasını sağladı. Bu yasa uyarınca bir tereke malında iyi niyetli haksız zilyedin sadece mevcut zenginleşmesi kadar iade ile yükümlü olacağı düzenlenmiştir. Bir diğer *dictum*'ü (önermesi) *impossibilium nulla obligatio est* = “imkânsız borçlar hükümsüzdür” kuralıdır ki medeni hukukun temel bir ilkesi olmuştur.

Celsus'un hukuk tarzı cesur ve keskindir. Gerçi Genç Plinius (Pliny the Younger) onun retorik bakımından zayıf olmasını eleştirir.

Celsus'ın temel eseri onun *libri digestorum*'udur. 39 kitaplık bu çalışmada, 1-27 arası kitaplarda Hadrianus'un yasa ve fermanlarının değerlendirilmesi; 1-12 ve 24-27 arası kitaplarda bu yasa ve fermanların sıralanması; 13-23 arası kitaplarda miras ve ölüme bağlı tasarruflar; 28-39 arası kitaplarda ise Senato yasaları ve kararları ele alınmıştır. Ne yazık ki, Büyük Gaius'un *İnstitutions*'i dışında klasik dönem hukukçularının hiç birinin orijinal kitapları bulunmadığından; Celsus'un yazdıklarını ancak Justinianus'ın *Digesta*'sında fragmanlar olarak yer aldığı ölçüde biliyoruz.

Getirdiği önemli kurallar (*dikkat çeken dicta*'ları) şunlardır:

(Her birini Justinianus'un *Digesta*'sından öğreniyoruz)

Ius est ars boni et aequi: Hukuk iyinin ve adilin sanatıdır. (Dig. 1, 1, 1).

Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem: Yasaları bilmek, sözlerini bilmek değil, onların anlamını ve amacını bilmektir. (Dig. 1, 3, 17).

In civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere: Bir yasanın bütününe göz önüne almadan sadece bir ifadesine dayanarak hüküm kurmak veya öneride bulunmak doğru değildir. (Dig. 1, 3, 24)

Impossibilium nulla obligatio est: imkânsız bir şeyin taahhüdü borç doğurmaz. (Dig. 50, 17, 185)

Nihil aliud est actio quam ius quod nobis debeatur, iudicio persequendi: Dava, birinin sahip olduğu hakkı buna ilişkin hukuki bir süreçle elde etmeye yönelik bir işlemde başka şey değildir. (Dig. 44, 7, 51).

önce onun ifade ettiği prensiplerdir. Gene, “Hukuk adil ve iyi olanı gerçekleştirme sanatıdır” ifadesi de onun tanımıdır ve *Digesta*’nın başlangıç hükümleri arasına alınmıştır. Aslında “Klasik Dönem” olarak adlandırılan MS ilk yüzyılları, hemen bütün kurum ve kavramların şekillendiği zaman dilimidir.⁸

Celsus’un aşağıda *Digesta*’dan alıntıladığımız metni, ortaçağ boyunca, giriş kelimeleleriyle “*Lex si Si et me et Titium*” (= *Eğer Sen Bana ve Titius’a..Yasası*) olarak adlandırılmış ve çağlar boyunca hukukçuları uğraştıran bir hukuk problemi olmuştur.⁹ Biz de bu çalışmada onun bindokuzyüz yıl önceki dehasını yansıtan bu ilginç örneği, günümüz hukuku çerçevesinde ele alacağız.

Metnin orijinal Latincesi ve kanımca yazarın kastına en uygun Türkçe anlamı şöyledir:

D.12.1.32 (Celsus libro quinto digestorum):

“*Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii¹⁰ debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*”

“*Eğer benden ve Titius’dan sana ödünç para vermemizi istesen ve ben de bir borçluma sana bunu sağlama sözü vermesini bildirsem; sen de onunla Titius’un borçlusuyduğunla inancıyla bu işlemi yaparsan, bana borçlanmış olur musun? Benimle bir işlem yapmış olmadığın için bu konuda kuşkuluyum. Fakat gene de böyle bir sorumluluğun mümkün olabileceğini düşünüyorum. Gerçi sana borç verdiğim için değil (çünkü bu ancak tarafların an-*

⁸ MS 1 -3. Yüzyıllar arası bu dönem, Roma Hukukunun asıl şekillendiği ve büyük klasik hukukçuların (Gaius, Celsus, Paulus, Papinianus, Ulpianus, Pomponius, Modestinus vb. yaşadığı ve eserlerini verdiği yıllar olmakla birlikte, aynı zamanda pagan inanç ve kültürün egemen olduğu, hristiyanlığın başlarda görünmez olup yayıldığı ortaya çıkınca da en çok aşağılandığı ve hristiyanların ağır zulüm ve katliamlara uğradığı yılları kapsar. Buna rağmen; hristiyanlığın devlet dini olduğu 379 yılından yaklaşık 150 yıl sonrası olup paganlığın yasa dışı ve İmparatorların hristiyanlığın lideri sayıldığı bir dönemde, Justinianus öncülüğünde *Corpus Iuris Civilis* külliyatı hazırlanırken, bu hukukçuların tüm eserlerinin ve pagan dönemde olmuş hukuk edebiyatının laik bir anlayışla benimsenmesi ve geliştirilmesi, bunun inanç konusu yapılmayıp hristiyanlık kaygısıyla reddedilmemiş olması, ilginç ve takdir edilecek bir olgudur. Düşünün ki, bir önceki dip notta anlatıldığı üzere, eyalet valiliği görevlerinde bulunduğu sırada Celsus’un hristiyanları devlet düşmanı ve yasa dışı inanç sahipleri olarak takip ettirmiş ve cezalandırmış olması muhtemel iken; girişinde Hristiyan tanrısına kutsama ve şükürle başlayan *Digesta*’da aynı Celsus’un eserlerinden parçalar adı açıkça anılarak alıntılanmıştır. Durum diğer eski büyük hukukçular bakımından da aynıdır. Ne yazık ki bunun tersine, aynı coğrafya üzerinde kurulan İslam imparatorluklarının ve özellikle bizim mirasçısı olduğumuz Osmanlı Devletinin ise, İstanbul merkezli olmasına rağmen, bu zengin Roma Hukuku mirasından hemen hiç yararlanmaması ve bu bin yıldır işlenmiş/incelmiş hukuk bilgisini din mülahazasıyla (hristiyan hukuku sayma ve inanç konusu yapma yanlılığıyla) neredeyse tamamen dışlaması; böylece İslam Hukuku adı altında kavramsal ve kuramsal bakımdan çok daha fakir bir hukuka mahkum olması, kanımca büyük bir hata ve şanssızlık olmuştur. Bu ağır yanılğı, bizzat İslamın “ilim Çin’de de olsa arayınız, alınız” ilkesine de tersdir. Diğer bir çok unsurun arasında belki de Batı karşısında geri kalmamızın bir etkeni de bu olmuştur. Zira söz konusu yanlış, Meşrutiyet dönemindeki yarım yamalak girişimler bir yana bırakılırsa, ancak Cumhuriyet dönemindeki reformlarla düzeltilmeye çalışılmıştır.

⁹ Problemin tarih boyunca değerlendirilmesi için bak FEENSTRA,R., a.g.m., s. 294 vd.

¹⁰ Titii = Titius’un “ablativus =..un (aidiyet) halii”

*laşmasıyla olur), fakat benim param sana gittiğinden, bunu bana ödemen adaletin gereği olduğu için*¹¹

Bu problemde rol alanları yazar “Ben”, “Sen” ve “Titius”¹² olarak adlandırmış bulunmaktadır. Bir de “Borçlum” diye ifade ettiği ve ifayı gerçekleştiren kişi vardır. Yaptığı canlandırmadaki diğer kişileri, onlara da üçüncü kişi Titius gibi bir isim takmak yerine; “Ben” (birinci tekil şahıs) ve “Sen” (ikinci tekil şahıs) olarak ifade etmeyi uygun bulmuştur. Yani kendisine ve hitap ettiği kişiye (okuyucuya) olayda rol vermiştir. Bu bizim bugünkü pratik örneklerimizde kullandığımız bir üslup olmamasına rağmen, metne uyararak, ben de açıklamalarımda bu kişileri “Ben”, “Sen” ve “Titius” olarak adlandıracağım. Elbette bunlara “Borçlum” da eklenecektir. Nitekim bu kelimeleri bu çalışmamda isim olarak da seçtim

2) Kullanılan terimler bakımından.

İncelemeye özellikle iki özel terimin şahsen tercih ettiğim Türkçe karşılıklarını açıklayarak başlamak isterim.

İlki “stipulatio” kurumu. Bunu “*bu işlemi*” olarak çevirdim. Aslında stipulatio, bildirildiği üzere, Roma Hukukunun sözlü gerçekleşen bir borç sözleşmesi şeklindedir ve tarafların taahhütlerinin sonunda “spondes” (öneri için) / “spondeo” (kabul için) kelimelerinin sesli şekilde kullanmaları ile gerçekleşir. Yazar metinde ödünç para isteyenle (Senle) Borçlusunu arasında stipulatio yapıldığını söylüyor (*tu stipulatus sis = Sen Onunla stipulatio yapsan*). Bunun sebebi Benim Sana doğrudan giderek ödünç önerisini kabul etmek yerine Borçlumu göndererek onun beyanıyla ödünç sözleşmesi yapmak istemem. Bu durumda gönderdiğim Borçlum, kurulmuş bir sözleşme uyarınca Sana para vermeyecek; Senin ödünç sözleşmesi önerisini benim adıma kabul ederek önce sözleşmenin kurulmasını sağlayacak, sonra ifa olarak sana para verecektir. Diğer deyişle, Borçlum ayrıca benim habercim sıfatıyla olarak ödünç sözleşmesinin kurulmasını da sağlayacaktır. Yahut dolaylı temsilcim olarak sonradan elde ettiği hakları bana devretmek üzere işlem yapacaktır. (Zira Roma Hukukunda bugünkü gibi doğrudan temsil kurumu yoktur). Yazar bundan dolayı, örneğinde, doğrudan “Sana para verse” değil de, “seninle stipulatio yapsa” ifadesini kullanmaktadır. Fakat metnin tamamından anlıyoruz ki, Borçlum bu şekilde Seninle sözleşme kurma maksatlı kabul beyanını iletmekle kalmayıp, ödünç konusu parayı da Sana ödemiştir. Zira, metindeki “Bana borçlanmış olur musun?” ifadesinden ve özellikle “param sana gittiğinden” = “paramı aldığından” (*sed quia pecunia mea ad te pervenit*) ifadesinden, bu açıkça anlaşılmaktadır. Borçlumun her iki işlevini de ifade bakımından “*bu işlemi yapsan*” sözü amaca daha uygundur kanısındayım.

İkincisi: “*ego meum debitorem tibi promittere iusserim*” ifadesidir. Aslında bu ifade kelime kelime çevrilse, “borçluma sana söz vermesini / taahhütte bulunmasını ısmarlasam” olacak iken; gene yukarıda belirttiğim sebeplerle ve metnin tümü göz önüne alındığında,¹³

¹¹ Metnin çevirisinde Latince kelimelerin hukuktaki anlamını göz önüne almakla birlikte esas yararlanılan İngilizce çeviri ise şöyledir:

“If you request Titius and myself to lend you money and I order a debtor of mine to promise to furnish it to you, and you make a stipulation believing that he is the debtor of Titius, will you be liable to me? I am in doubt on this point, if you did not enter into any contract with me, but I think it is probable that you are liable; not because I lent you money (for this cannot be unless the parties consent); but because my money came into your hands, and therefore it is proper and just that you should repay it to me.”: The Code of Justinian, “https://droitromain.univ-grenoble-alp.fr/Anglica/codjust_Scot.htm”

¹² Metnin burasında Titius ismi “-e halinde = dativus” olduğundan, Titium şeklindedir.

¹³ Burada gene Celsus’un formüle ettiği “bir metni bağımsız kelimeler ve cümlelerle değil tümünü göz önüne alarak yorumlamız” kuralını kendi metnine uyguluyoruz.

“borçluma sana bunu sağlama sözü vermesini bildirsem” demeyi uygun buldum. Zira, belirttiğim üzere, burada Ben Borçluma, sadece Sana ödünç sözleşmesini kuran taahhüdümü (kabul beyanımı) iletmesini değil, ayrıca Bana olan borcu kadar parayı Sana ödemesini de bildiriyorum. Çünkü biliyoruz ki, “Benim param = *pecunia mea*” “Sana gitti = *ad te pervenit*”. Şu halde Celsus’un tüm metninde murat ettiği anlam bakımından, bu ifadeyi “bunu sağlama sözü” şeklinde yansıtmak uygundur. Kapsayıcı “sağlama” kelimesi, hem ödünç sözleşmesinin kurulmasını sağlamayı hem de bu sözleşmenin konusu parayı ifa olarak vermeyi birlikte içerebilir.

3) Olayın cereyanı

Böylece, Celsus’un olayı açıklarken kullandığı ifadelerin amaca göre çevirisi üzerine, karşımıza şöyle bir durum çıkmaktadır:

- Sen, paraya ihtiyacın olduğu için, Benden ödünç para istedin. Bunu tam bir öneri saydığımıza göre, kaç sesters¹⁴ veya solidus¹⁵ istediğini de bildirmiş olsan gerek. Böylece sadece kabul ile sözleşmemiz kurulabilir.

- Bu isteğin Bana ulaştığında önerini kabul etme kararı verdim.

- Fakat togamın¹⁶ cebinden (veya kesemden) para çıkarıp vermek yerine, daha işime gelen bir çözüm düşündüm. Henüz bana olan borcunu ödemiş bir Borçluma borcunu bana ödemek yerine gidip Sana vermesini söyledim. Böylece cebimden para çıkmamış olacaktı.

- Telefonun, bilgisayarın, telgrafın olmadığı bir zamanda yaşadığımızdan; hazır Borçlumu Sana göndermişken teklifini kabul ettiğimi de Borçlumun bildirmesini istedin. Böylece bu kabul beyanı ile sözleşme kurulabilecek.

- Borçlum bu isteğimi kabul etti. Aslında buna mecbur değildi. Zamanımızda olsa alacağın devri/temliki yoluyla Borçlumun alacaklısını değiştirir ve onu yeni alacaklıya ödeme yapmak zorunda bırakabilirim. Ama Roma hukukunda alacağın devri yok, bunun yerine geçen bazı dolaylı çözümler var ama burada zaten bunlara gerek kalmamış, söz dinleyen bir Borçlum var.

- Borçlum Sana gelmiş ve öyle anlaşılıyor ki ödünç talebinin kabul edildiğini bildirdikten sonra istediğin parayı da Sana vermiş.

- Ne var ki, gene anlaşıldığı üzere, Borçlum teklifi benim kabul ettiğimi ve parayı Benim adıma ödediğini belirtenmiş. Zira metinde Senin ödünç teklifini kabul edip parayı gönderenin Titius olduğunu sanarak bu parayı aldığın yazıyor. Bu nasıl olabilir? Şöyle olabilir: Borçlum yanına gelince benim ismimi vererek açıklayıcı bir konuşma yapmayıp, sadece, mesela, “*ödünç/borç talebin kabul edildi al parayı*” veyahut “*sana bu keseyi vermem söylendi*”vb. deyip ödeme yapmış olabilir. Yahut daha makul bir senaryo olarak, Borçlum da bizzat gitmek yerine bir adamı veya -zamana uyulım- bir kölesi ile parayı sana göndermiş olabilir. Bu kişi de sadece Borçlumdan söz edip Benden söz etmemiş olabilir.

- En önemli ek: Sen bu parayı alırken bir sebepten parayı gönderenin Ben değil de Titius olduğunu inaniyorsun. Belki Titius’un benden cömert olduğunu düşündüğünden, belki gelen kişinin Benden ziyade Titius ile ilgili bir kişi (mesela Titius’un borçlusu) olduğunu düşünmeni gerektiren bir durum olmasından vb. Burada Celsus’un anlatımından öğre-

¹⁴ Eğer Celsus’un yaşadığı ve bu örneği kaleme aldığı zamanın para birimini kullanacaksa, büyük ihtimalle sesters (sestertius) vereceğiz.

¹⁵ Eğer bu örneğe yer verilen Digesta’nın hazırlandığı Justinianus zamanının (Celsus’tan 400 yıl sonrasının) para birimini kullanacaksa, solidus vereceğiz.

¹⁶ Romalıyız ya.

nebildiğimiz tek şey, Senin parayı benim değil de Titius'un verdiğini sanmakta iyi niyetli ve mazur sayılman.

- Nihayet, sorunu su yüzüne çıkaracak olay: Günü geldiğinde paramı istiyorum ve Sen parayı benden değil Titius'tan aldığını sandığını söylüyorsun (bunu ispat sorunu olmayan bir gerçek olarak kabul ediyoruz).

4) Olayın hukuken yorumlanması.

İlk aydınlatılması gereken husus: Benimle Senin arasında geçerli bir para ödünç (karz) sözleşmesi kurulmuş olup olmadığıdır. Burada Celsus bir kolaylık yapıp, açıkça, aramızda bir sözleşmenin kurulmadığını söylüyor. Zira *“Benimle bir işlem yapmış olmadığın için bu konuda kuşkuluyum. Fakat gene de böyle bir sorumluluğun mümkün olabileceğini düşünüyorum. Gerçi sana borç verdiğim için değil (çünkü bu ancak tarafların anlaşmasıyla olur) = si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existitem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest),”* cümlesinden bunu anlıyoruz. Böylece yazar aramızda bir ödünç sözleşmesi kurulup kurulmadığı hususunu tartışma dışı bırakıyor. Yolumuza, *“örtülü olarak”* veya *“dürüstlük kuralına göre”* yahut *“Benim lehime güven teorisi uygulayarak”* ya da *“fiili ilişki teorilerine göre”* vb. bir sözleşme kurulduğu zorlamalarına takılmadan, devam ediyoruz.

Bu durumda geriye irade beyanlarına dayalı iki ilişki kalıyor: Benimle Borçlum arasındaki ilişki ve Borçlum ile Senin arandaki ilişki. Bir de rolü henüz karanlıkta olan Titius'u da unutmayalım. Ama onun irdelenecek hiçbir irade beyanı -kimseye yönelik olarak- yok.

Şimdi bu iki ilişkiye bakalım.

Borçlum ile aramda her ne sebepten ise geçerli bir borç ilişkisi var. Bu ilişkiden bana karşı doğmuş bir para borcu var ve henüz ifa edilmemiş. Şimdi ona bu borcunun ifası olarak söz konusu parayı Sana vermesini teklif ediyorum ve o da bunu kabul ediyor. Böylece ifanın üçüncü kişiye yapılmasını kararlaştırarak borç ilişkisinin içeriğini değiştiriyoruz. Bu geçerli. Anlaşıldığına göre, Borçlum da bunu kabul ettiği için, artık Sana bu parayı vermekle Bana olan borcundan kurtulmuş olacak.

Fakat bu anlaşma biraz farklı da olabilirdi. Şöyle ki, Ben Borçluma, borcunu Sana ödeme yaparak ifa etmesi yerine, Seninle doğrudan kendi adına ödünç sözleşmesi yaparak para vermesini; buna karşılık verdiği ödünçü geri alıncaya kadar Bana olan borcunun vadesinin ertelenmesini önerebilirdim.¹⁷ Fakat Celsus'un olayında Benimle Borçlu arasında böyle bir anlaşma yapılmadığı belli. Zira problemde Senin parayı Titius'un kazandırması olarak almaya rağmen Bana iade borçlusu olup olmayacağı soruluyor. Parayı Borçlum benim adıma kurulan bir ödünç sözleşmesinin ifası olarak değil de kendi adına yaptığı bir sözleşmesinin ifası olarak verse, esasen böyle bir soru sorulmazdı. Hatta bu şıkta Sen Borçlum kendi adına değil de Titius adına ödünç veriyor sansan bile.

Gelelim Borçlum ile Senin arandaki ilişkiye. Yukarıda açıkladığım üzere, Borçlum Sana gelip Benim talimatım üzerine ödünç önerisinin kabul edildiğini bildirerek ödünç konusu parayı Sana vermiş. Ne var ki, gene yukarıda yansıttığım üzere, Sen bunu Titius'un ödünç vermeyi kabul beyanı ve Titius adına verilen para sanmışsın. Şimdi burada gerçekleşen işlemleri, hemen birbirlerini takip etseler de, *“borçlandırıcı işlem”* ve *“tasarruf işlemi”* olarak iki aşamada incelemeliyiz. Belirtelim ki borçlandırıcı işlem tasarruf işlemi ayırımı,

¹⁷ Buna karşılık Borçluma Seninle kendi adına ödünç sözleşmesi yapıp Sana kendi adına ödünç para vermesi şartıyla yahut doğrudan Sana bağışlamada bulunması şartıyla onu ibra ettiğimi söyleyemedim zira bu şıklarda ben Borçlumdan olan alacağımı geri dönüşüz şekilde kaybederken Sana karşı da hiçbir talep ileri süremeyeceğimden, kesin bir zarara uğradım

zaten Roma Hukukuna borçlu olduğumuz, böylece Celsus ile çağdaşlarının çok iyi bildiği, hatta Roma Hukukunun onlardan da eski devirlerinden beri yapılmış bir ayırımıdır.

Her şeyden önce yapılan para ödemesinin hukuki sebebinin (“causa”nın) bulunması gerekeceği açıktır. Bu hukuki sebep, gerçekleşmesi amaçlanan ödünç sözleşmesidir. Sen böyle bir ödünç sözleşmesi için daha önce Bana ulaştıran bir öneride (icapta) bulunduğu göre, bu sözleşmenin kurulması için gereken sadece bir kabul beyanıdır. Borçlum parayı ödmeden önce Senin yaptığın öneriye/icaba karşılık olarak bir kabul beyanında bulunmuş sayılacaktır. Bu beyanı haberci (bugün olsa temsilci) sıfatıyla yapması bu bağlamda fark yaratmaz. Her halükârda bu kabul beyanını kendi adına yapmamıştır. Anlaşıldığı üzere, Sen de bu kabul beyanını Borçlumun kendi adına yapmadığının farkındaydın. Zira “Titius’un borçlusu olduğu inancıyla = *cum putares eum Titii debitorem esse*” ifadesinden bu husus açıkça anlaşılmaktadır. Demek ki kabul beyanını iletenin bunu kendi adına yapmadığı hususunda da Sen ve Borçlum hemfikirsinizdir.

Ne var ki, Sen bu kabulün Titius adına yapıldığını sanırken Borçlum Benim adıma yapmıştır. Senin Benim yanı sıra Titius’a da aynı ödünç önerisinde bulunduğunu anlıyoruz. Yani Titius adına iletilecek bir kabul beyanıyla bu sözleşme sorunsuz kurulabilirdi. Ne var ki Titius, Senin sandığının aksine, böyle bir kabul beyanında -ne doğrudan ne de habercisi (bugün olsa temsilcisi) aracılığıyla- bulunmuş değildir.

Peki bu durumda herhangi bir ödünç sözleşmesi kurulmuş mudur? Seninle Borçlum arasında bir ödünç sözleşmesi kurulmadığı ikimizin de ortak iradesi uyarınca tartışmasızdır. Peki Titius ile Senin aranda ödünç sözleşmesi kurulmuş mudur? Bu da mümkün değildir. Böyle bir sonuç -nispeten modern bir ilke olan- güven teorisi uyarınca da savunulamaz, zira Titius’un böyle bir güven doğmasına neden olacak ne bir fiili ne bir beyanı ve de bir davranışı (sana birini göndermek gibi) söz konusudur.

Geriyeye Benimle Senin aranda bir ödünç sözleşmesi kurulup kurulmadığı kalıyor. İlk bakışta Senin bana yönelttiğin önerine karşı benim de Borçlum aracılığıyla bu önerini kabul beyanını sana ulaştırmam üzerine, aramızda sözleşme kurulması koşulları gerçekleşmiş görünüyor. Ne var ki, Senin bu beyanı benim için değil Titius için yapılmış sanman, Celsus’a göre gerçek bir irade uyuşmasına engel oluşturuyor. Zira buna göre, sözleşmeyi kuran irade uyuşumunda aynı zamanda bu iradeleri kimlerin beyan ettiği hususunda da irade uyuşumu olması gerekir. Örneğin (A)’dan geldiğini kabul ettiğim bir beyanı (B) yapmış ise; “nasıl olsa içeriği aynı” diye (B) ile sözleşme kurmuş sayılmamalıyım. Belli ki Celsus bu düşünce ile Benimle Senin aranda sözleşme kurulmadığı sonucuna varıyor.

Gerçi bu düşünceye karşı şu söylenebilir: Beyanın gerçek sahibi herhangi bir başka kişi değil gene Senin aynı öneriyi yönelttiğin birisi (Ben). Dolayısıyla Senin beyanda bulunana başkası sanmana rağmen, sonuçta gene Senin aynı teklifte bulunduğun bir kişi kabul beyanında bulunmuş durumda. Sen ona karşı olan önerinle de bağlı isen, sonuçta bu önerine karşı onun kabulü sana ulaştığına göre, gene de sözleşme aramızda (aramızda) kurulmuş sayılmaz mı? Zira önerenin (icapçının) önerisine uygun kabul kendisine ulaştığında, ayrıca bu kabulü kabul etmesi gerekmediğine göre; kabulde bulunana başkası sansa da neden sözleşme kurulmasın?

Bu gayet savunulabilir bir sonuç olup; ancak şöyle çürütülebilir: Eğer kabul cevabı Senin öneri ile bağlılık süren dolduktan sonra ulaşırsa (Borçlum sana geç gelmişse; mesele yüzüme karşı öneride bulunmana rağmen hemen cevap vermediğim için gitmişsen ve sonradan Borçlumu göndermişsem), artık bu kabul kural ancak Sana yönelik bir öneri sayılacağından ve sözleşmenin kurulması için Senin kabulün gerekeceğinden; burada Borçlumun kimin adına para getirdiğini yanlış değerlendirmen sözleşmenin kuruluşuna engel olur. Zira artık Benimle veya Titius ile sözleşme kurma konusunda tamamen söz hakkı sendedir

ve Titius'un beyanını kabul etme iradesiyle parayı kabul etmen, karşılıklı irade uyumuna engel sayılabilir.¹⁸

Ne var ki Celsus bu tartışmaya girmeksizin, her halükârda salt Senin Titius'la sözleşme kurduğuna dair inancından dolayı, Benimle aranda sözleşme kurulmadığını kabul ediyor.

Gene Celsus'un bu kesin kabulü, aşağıdaki şu iki olasılığı da devre dışı bırakıyor: (ama bunun için Celsus'u eleştiremeyiz zira bunların ikisi de (doğrudan temsil ve ilgili için işlem) modern zamanların kurumları):

İlk olarak, şayet Borçlum benim temsilcim olarak sözleşmeyi yapıyorsa, sonuçları benim üzerinde doğsa da irade beyan eden temsilci olduğundan, güven teorisi de temsilci dikkate alınarak uygulanır. Bu durumda, her ne kadar Sen parayı Titius adına alsan da, Borçlum bu parayı almandan Benim adıma sözleşmenin kurulduğunu kabul ettiğin anlamı çıkarmışsa ve böyle anlamakta haklı ise; güven teorisine göre sözleşme gene de benimle kurulmuş sayılabilir. Gerçi bu şıkta istemediğin biriyle yanılarak sözleşme kurmuş duruma düştüğünü ispatlayarak "sözleşmenin tarafı olan kişide yanılma = error in persona" gerekçe-siyle sözleşmeyi süresi içinde iptal etmek isteyebilirsin (gerçi bu durumda, bizzat sözleşme önerisi yaptığın kişiyle (Benle) istemeden sözleşme yapmış duruma düştüğünü ileri sürmüş olacağından, böyle bir irade sakatlığını iptal sebebi saydırman çok güç olsa gerektir).

İkincisi, "ilgili için işlem" ilkesi(teorisi)¹⁹ paralelinde, Senin için ödünç sözleşmesi-nin Titus ile veya Benle kurmuş olmanın hiçbir farkı ve önemi bulunmadığı ileri sürülerek, temsil yetkisi verdiğim Borçlum ile kurduğun sözleşmenin gene de Benimle aranda sonuç doğurması savunulabilir. Gerçi ilgili için işlem ilkesi, temsilciyi kendi adına hareket ediyor sanarak sözleşme yapan kişilerin temsil olunanla sözleşme kurmuş sayılmalarını sağlamak için benimsenmiş bir ilkedir. Burada ise, temsilcinin yaptığı sözleşmenin başkası adına olduğunu bilmekle birlikte, bu başkasının kim olduğu hususunda yanılma söz konusudur. Ama aynı prensibin amacı bakımından burada da uygulanması savunulabilir.

Celsus'un örneğinde bize yönelttiği sorunun anlam taşınması için, bütün bu ihtimalleri arkamıza bırakarak, Benimle Senin aranda kesinlikle bir sözleşme kurulmadığı varsayı-mı ile olayı çözümlenmeye devam ediyoruz.

5) Tasarruf işlemi (kazandırma).

Bu durumda artık tasarruf işlemi kısmına geçebiliriz. Burada tasarruf işlemi, Borç-lumun sana ödünç konusu parayı vermesidir (ödemesidir). Para borcunun ifasının kural olarak herhangi bir tür (cins = nevi) borcunun ifasından farkı yoktur. Bu bakımdan imkân-sızlığa uğramaz ve borçlu o para biriminden herhangi bir gurup parayı ayırıp vererek bor-cunu ifa edebilir. Böylece, kural olarak, para borcunun ifası borçlanılan para değerini temsil eden madeni, kağıt vb. fiziki paraların zilyetliğinin -normalde teslim (traditio) yoluyla-alacaklıya devri ile gerçekleşir. Bankalar ortaya çıkana kadar banka hesabı havalesi söz konusu olmadığından, Celsus'un yaşadığı veya Digesta'nın yazıldığı çağlarda tek para ödeme yolu budur. Bugün dahi doğrudan fiziki para ödemelerinde hatta bankaya para götü-

¹⁸ Belirtelim ki kabul haberi zamanında gönderildiği halde önerene geç ulaşmışsa, TBK m.5/f.3 uyarınca, öneren bu gecikmeyi kabul edene hemen bildirmez ise sözleşme gene de kurulacaktır. Örneğimizde Ben kabul haberini zamanında göndermeme (örneğin Senin uzaktan mektupla veya haberciyle yaptığın öneriye hemen cevap mektubu veya habercisi göndermeme) rağmen bu Sana geç ulaşmışsa, ayrıca kabul etmen gerekmeden, sadece beni mümkün olan en kısa yoldan uyarmaman üzerine, aramızda sözleşme kurulur. Fakat bu şıkta dahi, Sen kabul cevabını Titius verdi sandığın için bu imkânı kullanmadığından, gene sözleşmeyi kuran bir iraden yok denebilecektir.

¹⁹ TBK m.40/f.2

rülüp başkasının hesabına yatırmada veya bankadan fiziken para çekmede aynı esas geçerlidir.²⁰ Bunun ise, “taşınır mülkiyeti nakli” ile aynı kurallara tabi olacağı kuşkusuzdur.

Taşınır mülkiyetinin nakli, bugün bizim hukukumuzda (TMK m.763) olduğu gibi, Roma Hukukunda da kural olarak “zilyetlik (possessio) devri” yoluyla ve tipik olarak da malın devreden tarafından devralana “teslimi” (traditio) ile gerçekleşirdi. Her ne kadar eski ve klasik dönemde, aralarında bazı taşınırın da bulunduğu *res mancipi* denilen mallar (bazı bölgeler arazisi ve kölelerle bazı büyük baş hayvanlar) sıradan bir teslimle değil *mancipatio* ve *in iure cessio* denilen özel işlem şekilleriyle devrediliyor idiyse de; *corpus iuris külliyatı* hazırlanırken Justinianus bizzat kendi insiyatifi ile²¹ bu demode ve mantıksız ayırımı kaldırmış; her tür mal için teslimi / zilyetlik devrini mülkiyet nakli için yeterli görmüştür. Fakat paranın ödenmesi bakımından Celsus dönemi ile Justinianus dönemi ve dahî günümüz arasında bir fark yoktur. Bir sözleşmeden yahut başka bir kaynaktan doğmuş olan para borcunun ifası, basılmış fiziki paranın devri şeklinde ise, herhangi bir taşınır gibi teslimle (veya başka bir zilyetlik devri ile) gerçekleşecektir.

Celsus’un örneğinde Borçlunun parayı Sana verdiği anlaşıldığına göre; burada teslim (traditio) gerçekleşmiştir. Ayrıca bu teslimin her iki tarafın teslim konusuna (verilen miktar paraya) ilişkin irade uyuşumu ile gerçekleştiği de anlaşılmaktadır. Keza her iki tarafın da tam ehliyetli olduğu farz edilmiştir.

Gene o gün de bugün de, böyle bir mülkiyet naklinin gerçekleşmesi için, teslim (zilyetlik devri) anında tarafların bunun mülkiyet nakli amacıyla yapıldığı konusunda da hemfikir olmaları gerekir. Örneğin biri malını geri almak üzere ödünç vermek veya kiralamak amacıyla yahut rehin olarak verirken diğeri mülkiyetini elde etmek amacıyla almışsa, mülkiyet geçmez. Taraflar ayrıca mülkiyetin devri konusunda hemfikir olmalıdır. Zilyetlik devri anında varlığı aranan bu anlaşmaya “aynî sözleşme” denir.

Örneğimizde para ödünçü söz konusu olduğundan, verilen paranın mülkiyetinin alana geçmesi ve alanın iade zamanı geldiğinde aynı türden aynı miktarda herhangi bir parayı iade etmesi kararlaştırılmıştır. Yani Borçlum ve Sen, paranın verilmesi sırasında bu paranın mülkiyetinin Sana geçeceği konusunda da anlaşmış durumdasınız. Şu halde örneğimizde mülkiyet devrinin aynî sözleşme şartı da gerçekleşmiştir. Gelgelelim, bu paranın mülkiyetinin devri her ikinize göre de bir borcun ifası amacıyla gerçekleşmektedir. Borçlum da Sen de bu paranın mevcut (aslında hemen ödeme öncesinde kabul edilmiş) bir ödünç sözleşmesinin ifası olarak verildiği hususunda hemfikirsiniz. Bu şekilde ifa olarak yapılan kazandırmaların dayandığı hukukî sebebe *causa* denir. Burada para verme şeklindeki tasarruf işleminin *causa*’sı bir para ödünçü sözleşmesidir.

Ne var ki, yukarıda açıkladığımız üzere, Celsus problemi ortaya koyarken böyle bir ödünç sözleşmesinin kurulmadığını veri olarak varsayıyor. Buna göre, Sen Titius’la Borçlum ise Benimle sözleşme yaptığını sandığınızdan; ne benimle ne de Titius’la aranda sözleşme kurulmamış sayılıyor; bu hususu artık tartışmıyoruz.

²⁰ Günümüzün banka hesap havalelerinin ise paranın mülkiyetinin nakli olmayıp, çeşitli gerçek ve tüzel kişiler arasında doğrudan veya dolaylı alacak/borç yaratma, sona erdirmeye, arttırma veya azaltma işlemlerinden başka bir şey olmadığı hakkında açıklamalar ve havale işlemlerindeki hataların hukuki değerlendirilmesi için bak: ÖZ, T., Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt V, Sayı 1, Haziran 2017, Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel sayı, s.139 - 148

²¹ Bak ÖZ, T., Justinianus’un İstanbul Hukuk Okulu açılış Konuşması, s. 12

Bu durumda, söz konusu para ödemesi şeklindeki tasarruf işleminin temelinde geçerli bir causa, yani hukuki sebep, bulunmadığı ortaya çıkıyor. Çünkü bu para bir ödünç sözleşmesinin ifası olarak verilmiş ama böyle bir geçerli ödünç sözleşmesi ortada yok.

6) Soyutluk – sebebe bağlılık.

Peki geçerli bir hukuki sebebe dayanmadığı halde, sadece Sen ve Borçlum bu paranın senin mülkiyetine geçmesi için anlaştınız ve para teslim edildi diye Sen teslim anında paraya malik olur musun? İşte bu noktada hukuk tarihinin belki en eski ve kıdemli bir tartışmasına geliyoruz: Taşınır mülkiyeti devri hukuki sebebe bağlı mıdır değil midir? Zilyetlik devri ve aynı sözleşme gerçekleşmiş olmasına rağmen sadece ifanın temelindeki hukuki sebebin yokluğu veya geçersizliğinden dolayı mülkiyet geçmez ise buna “taşınır mülkiyeti devrine sebebe bağlılık görüşü”; buna rağmen mülkiyet geçer ise buna “taşınır mülkiyeti devrinde soyutluk (mücerretlik) görüşü” diyoruz. Sebebe bağlılık görüşünde mülkiyet malın devrine rağmen devredene kalır ve devreden aynı bir taleple (istihkak davası = *rei vindicatio* ile) bu malı -karışmaya veya birleşmeye uğramaması veya kazandırıcı zamanaşımı ile edinilmemesi şartıyla- her zaman ve herkesten talep edebilir. Soyutluk görüşünde mülkiyet geçtiği için bu imkânlar yoksa da, kazandırmanın temelindeki hukuki sebep eksikliği gene de bir sonuç yaratır. Bu sonuç, devirle kazanılan mülkiyetin “sebepsiz zenginleşme” oluşturmasıdır ve her sebepsiz zenginleşme gibi zenginleşene yöneltilecek kişisel bir dava (*condictio*) ile bu mülkiyetin geriye devriyle, yani malın geri teslimle mülkiyetinin tekrar devredene iadesi istenebilir. Fakat bu dava şahsî ve nispi bir iade alacağına dair olduğundan, hem zamanaşımına tabidir hem de malı edinen üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Sonuç olarak; sebebe bağlılık görüşü geçersiz sebeple mal devredeni ve devreden bu mala el atmak isteyecek alacaklılarını daha iyi korurken; soyutluk görüşü malı devralanı ve onun bu mala el atmak isteyecek alacaklılarını daha iyi korur.

Celsus’un hangi görüşe katıldığına dair elimizde açık bir ifadesi yok. Gerçi verdiği örneğe ilişkin ifadelerinden soyutluk görüşü lehine anlam çıkarılabilir zira Benim paramı almış sayılman ve bunu Bana iade etmen gerektiği tartışması açtığına göre, Borçlumun verdiği para ile Senin zenginleştiğini varsayıyor olsa gerek. Fakat bunun aşağıda açıklayacağımız “karışma” yoluyla gerçekleştiğini de kastediyor olabilir. O zaman, soyutluk görüşüne katılmak gerekmeksizin sebepsiz zenginleşme gerçekleşir. Fakat gene aşağıda belirteceğimiz üzere, bu şıkta Celsus’un önerdiği sonuca varmak iyice zordur.

Celsus’un bu fragmentum’unun yer aldığı Digesta’da başka iki hukukçunun iki fragmentumunda bu tartışmaya rastlıyoruz. Zaten bu iki görüş arasında ulaştığımız en eski yazılı kayıtlar bunlar. Bu alıntılarda yazarlardan Paulus sebebe bağlılık görüşünü ifade ederken, Iulianus soyutluk görüşünü savunmaktadır. Metinler şöyledir.

“Paulus D. 41. 1.31:

Numquam nuda tradito transferi dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa paecerit, proptyer quam traditio sequeretur.

Sadece teslim ile asla mülkiyet geçmez. Teslimin kendisine dayanılarak yapıldığı satış veya diğer bir hukuka uygun sebep bulunmalıdır.

“Iulianus D. 41. 1. 36:

Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obnligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatio tibi eum deberi, nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissentimus.

Bizim teslimin konusu hakkında uyuşma halinde olduğumuz ancak bunun sebebi hakkında uyuşma halinde olmadığımız zaman teslimin neden hüküm doğurmaması gerektiğini anlayamıyorum. Örneğin bir vasiyetmameden dolayı sana bir taşınmaz²² devretmem gerektiğine inanyorum sen ise bunu bir stipulatio'dan dolayı yaptığımı sanıyorsun veya ben sana bağış amacıyla bir para veriyorum sen bunu ödünç olarak verdiğimi sanıyorsun. Bu durumda da mülkiyet sana geçmeli, bizim verme ve almanın sebepleri hakkında farklı düşüncelere sahip olmamız buna engel olmamalıdır."

7) Soyutluk görüşüne göre sebepsiz zenginleşme.

İsviçre ve Türk Hukukları bakımından²³ bugün de aynen süren bu tartışmada ben soyutluk görüşüne katılıyorum. Bu görüş ve sebebe bağlılık görüşlerinin tartışmasına ve karşı argümanlarına burada geniş yer vermeyip buna dair çalışmalarına ve karşı görüşe yollama yapmakla yetiniyorum.²⁴ Soyutluk görüşü çerçevesinde devam edersek: Celsus'un olayında

²² O dönemde belli araziler dışındaki taşınmaz mülkiyeti de teslimle devredilebildiğinden bu örneği verebilmiş. Bugünkü hukukumuzda taşınmaz kural olarak tapu siciline tescille devredilebildiğinden ve tescil açık kanun hükmüyle (TMK m.1024/f.2) sebebe bağlandığından, bizde bu örnek taşınmazla verilemezdi.

²³ Buna karşılık Alman Hukukunda gerek taşınırlar gerekse taşınmazlar (tescil) bakımından mülkiyet nakli sebepten soyuttur.

²⁴ Bak ÖZ,T., Sebepsiz Zenginleşme, s.79 vd.; ÖZ,T., İsviçre Federal Mahkemesinin 27 Şubat 1989 Tarihli Kararının Düşündürdükleri,, MÖHAD 1990, No 18, s.105 vd.; OĞUZMAN/ÖZ., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 16.Bası, İstanbul 2021, parag.988 vd.; Karşı görüş olarak sebebe bağlılık lehine kanımca en ayrıntılı ve güçlü eleştiriler için bak BURCUOĞLU.H., Taşınmaz Mülkiyeti Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl4, Sayı 1, Haziran 2018, s.57 - 82;. Belirttiğimiz üzere sebebe bağlılığın devredeni ve alacaklılarını soyutluğun ise devralanı ve alacaklılarını daha iyi korumasına dayanan tercihler bir yana bırakılırsa; normatif düzeyde soyutluğun temel gerekçeleri şunlardır: Sebebe bağlılık görüşü benimsenirse kanunun sebepsiz zenginleşme hükümlerinin (TBK m.77-82) uygulama alanı çok daralacaktır. Zira bu görüşte geçersiz sebebe dayanan mülkiyet iktisabı hemen sadece karışma, birleşme, işleme ve bütünüleyici parça olma hallerinde gerçekleşecektir. Yasa koyucunun bu kadar dar bir uygulama alanı için bu kadar ayrıntılı bir sebepsiz zenginleşme düzenlemesi yapması mantıklı değildir. Öte yandan borç olmayan şeyin ifası üzerine gerçekleşen sebepsiz zenginleşmenin ancak kazandırmanın yanılması şartıyla iadeye konu olabileceğini düzenleyen TBK m.78/f.1 hükmü (*condictio indebiti*) hemen tüm uygulama alanını kaybeder. Zira sebebe bağlılık görüşü çerçevesinde geçersiz bir sebebe dayanan ifa ile esasen mülkiyet geçmeyeceğinden, sebepsiz zenginleşme yaratmayacak bu durumda kanunun sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebini yasaklaması anlamsız kalır. Yok eğer sebepsiz zenginleşme karışma, işleme, birleşme, bütünüleyici parça olma dolayısıyla gerçekleşmiş ise, bu kez ortada ifadan kaynaklanan bir sebepsiz zenginleşme yoktur. Oysa TBK m.78/f.1 hükmü ifa ile gerçekleşen sebepsiz zenginleşmelerini konu almaktadır. Bu gerekçelere beni yaptığım bir ekleme de şudur: Sebepsiz zenginleşmede giderleri isteme hakkına ilişkin TBK m.80/f.3 hükmündeki iade sırasında mala eklenen şeyleri söküp alma hakkı da sebebe bağlılık görüşünde uygulama alanını kaybedecektir. Zira bu görüşte zenginleşme ancak karışma, işleme, birleşme ve bütünüleyici parça olma yoluyla gerçekleşebileceğinden, bunlarda üzerine bir şey takılacak mal sadece bütünüleyici parça yapılmış şeylerde düşünülebilirse de, bütünüleyici parça ayrı bir eşya sayılmadığından buna yapılan ekleme sebepsiz iktisap edilmiş mala değil onun da mülkiyetine dahil olduğu asıl şeye yapılmış olur. Geriye sadece, bütünüleyici parça yoluyla zenginleşenin bunu söktükten sonra üzerine bir şey eklemesi ve iade sırasında bu şeyi sökmeye kalmakta ise de, herhalde kanunun özel şartlar tayin ettiği söküp alma hakkını bu son derece marjinal durum için düzenlediği söylenemez.

Bütün bunlara rağmen belirteyim ki, bence sebebe bağlılık görüşünün ciddi bir gerekçesi şudur (Bak BURCUOĞLU,H., a.g.m., s.70): Soyutluk görüşü çerçevesinde geçersiz sebebe dayanan tasarruf işleminin sebepsiz zenginleşme oluşturduğu (mülkiyet iktisabının gerçekleştiği) kabul edilse de, bu

Borçlumun Sana parayı verdiği (teslim ettiği) anda bu ifa ile paranın maliki olduğun söyleyecektir.

Ne var ki Senin için bu para bir sebepsiz zenginleşme oluşturacaktır. İfa yoluyla sebepsiz zenginleşme, gene Roma Hukukundan beri üç temel guruba ayrılmaktadır. “geçerli olmayan sebebe dayanan zenginleşme”(condictio sine causa); “sona eren sebebe dayanan zenginleşme” (condictio ob causam finitam)²⁵; “gerçekleşmeyen sebebe dayanan zenginleşme” (condictio ob causam futuram = condictio causa data causa non secuta).

Olayımızdaki sebepsiz zenginleşmenin, sona eren veya gerçekleşmeyen sebebe dayanan zenginleşme olmayıp, baştan geçersiz/varolmayan sebebe dayanan bir zenginleşme olduğu anlaşılmaktadır.

Geçersiz veya varolmayan sebebe dayanan zenginleşmeler de kendi içinde iki guruba ayrılır: “sebep üzerinde anlaşma olmayan zenginleşmeler” ve “borç olmayan şeyin ifası” (condictio indebitii)

Sebep üzerinde anlaşma olmamış zenginleşme, kazandırmada bulunan ile alanın bu ifanın sebebi hakkında farklı inançta olmasıdır.

Borç olmayan şeyin ifası ise; kazandırmada bulunan ile alanın bu ifanın hukuki sebebi konusunda aynı inançta olması ne var ki bu hukuki sebebin geçersiz bulunmasıdır.

Yukarıdan beri yaptığımız bu sınıflandırma ve tanımlar Roma Hukukunun klasik döneminden günümüze kadar aynıdır. Zaten Roma Hukukunun *condictio*lar tasnifinden alınmıştır.

Celsus’un olayındaki sebepsiz zenginleşmenin “sebep üzerinde anlaşma olmayan zenginleşme” biçiminde gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Zira, Borçlum Benim adıma ve Senin Benim aramda kurulduğunu varsaydığı ödünç sözleşmesinin ifası olarak Sana bu parayı verirken; Sen parayı Titius ile aranda kurulduğunu sandığın ödünç sözleşmesi uyarınca veriliyor diye almışsın.

Borç olmayan şeyin ifası (*condictio indebitii*) söz konusu değil. Zira burada “veren” (Borçlum) ve “alan” (Sen) yapılan kazandırmayı -geçersiz olmakla birlikte- aynı kişiler arasında kurulmuş aynı sözleşmenin ifası olarak kabul etmiyorsunuz. Bu nedenle, borç olmayan şeyin ifası türü sebepsiz zenginleşmelere özgü “sebebi geçerli sanmada yanılma” şartı (TBK m. 78) burada aranmayacaktır. Zira burada ifayı farklı sebeple dayandırma, zaten başlı başına iade borcu doğurmaya yeterli sayılacaktır.²⁶

tasarruf işlemini hemen daima “temel hatası” (TBK m.32) sebebiyle iptal edilebilir olacaktır. Zira esasen kanun ancak sebep hususunda yanılarak gerçekleşen ifade iade talebi tanıdığına göre; söz konusu devir mülkiyeti devreden bakımından “geçersiz sebebe dayandığını bilse idi yapmayacağı bir kazandırma” olacaktır. Bu ise hemen daima TBK m.32 şartlarını taşıyacak önemde bir saik hatası oluşturacağından, devreden TBK m.39 uyarınca tek yanlı bir iptal beyanı ile tasarruf işlemini yapıldığı andan itibaren geçersiz kılabilir ve böylece mülkiyet gene de geçmemiş hale gelir. Bu durumda soyutluk görüşünün sebebe bağlılığa göre tek pratik farkı, bir iptal beyanında bulunmanın gerekmesi ve bu beyanın TBK 39 uyarınca 1 yıllık süreye bağlı olmasıdır. Kanımca bu, soyutluğun pratik değerini büyük ölçüde düşürebilecek haklı bir eleştiridir. Bu engel ancak, yukarıda açıkladığım soyutluğu destekleyen kanun hükümlerinin yorumuyla, hukuki sebebin geçersizliğine dayanan temel hatası gerekçesi ile tasarruf işlemini iptal hakkına burada yer olmadığı kabul edilerek aşılabilir.

²⁵ Ancak bu sona erme geçmişe etkili olmalıdır.

²⁶ Hatta burada sebep üzerinde anlaşamama yanılığa dayanmayabilir de. Örneğin, sen bana açıkça A sözleşmesinin ifası olarak malı teslim ettiğini söylemene rağmen ben malı B sözleşmesinin ifası olarak aldığımı söylemiş olabilirim. Niyetlerimizin farklı olduğunu açıkça belirtmemize rağmen sen

Bu noktadan sonra Celsus'un problemi bağladığı asıl sorusuna ulaşıyoruz. Senin bakımından sebepsiz zenginleşme oluşturan bu parayı Senden kim geri isteyecek? Elbette sadece iki aday var: Ben ve Borçlum.

Ben Borçlumu Sana yönlendiren, bu ödemeyi Sana yapmasını isteyen ve böylece ödemenin yapılmasını sağlayan kişiyim. Başta belirttiğimiz üzere, nasılsa bu ödünç sebebiyle bu parayı Bana iade edeceğin (iadeden kaçınırsan dava açarak Senden alabileceğim) inancı ile, Borçlumun borcunun sona ermesini kabul etmişim. Zarara uğramamam için ya bir gerekçe ile bu parayı Senden talep edebilmem yahut bu olmayacaksa Borçlumun - yaptığı ödemeye rağmen- Bana olan borcundan kurtulmaması lazım.

Borçlumun pozisyonuna gelince, hiç aklında yok iken tamamen Benim isteğim ve yönlendirmemle, borçlu olmadığı Sana para ödedi. Bu yolla Bana olan borcunu ifa etmiş olacağına yani Bana olan borcundan kurtulacağına inandı. Onun da ya bu parayı Senden geri isteyebilmesi yahut da Bana olan borcundan bu ödemeyle kurtulması lazım.

Açıkça belli ki, hukukun ve adaletin kabul edebileceği bir üçüncü şık yok ve olmamalı.

Ortada bir sebepsiz zenginleşme bulunduğu göre, bunun iadesini talep hakkına sahip olacak fakirleşen kimdir? Sebepsiz zenginleşme *condictio*'su haksız malvarlığı kaymalarını telafi etme ve fakirleşen ile zenginleşenin malvarlıklarını "eski hale getirme" (*retitutio in interregnum*) olduğuna göre; ilk mantıklı aday "Borçlum" görünüyor. Zira para ondan çıktı ve Senin malvarlığına girdi, Sebep geçerli olmadığına göre, bu parayı Sen Borçluma iade edersen her şey eski haline gelir. Bunu rıza ile yapmazsan Borçlum sana yönelteceği *condictio* ile bunu mahkeme aracılığıyla sağlayabilmelidir.

Ne var ki bu çözümün zorunlu sonucu, Borçlumun Bana olan borcunun sona ermeden devam edecek olmasıdır. Fakat bu arada borcun vadesi gelmişse ne olacaktır? Burada Borçlum yanılığını öğrenince vakit geçirmeden açacağı bir iade davası sonuçlanıp parasını geri alıncaya kadar bana olan borcunda da temerrüde düşmemiş sayılmalıdır. Fakat bu Benim alacaklı temerrüdüne düşüğüm ileri sürülerek açıklanamaz. Zira Borçlum Sana geçersiz sebeple para vermiş olsa da bu bana karşı olan borcu ödemesine engel oluşturmaz ve benim bu borcun ifasına engel olduğum söylenemez. Burada borçlu temerrüdüne engel olma gerekçesi, olsa olsa, alacaklının yani Benim bizzat kendi sebep olduğum bir durumun sonuçlarını dürüstlük kuralı uyarınca üstlenme mecburiyetim olabilir. Yani bu olaylara sebep olan Ben, Borçlumu temerrüde düşürerek temerrütten doğan haklarımı kullanmaya kalktığımda, Borçlum gecikmeden yapacağı girişimlerle parasını Senden alıncaya kadar, bu taleplerimi hakkın kötüye kullanılması sayarak engelleyebilmelidir.

Celsus'un ise, bir tereddüt ifadesinden sonra, Borçlumun iade talep etmesinden farklı bir sonuç önerdiğini görüyoruz. Celsus, Borçlumun durumundan hiç söz etmeden, Senin bu parayı vermekle Bana karşı borçlu olmanı uygun görüyor. Açıkça dillendirdiği tek gerekçe: "*benim param sana gittiğinden, bunu bana ödemen adaletin gereği olduğu için*" (*sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est*).

Peki Celsus, yukarıdaki açıklamalarımıza rağmen, neden gidenin "*Benim param*" olduğunu söylüyor ve neden "*bunu Bana ödemen adaletin gereği..*" diyor? Doğrusu bu ifadeler pek normatif değil. Celsus'u bu düşünceye yönelten duyguları ve sezgileri ortaya koymamız lazım. Bence burada karşımıza büyük hukukçunun dogmatik olmaktan çok hakaniyet hukukçusu olma özelliği (karakteri) ortaya çıkıyor. Durup dururken kendisini büyük ihtimalle tanımadığı birine yani Sana gönderdiğim bir Borçlum var. Mecbur olmamasına

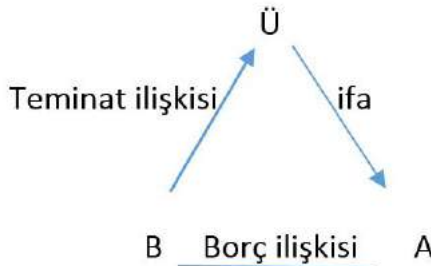
malı vermiş ben de almışsam, ortada yanılma olmamasına rağmen, sebep üzerinde anlaşma olmayan ifa ile zenginleşme gerçekleşmiş olur.

rağmen Benim talimatıma uymuş, parasını hazır edip Senin ayağına gitmiş; alacaklısı olmayan Sana ödeme yapmış. Sonra bir bakmış ki bu yaptığı ödeme sebepsiz sayılmış ve Bana olan borcu sona ermemiş. Şimdi hem Bana ikinci bir ödeme yaparak borcunu ödemesi gerekecek hem de Sana kaptırdığı parayı geri almakla uğraşacak, mahkeme masrafları yapacak, hatta Senin bu parayı tahsil edecek para ve malının çıkmaması riskini de üstlenecek. Bense hiç etkilenmeden ondan vadesi geldiğinde (zamanında) alacağımı tahsil edebileceğim. Bu adil görünmüyor. Oysa Ben tamamen kendi kararım ve tercihimle alacağımı böyle dolaylı bir yoldan tahsil etmeye kalktığıma göre; işler yolunda gitmediğinde, bu duruma düşürdüğüm Borçluma başvuramamalı, doğrudan Sana giderek parayı almaya ve böylece kendi yarattığım bu sorunu kendim temizlemeye çalışmalıyım.

Makul görünen bu değerlendirme sebebiyle, normatif temele oturtması zor olsa da, Celsus doğru olanın, Borçlumu daha fazla uğraştırmadan, bu paranın iadesini Benim Senden istemem gerektiği sonucuna ulaşmış.

Ancak bu değerlendirmeyi de şüpheli kılabilecek bir husus var. Borçlum Celsus'un varsaydığı kadar masum bir kurban sayılmayabilir. Zira Sana geldiğinde ödünç önerisini kabul edenin Ben olduğumu ve istediği parayı Benim adıma vereceğini açıkça belirtebilirdi. Senin ödünç önerisini kabul edip parayı göndereni Titius sanmanı önlemesi mümkündü. Senin parayı alırken bu kadar yanlış bir inanca kapılımda birinci derecede Borçlumun kusurlu olduğu da ileri sürülebilir. Bu durumda Borçlum artık o kadar himaye edilmeye ve kolay kurtulmaya layık görülmemeyebilir. Ne var ki Celsus bir şekilde takdirini Borçlum lehine kullanmış. Belki ödünçü kimin verdiğini sorup anlamının birinci derecede Senin sorumluluğunda olduğunu düşündü belki de olaya ilişkin başka tasavvurları var.

Peki acaba Celsus'un iadeyi talep hakkını Bana tanımasına ve Senin Bana karşı iade borçlusu olmana başka bir dogmatik açıklama bulunabilir mi? Bu noktada akla benzer üç taraflı ilişkiler bakımından sebepsiz zenginleşme taleplerine ilişkin olarak geliştirilmiş "üç köşeli ilişkiler" (dreiecksverhältnisse) teorisi²⁷ geliyor. Burada bir borçlunun alacaklısına olan borcunu üçüncü bir kişinin ifası temelinde bir çoklu ilişki söz konusudur. Borçlu(B) ile alacaklısı (A) arasındaki borç ilişkisi; borçlu (B) ile üçüncü kişi (Ü) arasında (Ü)'nün (B)'nin borcunu (A)'ya ödemesine dair "teminat ilişkisi" denen ilişki ve nihayet (Ü)'nün (B)'nin borcunu ödemesi sebebiyle (Ü) ile (A) arasında ifa ilişkisi:



²⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bak ÖZ,T., Sebepsiz Zenginleşme, s.52; OĞUZMAN/ÖZ., a.g.e. Cilt 2, parag.956 vd.; SEROZAN, R., İfa, İfa Engelleri, 6.Bası, İstanbul 2014, § 25, N.14

Öğretide kabul edildiğine göre, Ü, B ile arasında B'nin borcunu ödemesi hususunda geçerli bir teminat ilişkisi²⁸ olmaksızın bu borcu A'ya ödemişse (1.ihhtimal); B, Ü aleyhine zenginleşmiş olur ve Ü sebepsiz zenginleşmeye dayanarak ödediği parayı borçtan kurtardığı B'den ister. Şayet geçersiz olan A ile B arasındaki borç ilişkisiyse; Ü, A ile B arasındaki geçersiz borç ilişkisinden doğduğu sanılan borcun ifası için B ile arasındaki geçerli teminat ilişkisine dayanarak A'ya ödeme yaparsa (2.ihhtimal); sebepsiz zenginleşme ilişkisi A ile B arasında sayılır ve A, B'den sebepsiz zenginleşme talebi ile Ü'den aldığı edimi ister. Ü zaten geçerli teminat ilişkisi uyarınca A'ya yaptığı ödemeyi B'den talep edebilecektir. Şayet hem B ile Ü arasındaki teminat ilişkisi hem de A ile B arasındaki borç ilişkisi geçersizse (3. ihtimal = çifte geçersizlik); baskın görüş biri Ü tarafından B'ye diğeri B tarafından A'ya karşı ileri sürülecek iki sebepsiz zenginleşmeden dolayı iade talebi olacağını kabul ediyor. Bunun sebebi, "edim ilişkileri kimler arasındaysa sebepsiz zenginleşmenin de onlar arasında olması" şeklinde izah ediliyor. Diğeri bir deyişle burada kısa yol (=Ü'nün A'ya başvurusu) uygun görülüyor.

Acaba aynı prensipler uyarınca, burada da üç köşeli bir ilişki var denerek (=Yukarıdaki şemada B'yi Ben; Ü'yü Borçlum ve A'yı da Sen olarak düşünelim); Borçlumun Sana kurulmamış sözleşmenin ifası olarak yaptığı kazandırmayı Benim isteyebileceği sonucuna varabilir miyiz? Burada üç köşeli ilişkilerin ikinci ihtimali ile bir çakışma var gibi görünüyor. Borçlum (Ü) Benimle (B) geçerli bir anlaşma yaparak, Benim (B'nin) Sana (A'ya) olduğu sanılan geçersiz bir borcun ifası için ödemedede bulunuyor. Buna ilişkin üç köşeli ilişki modeline göre, sebepsiz zenginleşme ilişkisi Benimle Senin aranda doğar ve parayı Bana iade ile borçlu olursun; Borçluma (Ü'ye) olan teminat ilişkim de geçerli olduğundan, ona taahhüt ettiğim üzere, yaptığı bu ödeme ile bana olan borcundan kurtulur. Yani üç köşeli ilişkilerin ikinci tipindeki "B'nin Ü'nün yaptığı ifayı tazmin, burada B'nin (Benim) Ü'nin (Borçlumun) bana olan önceden mevcut bir borcunu ifa edilmiş saymam şeklinde gerçekleşiyor.

Böylece, dürüstlük kuralına dayanan bir zorlamaya gerek kalmaksızın, Celsus'un önerdiği çözüme ulaşılmış görünüyor. Açıklamasında yok ama acaba Celsus 1900 yıl önceden sebepsiz zenginleşmede üç köşeli ilişkiler teorisini/prensibini keşfetmiş olabilir mi? (39 kitabından biri bile bize ulaşmadığı için ne yazık ki hiç bilemeyeceğiz).²⁹

Ne var ki olaya biraz daha dikkatli bakınca, üç köşeli ilişkilere (bu arada bu yapının 2. İhtimaline) tam uymayan bir özellik olduğunu fark ediyoruz. Şöyle ki: Üç köşeli ilişkilerde hangi ilişki kolu geçersiz olursa olsun, ifade bulunan ile ifadan yararlanan bunun hangi borcun ifası olduğu hususunda hemfikirdir. Yani ifanın sebebi hususunda anlaşma bulunmaması söz konusu değildir. Sadece ifanın sebebi olan borç ilişkisi geçersizdir veya

²⁸ Buna "teminat ilişkisi" denmesinin sebebi, B'nin Ü'ye, A'ya olan borcunu onun ödemesi karşılığı bu miktarı ona tazmin edeceği hususunda temin ettiği ilişki olmasıdır.

²⁹ Maalesef bu sadece Celsus için değil, Gaius hariç tüm klasik hukukçular için geçerli bir kader. Tümünü sadece Digesta'ya alınmış yazılarından biliyoruz. James F. Skyrms adlı hukuk tarihçisi, Digesta'da toplam 150.000 (yüze bin) satır alıntı varken, bu alıntılar toplam 2.000 (ikibin) hukuk kitabının yaklaşık 3.000.000+ (üç milyondan fazla) satırının özeti olduğunu söylüyor (Bak: Skyrms, J.F., *Comentators on the Roman Law, Books at Iowa 32, 1980*, "http://s-lib.uiowa.edu/bai/books_iowa32_02.htm"). Demek ki elimize ulaşan 50 ciltlik Digesta'daki alıntılar, daha öncesinde yazılanların yirmide birinden azı. (Bu telafi edilmez kayıp, akla klasik musikimizin büyük ustası İtrî'nin bize ulaşan 50 eserine karşılık kaybolmuş 1.000 eseri hakkında Yahya Kemal Beyatlı'nın ünlü dizelerini getiriyor. Bu dizeleri klasik dönem hukukçularının kayıp eserlerine uyarlayarak şöyle diyebiliriz: "*Böyle bir külliyyatı örten ölüm/ Bir teselli bırakmaz insanda/ Muhiemel görmüyor henüz gönüm/ Çok saatler geçince hicranda/ Düşülür bir hayâle zevk alınır/ Belki hâlâ o kitaplara bakılır/ Artık ulaşılmaz bir biblioteka'da*"). (*biblioteka* = kütüphane -latince-)

ifada bulunanın borçlu ile arasındaki -onun borcunu ifa etmeyi taahhüt ettiği- teminat anlaşması geçersizdir. Oysa daha önce açıkladığımız üzere, incelediğimiz olayda Sana ifade bulunan Borçlum ile ifadan yararlanan Senin arasında bunun hangi sözleşmenin ifası olduğu hususunda anlaşma yok. Nitekim öğretilerde, ifanın sebebi üzerinde anlaşma olmayan sebepsiz zenginleşmelerde üç köşeli ilişkilerdeki çözümlerin uygulanmayacağı belirtilmektedir.³⁰ Buna göre, ortada üzerinde anlaşma olmayan sebebe dayanan bir zenginleşme bulunduğundan, Borçlum doğrudan Senden iade isteyecek, Sen de parayı aldığın Borçluma iade ile yükümlü olacaksın. Şu halde, üç köşeli ilişkilere dair çözümler çerçevesinde Celsus'un çözümlerine ulaşmak; öğretilerdeki kabulün aksine; sebep üzerinde anlaşma bulunmasa bile bu prensiplerin uygulanabileceğini, gene de kısa yolun engellenip, sebepsiz zenginleşenin ifade bulunana değil ifayı yönlendirene iade ile yükümlü olacağını, kabul etmekle mümkündür. Bu prensipleri ortaya atan modern öğretiyi bunu kabul etmemektedir.

8) Sebebe Bağlılık görüşüne göre.

Yukarıdaki bütün açıklamaları şahsen katıldığım ve Celsus'un da katıldığı izlenimi verdiği "soyutluk görüşü" çerçevesinde yaptık. Ancak özellikle ülkemiz öğretisinde önemli ölçüde yandaşı olan ve Yargıtay'ın da tercih ediyor görüldüğü sebebe bağlılık görüşü açısından da olayı irdeleyelim.

Borçlumun parayı (mesela bir kese içinde) sana verdiği anda hukuki sebep konusunda anlaşamadığınızdan ve böylece ifanın temelinde geçerli bir hukuki sebep bulunmadığı sonucuna vardığımızdan; sebebe bağlılık görüşü çerçevesinde paraların mülkiyeti bu teslimle Sana geçmemiş olacaktır. İş o aşamada kalsa, Sen bu paralara sadece "iyi niyetli haksız zilyet" olacaksın demektir. Bu durumda Celsus'un ifadesiyle, edinim anlamında, "param sana gitmiş" olmayacağından; bir sebepsiz zenginleşme sorununa ve *condictio*'ya da yer yok demektir. Paraların mülkiyeti hâlâ Borçlumda olup; yanlışlık fark edildiğinde o bunları bir istihkak davası (rei vindicati) ile her zaman geri alabilir. Tabii ki Sen ve Borçlum bunun benim ödücüm olması hususunda gecikmeli olarak anlaşmadıkça.³¹

Bu şıkta Ben Sana karşı, ortada sebepsiz zenginleşme olmadığından *condictio* ile başvuramayacağım gibi, paraların mülkiyeti bana ait olmadığından (Borçluma ait olduğundan) rei vindicatio ile de başvuramam.

Ne var ki bu durum, verilen paraların karışmaya uğramadan ayrık şekilde tespit edilebilir oldukları sürece söz konusudur. Para çoğu kez ödemeyi takiben derhal zilyedin kendi paralarıyla karışmaya uğrar. Karışma, bugün olduğu gibi (TMK m.776) Roma Hukukunda da bir mülkiyet iktisabı sebebidir. Bunun için paraların fiilen birleştirilmeleri de şart olmayıp; alınan paranın zilyedin kendi paralarından ayırt edilememesi, paranın karışmış sayılması için yeterli görülmektedir. Zamanımızda seri numaraları alınmış paralar için farklı sonuç doğabilirse de elbette Roma'da seri numaraları olmayan metal paralar (sikkeler) kullanıldığından, Senin teslim aldığın para kesesini diğer paralarından ayrı bir çekmeceye koyup bulunabilecek şekilde saklaman dışında, teslimin hemen ardından karışma yoluyla bu paraları iktisap ettiğin söylenebilecektir.

³⁰ ÖZ, T., Sebepsiz Zenginleşme, s.56,57; OĞUZMAN/ÖZ., a.g.e. Cilt 2, parag. 958; SEROZAN, R., a.g.e., § 25 N.6 dipnot 24'e ilişkin metin, § 25, N.21

³¹ Elbette burada teorik konuşuyoruz. Gerçekte bu durumda hatanın farkına varıldığında, normal olarak, Sen paraları iade etmek yerine bunu Benim ödücüm olarak kabul ettiğini söyleyeceksin ve Borçlum da zaten bu maksatla verdiği için paraları sana bırakacaktır. Böylece gecikmeli olarak da olsa Seninle benim aramda ödünç sözleşmesi kurulmuş sayılacak ve bir tür "kısa elden teslim" yoluyla da bu paraların zilyetliği ve mülkiyeti bu anlaşma ile sana geçmiş olacaktır. Artık iade zamanı geldiğinde tabii ki ben paramı aramızdaki geçerli ödünç sözleşmesi uyarınca geri isteyebileceğim.

Karışma sebebiyle mülkiyet iktisabı ne verenin ne de alanın iradesine bağlıdır. Burada hukuk fiilî bir olguya sonuç bağlamaktadır. Bu bakımdan, Borçlumun verdiği para Senin tarafından alınır alınmaz tespit edilemeyecek hale gelmiş ve böylece hemen karışmaya uğramış olsa da, teslim şeklinde bir tasarruf işlemi ile parayı edinmiş sayılmazsın. Şu halde bu paranın mülkiyeti sana “geçersiz bir sebebe dayana ifa” olarak geçirilmiş değildir.

Bunun götüreceği sonuç: Ne Borçlumun ne de Benim, burada karışma ile iktisap edilmiş parayı “ifa yoluyla sebepsiz zenginleşme” olarak talep edemeyeceğimizdir. Nitekim buradaki gibi sebepsiz zenginleşmeler, ifadan kaynaklanan ve türlerini daha önce belirttiğimiz sebepsiz zenginleşmelerin dışında bir zenginleşme tarzı olarak, “müdahaleden doğan zenginleşmeler” (Eingriff condictio) adı altında toplanır.³² Müdahaleden dolayı sebepsiz zenginleşme söz konusu ise, artık bunun ardındaki hukuki ilişkinin kimler arasında kurulduğu veya kurulmadığı, üç köşeli ilişki olup olmadığı vb. perde arkası safhasına ilişkin hiçbir şeyin önemi ve değeri yoktur. Basit ve mutlak bir şekilde, iktisap edilen şey müdahaleden önce kimin mülkiyetinde ise ona iade edilecektir. İncelediğimiz olay bakımından bunun anlamı; Senin karışma yoluyla iktisap ettiğin parayı iade borcunun mutlak şekilde Borçluma karşı olacağı ve onun Sana karşı bir “müdahale condicito’su” ileri sürebileceğidir.

Bu sonuç, Celsus’un “ iadeyi Bana borçlu olman ve Benim Senden iade isteyebilmem” şeklindeki önerisini iyice zora sokan, hatta imkânsız kılan bir durumdur. Zira bu değerlendirme çerçevesinde, Borçlumu Sana Benim göndermiş olmam, onun Benim adıma davranma iradesiyle sana ödeme yapması, hiçbir referans değeri taşımayacaktır. Zira Sen paraların mülkiyetini onun teslimi/ifası ile değil, kendi paralarıyla karışmak suretiyle kazandın. İşte bu düşüncelerle, Celsus’un soyutluk görüşünden yana olduğunu ve örneğini bu görüş çerçevesinde verdiğini düşünüyorum. Şayet sebebe bağlılık görüşünü esas alsa, Celsus’un çözümünün, yorum yoluyla dahi hiç bir normatif esasa dayanmayan, çok çüretkâr bir öneri olacağı açıktır.³³

9) Condictio mu özel bir dava mı?

Son olarak Celsus’un önerdiği sonuca yakından bakalım. Yazar, başta belirttiğimiz üzere, Senin parayı Borçluma değil de Bana iade ile yükümlü olmanı şu gerekçeye bağlıyor:

“bunu bana ödemen adaletin gereği olduğu için = eam mihi a te reddi bonum et aequum est.”

Ne var ki “adaletin gereği olma”, ifade olarak sadece bir “gerekçe”; fakat bir dava/talep adı, nitelenmesi değil. Bu ifadeden Celsus’un, Senin aldığın parayı sebepsiz zenginleştirme oluşturması üzerine Borçluma değil de Bana iade etmeni daha adil ve hakkaniyete uygun gördüğünü anlıyoruz. Fakat Celsus bunu hangi hukuki gerekçe ile ve hangi dava ile

³² Bak ÖZ,T., Sebepsiz Zenginleşme, s.123 vd.; ULUSAN,İ., a.g.e., s.8 vd.; SEROZAN,R., a.g.e., § 26, N.1 vd.

³³ Belirtelim ki bu sorun Celsus’un örneğine özgü olmayıp, tüm sebepsiz zenginleşme hukuku bakımından mevcuttur. Şayet sebebe bağlılık görüşü kabul edilir ise, dogmatik olarak, ifadan kaynaklanan sebepsiz zenginleşmelerin uygulama alanı olağanüstü daralacaktır. Özellikle TBK m.77 vd. hükümlerinde ifa dışı sebepsiz zenginleşmelerden açıkça söz etmeyip sadece ifadan dolayı sebepsiz zenginleşmeleri -türlerini belirterek- düzenleyen kanunumuz bakımından, bunun yasa koyucunun tercih ettiği görüş olması mantıksız görünmektedir. Buna karşılık, paraya özel bir uygulama alanı açmak için, taşınır mülkiyeti devrini sebebe bağlı sayıp parayı ayrık tutarak sebepten soyut kazandırma saymanın da gerekçesi bulunamaz kanısındayım. Gene, paranın hemen karışmasından hareketle, ifa için verilen para iktisaplarını aradaki tespit edilemeyecek kadar kısa süreyi atlayıp, ifadan dolayı sebepsiz zenginleşme saymak suretiyle, sebebe bağlılık görüşüne uygulama alanı açılmak da istenebilir. Bu en azından benim hukukçuluk anlayışımla bağdaşacak bir çözüm değildir.

talep edebileceğimi söylemiyor (veya en azından açıkça ifade etmiyor). Bu durumda nitelendirmeyi biz yapmak zorundayız.

Hemen belirtelim ki, Roma Hukukçuları arasında bu husus tartışmalıdır³⁴.

Bazıları burada Celsus'un örnekte "Ben" olarak adlandırdığı kişiye tanıdığı hakkın, düpedüz sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir iade talebi, latince adıyla bir "conductio" olduğu görüşündedir. Bu görüşün başlıca gerekçesi, Digesta'da bu fragmentum'un "conductio" başlığı altındaki bölümde yer almasıdır. Diğer gerekçeleri: Esasen olaydaki "Sen" in parayı alarak sebepsiz zenginleşmen karşısında tabii ki sebepsiz zenginleşme borçlusu olman; ayrıca, Roma Hukukunda mesela "bonum et aequum" adlı bir davaya da rastlanmamasıdır. Nihayet bu görüşü terminolojik olarak destekleyecek bir tarihi gelime olarak, ortaçağ hatta daha sonrası pandect hukukçularının, bu fragmentum'dan hareketle ve Celsus'un aile adından esinlenerek, "conductio Iuventiana" adlı bir dava türü yaratmış olmalarıdır. Ayrıntıya girmeden belirtelim ki, bu davayı "kapsamı genişletilmiş bir sebepsiz zenginleşme davası" olarak nitelendirdiklerini görüyoruz.

Buna karşılık dar yorum yanlıları, burada Celsus'un alacaklı olarak öngördüğü kişi için sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talebin şartlarının gerçekleşmediği; böylece burada bir conductio'nun değil, hakkaniyete dayanan ayrı bir talep ve dava hakkı bulunduğu görüşündedir. Buna göre, sözkonusu fragmentum'un Digesta'da conductio'lar başlığı altında yer almasının sebebi, ona tek başına özel bir başlık açmak yerine (bu uygunsuz görünürdü), gene konusu bakımından en yakın görünen başlık altında yer vermenin uygun görülmesidir. Bir diğer gerekçe, Celsus'un elbette gayet iyi bildiği "conductio" terimini önerdiği hak bakımından metinde kullanmamış olmasıdır. Herhalde Celsus basit bir conductio kelimesini kullanmak yerine, hakkaniyetten söz ederek, conductio nitelemesini bizim akıl etmemize bırakmış olmasa gerekir.

Bu hususta Roma Hukukçularının kılı kırk yaran tartışmalarını uzmanlarına bırakarak, biz konuyu günümüze çekelim. Hukukumuzda, istisnaen doğrudan dürüstlük kuralından (TMK m.2'den) kaynaklandığı kabul edilen bazı haklar mevcutsa da; sebepsiz zenginleşme veya sebepsiz zenginleşmeye benzer herhangi bir durum için, böyle özel bir talep ve dava mevcut değildir. Öğretilerde ve uygulamada böyle bir kurum tanımlanmamış ve ortaya atılmamıştır. Bizde dürüstlük kuralından doğan borçlar, "sözleşme yapma zorunluluğu", "bazı yan borçlar" ve "dürüst davranma başta olmak üzere bazı davranış yükümleri"nden ibarettir³⁵ Bunların, "birinin sebepsiz zenginleştiği parayı normal hükümlere göre iade etmesi gerekenden başka bir kişiye verme borcu doğması" ile ilgisi yoktur. Bizde dürüstlük kuralının bu tür uyuşmazlıklarda rolü, genellikle, "bir talebe karşı muhatabın pozitif hukuk bakımından yapabileceği bir savunmanın engellenmesi" şeklindedir. TMK m.2/f.2 uyarınca "hakkın kötüye kullanılması" sayılarak engellenen bu taleplere tipik bir örnek, borcun temelindeki sözleşmenin şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olduğu savunmasının engellenmesidir. Her ne kadar bu bizde, İsviçre uygulamasından farklı olarak, alıcının şekle aykırılıktan geçersiz taşınmaz satışı uyarınca satıcıya karşı tescile zorlama davası dahi açılabilmesi (ve kabulü) kadar ileri bir noktaya taşınmışsa da;³⁶ bunun dahi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade talep edemeyecek birine özel bir talep hakkı tanımaya örnek oluşturması mümkün görünmemektedir.

³⁴ Sadece özetlemeye çalıştığım bu ayrıntılı tartışma için bak FEENSTRA, R., a.g.m., 294 vd. ve orada belirtilen yerler.

³⁵ Bak OĞUZMAN/BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 25.Bası, İstanbul 2019, parag: 926 vd.

³⁶ Bak OĞUZMAN/ÖZ., A.g.e. Cilt 1, 18.Bası, İstanbul 2020, parag.488 vd.; 30.9.1988 Tarih ve 2/2 Sayılı Yarg. İç. Bir. Büyük Genel Kurulu Kararı (RG 21.12.1988, Sayı026).

Peki, dürüstlük kuralına dayanan böyle özel bir dava/talep hakkı mevcut olmadığına ve olması da mümkün görünmediğine göre; Acaba Celsus'un örneği bakımından, Benim Sana karşı açacağım sebepsiz zenginleşme davasında Senin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade alacaklısının Ben değil de Borçlum olduğu savunmasını yapman dürüstlük kuralı uyarınca engellenerek (hakkın kötüye kullanılması sayılarak) göz ardı edilebilir mi? Doğrusu burada şekle aykırı kurulmuş bir sözleşmedeki şekle aykırılığın göz ardı edinmesinden çok daha ileri bir durum vardır. Zira, eğer burada TBK m.77 vd. kurallarına göre Benim aleyhime Senin lehine bir sebepsiz zenginleşme yoksa; talebimin kabulü, “geçersiz bir borç ilişkisini geçerli kılma”nın ötesinde; “hiç olmamış (yok) bir borç ilişkisini yaratma” anlamına gelecektir. Bu olsa olsa, “dürüstlük kuralı uyarınca sözleşme yapma mecburiyeti” ile akraba bir sonuç olur = “Dürüstlük kuralı uyarınca sebepsiz zenginleşmeden sorumlu olma mecburiyeti?”

Doğrusu bayağı zorlama bir icat. Fakat Celsus'un olayındaki kişiye mutlaka böyle bir talep hakkı tanıyacak isek; bu gene de “dürüstlük kuralından doğan özel iade davası” icadından biraz daha incelikli bir zorlama olur kanısındayım.

KAYNAKÇA

BURCUOĞLU.H., Taşınır Mülkiyeti Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl4, Sayı 1, Haziran 2018, s.57 – 82

FEENSTRA, R., Die ungerechtfertigte Bereicherung in Dogmengeschichtlicher Sicht, “dergiler.ankara.edu.tr”, s. 289 vd.

OĞUZMAN/ÖZ., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 16.Bası, İstanbul 2021

OĞUZMAN/BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 25.Bası, İstanbul 2019, parag: 926 vd.

ÖZ,T., Öğreti ve Uygulamada sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990.

ÖZ,T., Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e armağan, Cilt III, İstanbul Barosu yayınları, İstanbul 2014

ÖZ,T. BK 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m.20 Kuralı ile İlişkisi,, Rüşvet – Başlık Parası, İstanbul Barosu Dergisi 1985, S.1-2-3, s. 105 vd.

ÖZ,T., İsviçre federal mahkemesinin 27 Şubat 1989 Tarihli Kararının Düşündürdükleri, MHAD 1990, No 18, s.105 vd.

ÖZ,T., Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince kazanılmış aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD 1985, S.16, s.131 vd.

ÖZ,T., Prof.Dr. David Pugsley, Justinianus'un İstanbul Hukuk Okulu Açılış Konuşması, İstanbul 2019 s. 8 vd.

ÖZ,T., Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt V, Sayı 1, Haziran 2017, Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel sayı, s.139 – 148

SEROZAN, R., İfa, İfa Engelleri, 6.Bası, İstanbul 2014

The Code of Justinian, “https://droitomain.univ-grenoble-alp.fr/Anglica/codjust_Scot.htm

ULUSAN,İ., İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.

4f KAT MÜLKİYETİ OLUŞUMUNDA MOTORLU TAŞIT EDİNİMİ
ENGELLERİNE DAYALI ELEŞTİRİLER
(REVIEWS ABOUT THE ACQUISITION OF MOTOR VEHICLES BY CONDOMINIUM
OWNERSHIP FORMATIONS)

Prof. Dr. Etem Sabâ ÖZMEN* **
Arş. Gör. Zeynep YILMAZ* ******

ÖZ

“*Kat Mülkiyeti Oluşumunda Motorlu Taşıt Edinimi Engellerine Dayalı Eleştiriler*” başlıklı bu çalışmamızda, tüzel kişiliği bulunmayan kat mülkiyeti oluşumlarının Eşya Hukuku hükümleri çerçevesinde motorlu taşıt edinmeleri incelenecektir. Bu hukukî işlem, motorlu taşıtların kaydedildiği sicilde mülkiyet hanesine gerçek veya tüzel kişi bildirilmediği gerekçesiyle uygulamada reddedilmektedir. Oysa Medeni Kanunumuz ve Borçlar Kanunumuzun genel hükümleri, tüm özel hukuk ilişkilerine hâkim olup motorlu taşıtın bir taşınmaza bağlı olarak kazandırıcı işlemlerle edinilmesine cevaz vermektedir. Kat Mülkiyeti Kanunumuzun 9. maddesinin genel hükümlere yollama yapıyor olması savımızı güçlendirmektedir. Karşılaştığımız bu sorun, motorlu taşıtın eklenti olarak bir taşınmaza özgülenmesi ve taşınmazın kaderine bağlı kılınmasıyla çözüme kavuşturulacaktır. Motorlu taşıtların sicile işlenmesine dayalı istisnai özelliği nedeniyle kıyasen gerekçe oluşturduğumuz hükümler, taşınmazlara yönelik eşyaya bağlı mülkiyet hükümleri olacaktır. Bu gerekçeyle, Araç Tescil ve Sicil Sisteminde motorlu taşıtın mülkiyet hanesine, tıpkı kat mülkiyetine konu ortak yer taşınmaz mülkiyetinde olduğu gibi kişi adı/unvanı ile gösterilmeksizin motorlu taşıtın bağlı olduğu taşınmaza ait bağımsız bölüm numaralarının yazılması yoluyla sicile işlenebileceği sonucuna varacağız. Çalışmamızın son bölümünde, taşınmaza bağlı motorlu taşıt edinimi işlemi gerçekleştirecek kişi veya kişilere değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: motorlu taşıt, eklenti, kat mülkiyeti, toplu yapı, eşyaya bağlı mülkiyet.

ABSTRACT

In this study, we examined the acquisition of motor vehicles by condominium ownership formations that do not possess a legal entity within the framework of the provisions of Property Law. This legal transaction is being rejected in practice for the reason that

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 18.02.2021. İlk hakem raporu tarihi: 08.03.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 29.03.2021. Onaylanma tarihi: 29.03.2021

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8622-9660.

*** Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

**** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5510-0266.

Esere Atf Şekli: Etem Sabâ Özmen, Zeynep Yılmaz, "Kat Mülkiyeti Oluşumunda Motorlu Taşıt Edinimi Engellerine Dayalı Eleştiriler", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.613-634.

no real person or legal entity is stated for the ownership slot in the registry of motor vehicles. However, the general provisions of our Civil Code as well as our Obligation Code govern all private legal relations and allow the acquisition of motor vehicles through an acquisitive transaction connected to an immovable property. The fact that Article 9 of the Condominium Ownership Code refers to general provisions strengthens our assertion. This problem we encounter will be solved by allocating the motor vehicle to an immovable property as an accessory and rendering it dependant on the fate of the immovable property. Due to the exceptional feature of motor vehicles regarding the registration, the provisions which we will utilize by analogy when establishing our legal grounds will be the provisions of ownership propter rem. For this reason we will come to the conclusion that the motor vehicle can be registered to the Vehicle Registration and Registry System by entering flat numbers of the immovable property to which the vehicle is connected in the ownership slot without showing the name/title of the person, similar to the ownership of mutual areas subject to condominium ownership. In the last section of our work, we addressed the person or persons who will realize the acquisition of the motor vehicle propter rem.

Keywords: *Motor vehicle, accessory, condominium ownership, collective building, ownership propter rem.*

GİRİŞ

Karayolları Trafik Kanunu hükümlerince kat mülkiyeti oluşumlarında, kanunî temellerine dayalı olarak motorlu taşıt edinimine hiçbir engel bulunmamakta iken, uygulamada, hiçbir bilimsel araştırma yapılmadan, tüzel kişilik bulunmadığı savına dayanmak suretiyle kat mülkiyeti oluşumlarında motorlu taşıt ediniminin mümkün olmadığını görüyoruz. Ancak, bu yönde varılan olumsuz sonuçlar, hiçbir bilimsel temele dayanmadığı gibi somut ihtiyaçlar karşısında kat maliklerini ciddi sıkıntılara gark etmektedir.

Uygulamada toplu yapılarda yüksek eğim veya mesafe nedeniyle, örneğin ortak yer olarak kıyıda yer alan şezlonglar, duşlar, iskele ile üst parsel çizgisinde yer alan bağımsız bölümler, market ve yönetim binası arasındaki güzergâhta, kat maliklerinin üçüncü kuşak olarak sıkıntı yaşadığı görülmektedir. Bu yönde doğan ihtiyaçlar karşısında, yaz ve kış tarifesine göre belirlenen saatlerde toplu yapı malikleri için servis hizmeti vermesi, ancak bir motorlu taşıt edinimi ile mümkün olabilecektir.

Bu ve benzeri ihtiyaçların¹ doğduğu toplu yapı oluşumlarında tüzel kişi yönetici ve ya atanmış hizmet şirketleri, Karayolları Trafik Kanunu 85 vd. hükümlerince “araç işleten” sıfatını taşımak istemedikleri gibi, amortisman, KDV gibi vergi yükümlülükleri üstlenmek istememeleri nedeniyle servis ihtiyacı karşılanamamaktadır.

Araştırmanın amacı, mevcut hukukî düzenlemeler ışığında, kat mülkiyeti oluşumlarında motorlu taşıtın kat maliklerince edinilmesine ilişkin hukukî bir engel bulunmadığına yönelik sonuçlara ulaşmaktır. Bu yönüyle çalışmamızda, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca motorlu taşıt araçlarının sicile tescili zorunluluğu, eklenti niteliğindeki motorlu araçların tescilinin nasıl yapılması gerektiği ve tescile ilişkin hüküm ve sonuçlar irdelenecektir.

¹ Örneğin sanayi sitesi olarak kurulmuş kat toplu yapı oluşumunda, sabah ve akşam personel taşıma, öğle saatlerinde yemek servisi gibi konularda motorlu taşıt edinme ihtiyacı doğabilecektir.

I. KAT MÜLKİYETİ UYUŞMAZLIKLARINDA KMK M. 9 VE TMK M. 5 HÜKÜMLERİNİN ANLAMI VE BU ARAŞTIRMAYA ESAS SONUÇLARI

Araştırma kapsamında, uygulama sıkıntılarına bağlı olarak toplu yapı² ve klasik kat mülkiyetinde³ kat maliklerinin bir motorlu taşıt⁴ edinme isteklerinin tüzel kişilik niteliği taşınamama gerekçesiyle reddedilmesi konusundaki engellerin giderilmesi amaçlanmıştır.

Karayolları Trafik Kanunu 20'nci maddesi 1'inci fıkrasında "*Tescil süreleri, satış ve devirler, noterlerin sorumluluğu ile ilgili esaslar şunlardır*" ifadesinin akabinde gelen bentlerde "tescil yapılması" terimine yer vermiştir. Hemen eleştiri getirmek gerekirse, kanun koyucu özensiz bir düzenleme ile tüm kanun metninde terim birliği oluşturamamıştır. Ayrıca, "sicile işlenme", "sicile kayıt" tabirleri de dağınık biçimde kullanılmıştır. Biz bu konuda, aynı haklara vücut veren taşınmaz tescilinden farklı olarak mülkiyet karinesi yaratmadığını savunduğumuz araç sicili konusunda yapılacak yazımlar konusunda kanunda da kullanılmış bulunan "sicile işlenme" tabirini yeğliyoruz.

Sicile işlenme zorunluluğu karşısında motorlu taşıt araçlarının kat malikleri adına yazımı (Kanunda ayrıca tescili) konusunda herhangi bir engel bulunmadığını bilimsel gerekçelerle ortaya koymak gayesindeyiz. Hukukî bir görüşün taşınması gereken bilimsel hareket sorumluluğuyla, öne sürülen savların tamamen kanunî gerekçelere dayanması gerekecektir. Bu konuda ihtiyaç duyduğumuz hükümler, ortak aklın muhteşem eseri Roma Hukundan mülhem Medenî Kanunumuz kapsamında yer almaktadır. Çünkü geçmişin köklü mirası bu hukuk sisteminden alınan temelle, Atamızın hukuk reformu ile iktibas ettiğimiz İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu genel hükümleri gözetilecek olursa, tüzel kişiliğe sahip olmamaya dayalı gerekçenin mesnetsiz olduğu kolayca anlaşılabilir.

Bahsi geçen hükümleri aynen aktararak sonuç çıkarmak gerekirse; TMK m. 5 ile KMK m. 9 uyum içindedir. "*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*" şeklinde hüküm getiren TMK m. 5 uyarınca, Borçlar ve Medenî Kanunumuzun (Kişiler Hukuku, Aile ve Miras Hukuku) hükümleri de dâhil olmak üzere tüm Eşya Hukuku) hükümleri tümüyle kat mülkiyeti uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulacaktır. KMK m. 9 ise "*Kat mülkiyetine veya kat irtifakına ait kütük kaydında veya kat malikleri arasındaki sözleşmede veya yönetim planında veya bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıklar, Medenî Kanun ve ilgili diğer kanunlar hükümlerine göre karara bağlanır.*" hükmüyle TMK m. 5'e paralel bir düzenlemeye işaret etmektedir.

Kat mülkiyeti uyuşmazlığı olarak karşımıza çıkan bu hukukî meseleye ilişkin Kat Mülkiyeti Kanununda bu yönde bir hüküm bulunmadığı⁵ varsayımından hareket edildiğin-

² Toplu yapılara ilişkin detaylı bilgi için bkz.: Etem Sabâ Özmen/Hafize Kır, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi*, Sabâ Özmen Avukatlık Ortaklığı Yayınları, İstanbul, 2010, s. 143 vd.

³ Klasik kat mülkiyetine ilişkin detaylı bilgi için bkz.: Etem Sabâ Özmen, Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 5711 ile 5912 sayılı kanunlarla değişik 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanuna Göre Yenilenmiş 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 240 vd.

⁴ Karayolları Trafik Kanunu m.3'te taşıt, "Taşıt: Karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan araçlardır. Bunlardan makine gücü ile yürütülenlere "motorlu taşıt" insan ve hayvan gücü ile yürütülenlere "motersuz taşıt" denir." şeklinde tanımlanmıştır.

⁵ Genel kütük kaydında bir hüküm bulunma olasılığı zaten söz konusu değildir. Çünkü KMK'nın Tanımlar başlığı altında 2. maddesinde "*Kat mülkiyetinin veya irtifakının kurulmasına ait resmi senet*" şeklinde tanımlanmış olan sözleşmelerin, KMK m. 13 ve Tapu Kanunu m. 26 hükümlerince kat irtifakı ve kat mülkiyet kurulması sırasında resmi şekle bağlı olma zorunluluğu, düzenleme şeklin-

de, KMK m. 9'un kanuni yollamasıyla artık bu konuda uygulanacak hükümler, Medenî Kanunumuzun Eşya Kitabında yer alan taşınır mülkiyetine ilişkin hükümler olacaktır. Bu nitelikle, hak sahipliği konusunda mülkiyet hakkının çoklu süje niteliği göz önüne alınarak karşımızda TMK m.688 vd. hükümlerinde düzenlenen "paylı mülkiyet"⁶ kurumunun varlığı bize ısk tutacaktır.

II. KAT MÜLKİYETİ BİRLİĞİ VE TEMELİNDE YATAN PAYLI MÜLKİYET BİRLİĞİ

A. Kat Mülkiyeti Birliği Kavramı

Kat mülkiyeti öğretisinde pek dile getirilmeyen "paylı mülkiyet birliği"⁷ ve buna dayalı "kat malikleri birliği"⁸ nin⁸ varlığı, araştırmamızda önemli bir yer tutacaktır. Türk hukukunda Eşya Hukuku konulu eserlerde yer alan paylı mülkiyet birliği kavramı sonrasında ARPACI, "*Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*" adlı doktora teziyle paylı mülkiyet birliğin uzantısı olan kat malikleri birliğinin varlığına işaret etmiştir⁹. Kanunda zikredilmeyen kat malikleri birliği, doktrinde kat malikleri kurulunun üst organı olarak kabul edilmektedir. Kat malikleri kurulu, kanunda belirtilen asgari sürelerde toplanıp belirli konulara ilişkin karar alma organı işlevi görmektedir¹⁰. Kat malikleri birliği terimi ise söz konusu taşınmazdaki bağımsız bölümlerin tümünün kişi varlığı ile birlikliğini tanımlamaktadır. Kat malikleri kurulu ile kat malikleri birliği terimleri arasındaki farklılık, özellikle toplantı yeter sayılarını belirlemede önem kazanmaktadır¹¹.

Bu kavramın bilinmemesi ve Yargıtay'ca dikkate alınmaması sonucu, birçok garabet karara vücut verildiğini görmekteyiz¹². Kat Mülkiyeti Kanununda kat malikleri kurulunun tabi olduğu salt çoğunluk dışında tümüyle nitelikli (mevsuf) çoğunluğa tabi kararların¹³ kat

deki resmi senede işaret etmektedir. Bu resmi senede, Borçlar Kanunu m. 26'da düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca bugüne kadar aksi yönde bir hüküm koydurabilmiş bir kişi söz konusu olmamıştır.

⁶ Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 389 vd.; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 22. Baskı, İstanbul, 2020, s. 346 vd.; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2019, s. 283 vd.; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 15. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2020, s.237 vd.

⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 347, N. 1222; Sirmen, s. 284; Ertaş, s. 238, N.1064.

⁸ Abdülkadir Arpacı, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, Bedir Yayınevi, İstanbul, 1984, s. 81; Özmen/Kır, s. 57.

⁹ Arpacı, s. 81.

¹⁰ Arpacı, s. 79-84.

¹¹ Arpacı, s. 139 vd.

¹² Örneğin, yönetim planı değişikliği konusunda KMK m. 28/3'te "*Yönetim planının değiştirilmesi için bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyu şarttır.*" şeklinde düzenlenen hüküm gereği karşımızda kat malikleri birliği bulunmasına rağmen yönetim planı değişikliklerinin kat malikleri kurulunca kararlaştırılması gerektiğine ilişkin içtihatlar, bu kavramın bilinmemesine dayalı olarak amaçsal yorum ilkesine dayalı olarak fahiş hatalara yol açmaktadır.

¹³ Bu konuda, KMK m.30'un "*Kat malikleri kurulu, kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından yarısından fazlasıyla toplanır ve oy çokluğuyla karar verir.*

Yeter sayının sağlanamaması nedeniyle ilk toplantının yapılamaması halinde, ikinci toplantı, en geç on beş gün sonra yapılır. Bu toplantıda karar yeter sayısı, katılanların salt çoğunluğudur.

Bu kanunda yeter sayı için ayrıca konulmuş olan hükümler saklıdır." şeklindeki üç fıkralık hükmünde yer alan kural gereği, ikinci toplantıda kanunda kat malikleri kurulunun varlığına atfen belirli bir nitelikli çoğunluk belirlendiği hallerde, anılan çoğunluğun o anda toplantıya katılanlara dayalı hesaplanması hatasına düşülmemelidir. Son fıkrada diğer hükümlere yapılan atf ile, tüm kat malik-

malikleri kurulunda alınması zorunlu olmayıp kat malikleri birliğince alınabileceğini isabetle işaret eden ARPACI'nın bu yoldaki görüşlerine tamamen katılıyoruz¹⁴.

Bu haklı nitelemenin konumuza yansımaları ile kat mülkiyetinde genel hükümler açısından bir tüzel kişilik oluşturulması yolunda bir ihtiyacın bulunmadığı açıktır. Zira Kat Mülkiyeti Hukukunda bu yönde bir tabir bulunmasa da içerik olarak kat mülkiyeti oluşumlarının bir özel hukuk tüzel kişiliği ile (vakıf, dernek, şirket vb.) yönetildiği fiili durumu karşısında, tüzel kişilik veya organları yönünde bir eksiklik bulunmadığı kolayca gözlemlenebilecektir.

Ara sonuç olarak özlüce ifade etmek gerekirse, kat mülkiyeti oluşumlarında motorlu taşıt edinimi ihtiyacı doğduğunda hukukî dayanağımız, kat malikleri birliği olarak ifade edilen hukukî kurum olacaktır. Eşdeyişle, Eşya Hukuku ilkeleri açısından aynı hakkın temelinde yatan hukukî ilişkinin irdelenmesi sonucunda hak sahibi süje özelliğiyle kat malikleri birliği kanunda zikredilmese de hep var olacaktır. Kat malikleri birliğinin altında yatan kurumun tahlil ve tespit edilebilmesi ise ancak TMK m. 5 ve KMK m. 9. hükümlerine dayalı yapılan atıfla mümkün olacaktır. Bu saptamaya dayalı temel kurum, TMK m. 688-703 hükümlerine üst başlık oluşturan "birlikte mülkiyet (eMK 623 vd. hükümlerine dayalı üst başlık olarak *birden ziyade kimselerin bir şey üzerinde mülkiyeti*)"¹⁵ kavramı olacaktır.

B. Arsa Payı Kavramı Altında Yatan Paylı Mülkiyet Kavramı ve Kat Maliklerinin Oluşturduğu Paylı Mülkiyet Birliği

Bir üst başlıkta bahsi geçen kat malikleri topluluğunun vücut verdiği kat malikleri birliğinin hukukî niteliğinin analiz edilebilmesi için öncelikle "arsa payı" kavramının açıklanması gerekmektedir. Arsa payı, KMK m. 2'de Tanımlar başlığı altında "*Arsanın, bu Kanunda yazılı esasa göre bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet payları*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle yanılığa düşen bazı meslektaşlarımız söylemlerinde, kat mülkiyetinde o zamanki tabirle müşterek, şimdiki tabirle paylı mülkiyet kavramının bulunmadığı savını ileri sürebilmektedir. Oysaki arsa payının tanımında "ortak mülkiyet" ve diğer bir hükümde "adi mülkiyet" gibi tabirlerin kullanılmış olmasının tarihi bir sebebi bulunmaktadırlar¹⁶.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun yürürlük tarihinden önce, kat mülkiyeti hukukuna ilişkin uyumsuzluklar Tapu Kanunu m. 26 uyarınca paylı (müşterek) mülkiyet ve irtifak (eMK m. 753 hükmüne dayanmakla, TMK m. 838) formülü çerçevesinde çözümleniyordu. Ancak ilgili kanun maddesinin uygulamasında yaşanan zorluklar ve kavram kargaşası, doktrini yeni bir sistem aramaya itmişti. Bu konuda OĞUZMAN, İsviçre Medenî Kanunundan esinlenerek kat mülkiyetinin paylı mülkiyet hükümleriyle düzenlenmesini önermişse de;¹⁷ REİ-

lerinin oybirliğiyle yapılabilecek işlerde, ikinci toplantıda salt çoğunluk ile karar alınmayacağı, özel hükümde aranan oybirliği şartının devam edeceği hususu düzenlenmektedir. Bu durumda karşımızda, kat malikleri birliği bulunmakta ve kat malikleri kurulunda karar alınmadan elden imza ile anılan çoğunluğun elde edildiği karar metinleri geçerli kabul edilmelidir. Bu kapsamda, motorlu taşıtın KMK m. 42 hükmüne faydalı yenilik ve ilaveler başlığı altında, elden imza ile kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğuyla edinilmesine ilişkin karar geçerli olacak ve aşağıda inceleyeceğimiz biçimde bu konuda yöneticilere verilecek temsil yetkisiyle noterde işlem gerçekleştirilebilecektir.

¹⁴ Arpacı, 154 vd.; Özmen/Kır, s. 57.

¹⁵ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 98 vd.; Akipek/Akıntürk, s. 387 vd.

¹⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Özmen/Kır, s. 4-5.

¹⁷ M. Kemal Oğuzman, *Kat Mülkiyeti Hakkında İsviçre ve Türkiye'de Hazırlanan Kanun Tasarıları Tahlili ve Tenkidi*, İÜHF, C. XXV, 1960, İstanbul, s. 177 vd.

SOĞLU tarafından önerilen ve yeni bir terim olan “ortak mülkiyet” terimi¹⁸ kanunda yer almıştır.

Böylece, Kanun koyucu KMK'nın yürürlüğe girmesinden önce yaşanan sorunlar nedeniyle paylı mülkiyet tabirini kullanmaktan kaçınmış ve Medenî Kanunumuzda düzenlenmeyen ortak mülkiyet, adi mülkiyet gibi kavramlara yer vermiştir. Ancak bu kavramların araştırmamızda yeri bulunmamaktadır. Hemen anlaşılacağı gibi ortak mülkiyet ve buna bağlı olarak kat mülkiyeti/kat irtifakı, Medenî Kanunumuzun eski tabiriyle müşterek mülkiyet, yeni tabiriyle paylı mülkiyet kavramı mevcut olmaksızın asla nitelendirilemez. Medenî Hukuk Eleştirileri adlı eserinde SUNGURBEY, tamamen katıldığımız görüşüyle kat mülkiyetini “*paydaşlara kendilerine ayrılan katlarda yerleşmiş tek başına yararlanma hakkı veren, özel olarak biçimlenmiş, örgütlenmiş bir birlikte (paylı) mülkiyet hakkı*” şeklinde tanımlayarak, o zamanki tabirle müşterek mülkiyetin vazgeçilmez niteliğini isabetle vurgulamıştır¹⁹. Bu inkâr edilemez hukukî nitelik, yeni tabirle “paylı mülkiyet” kurumu olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰ (TMK m. 688-700).

Hal böyle olmakla, araştırma konumuz başlığı altında kat mülkiyeti oluşumunda motorlu taşıt edinimi konusunda varacağımız sonuçlar zorunlu hukukî ilinti ile paylı mülkiyete ilişkin hükümlere dayalı oluşacaktır.

III. MOTORLU TAŞITIN EŞYA NİTELİĞİ VE KAZANDIRICI İŞLEMLERE KONU OLMASI

A. Motorlu Taşıtın Eşya Niteliği ve Bileşik Eşyada Yeri

1. Motorlu taşıt taşınır eşyadır

TMK m. 762 hükmü²¹ uyarınca, niteliği gereği bir yerden başka bir yere nakledilebilen maddi şeyler taşınır eşya olarak tanımlanır. Motorlu taşıtların üretim amacı, hareket etmek olduğu için (müteharrrik) kanunda yer alan tanımla birebir örtüştüğü açıktır²². Bununla birlikte doktrinde, Karayolları Trafik Kanunu hükümleri gereği daha önce tescil edilmiş araçların devrinin ve her halükarda sicile işlenmesinin noter işlemiyle zorunlu olması ve ekonomik değerinin yüksek olması özelliklerinden hareketle motorlu taşıtların taşınır veya taşınmaz eşya olarak nitelendirilemeyeceği, taşınır özellikleri taşımakla birlikte taşınmaz eşyaya benzer özellik de taşıdığını savunan karşıt görüş bulunmaktadır²³. Ekonomik olarak yüksek değer taşıyan sanat eseri, saat, mücevher gibi birçok taşınır eşyada olduğu gibi motorlu taşıtlarda da maddi değer, bir şeyin taşınır veya taşınmaz eşya olarak nitelendirilmesini etkilemez. Bu nedenle, motorlu taşıtı ekonomik değer temelli yaklaşımla taşınır eşya olarak değerlendiren görüşe katılmıyoruz.

Motorlu taşıtların taşınır olmadığını savunan görüşün bir diğer gerekçesi ise, sicile kayıt yükümlülüğüdür. Ancak taşınır eşya olan motorlu taşıtın aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bir sicile işlenmesi özelliğine bakarak taşınmazmış gibi değerlendirme yapılması ve niteliğiyle bağdaşmayan taşınmazlara özgü sonuçlara tabi kılınması hiçbir şekilde arzu edilmeyecek sonuçlara götürecektir. Sicile kayıt yükümlülüğü tek başına bir eşyanın taşın-

¹⁸ Safa Reisoğlu, *Kat Mülkiyeti ve Yeni İsviçre ve Türk Kanun Tasarıları*, Ankara, 1963, s. 129 vd.

¹⁹ İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Eleştirileri*, C. II, İstanbul, 1970, s. 115.

²⁰ Özmen/ Kır, s. 4-5.

²¹ TMK m. 762- *Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.*

²² Motorlu taşıtların taşınır olarak değerlendirilen görüş için bkz.: Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 303.

²³ Rona Serozan, *Taşınır Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 188-189.

maz vasfı kazanmasını sağlamaz. Nitekim motorlu taşıtlara benzer şekilde sicile kaydedilen gemilere ilişkin TTK m. 936'da açıkça tüm gemilerin taşınır eşya olduğu belirtilmiş ve TTK m.937'de, gemilere hangi hallerde taşınmaz eşyaya uygulanan hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, kanun koyucu taşınabilen bir eşya bakımından taşınmaz eşya hükümlerinin uygulanması gerektiği hallerde, bu hususu açıkça belirtmektedir. Bu nedenle, yasayla kararlaştırılmamış diğer hallerde, genel kural gereği taşınabilen şeyler bakımından taşınır eşya hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bu konudaki savlarımızı pekiştirme ihtiyacı karşısında, hep tekrar edegeldiğimiz bir örnekle açıklamak gerekirse; tarafların 14.00'da Bodrum Noterliğinde satış işlemlerini gerçekleştirdiği araç, Bodrum'a gelen Datça feribotunda 13.30'da denize düşmüşse; bu durumda noterin yaptığı işlem TBK m. 27 gereği kesin hükümsüz olacaktır. Oysaki kaza sözleşmenin akdedilmesi akabinde 14.30'da gerçekleşirse, TBK m. 136 uyarınca kusursuz ifa imkânsızlığı hükümleri uygulanacaktır. Bu kapsamda, tasarruf işlemlerine hâkim nedensellik (illilik) prensibi uyarınca mülkiyetin sicilde kayıtlı olan kişi adına karine yarattığının savunulması kabul edilebilir bir sonuç olmayacaktır²⁴.

Kural olarak TMK m. 5 hükmü uyarınca, taraflar arasında geçerli bir sözleşme ve zilyetliğin devri şartları sağlandığında taşınır eşyanın mülkiyeti karşı tarafa geçecektir²⁵. Bu genel kuralın yanı sıra motorlu taşıtlarda sözleşmenin geçerlilik şartları, kanun hükümleri çerçevesinde belirlenmiştir. Diğer taşınır eşyalardan farklı olarak motorlu taşıtlarda sicile kayıt yükümlülüğünün bulunmasındaki gerekçe, motorlu taşıtlardan dönemsel olarak alınan verginin takibi ve vergi yükümlüsünün tespiti, trafik kuralı ihlallerinde veya kazalarda kişilerin tespitini kolaylaştırması gibi uygulamaya yönelik ihtiyaçlardır. Biz, bu ihtiyaçların veya sicil kaydının tutulmasının eşyanın hukukî niteliğine herhangi bir etki etmeyeceği görüşündeyiz. Kanun koyucu tarafından gemilerde olduğu gibi ayrıca bir düzenleme yapılmadığından, motorlu taşıtların cismani varlığı ile taşıdığı özelliklerle taşınır eşya hükümlerine tabi olduğu tartışmasızdır.

Öte yandan, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun²⁶ 5/1-f bendinin²⁷ aksiyel kanıtından (mefhum-u muhalifinden; argumentum a contrario), başka bir kanun gereği sicile tescil edilen taşınır mallara yönelik bu kanun hükümlerinin uygulanmayacağı anlaşıl-maktadır²⁸.

²⁴ Taşınır mülkiyetinin sebebe bağlı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz.: Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 228 vd.

²⁵ Akipek/Akıntürk, s. 584-585.

²⁶ 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, 29871 sayılı ve 28.11.2016 Tarihli Resmî Gazete. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161028-1.htm>

²⁷ Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu

“Üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınır varlıklar

MADDE 5- (1) Rehni hakkı aşağıda belirtilen taşınır varlıklar üzerinde kurulabilir:

f) Başka bir sicile kaydı öngörülmemeyen ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar.”

²⁸ TARES'e ilişkin detaylı bilgi için bkz.: Faruk Acar, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Bakımından TARES'in Özellikleri”, Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu, Ed. İlknur Serdar, Ayşe Fırat Şimşek, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2020, s. 13-27.

2. Bileşik eşyada eklenti niteliği

Türk Medeni Kanunumuzun 686. maddesindeki²⁹ düzenleme ile asıl şey olarak tabir edilen taşınmaz mülkiyetine (TMK m. 704) taşınır eşyanın bağlı kılınması (eski MK m. 621'e göre tahsis olunma ve tabi kılınma) sonucu bileşik eşya oluşmaktadır. Hüküm uyarınca bir eşyanın eklenti vasfını kazanabilmesi için asıl şeye özgülenmiş olması, malikin asıl şeye tahsis etme iradesi, taşınır eşya olması ve üçüncü kişiler tarafından anlaşılacak şekilde asıl şey ile aralarında bir bağlantının kurulması gerekmektedir³⁰. Motorlu taşıtların taşınır olma vasfına yukarıda değinildiğinden diğer üç şart bu başlık altında incelenecektir.

Bir taşınırın eklenti olarak kabul edilmesi için asıl şeyin ekonomik amacına hizmet etmesi ve devamlı olarak bu amaç doğrultusunda kullanıma ayrılmış olması gerekir. TMK m.686/3 uyarınca, eklentinin geçici bir süre asıl şeyden ayrılması, özgülenme niteliğini etkilemez. Asılan, asıl şeyin kullanımıyla eklentinin niteliğinin uyumasıdır. Eklenti ve asıl şey arasındaki iç bağlantının malikin açık iradesini taşıyor olması da aranan bir diğer özelliktir. Ancak dış bağlantı kurulmadığı sürece, malikin bir taşınır eşyayı eklenti olarak nitelendirmesi yeterli değildir³¹. Dış bağlılıkta temel ölçüt, üçüncü kişiler tarafından söz konusu taşınır malın eklenti niteliğinin kolayca anlaşılabilir olmasıdır³². Nitekim toplu yapılarda hizmet verecek motorlu taşıtlar, taşınmazın inşa nedenine ilişkin olarak hizmet verecek³³ ve taşınmazın ekonomik değerine katkı sağlayacaktır. Ayrıca motorlu taşıta eklenecek bir logo veya tabela ile toplu yapı ile eklenti arasındaki maddi bağlılık şartı karşılanabilecektir.

3. Kat mülkiyeti oluşumunda motorlu taşıtın taşınır eşya olarak varlığına ilişkin sonuçlar

Eşya Hukuku öğretisi kurumu eklenti, TMK m. 686'daki düzenlemesi gereği, taşınırın bir taşınmaza bu nitelikte özgülenmesi her zaman mümkün olacaktır. Bileşik eşya olarak yapıları arazilerde arazi asıl şey, yapı bütünleyici parça olmakla; bu temel hukukî yapı, kat mülkiyeti kurulmasına bağlı olarak da gündemde olacaktır. Ancak, KMK m. 2'de tanımlar başlığı altında "anagayrimenkul", "*Kat mülkiyetine konu olan gayrimenkulün bütünü*" şeklinde getirilen tanımda bileşik eşya olarak yapı ve arazi birlikteliğine dayalı tanım olmasına rağmen; "*arazi*" (üzerinde bina yapılmakla arsa olarak da adlandırılabilir eşya) tanımı yapılmadığını görüyoruz. Ancak uygulamada bu tanım eksikliğine rağmen, "anagayrimenkul parseli" ibaresiyle terim boşluğunun doldurulduğunu görüyoruz. İşte anagayrimenkul üzerinde (yani arazi parseli) ve üzerindeki ana yapı ve toplu yapılarda her bir blok ve blok niteliğinde olmayan yapıya taşınır bir eşyanın eklenti olarak özgülenmesi genel hükümler uyarınca bu araştırmada bize ışık tutacaktır.

²⁹ TMK "*Madde 686- Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar.*

Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlanması için asıl şeye sürekli olarak özgülenen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır.

Eklenti, asıl şeyden geçici olarak ayrılmakla bu niteliğini kaybetmez."

³⁰ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 91-93; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 338-344; Akipek/Akıntürk, s. 72-77; Sirmen, s. 277-279; Ertaş, s. 230-236; Mehmet Serkan Ergüne, *Taşınır Mülkiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 53-58; Abdülhamit Onuş, *Eklenti Kavramı ve Buna Bağlı Hukukî Sonuçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 33 vd.

³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 341; Akipek/Akıntürk, s. 75.

³² Ertaş, s. 231, N. 1032; Onuş, s. 58.

³³ Örneğin yazlık sitesi olarak inşa edilen toplu yapılarda sahil ile site arasında bir servis hizmeti söz konusu iken, sanayi sitesi olan toplu yapılarda işyeri servisi olarak kullanılabilir.

Hukukî statüsü özlüce bu şekilde ifade edilebilecek bileşik eşya kat mülkiyetine konu anagayrimenkul üzerinde yer alan ve ortak yer niteliğindeki bahçe, avlu gibi bütünüleyici parçalar dışında kalan, kat maliklerinin ortak yaşamında yarar sağlayan her türlü taşınır eşya karşımıza eklenti olarak çıkacaktır. Örneğin, çim biçme makinesi, zemin temizleme makinesi, peyzaj aletleri, elektrik süpürgeleri, sosyal tesiste kullanılan masa, sandalye, televizyon, mutfak aparatları gibi akla gelebilecek her türlü taşınır eşya, eklenti olarak paylı mülkiyet hükümlerine tabi olacaktır. KMK m. 16 hükmü uyarınca tüm kat maliklerine bölünmemiş eşya niteliğiyle (TMK m. 688/I'den alıntıyla) eklenti hak sahiplerinin yararlanmasına konu olur. Oturduğu hukukî temele dayalı olarak paylı mülkiyet hükümlerince *“Paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir”* (TMK m. 693/I) şeklindeki hükmü gereği tasarruflara konu olur.

Bu genel teorik bilgimizin ışığı altında artık duraksamaksızın söyleyeceğimiz hukukî sonuçla, ihtiyaç duyulduğu takdirde motorlu taşıtlar, anagayrimenkulde yer alan bağımsız bölüm kat maliklerinin tümüne, KMK m. 16 hükmünce paylı mülkiyete bağlı olarak, eklenti niteliğiyle özgülenebilecektir. Bu kabule dayalı olarak, tüzel kişiliği bulunmayan kat mülkiyeti oluşumları tarafından edinilen motorlu taşıt araçlarının sicile nasıl işleneceği ve eklenti olarak nasıl özgülenebileceğinin hukukî temellerini alt başlıklar halinde açıklayacağız.

B. Motorlu Taşıta İlişkin Kazandırıcı İşlemler

1. Motorlu Taşıt Edinilmesine Dayalı Borçlandırıcı İşlem Tasarruf İşlemi Ayrımı

Motorlu taşıta devir yoluyla malik olmak için yapılan işlemlerde,³⁴ taşınır mülkiyetine dair genel hükümler uygulanır. Borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) ve bu işleme dayalı olarak gerçekleştirilecek tasarruf işlemiyle eşya üzerinde aynı hak devri veya kurulmasında; tamamen Borçlar ve Eşya Hukuku genel hükümleri geçerlidir. Ancak Roma Hukuku temelli muhtemem özel hukuk teorisi karşısında, Karayolları Trafik Kanunu'nun m. 20/II-d hükmünde yer alan, *“Tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri, satış ve devri yapılacak araçtan dolayı motorlu taşıtlar vergisi, gecikme faizi, gecikme zammı, vergi cezası ve trafik idari para cezası borcu bulunmadığının tespit edilmesi ve taşıt üzerinde satış ve/veya devri kısıtlayıcı herhangi bir tedbir veya kayıt bulunmaması halinde, araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi veya trafik tescil kayıtları esas alınarak noterler tarafından yapılır. Noterler tarafından yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir.”* şeklindeki düzenleme hukukçu olmayan kişilerce kaleme alındığını hemen hissettiren bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak önemine karşılık, kazandırıcı işlem üst başlığı altında yer alan borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayrımının Roma hukukundan bu yana bilinen varlığına rağmen artık genç hukukçuların çoğunluğu tarafından bilinmiyor olması üzüntü vericidir.

Bu fıkra hükmü, derhal ilk kanun değişikliğinde bilimsel temelle yeniden kaleme alınmalıdır. Hükmün amacına ve hukuka uygun hale getirilebilmesi için öneri getirmek gerekirse, olması lazım gelen (de lege ferenda) önerimiz şu şekilde olacaktır: *“Tescil edilmiş araçların mülkiyetinin devrine veya sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin sözleşmeler, noterler tarafından düzenleme şeklinde yapılmadığı takdirde kesin hükümsüzdür”* ya da Borçlar Kanunumuzun ruhuna uygun bir düzenleme ile *“Tescil edilmiş araçların mülkiyetinin devrini veya üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasını amaçlayan sözleşmelerin geçerli*

³⁴ Motorlu taşıtın mülkiyeti satış sözleşmesiyle kazanılabileceği gibi, bağışlama, mal değişim ve diğer sözleşmelerle de kazanılabilir.

olması, noterler tarafından resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır³⁵ yönünde yapılacak bir düzenleme hukuka aykırılıkları giderecektir.

2. Borçlandırıcı İşlemlerin Sözleşme Özgürlüğüne Tabi Olmasına Dayalı Sonuçlar

Motorlu taşıt malikinin malvarlığının pasifini etkileyerek onu borç altına sokan borçlandırıcı işlemlerde, TBK m. 26 hükmünün kapsamında yer alan “sözleşmenin tipini ve konusunu belirleme özgürlüğü” temel hukuk ilkesi göz ardı edilmemelidir³⁶. Buna göre, motorlu taşıtları konu alan ve karşı tarafa kişisel bir alacak hakkı bahşeden sözleşmeleri sınıflandıracak olursak; isimli sözleşme olarak satış, bağışlama, ölünceye kadar bakma akdi, mal değişim (trampa) sözleşmeleri karşımıza çıkacaktır. Ayrıca, her türlü isimsiz sözleşme de özgürce akdedilebilecektir. İsimli sözleşmelere bir örnek vermek gerekirse, görülecek hizmet sözleşmesi karşılığı bir motorlu aracın devri pekâlâ mümkün olabilecektir. Noterlere bu konuda düşen görev, TBK m. 1 hükmünce anılan konularda karşılıklı irade beyanlarını resmî senede aktarmaktan ibarettir. Bu nedenle, uygulamada karşılaştığımız klasik mülkiyet devri borcu doğuran sözleşmeler dışında taleplerin geri çevrilmesi, hukukî temelden yoksundur.

Benzer şekilde, motorlu taşıtların taşınır eşya vasfını haiz olduğunu ve sınırlı aynî hakların da bu niteliğine bağlı olarak kurulabileceğini unutmamak gerekir. Bu kapsamda, intifa hakkı ve taşınır rehni hükümleri göz ardı edilmemelidir. Belirtmek isteriz ki, bu tür sınırlı aynî hak kurulmasının temelinde de bir borçlandırıcı işlem olarak sözleşme yatar. Bu sözleşme, Borçlar Hukuku öğretisi açısından eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğiyle karşımıza çıkabilir³⁷. Bir karşılık (ivaz) kararlaştırılmaksızın kurulacak bu tür sınırlı aynî haklarda, zilyetliğin devri yükümlülüğü getiren bağışlama sebepli (causa donandi) bir borçlandırıcı işlem olacaktır³⁸. Bu konu hakkındaki detaylı bilgiler araştırma konumuzun kapsamına dâhil olmadığından, genel eserlere yollama yapmakla yetiniyoruz³⁹.

TKK m. 20’ye yönelik olarak yukarıda önerdiğimiz doğrultuda bir kanun değişikliği söz konusu olmadığı müddetçe, her türlü satış ve devir ibaresinin düzeltili yorumu tabi tutulması gerekir. Bu nedenle, hükümde geçen anılan ifadelerin ilişkin “motorlu taşıtın mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmeler”⁴⁰ olarak anlaşılması ve bu hükümde “devir” ibaresinin kullanılmaması gerektiğini hatırlatmak isteriz. Çünkü aşağıda irdedeceğimiz gibi devir, taşınır mülkiyetinde zilyetliğin devri⁴¹ (TMK m. 763 ve m. 977) anlamında kullanıla-

³⁵ TMK m. 706 hükmünden esinlenerek bu öneri hükmünü kaleme almış bulunmaktayız.

³⁶ Sözleşme özgürlüğü ilkesine ilişkin detaylı bilgi için bkz.: M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 23 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 16-18, s. 335 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş-Genişletilmiş 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 111 vd.

³⁷ Oğuzman/Öz, s. 45.

³⁸ Eren, s. 194 - 195.

³⁹ Eren, s. 178 vd.; Aydın Zevkililer/Şeref Ertaş/Ayşe Havutcu/Murat Aydoğdu/Emre Cumaloğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri*, Barış Yayınları, İzmir, 2013, s. 66 vd.; Vardar Hamamcıoğlu, s. 59.

⁴⁰ Bu tabiri, taşınmazlara ilişkin hüküm getiren TMK m. 706 gereğince kullanmaktayız.

⁴¹ TMK m. 763 maddesi hükmü bu konuda şu şekilde kaleme alınmıştır: “Madde 763- Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir. Bir taşınırın zilyetliğini iyi niyetle ve malik olmak üzere devralan kimse, devreden mülkiyeti devir yetkisi olmasa bile, zilyetlik hükümlerine göre kazanmanın korunduğu hâllerde o şeyin maliki olur.”

bilecek bir tabir olup; bu da ancak tasarruf işlemi niteliğiyle bağdaşır⁴². Bu nedenle, noterlere verilen görev yalnızca motorlu taşıtı konu alan, her türlü alacak hakkını sağlayan ve sınırlı bir aynı hak kurma borcu doğuran sözleşmelerin resmi şekle bağlanmasıdır. Böylece, Eşya ve Borçlar Hukuku öğretisi açısından, örneğin motorlu araç satışını TBK m. 207’de “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde düzenlenen tanıma uygun olarak noterlerde yapılan resmî satış sözleşmesinin satıcı malike yüklediği borç, malvarlığının pasifinde yer almakla; alıcıya mülkiyeti devir alacağı bahşedecektir. Daha ötesini değil.

a. Trafik siciline tescilli olan ve olmayan araç ayırımına bağlı sonuçlar

Karayolları Trafik Kanunumuz motorlu taşıt araçlarına ilişkin sözleşmelerin şekli konusunda, uygulamada “bayi çıkışlı”, “0” km araç olarak tabir edilen araçlar ile “ikinci el olarak satılan araçlar” arasında ayırım yapmıştır. Bu başlık altında yapılan ayırımın temelini, KTK 20/1-d bendinde yer alan “tescil edilmiş araç” tabiri oluşturmaktadır. Bu hükmün aksiyile kanıtından, sicile işlenmemiş motorlu taşıtlara ilişkin olarak TBK m. 12/1’deki “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*” hükmü uygulanacaktır ve şekil serbestisi ilkesi gereği, taraflar dilediği şekilde sözleşme akdedebilecektir. Sicile işlenmemiş araca ilişkin (sicile işlenmiş araç tabirinin aksiyile kanıtından/argumentum a contrario kavramından hareketle) yapılacak borçlandırıcı işlemde maliki ile akdedilecek isimli veya isimsiz sözleşmeler ya da sınırlı aynı hak kurmaya yönelik işlemler, hiçbir geçerlilik şekline tabi kılınmamaktadır. ARTES’e henüz kaydedilmiş “0” km motorlu taşıtlarda taraflar, TBK m.17⁴³ hükmünce iradi şekil olarak adi yazılı şekilde sözleşme akdederek ispat şeklini yerine getirebilmekte ve başkaca bir sözleşmeye gerek duylmamaktadır⁴⁴.

Buna karşılık, daha önce ARTES’e kaydedilmiş olan ikinci el motorlu taşıtlara ilişkin olarak TBK m. 12 anlamında geçerlilik (sıhhat/kanuni şart) şekli oluşturulmuştur. Noterlik Kanunu m. 60/1-8 “*Kanunen tescili gereken işlemleri tescil etmek*” bendi uyarınca noterlere verilen tescil görevi doğrultusunda ve Araçların Satış, Devir ve Tescil Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik m. 6/1-a ve b hükmü ile noterler, araçların satış, devir ve her türlü tescil işlemlerini yapmak ve gerekli belgeleri düzenlemekle mükellef kılınmıştır.

b. Motorlu taşıta ilişkin tasarruf işlemleri

Borçlanma işlemi, mülkiyet hakkını devretme sözü işlevi görünce, tasarruf işlemi bu aynı hakkın devri amacıyla yapılan aynı sözleşme ve zilyetliğin devri şeklinde gerçekleşir. Andığımız KTK m. 20/1-d hükmü gereği, kazandırıcı işlem üst başlığı altında borçlandırıcı işlemlerin “mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmeleri”⁴⁵ kavramına dayalı olarak noter-

⁴² Mehmet Ünal/veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Savaş Yayinevi, Ankara, 2016, s. 142 vd.

⁴³ TBK m. 17- “*Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.*”

⁴⁴ Belirtmek isteriz ki, ARTES’e kaydedilmemiş olan motorlu taşıtların mülkiyetinin devri yalnızca bayi tarafından yapılan satış işleminde değil; kamu tüzel kişiliğine ait olan ve ARTES’e kaydedilmeyen motorlu taşıtlarda, ithal edilen motorlu taşıtlarda vb. olasılıklarla da karşımıza çıkabilmektedir.

⁴⁵ Ekrem Kurt, “*Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler*”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın ZEVKİLİLER’e Armağan, 2013 (8), s. 1865.

de gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Noterler tarafından yapılan bu işlem, zilyetlik devri öncesinde bir borçlanma işlemi olan ve aynı sözleşmeye altlık oluşturmak zorunda olan işlem niteliğindedir.

Başka bir deyişle sicile kaydedilmemiş motorlu taşıtlara ilişkin kanunda sözleşme geçerlilik şartı düzenlenmemişken, sicile kayıtlı motorlu taşıtlar bakımından KTK m. 20/I-d hükmüyle getirilen düzenleme ise sadece borçlanma işlemi olup, bu motorlu taşıtlara ilişkin tasarruf işlemi de şekle bağlı değildir. Motorlu taşıtlara ilişkin sicile kayıt işlemleri, Karayolları Trafik Kanunu'na eklenen Ek-18 yürürlüğe girene kadar Emniyet Genel Müdürlüğü'ne bağlı tescil birimleri tarafından, 01.02.2018 tarihinden bu yana noterler tarafından yürütülmekeyse de yapılan tescil işlemi motorlu taşıta ilişkin tasarruf işlemi niteliğini haiz değildir.

TMK m. 763/I'de düzenlenen "*Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir.*" hükmü uyarınca, tasarruf işlemi yani aynı sözleşmeye eklenen zilyetliğin devri tamamen Eşya Hukuku hükümlerince zilyetliğe yapılan atıfla TMK m. 977-980 hükümlerine tabi olur. Bu hükümler uyarınca, motorlu taşıtın alıcıya yahut temsilcisine teslimi ile ya da zilyetliği sağlayıcı araçların, örneğin anahtarların, teslim edilerek aracın alıcının hâkimiyet alanına sokulması ile yahut alıcının hükmen teslim veya zilyetliğin havalesi yollarından biriyle mülkiyet nakledilmektedir.

3. ARTES'in niteliği

Araç Sicil ve Tescil Sistemi, tapu siciline benzer şekilde algılanmakta ve bu nedenle hatalı savlar ileri sürülebilmektedir. Oysaki ARTES ile tapu sicili arasında açıklık ilkesine ilişkin çok temel bir farklılık bulunmaktadır. Taşınmazlar bakımından TMK m. 1020⁴⁶ uyarınca tapuda açıklık ilkesi⁴⁷ uygulanmakta iken; Araç Sicil ve Tescil Sistemi'ne ilişkin olarak Araçların Satış, Devir Ve Tescil Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik m. 8'de "*Araç sicili ve bu sicilin tutulmasına dayanak olan belgeler gizlidir. Bunlar yetkili veya sorumlular, teftiş veya denetim yetkisi olanlar dışında kimse tarafından görülüp incelenebilir.*" yönünde yapılan düzenleme ile gizlilik ilkesi kabul edilmiştir.

Tapu sicilinin herkese açık olması nedeniyle TMK m. 992'de "*Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır.*" yönünde hüküm düzenlenmiş ve bu doğrultuda, tapu sicilinin her türlü aynı hakka (veya satışta devirle, mülkiyete) karine oluşturacağı kabul edilmiştir. Buna karşılık anılan Yönetmelik hükmünde düzenlenen gizlilik kaydı nedeniyle ARTES, aynı hakka karine oluşturmayacağı yolunda aksi görüşe geçit vermez.

IV. KAT MÜLKİYETİ OLUŞUMUNDA MOTORLU TAŞIT EDİNİLMESİNE DAYALI HUKUKİ SONUÇLAR

Bu başlık altında artık kat mülkiyeti oluşumlarında motorlu taşıt edinilmesine dayalı hukukî bir engelin bulunmadığına ilişkin gerekçeleri sıralamaya başlayacağız. Ancak doğrudan sonuç belirleyecek olursak pek tatmin edici olmayacağı yolundaki hissiyatımız, bize sağlam bir gerekçe arkasına sığınma ihtiyacı hissettirmiştir. Bu noktada sığınacağımız güçlü

⁴⁶ TMK m. 1020- "*Tapu sicili herkese açıktır.*

İlgisini inamlı kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir.

Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez."

⁴⁷ Tapu sicilinde açıklığı ilkesine ilişkin detaylı bilgi için bkz.: Mehmet Şengül, *Tapu Sicilinin Aleniyeti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 209 vd.

savımız, taşınmaz hukukuna özgü “eşyaya bağlı mülkiyet”⁴⁸ kurumu olacaktır. Böylece, tapu kütüğünün mülkiyet sütununa aynı hak olarak adına tescil olacak kişinin gerçek kişi olarak ad ve soyadı, tüzel kişi olarak ise unvanı yazılmayarak başka bir taşınmazın kayıt bilgileri (ada, pafta, parsel) yazılmak suretiyle tescil gerçekleştirilmesi olgusu bize ışık tutacaktır. Böylece Roma Hukukundan bu yana geçerli bir yorum metoduyla evleviyetle tatbik (a fortiori) sonucu bir taşınmazın mülkiyeti başka bir taşınmazın mülkiyetine tabi kılınmakta ise; bir taşınmazın mülkiyeti de haydi haydi⁴⁹ bir taşınmaz mülkiyetine bağlanabilecektir.

A. Eşyaya Bağlı Mülkiyet Hakkının Genel Hükümlere Bağlı Sonuçları

Medeni Kanunumuz açıkça eşyaya bağlı mülkiyet tabirini tanımlamamıştır. Buna karşılık Eşya hukuku öğretisine bağlı olarak genel eserlerde yer alan bu kurum kaynağını TMK m. 698/1 “*Hukuki bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça, paydaşlardan her biri malın paylaşılmasını isteyebilir.*” hükmünde bulmaktadır. Anılan hüküm uyarınca paylı mülkiyette taşınmazların sürekli bir amaca özgülenmiş olması (eski MK m. 627 “devamlı maksada tahsis edilmiş olması”) halinde, kanundan doğan sınırlama nedeniyle “paylı halin giderilmesi” (paylaşma istemi; izale-i şüyu) davası açılmayacaktır⁵⁰. Bu kavrama dayalı olarak eşyaya bağlı mülkiyet konusu taşınmazda var olan paylı mülkiyet ilişkisine dayalı sonuçla hiçbir paydaşın paylı halin giderilmesi davası (izale-i şüyu) açamayacağı hususu, emredici hükme konu edilmiştir.

Eşya Hukuku öğretisinin dayandığı hüküm uyarınca kullanılan eşyaya bağlı mülkiyet tabiri, uygulamada kat mülkiyeti oluşumlarında önem taşır hale gelmiştir. Biz de kat mülkiyetinde kat maliklerini ortak yer olarak paylı mülkiyet ilişkisi içine sokan bu eşyaya bağlı mülkiyet konusu taşınmaz edimine dayalı sonuçlardan kıyasla motorlu taşıt edinilmesine de hiçbir engel olmadığı sonucuna varmaktayız.

B. Kat Mülkiyeti Oluşumunda Eşyaya Bağlı Mülkiyet Uygulamasının Kanuni Temelleri

1. Tarihçe

Eşyaya bağlı mülkiyetin Türk Hukukunda ilk izlerine Tapu Sicilli Nizamnamesi 33. maddede⁵¹ rastlamaktayız. Müşterek medhal⁵² olarak yaygın bir kullanım alanına sahip olan

⁴⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 345, N.1212-1213; Özmen/Kır, s. 20-25; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 35.

⁴⁹ Evleviyetle tatbik karşılığı kullanılan bu tabir, Hocam Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e aittir. 1974 yılında Ankara Hukuk Fakültesinde Aile Hukuku dersinde bizatihi kendisince ifade edilen tabir vesilesiyle, hatırasına saygı ile...

⁵⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 380-382; Akipek/Akıntürk, s. 402; Sirmen, s. 306; Ertaş, s. 261, N. 1170.

⁵¹ Tapu Sicilli Nizamnamesi m. 33 “*Bir arazinin mülkiyeti diğer arazinin mülkiyeti ile alâkadar ise mal sahiplerinin ismi yerine mal sahipleri sütununa bu mülkiyetin; teallük ettiği araziye ait Tapu sicilli numaralarını kayıt etmek lâzımdır. Bu mülkiyet hakkının; alâkadar olduğu arazinin Tapu kütüğü sayfelerindeki (beyanlar) sütununda gösterilmesi lâzımdır.*”

⁵² Medhal kelimesi girmek anlamına gelen dukhûl etmek kelimesinin de kökü olan ‘dkhl’ kökünden türemiş olup ‘giriş’ anlamına gelmektedir. Bu kapsamda, günümüz anlamında eşyaya bağlı mülkiyet kavramını karşılamadığı açıktır. Bu nedenle, bu terimin yaşatılmasında bir yarar olmadığı kanaatindeyiz. Kelimenin kökenine ilişkin bilgiyi aktaran Sayın Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye teşekkür eder; saygılarımızı sunarız.

bu kurum eski Tapu Sicil Tüzüğü m. 26'da yer almaktaydı. Ancak, halen yürürlükte olan Tapu Sicil Tüzüğü'nün ortaklaşa kullanılan yerlerin tescilini düzenleyen 29. maddesinde “*“Sosyal tesis, ticari mahal, yüzme havuzu, tenis kortu gibi taşınmaz veya bağımsız bölümler ortaklaşa kullanıma ayrılmış ise, malik sütununa yararlanan taşınmazların ada ve parsel veya bağımsız bölüm numaraları yazılır. (2) Ortaklaşa kullanılan yerler, yararlanan taşınmazlarla aynı ada ve parsel içerisinde olabileceği gibi, ortak sınırı olmaksızın ayrı ada ve parsellerde de bulunabilir. (3) Yararlanan taşınmazların kütük sayfasının beyanlar sütununa, ortaklaşa kullanılan taşınmazın, hangi ada ve parsel veya bağımsız bölümle ortak olduğu belirtilir. (4) Ortaklaşa kullanılan yerler, kanunî istisnalar dışında, yararlanan bütün taşınmaz maliklerinin birlikte istemleri olmadan paylı mülkiyete dönüştürülemez.”* şeklinde yine eşyaya bağlı mülkiyet ifadesi söz konusu olmaksızın düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 5711 sayılı Kanun⁵³la eklenen m. 10/VIII ile m. 67/I hükümlerinde eşyaya bağlı mülkiyet terimine yer verilmiş ve bu sayede kat mülkiyeti hukukunda kendisine uygulama alanı bulmuştur. Artık yalnızca Tapu Sicil Tüzüğü hükümlerince hayat bulmuş olan ve uygulamada eski Türkçe müşterek medhal olarak adlandırılan eşyaya bağlı mülkiyet oluşumu kat mülkiyetinde hiçbir tereddüte yer bırakmayan hükümlere konu olmuştur.

2. Eşyaya Bağlı Mülkiyete İlişkin Kat Mülkiyeti Kanunu Düzenlemesi

Yürürlükteki Tapu Sicil Tüzüğü maddelerinde eşyaya bağlı mülkiyet düzenlenmediğinden, Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri bize yol gösterecektir. Klasik kat mülkiyetinde eşyaya bağlı taşınmaz mülkiyetine ilişkin KMK m. 10/VIII “*Gelirinin ortak giderlere harcanması için veya başka bir amaçla ortak yararlanmaya tahsis edilen bağımsız bölümlerin malik hanesine, bunlardan yararlanan ‘bağımsız bölümlerin numaraları’ yazılmak suretiyle kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilir. Bu husus bağımsız bölümlerin beyanlar hanesinde gösterilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Fıkra her ne kadar eşyaya bağlı mülkiyet terimine yer verilmemişse de, maddenin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir⁵⁴.

Toplu yapılarda eşyaya bağlı mülkiyet ise KMK m. 67/I'de “*Toplu yapı kapsamında olup, bütünüyle bu kapsamdaki bağımsız bölümlerin ortak kullanma ve faydalanmasına tahsis edilmiş bulunan parsellerin malik hanesine, tahsis edildikleri toplu yapı kapsamında ki diğer parsellerin ada, parsel, blok ve bağımsız bölüm numaraları gösterilmek suretiyle tapu siciline kaydedilir ve bu suretle tahsis edildikleri parsellerde bulunan bağımsız bölümlerin ortak yeri olur.*” şeklindeki hükme kavuşturulmuştur.

3. Kat Mülkiyeti Oluşumunda Motorlu Taşıt Ediniminde Hukukî Gerekçe

Kat mülkiyeti oluşumunda anagayrimenkul parseline başka bir taşınmazın mülkiyetinin eşyaya bağlı mülkiyet olarak özgülmesi mümkün olmakla; TMK m. 683'e dayalı olarak bir taşınmazın bir taşınmaza özgülmesiyle asıl şeye tabi kılınması evleviyetle mümkündür. Bu başlık altında KTK m. 20 uyarınca, yukarıda andığımız borçlandırımcı işlemle kat malikleri tarafından, mülkiyet hakkının temelinde yatan arsa payına dayalı paylı mülkiyet ilişkisi çerçevesinde motorlu taşıt edinimine hiçbir engel yoktur. Hâlihazırda Araç Sicil ve Tescil Sistemi'ne kaydedilmiş veya kaydedilecek bir motorlu taşıt üzerinde paylı mülkiyet kurulması veya örneğin mirasbırakanın varlığına dayalı olarak elbirliğiyle mülkiyet şeklinde maliklerinin olması mümkündür. Eşyaya bağlı mülkiyet kurulan taşınmazlarda olduğu gibi, kat mülkiyeti oluşumları tarafından edinilecek motorlu taşıtların mülkiyet hanesine anagay-

⁵³ 5711 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 28.11.2007 T. ve 26714 Sayılı Resmî Gazete. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/11/20071128-1.htm>

⁵⁴ Özmen/Kır, s. 14.

rimenkulün parseli ve bağımsız bölüm numaraları kaydedilmek suretiyle motorlu araç ediniminin önünde hukukî bir engel bulunmamaktadır.

4. Kat Mülkiyetinde Eşyaya Bağlı Mülkiyet Uygulamasının Yaratılması ve Hukukî Sonuçları

Bilindiği üzere taşınmaza ilişkin aynî haklar kural olarak tescil ile kazanılır (TMK m. 705/I, m. 780/I, m. 840/I, m. 856/I). Konu başlığımız altında mülkiyet hakkı, pay hak sahipliği başka bir deyişle pay üzerinde mülkiyet, payın taşınmaz niteliği taşımamasına rağmen taşınmazmış gibi işlem görmesine bağlı olarak tescille kazanılır⁵⁵. Tescilin nasıl yapılacağı paylı mülkiyete özgü olarak Tapu Sicil Tüzüğü'nün 28. maddesinde "*Paylı mülkiyette pay miktarı; paydaşların adı, soyadı ve baba adından sonraki kısımda, kesirli olarak gösterilir.*" ibaresiyle belirtilmiştir. Buna göre, elbirliği mülkiyetinden farklı olarak klasik pay mülkiyeti şu şekilde tescile konu olur:

MÜLKİYET

(17 Parselin Paylı Mülkiyete Konu Mülkiyet Sütunu)

Ali kızı Elif Taş 1/4
Bekir oğlu Demir Taş 3/8
Bekir kızı Merve Taş 3/8

Görüldüğü gibi, pay bir kesirden ibaret olup kesir olarak ifade edilen hakları oranında, paydaşlara eşyayı kullanma ve ondan yararlanma hakkı sağlar. Buna karşılık eşyaya bağlı mülkiyetin konusu olan tescilde; yukarıdaki kişilerin (örneğin mirasbırakan kocanın sağ kalan eşi ve iki çocuğunun) sahip olduğu 17 No'lu parselde İmar Kanunu m. 17⁵⁶ hükmünce yan parseldeki kapanan yol fazlası taşınmazı önalım hakkıyla edinmek istemeleri sonucu 18 No'lu parselde adlarına yapılacak tescil şu şekilde olacaktır:

MÜLKİYET

(Eşyaya Bağlı Mülkiyet, 18 No'lu Parselin Mülkiyet Sütunu)

25 Pafta, 11 Ada, 17 No'lu Parsel

Artık anlaşılacağı üzere, 18 Parselin mülkiyet hanesinde gerçek veya tüzel kişinin adı yazılmamasına rağmen; mülkiyet hakkının kişilik sahibi olmayan bir taşınmaz olduğu söylenmeyecektir. Çünkü yukarıda 17 Parsel olarak yapılmış mülkiyet tesciline bağlı olarak

⁵⁵ Ertaş, s. 148, N. 700.

⁵⁶ 3194 sayılı İmar Kanunu "*Madde 17 – Belediye veya valilik, kendi malı olan veya imar planlarının tatbiki sonucu kamulaştırmadan artan parçalarla, istikameti değiştirilen veya kapanan yol ve meydanlarda hasıl olan sahalardan müstakil inşaata elverişli olmayan parçaları, bitişiğindeki arsa veya bina sahibine bedel takdiri suretiyle satmak, gayrimenkul sahiplerinin yola giden yerlerden dolayı tahakkuk eden istihkaklarını bedel takdiri suretiyle değiştirmek ve komşu gayrimenkul sahibi takdir edilen bedelle satın almaktan imtina ederse, şüylendirip satmak suretiyle imar planına uygunluğunu temin eder.*"

18 Parselde hak sahibi olan kişiler; Ali kızı Elif Taş, Bekir oğlu Demir Taş ve Bekir kızı Merve Taş'tır.

Basitçe kurguladığımız taşınmazlarda eşyaya bağlı mülkiyet kazanımı klasik kat mülkiyetinde KMK m. 10, toplu yapılarda KMK m. 67/I hükümleri uyarınca; toplu yapı içindeki bir bağımsız bölümün veya toplu yapı parseli dışında kalan başka bir arazi niteliğindeki taşınmazın tapu sicilindeki mülkiyet sütununa anagayrimenkulün bilgileri yazılarak tescil mümkün olmaktadır⁵⁷.

MÜLKİYET

(Kat Mülkiyetine Konu Olmayan 18 No'lu Parselin Mülkiyet Sütunu)

25 Pafta, 11 Ada, 17 No'lu Parselde kat mülkiyetine tabi tüm bağımsız bölümler

Görüldüğü gibi, taşınmazın mülkiyet sütununa gerçek veya tüzel kişi kat maliklerinin bilgileri değil, kat mülkiyetine konu taşınmazın ada, pafta, parsel bilgilerinin yanında tüm bağımsız bölümlerin varlığına işaret edilmekle, eşyaya bağlı mülkiyet tesis edilmiş olacaktır. Bu kapsamda anagayrimenkulde yer alan bağımsız bölümlerin malikleri kim ise, eşyaya bağlı mülkiyet tesis edilen taşınmaza da o kişi(ler) anagayrimenkuldeki payları oranında malik olacaktır.

Bu başlık altında tekrar vurgulamak gerekirse, eşyaya bağlı mülkiyet tesis edilmesinin en önemli sonucu ise, TMK m. 698 gereği bir başka taşınmaza özgülenen taşınmazdaki paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğüdür. Başka bir deyişle, anagayrimenkule özgülenen taşınmaz paydaşlardan birinin talebiyle malikler arasında paylaşılamaz. Paylı mülkiyetin sona erdirilmesi ancak paydaşların ortak kararıyla (TMK m. 692, olağanüstü yönetim işi olarak oybirliğiyle) mümkündür.

Özlüce tekrar etmek gerekirse, bu hükümler ve tapu kütüğüne yapılan tescilin niteliğinden hareketle, kat mülkiyetinde kat maliklerinin başka bir taşınmaza sahip olabileceği hukukî gerçeği karşısında, sicile kayıt özelliğinin motorlu taşıtın ediniminde hiçbir engel teşkil etmeyeceğini gerekçelendirebiliriz.

5. Taşınır Mülkiyetinde Eşyaya Bağlı Mülkiyet Olmamasına Dayalı Sonuçlar

Üst ana başlığımızda gündeme gelen eşyaya bağlı mülkiyet kavramının taşınmazlara özgü bir kavram olduğu kolayca anlaşılacaktır. Ancak, bu kavrama dayalı oluşmasa da bir taşınmaza başka bir eşya olarak taşınırın özgülenmesi pekâlâ mümkündür. Bu noktada karşımıza çıkan kavram, artık eşyaya bağlı mülkiyet değil; taşınırlara özgü "eklenti"⁵⁸ (TMK m. 686) kavramıdır.

Yukarıda ilgili başlıkta verdiğimiz bilgiler doğrultusunda bir taşınırın taşınmaz mülkiyetine yarar sağlamak üzere özgülenmesinde eşyaya bağlı mülkiyet tabirinin kullanılması mümkün değildir. Çünkü artık tanımlayıcı hükümde bu konuda karşımıza çıkan kavram eklenti olup, bir motorlu taşıtın bir taşınmaza özgülenmesi eklenti niteliğiyle mümkündür. Artık taşınmaz kavramının yerini kat mülkiyetine konu anagayrimenkul tabiri almaktadır. Her bir kat malikinin anagayrimenkuldeki arsa payına bağlı olarak ortak yer ve tesis üzerindeki hak sahibi olmasına benzer şekilde, KMK m. 16 hükmünce anagayrimenkulün paydaşla-

⁵⁷ Özmen/Kır, s. 19.

⁵⁸ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 91-93; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 338-344; Akipek/Akıntürk, s. 72-77; Sirmen, s. 277-279; Ertaş, s. 230-236; Ergüne, s. 53-58; Ünal/Başpınar, s. 33.

rının paylı mülkiyet hükümleri uyarınca motorlu taşıt üzerinde hak sahibi olmasına hiçbir engel bulunmamaktadır.

V. KAT MÜLKİYETİ OLUŞUMUNDA MOTORLU ARAÇ EDİNİMİNDE NOTER TARAFINDAN YAPILACAK İŞLEMLER

A. Daha Önce Tescil Edilmemiş Araçlara İlişkin Tescilden İbaret İşlemi Gerçekleştirme

Bu başlık altında, borçlandırıcı işlem niteliğindeki sözleşmenin (satış, bağışlama, mal değişim ve isimsiz her türlü sözleşme) TBK m. 12 anlamında geçerlilik şekline tabi olmadığından bu konuda noterler tescil ile görevlendirilmiş olup; resmi merci olmakla talebin kimden ve ne şekilde geldiğiyle (ve başlığımız altında paylı mülkiyete konu edilme arzusu da dâhil olmak üzere) ilgilenmek durumunda değildir. Bu konuda hiçbir düzenleme sıkıntısı çekilmeyecektir. Kat malikleri kurulunun bu yönde aldığı karar ile yönetici veya yönetim kurulundan ilgili bir kimseye TBK m. 40 vd. hükümlerince verdikleri temsil yetki-siyle karar defterinde yer alan adı yazılı metin, geçerli tescil talebi niteliği taşımaktadır ve bu nedenle, işlemin sonuçlandırılması gerekecektir.

Tekrar vurgulamak gerekirse, noter tescil edilmemiş motorlu taşıtın kat malikleri adına andığımız şekilde tescili konusunda, ne kazandırıcı işlem yapılmasında, ne borçlandırıcı işlemle (taahhüt muamelesi) sözleşmeye vücut verilmesinde, ne de alıcıya mülkiyetinin kazandırılmasına ilişkin tasarruf işleminin yapılmasında görevlendirilmiş değildir; kanunun kendisine verdiği yetki, motorlu taşıtların sicile işlenmesi ve gerektiği takdirde sicilde değişikliklerin yapılmasına ilişkindir.

B. Daha Önce Tescil Edilmiş Araçlara İlişkin Borçlandırıcı İşlem (Taahhüt Muamelesi) ve Tescile Yönelik İşlemlerin Gerçekleştirilmesi

Bu başlık altında KTK m. 20 hükmünün yukarıda irdelediğimiz düzeltici yoruma bağlı sonucu ile motorlu taşıtın mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin TBK m. 12 anlamında geçerlilik şekline bağlandığını görüyoruz. Motorlu taşıt üzerinde paylı mülkiyet sahibi olacak kat maliklerini temsilen karar alan kat malikleri kurulunun karar defterinde yer alan motorlu taşıt edinimine ilişkin karar ve TBK m. 40 vd. hükümlerince atanan temsilcinin talebi, ispat şartını fazlasıyla yerine getirecektir. Bu durumda noter, resmî senedi düzenleyip tescil talebini yerine getirmekle mükelleftir.

C. Noterin İsteme Dayalı Hak Sahipliğini Araştırma Yükümlülüğü Kapsamında Motorlu Taşıtın Kat Mülkiyeti Oluşumuna Dayalı Edinilmesi

Noterlik Kanunu m. 72/III'te “*Noter, iş yaptıracak kimselerin kimlik, adres ve yete-neğini ve gerçek isteklerini tamamen öğrenmekle yükümlüdür.*” şeklinde düzenlenen genel hüküm çerçevesinde noter, işlem yapacak kişilerin kimlik bilgilerini öğrenmekle mükelleftir. Bu genel kural, noterde düzenleme şeklinde hazırlanan evraklar bakımından Noterlik Kanunu m. 84^{te}⁵⁹, onaylama şeklinde belgelendirilen evraklar bakımından Noterlik Kanu-

⁵⁹ Noterlik Kanunu “*Madde 84 – Hukuki işlemlerin noter tarafından düzenlenmesi bir tutanak şeklinde yapılır.*

Bu tutanağın:

1. *Noterin adı ve soyadı ile noterliğin ismini,*
2. *İşlemin yapıldığı yer ve tarihi (Rakam ve yazı ile),*
3. *İlgilinin ve varsa tercüman, tanık ve bilirkişinin kimlik ve adresleri ile ayrıca ilgilinin vergi kimlik numarası,*

nu m. 92'de⁶⁰ yinelenmiştir. Araçların Satış, Devir ve Tescil Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik m.10/I'de ise "Araçların tescili ile araç tescil belgesinin düzenlenmesi işlemleri, araç sahiplerinin, kanuni temsilcilerinin, vekillerinin veya kamu kurum veya kuruluşları ile tüzel kişilerce yetkilendirilen kişilerin başvuruları üzerine elektronik ortamda ilgisine göre noterler veya Emniyet Genel Müdürlüğü trafik tescil kuruluşları tarafından yapılır ve araç tescil belgesi basılarak imzalanır. Araç tescil belgesi, ilgililerine elden teslim edilir." düzenlemesi ile araçta hak sahibi olan kişilerin, kanuni temsilcilerinin veya vekillerinin aracı devir işlemini gerçekleştirebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda temsilci tarafından kat mülkiyeti oluşumunun kendisini yetkilendirildiğine dair belge sunulması halinde noter, tescil işlemini yapmakla yükümlüdür.

Tüm kat maliklerinin birlikte oybirliğiyle tescili talep etmeleri (teorik olarak mümkün ise de) pratikte söz konusu olmayacak olmakla karşımıza yetkili temsilci veya doğal olarak yönetici/yönetim kurulu talepleri gündeme gelecektir. Belirtmek gerekir ki, tapu sicilinden farklı olarak⁶¹, bu şartın özel hükümlerle düzenlenmemesi nedeniyle temsil yetkisinin (vekâletnamenin) noterde resen düzenlenmiş olması koşulu aranmayacaktır. Zira TBK genel hükümleri çerçevesinde "temsil yetkisi (galat-ı meşhur ifade ile vekâletname)" şekle bağlı değildir. Bu kapsamda, KMK m. 34 hükmünce atanmış yönetici/yönetim kurulunun temsil yetkisi bulunduğu görülecektir.

KMK m. 40 "Yönetici, kaide olarak vekilin haklarına sahiptir" hükmü gereği; yöneticinin iş görme edimi açısından vekil sıfatını haiz olmasının yanı sıra, yapacağı hukukî işlemler açısından TBK m. 40 vd. uyarınca temsil yetkisi sahibi olduğunu göstermektedir. Borçlandırıcı işleme ilişkin noterde resmî sözleşme akdeden yöneticiye veya kat malikleri kurulu karar defterinde yetkilendirilmiş yönetim kurulu üyesine veya bu konuda yetkilendirilen üçüncü bir kişiye motorlu taşıtın teslimi, tüm kat malikleri adına ve hesabına (doğrudan temsil yetkisi, TBK m. 40/I) yapılmış sayılır ve KMK m. 16'da yer alan "Kat malikleri anağayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olurlar" hükmü uyarınca kat malikleri, motorlu taşıta birlikte malik olur. Bu yönde Borçlar Kanunu'na dayalı genel hükümler ve ayrıca Medenî Kanunumuzun 978. maddesinde düzenlenen "Temsilciye yapılan teslim, temsil edilene yapılmış gibi zilyetliği geçirir." hükmü karşısında, kat maliklerinin motorlu araç üzerindeki malik ve zilyet sıfatını kazanacağı muhakkaktır.

4. İlgilinin hakiki arzusu hakkındaki beyanını,

5. İşleme katılanların imzalarını ve noterin imza ve mührünü, Taşınması gereklidir."

⁶⁰ Noterlik Kanunu "Madde 92 – Onaylama şerhinin:

1. İşlemin yapıldığı yer ve tarihi (Rakam ve yazı ile),

2. İlgilinin kimliği, adresi ve vergi kimlik numarasını,

3. Noter, ilgiliyi tanıyorsa, kimliği hakkında gösterilen ispat belgesini,

4. İmza huzurda atılmışsa bu hususu, imza dışarda atılıp da huzurda ilgili, imzanın kendisine ait olduğunu kabul etmişse bu husustaki beyanı,

5. İşleme katılanların imzalarını ve noterin imza ve mührünü, Taşınması gereklidir."

⁶¹ Noterlik Kanunu "Madde 89 – Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış va'di, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taslimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir."

VI. SİSTEMİN İŞLEMEYECEĞİNE DAİR TEMELSİZ GEREKÇELERE DAİR DÜŞÜNCELER

Yukarıda vardığımız ve tamamen bilimsel gerekçelere dayalı sonuçlara karşılık özellikle bürokrat kesimden gelecek itirazları tahmin etmekteyiz. Zaten ÖZMEN'in Türkiye'nin gelişiminde en büyük engel olarak gördüğü tutum olarak bürokrasi, daha önce uygulaması yapılmamış bir talebe karşılık hâdim devlet anlayışıyla öldürmeye yönelik düşünce geliştirmek yerine olmazı mümkün kılarak sorumluluktan kurtulmaya çalışma anlayışıdır. Bu araştırma konumuz ile ilgili olarak da aynı düşüncenin hâkim olacağını, kâhin olmamız gerekmezsiniz tahmin etmekteyiz. Hemen sıralayacak olursak, “*Yüzlerce bağımsız bölüm nasıl tescile konu olacaktır? Müşterek borçluluk söz konusu olacağına göre, trafik cezaları kime karşı kesinleştirilecektir ve nasıl tahsil edilecektir? Motorlu taşıtın devri gerektiği zaman oybirliğiyle tasarruf söz konusu olmakla, KTK m. 20 hükmünde bu oybirliği noterde nasıl sağlanacaktır?*” şeklinde ve de olmazı gerekçe gösteren pratik bürokrat zekâsıyla birçok sebebin yaratılması mümkündür. Özel hukukun zenginliğinden bihaber olunca, bütün bu savların kolayca benimsendiği görülecektir. Bu noktada, TMK m. 5 “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düşüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” hükmü gereği, Roma Hukuku temelli özel hukukun ortak aklın muhteşem eseri olan hükümler; aksi yöndeki savların bilgili ve duyarlı hukukçular karşısında komik duruma düşmesine yol açacaktır.

İlk olarak, ARTES'te yapılacak tescil konusunda, yalnızca tapu bilgileri ve parsel numaraları verilerek hak sahipliği belirlenmiş olacaktır. Örneğin, “*11 Pafta, 25 Ada, 33 Parselde Kat Mülkiyetine Konu Bağımsız Bölümler*” şeklindeki tescilin, geçerli bir paylı mülkiyet konusu eklenti taşınır yaratılmasına imkân verdiğini artık biliyoruz. Bu tescil işleminin gerçekleştirilmesine uygulamadaki zorluk gerekçe gösterilmesi karşısında; mirasbırakan dedenin adına trafik siciline kayıtlı kupon bir araç olan 1956 model bir chevrolet binek otomobilinin dedenin ölümü ile sağ kalan yedi çocuk ve miras bırakandan önce ölmüş çocuklardan halefiyet yoluyla mirasçı olan torunlara kalması halinde, otuz-kırk kişilik elbirliği mülkiyeti sahibi gerçek kişiler adına yapılan tescilden veya bu kişilerin paylı mülkiyete geçmeleri sonucu yapılacak işlemlerden daha pratik olduğunu kimse inkar edemeyecektir.

Motorlu araca trafik cezası tahakkuk ettirildiği takdirde, bir yönetici veya yönetim kurulunun varlığı halinde KMK m. 35/T'de Yöneticinin Görevleri başlığı altında yer alan “*f) Anagayrimenkulün tümünü ilgilendiren tebligatın kabulü*” ve “*e- Anagayrimenkulün yönetimiyle ilgili diğer bütün ödemelerin kabulü, yönetim dolayısıyla doğan borçların ödenmesi*” hükümleri gereği yöneticiye yüklenmiş görevler kapsamında ne trafik cezası tebligatında ne de ödeme konusunda sıkıntı çıkmayacaktır. Şöyle ki, ilk olarak tebligat sorununu halledecek olursak; trafik cezasının doğduğu dönemde kimin yönetici olduğu kayıtlarla sabit olduğundan, tebligat muhatabının isminin yazılmasında bir güçlükten bahsedilmemelidir. Zira KMK m. 34/son “*Yöneticinin ad ve soyadı ile iş ve ev adresinin anagayrimenkulün kapısı yanına veya girişte görülecek bir yere çerçeve içinde asılması mecburidir.*” hükmü uyarınca ilam panosunda ismi yer alan kişiye tebligatın yapılması yeterli olacaktır. Bu nedenle, yöneticinin o binada veya toplu yapıda tebligat adresinin bulunmaması da sorun olmayacaktır. Tebligat Kanunu 13. maddesi⁶² uyarınca, anagayrimenkul veya toplu yapı parselinde yönetimin istihdam ettiği kişilere yapılabilecektir.

⁶² 7201 sayılı Tebligat Kanunu Madde 13 – “*Hükmi şahıslar namına kendilerine tebliğ yapılacak kimseler her hangi bir sebeple müat iş saatlerinde iş yerinde bulunmadıkları veya o sırada evrakı bizzat alamıyacak bir halde oldukları takdirde tebliğ, orada hazır bulunan memur veya müstahdemlerinden birine yapılır.*”

Yedi bağımsız bölüm olması nedeniyle yönetici seçimi gerektirmeyen veya yönetici seçmesi zorunlu iken seçmemiş oluşumlarda, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun Ek-1. maddesinde yer alan “*Kat Mülkiyeti Kanununun uygulandığı hallerde, ortak taşınmazda oturmayan her bağımsız bölüm sahibi, apartman yönetimi ve ortak giderler ile ilgili tebligat yönünden geçerli olmak üzere, Türkiye’de bir adresini yöneticiye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Apartman yönetimi ve ortak giderler ile ilgili tebligatlar bu adrese yapılır. Bağımsız bölüm sahibinin adres bildirmemesi veya yazılı olarak bildirdiği adrese tebligat yapılamaması hallerinde, bundan sonraki bütün tebligatlar, o kişiye ait bağımsız bölümde fiilen oturana yapılır. Tebligatın bir örneği apartman girişinde bulundurulacak ilan tahtasına asılır. Bağımsız bölümde fiilen oturana bu şekilde yapılacak tebligat, bağımsız bölüm sahibine yapılmış sayılır. (Ek: 19/3/2003-4829/17 md.) Bağımsız bölümde fiilen oturan yoksa ilân tahtasına asılan tebligat örneği bağımsız bölüm sahibine yapılmış sayılır*” hükmü, tebligata ilişkin bir engele geçit vermez. Bu konuda tebligat zarfının üzerine idarece “7201 sayılı Kanun’un Ek-1 hükmünce tebligat yapılacaktır” ibaresinin eklenmesi, bu tebligatta isim bulunmamasına dayalı olası itirazların reddi için yeterli hukukî dayanağı oluşturacaktır. Çünkü TMK m. 1020 tapu sicilinin açıklığı ilkesi gereği, tapuya kayıtlı bir taşınmazda mülkiyet hakkı sahibinin kim olduğunun ilgisini inanılır kılan herkes⁶³ tarafından ulaşılabılır bir bilgi olması nedeniyle, bağımsız bölümlerde fiilen oturan (örneğin kiracı, kullanma ödencü zilyedi, intifa veya oturma hakkı sahibi gibi) kişilerin malikin kim olduğunu bilmediği yolundaki iddiaları dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Bu doğrultuda, tebligata hiçbir sorun yaşanmayacağını öngörüyoruz. Ayrıca bu tebligat ile gönderilen ödeme emrine konu icra dosyasında, malvarlığıyla sorumluluk ilkesi gereği İİK m. 82 kapsamında motorlu taşıtın haczi mümkündür.

Son olarak, araç üzerinde tasarruf yetkisinin nasıl kullanılacağı hususu ise en kolay çözüme sahip olgudur. Kat mülkiyetinde kanundan doğan temsil yetkisiyle iş gören yönetici/yönetim kuruluna verilen temsil yetkisi, TBK m. 40 vd. hükümlerince herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir. KMK m. 40/I “*Yönetici, kaide olarak vekilin haklarına sahiptir*” şeklindeki hükmü gereği yönetici, eklenti niteliğini haiz motorlu taşıt üzerinde dolaysız zilyetliği, zilyet yardımcılarıyla birlikte fiili hâkimiyetinde bulundurmakla iş görme edimini yerine getirir. Tasarruf yetkisi konusunda ise tüzel kişilik olmaması sonucu organ sıfatından söz edilemeyeceği akla gelebilecekse de organ tabirini kullanıyoruz. Bu niteliğiyle Kat Mülkiyeti Kanunu’nun ruhunda⁶⁴ yatan olağan sonuçla temsil yetkisine sahip olan yönetici; bu konudaki tasarruf işlemlerini kat malikleri hesabına gerçekleştirebilecektir. Bu yetkinin hukukî kaynağı ise KMK m. 35/I-a uyarınca “*Kat malikleri kurulunca verilen kararların yerine getirilmesi*” yolundaki yükümlülüğüdür. Bu hüküm çerçevesinde, motorlu taşıt üzerinde bir sözleşme yapılması (örneğin satış, mal değişim, isimsiz sözleşmeler gibi) ve bunun sonucunda TMK m. 763 hükmü uyarınca hâlihazırda sahip olduğu zilyetliğin devredilmesi işlemlerinin ifası da yöneticinin görevleri kapsamındadır. Geçerli bir kat malikleri kurulu kararının ibrazı sonucu, yöneticinin talebine bağlı olarak borçlandırıcı işlemi (taahhüt muamelesini) (örneğin satış gibi) içeren resmî senedin noter tarafından düzenlenmesi gerekecektir. Belirttiğimiz vekâlet ilişkisi kapsamında, motorlu taşıta ilişkin tasarruf işlemi yapılacağı

⁶³ Tapu kütüğünü incelemek için hukukî menfaati olan kişilere ilişkin detaylı bilgi için bkz.: Şengül, s. 209 vd.

⁶⁴ TMK m. 1 hükmünde “kanunun özü” ifadesine yer verilmişse de, Eski Medeni Kanunumuzun 1. maddesinde yer aldığı şekilde “kanunun ruhu” ifadesini yeğlemekteyiz. Zira “öz” ve “ruh” ifadeleri birbirinin eşdeğeri değildir; örneğin, suyun özü H₂O iken; ruhu hayattır. Bu kapsamda amaçsal yorum ilkesinden hareketle, Almanca “Geist” ifadesinin karşılığı olan “ruh” kelimesinin kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

esnada numarası yazılmış bağımsız bölümlerin maliklerinin tümünün notere gelmesi veya bu yolda noterde temsil yetkisi vermesi gerektiği gibi savların garabetle malûl olacağını belirtmek isteriz.

Görüleceği üzere özel hukuk hükümleri, Atamızın hukuk reformu sonucu İsviçre'den ıktibasla bugüne değin sorunsuzca uygulanmakta ve yeni Borçlar Kanunu ile Medenî Kanunu'nu sadeleştirme yolunda yapılan değışikliklerle, kişilerin korunması gereken hukukî yararlarını halen korumakta; Roma Hukuku tecrübesiyle muhteşem çözümler getirmektedir. Önemli olan, bu hükümlerin bilgili hukukçular tarafından somut olayın çözümüne hizmet etmesinin sağlanmasıdır.

SONUÇ

Bu konuda bilimsel temelle hareket ederek kat mülkiyeti oluşumlarında motorlu taşıt edinilemeyeceğine ilişkin görüş derhal terk edilmelidir. Hukukî engel olarak gösterilen tüzel kişilik sahibi olmaması gerekçesi tamamen hatalı sonuçlara varmakta, uygulamada sıkıntılara yol açmaktadır. TMK hükümlerince bir taşınmaza eklenti olarak özgülenebilecek motorlu taşıtın, taşınmazlara yönelik eşyaya bağı mülkiyet niteliğiyle Kat Mülkiyeti Kanunu 10/VIII ve 67/I'e dayalı eski tabirle müşterek medhal oluşumu, motorlu taşıtın sicile işlenmesi özelliğine bağı olarak aynı şekilde ARTES'e (Araç Tescil ve Sicil Sistemi) kişi ad/unvanı belirtilmeksizin yalnızca bağımsız bölüm numaraları yazılması suretiyle gerçekleştirilebilecek ve bu konuda hiçbir engel barındırmayan yönüyle hukukî yarar korunmuş olacaktır. Anılan sicile işleme yoluyla, motorlu taşıt üzerinde tüm kat maliklerinin paylı mülkiyet birliği oluşturmasına dayalı olarak bu eklentinin TMK m. 698/I hükmünce paylı halin giderilmesi (izale-i şeyu) davasına konu olamayacağı sonucu da kendiliğinden ortaya çıkacaktır.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk “*Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Bakımından TARES'in Özellikleri*”, Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu, Ed. İlknur Serdar, Ayşe Fırat Şimşek, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2020.

AKİPEK, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut, *Eşya Hukuku*, Beta, İstanbul, 2009.

ARPACI, Abdülkadir, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, Bedir Yayınevi, İstanbul, 1984.

EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ERGÜNE, Mehmet Serkan, *Taşınır Mülkiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

ERTAŞ, Şeref, *Eşya Hukuku*, 15. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2020.

HATEMİ, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş-Genişletilmiş 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.

KURT, Ekrem: “*Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler*”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER'e Armağan, 2013 (8), 1857-1930.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

OĞUZMAN, M. Kemal, *Kat Mülkiyeti Hakkında İsviçre ve Türkiye’de Hazırlanan Kanun Tasarıları Tahlili ve Tenkidi*, İHFM., C. XXV, 1960, İstanbul.

ONUŞ, Abdülhamit, *Eklenti Kavramı ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ÖZMEN, Etem Sabâ/KİR, Hafize, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi*, Saba Özmen Avukatlık Ortaklığı Yayınları, İstanbul, 2010.

ÖZMEN, Etem Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, *Kat İrtifakı*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

REİSOĞLU, Safa, *Kat Mülkiyeti ve Yeni İsviçre ve Türk Kanun Tasarıları*, Ankara, 1963.

SEROZAN, Rona, *Taşınır Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

SİRMEN, A. Lale, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

SUNGURBEY, İsmet, *Medeni Hukuk Eleştirileri*, C. II, İstanbul, 1970.

ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, *Şekli Eşya Hukuku*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, *Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

ZEVKLİLER, Aydın / ERTAŞ, Şeref / HAVUTCU, Ayşe / AYDOĞDU, Murat/CUMALIOĞLU, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri*, Barış Yayınları, İzmir, 2013.

www.resmigazete.gov.tr

ƒ EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ KİMİ KORUYOR?
(WHAT DOES THE REGIME OF PARTICIPATION OF ACQUIRED PROPERTIES
PROTECT?)

Prof. Dr. Diler TAMER* **

ÖZ

2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK ile eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul etmedikleri takdirde edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması kabul edilmiştir.

Bu rejimin kadınları korumak amacıyla kabul edildiği söylene de, az sayıda kadın için fayda sağlayabileceği, çalışarak gelir elde eden kadınlar için olumsuz sonuçlar doğurduğu, uygulamasının da çok sınırlı olduğu görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş mallara katılma rejimi, Kadınların korunması, Boşanma davaları

ABSTRACT

In year 2002 a new version of the Civil Code was enacted. Under the new code either of the spouses would have the option of demanding to receive property acquired during marriage unless one of the spouses does not it is mandatory to to be applied of regime of participation of acquired properties between spouses and might accept one of other regimes prescribed by law with contract of property regime.

Although this regime is enacted for protecting women, it has been observed that it can protect a limited number of women, it has unfavorable consequences for women who earn income by working.

Keywords: *Regime of participation of acquired properties, To protect women, Divorce cases*

ƒ Eserin Dergimize geliş tarihi:06.02.2020. İlk hakem raporu tarihi:03.04.2021. İkinci hakem raporu tarihi:07.04.2021. Onaylanma Tarihi:09.04.2021.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2303-2086

Esere Atıf Şekli: Diler Tamer, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Kimi Koruyor?", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.635-644.

17 Şubat 1926 tarihinde kabul edilerek, 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile özellikle evlenme yaşı, resmi nikah, tek eşlilik, boşanma, miras ve velayete ilişkin konularda devrim niteliğinde kurallar kabul edilirken, mal ayrılığı yasal mal rejimi olarak belirlenmiş, eşlere evlenmeden önce veya sonra mal ortaklığı veya mal birliğini seçebilme olanağı da tanınmıştır¹.

743 sayılı kanunla boşanma durumunda eşlerin yasal koşullar gerçekleşti takdirde nafaka ile maddi ve manevi tazminat talep edebilecekleri kabul edilirken², yargı kararlarıyla “katkı alacağı” talep etmeleri mümkün kılınmış³, ancak sağlanan tüm bu olanaklara karşın yıllarını ev işleri ve çocukların bakımı ile geçiren ve kendisine ait mal varlığı bulunmayan kadınların mahkemelerce hükmedilen tutarlarla yaşamlarını sürdürmelerinin mümkün olmadığı da görülmüştür.

743 sayılı Kanun’un kadın eş bakımından ortaya çıkardığı haksızlıkları giderebilmek ve aradan geçen 75 yıllık sürede toplumdaki değişim ve beklentilere cevap vermek amacıyla 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yeni hükümler kabul edilmiş, eski “mal ayrılığı rejimi” yerini İsviçre’de de uygulanmakta olan “edinilmiş mallara katılma rejimi”ne bırakmıştır⁴.

743 sayılı kanuna göre erkeğin iaae yükümlülüğü mevcut iken⁵, Türk Medeni Kanun’unda bu yükümlülük kaldırılmış, eşlerin birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakım, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlü oldukları (TMK md.185), birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacakları (TMK md.186/2) kabul edilmiştir. Kadınlar erkeklerle eş olmasa dahi yükümlülük altına sokulurken, büyük çoğunluğunun çalışmıyor oldukları ve çalışsalar dahi gelirleri üzerinde eşlerinin hakimiyeti olduğu gözönünde bulundurulmuştur. Zayıf durumdaki kadınlar bakımından ortaya çıkabilecek mağduriyetin giderilmesi için bu kez öngörülen çözüm edinilmiş mallara katılma rejimi olmuş, ancak çalışan ve çalışarak elde ettiği geliri boşanma durumunda eşiyile paylaşmak zorunda kalacak kadınların olası mağduriyetleri dikkate alınmamıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun kabulünden önce yeni yasal mal rejimine karar verme aşamasında farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte kadınların mağduriyetinin giderilmesi gerektiği tartışmasız kabul edilmiş, ancak bu mağduriyetin giderilmesi ve yenilerinin ortaya çıkmasının engellenmesi konusunda farklı çözümler önerilmiştir. Hazırlık Komisyonunca, mal ayrılığı rejiminin uygulamada eşler arasında büyük haksızlıklara ve genellikle kadınların mağdur olmalarına yol açtığı vurgulanmış ve ailede eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesi gereğince eşit paylaşımaya dayalı bir mal rejimi düzenlenmesi görüşü

¹ e.MK md.170; 76 yıllık uygulama süresince eşlerin bir seçimlik haklarını yok denecek kadar az sayıda kullandığı, evliliklere yasal mal rejimi olan “mal ayrılığı”nın uygulanmış olduğu görülmektedir. Benzer şekilde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda da mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı, mal ortaklığı seçimlik mal rejimleri olarak düzenlenmiş olmasına karşın eşlerin çoğunlukla yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini kabul ettikleri görülmektedir.

² e.MK md.143-145

³ **Gençcan, Ö.U.**, Mal Rejimleri Hukuku, 2010, s. 792 vd.; **Dural,M./Öğüz, T./Gümüş, M.A.**, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2018, s.223; H.G.K. 01.02.1985 T. 2/176 Es. K.57; 28.09.1994 T. 1994/2-47 Es. 564 K.; 18.09.1996 T. 1996/2-498 Es. 595 K.; 03.02.1999 T. 1999/2-56 Es. 40 K.; 07/06/2000 T. 2000/2-959 Es. 972 K.; 14.05.2008 T. 2008/13-374 Es.– 2008/375 K. (Kazancı İçtihat Bankası)

⁴ ZGB m. 196-220; Karşılaştırma için, **Faruk, A.**, Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 35 (2015), s.145-146

⁵ e.MK md.152

kabul edilmiştir. Yasal mal rejiminde değişiklik yapılmasını sağlamak için yoğun çaba sarfeden kadın hukukçular ve kadın kuruluşları ise “mal ayrılığı” rejiminin yol açtığı mağduriyetin giderilmesi için edinilmiş mallara katılma rejiminin kabulünü ısrarla talep etmişlerdir.⁶ Yeni rejimin özellikle eğitilmiş ve çalışan kadınlar tarafından dahi desteklenmiş olması düşündürücüdür. Erkeğin kadına göre daha yüksek gelir ve mal varlığına sahip olduğu evliliklerde, kadınların boşanma durumunda erkeğin sağladığı standartları kaybedecek olması, edinilmiş mallara katılma rejimine destek verilmesinin önemli bir nedenidir. Ancak çalışmayan/mağdur kadının korumasının amaçlandığı belirtilirken, yeni hükümlerin yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulmuş evlilikleri ve edinilmiş malları etkilemeyeceği de kabul edilmiş, çalışmayan, çalışma olanağı da bulunmayan gerçek mağdur kadınlar korumadan yoksun bırakılmıştır. Böylece Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte olduğu dönemde evlenmiş eşler arasında 31.12.2001 tarihine kadar geçerli yasal mal rejimi mal ayrılığı, 01.01.2002'den sonra geçerli olan yasal mal rejimi ise edinilmiş mallara katılma rejimi olmuştur. Ancak yasanın kabulünden önce evlenmiş olan eşlerin, yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul etmeleri olanağı da sağlanmıştır.

Mal rejimlerine ilişkin kurallar 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 202-281. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Seçimlik mal rejimlerini tercih etmek, sözleşme ile mümkün olduğundan, kimi zaman “sözleşmesel mal rejimleri” olarak da adlandırılmakla birlikte⁷ eşlerin bu rejimler dışında herhangi bir rejimin uygulanmasını kabul etmeleri mümkün değildir. Eşler seçimlik olarak gösterilen mal ayrılığı (TMK md.242-243), paylaşmalı mal ayrılığı (TMK md.244-255), mal ortaklığı (TMK md.256-281) rejimlerinden birini seçmedikleri takdirde, ‘Yasal Mal Rejimi’ sıfatıyla “Edinilmiş Mallara Katılma” rejimini kabul etmiş sayılacaktır.⁸ Bu rejimin tasfiyesi halinde evlilik süresince bir eşin edindiği mallarda, diğer eşin bu malların değerinin yarısı oranında “katılma alacağı” doğacağı, böylece herhangi bir işte çalışmayan ancak evlilik birliğine ev işleri ve çocukların bakımı gibi görevleri üstlenerek katkıda bulunan eşin emeğinin karşılıksız kalmamasının sağlanacağı düşünülmüştür.⁹

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, mal rejiminin devamı sırasında, eşlerin mal varlıklarının birbirinden bağımsız kalması esastır, ancak mal rejimi sona erdiğinde paylaşım talep edilebilecektir.¹⁰ Medeni Kanunun 219'uncu maddesinde edinilmiş mallar, 220'inci maddesinde yasa gereği kişisel mal sayılan mal varlığı değerleri, 221'inci maddesinde ise mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal kabul edilebilecek mal varlığı değerleri düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre; eşlerin kişisel mal olarak kabul edilen malları dışında mal rejimi süresince elde ettikleri bütün mallar, edinilmiş mal kabul edilerek paylaşım tabi tutulabilir¹¹. Ancak paylaşım talep edildiğinde eşler arasında hangi mal rejiminin geçerli olduğu, malların mülkiyetinin kime ait olduğu, hangi mal gruplarına dahil olduğu hususlarının ispatı gündeme gelecek ve özellikle uzun süren evliliklerde, malların kime ait olduğunun ispatı mümkün olmayabilecektir.

⁶ Arat, N./ Moroğlu, N.; Medeni Kanun Değişikliği İçin Eşitliğin İzinde On Yıl, İKKB yayını, 1999

⁷ Acabey, M.B., Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 491-534

⁸ Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, M.A., s. 208 vd.

⁹ Zeytin, Z., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2008, s.25

¹⁰ Acabey, B. s.492

¹¹ Öztan, B., Aile Hukuku, Ankara, 2004, s. 249-250; Sarı, S., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007, s. 52; Acabey, M.B., s. 493; Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, M.A., s.210 vd.

TMK md.202'nin gerekçesinde, mal ayrılığı rejiminin eşler arasında büyük haksızlıklara yol açtığı, daha ziyade meslek sahibi kocanın lehine işlediği, ev işlerini yapan, kocasına mesleğinin icrasında yardımcı olan kadının durumunun dikkate alınmadığı, bu nedenle "edinilmiş mallara katılma" başlığı altında yeni bir mal rejimi düzenlendiği belirtilmiştir. Gerekçeye göre yeni rejim evlilik birliği içerisinde sarf edilen emeğin göz ardı edilmemesi ve "kadının" mağdur olmasının engellenmesi amacıyla kabul edilmiştir.

Edinilmiş mallara katılma rejimini destekleyenlerce, kadınlar ev işleriyle uğraşırken erkeklerin çalıştıkları işlerden gelir elde ettikleri, bu gelirlerle mülk edindikleri, evlilik sona erdiğinde kadınların eşlerinin edindiği malvarlıklarından hak talep edemedikleri, meslek sahibi kadınların elde ettikleri gelirleri çocuklarına, evlerine, mutfaklarına harcadıkları, eşlerinin bu sayede mal varlığı edindiği, evliliğin sonuna gelindiğinde ise yine mal ayrılığı rejimi sebebiyle eşlerinin mal varlığından herhangi bir talepte bulunamadıkları ve mağdur oldukları, yeni düzenleme ile kadınların ev hanımı olup bir işte çalışarak kazanç elde etmeleri dahi eşlerinin evlilik birliği süresince edindiği mallarda aynı oranda emek ve hak sahibi olacakları, eşlerin evlilik süresince eşit emek karşılığında eşit karşılık alacakları ve birlikte seçimler yapacakları, birbirilerine haksızlık yapamayacakları ve dolayısıyla daha huzurlu, daha geçimli ve daha az gelecek endişesi taşıyan evliliklerin inşa edilmiş olacağı¹², ekonomik güvencesi olmayan ve uzun yıllarını eşine ve evliliğine adanmış olan ev kadınlarının mağdur olduğu, erkeğin elde ettiği geliri dilediği gibi harcayabildiği, gizleyebildiği, tesbitinde güçlük yaşandığı, kocasına ait işlere yardım ederek gençliğini harcayan bir kadının olası bir boşanma durumunda mal ayrılığı rejimi sebebiyle beş parasız kalacağı, yeni düzenleme ile klasik aile anlayışı, yani "erkek dışarıda çalışır, kadın ise evde ev işleri ve çocuklarla uğraşır" yerine, modern aile yapısının öne çıkarıldığı, 1950'li yıllardan itibaren hemen hemen tüm çağdaş hukuk sistemlerinde evlilik süresince kazanılmış olan malların eşler arasında eşit olarak paylaşılması esasının kabul edildiği, böylece kadının evdeki çalışması ve emeğinin, erkeğin dışarıdaki çalışması ile eşdeğer sayıldığı¹³ vurgulanmıştır.

Edinilmiş mallara katılma rejimini destekleyenler yasanın özellikle çalışmayan kadını korumaya yönelik olduğunun vurgulamaktadır. Rejiminin kabulü için ileri sürülen bir diğer gerekçe de boşanmaları zorlaştırması ve bu şekilde ailenin korunmasıdır. Boşanma durumunda elde edilen her şey yarı yarıya bölüşüleceğinden ve kimse durduk yere mal varlığının yarısından vazgeçmek istemeyeceğinden boşanmaların ciddi bir şekilde azalacağı ileri sürülmüştür¹⁴.

Yeni rejime eleştiriler ise genellikle tasfiye sırasında yaşanacak güçlüklerle yöneliktir. Medeni Kanununun kabulü üzerinden epeyce bir süre geçmiş olmasına rağmen, yasal mal rejimi olan, "Edinilmiş Mallara Katılma" rejiminde mal gruplarını oluşturan "edinilmiş mallar" ile "kişisel mallara" giren mal varlığı değerleri konusunda birçok tartışmalı noktanın bulunduğu, sırf mal gruplarına giren mal varlığı değerleri konusunda dahi bu kadar tartışma varken, "Edinilmiş Mallara Katılma" rejiminin yasal rejim olarak seçilmesinin isabetinin yeniden sorgulanması ve en kısa zamanda bir yasal değişiklikle bu rejimden vazgeçilmesi gerektiği vurgulanmıştır.¹⁵ Kişisel mallardan elde edilen gelirlerin edinilmiş mal sayılıp sayılmayacağı tartışılmış¹⁶, edinilmiş mal rejiminin tasfiyesi prosedürünün

¹² Kılıçoğlu, A., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara-2002, s.89 vd.

¹³ Şıpka, Ş., "Şükran Şıpka ile Söyleşi", Cumhuriyet Dergisi, 19.01.2003; Şıpka,Ş., Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul, 2011, s.58

¹⁴ Kılıçoğlu, s.92

¹⁵ Acabey, M.B., s.42

¹⁶ Acabey, M.B., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Konusunda Eleştiri ve Önerilerle İlgili Genel Tartışma, T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı

hakimlerin iş yükünü ciddi bir biçimde arttıracığı, her mal grubunun değerinin tek tek hesaplanması gerektiği, tasfiyenin sağlıklı bir şekilde yapılamayacağı ve davaların yıllarca süreceği, tasfiyeye dahil edilip edilmeyecek malların tesbitinde büyük güçlükler yaşanacağı, kanundaki “edinilmiş mal” düzenlenmesinin somut olaylarda hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olabileceği, mevcut hukuk düzeninin eşlerin birbirlerine edinilmiş mallarından bir şey bırakmamak adına, danışıklı işlemler yapmalarına elverişli olduğu, bu amaçla borçlanmalarının yeteceği de ileri sürülmüştür.¹⁷

Tüm olumlu gelişmelere rağmen ülkemizde kadınların erkeklere oranla daha zor koşullarda yaşamlarını sürdürdükleri, mağdur edildikleri, duygusal ve fiziksel şiddete maruz kalabildikleri, eğitim olanaklarından yararlanma, iş bulma, çalışma koşullarında erkeklerle eşit haklara sahip olamadıkları, evlenme ve evliliğin herhangi bir nedenle son bulması durumunda mağdur oldukları herkes tarafından kabul edilmekle birlikte, eşit koşulların sağlanması ve mağduriyetlerin önlenmesi için ileri sürülen çözüm önerilerinin amacına ulaşmasının mümkün olup olmadığı dikkatle değerlendirilmelidir.

Kabul edildiği tarihten günümüze dek edinilmiş mallara katılma rejimine yönelik yorumlar incelendiğinde, tasfiyeye ilişkin sorunlardan söz edilmekle birlikte, uygulamanın kendisinin kadınlar açısından beklenen yararı sağlayıp sağlamadığı konusunda gerçekçi değerlendirmelere rastlanmamakta, yalnızca klasik cümlelerle kadın haklarından, mağdur kadınların korunması gereğinden sözedildiği görülmektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi ancak 2002 yılından sonra edinilmiş mallara uygulanabileceğinden, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun kabulünün üzerinden geçen 19 yılın rejimin faydalarını göstermek için yeterli olmadığı söylenebilecekse de, 2002 yılından bu yana açılmış ve karara bağlanmış boşanma davalarının sonuçlarının değerlendirilmesi, rejimin gerçekten kabul edilmiş amacına uygun olup olmadığının tesbiti için yol gösterici olabilecektir. Konunun sosyal, ekonomik ve kültürel boyutları tek yönlü bir bakış açısıyla sonuca varmanın mümkün olamayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Ülkemiz koşullarında kadın erkek ilişkilerinin, çalışma koşullarının, bölgesel ve kültürel farklılıkların ve hepsinden önce de hedeflenen aile yapısının gözden uzak tutulmaması, yasal mal rejiminin gerçek amacının ne olduğu, hangi aile yapısı içinde, hangi kadını korumayı amaçladığı ve koruması gerektiği öncelikle düşünülmelidir.

Türkiye’de kadın-erkek eşitliği ilkesi, Anayasa’nın 41’inci ve 66’ıncı maddelerinde 2001 yılında, 10’uncu ve 90’ıncı maddelerinde 2004 yılında ve yine 10’uncu maddesinde 2010 yılında yapılan değişikliklerle kabul edilmiştir. Anayasa’nın 10’uncu maddesi ile “Kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları, devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu, bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı, Anayasa’nın 41’inci maddesi ile “Ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı kabul edilmiştir.

Kadın erkek eşitliği konusunda Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (CEDAW) özellikle önemli bir yere sahiptir. İlgili sözleşme 1979 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na kabul edilmiş, 1981 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından 1985 tarihinde onaylanmıştır. CEDAW hükümleri iç hukukumuza özellikle “aile hukuku” ve “evlilik hukuku” alanında kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik getirdiği değişikliklerle, Türk Medeni Kanunu’na önemli katkılarda bulunmuştur. 1993 ve 2001 yılları arasında Türk Medeni Kanunu yeniden gözden geçirilmiş, ayrımcılık içeren ifadeler değiştirilmiş, böylece, 4721 sayılı

III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul, 2007, s. 159; Koç, N., “Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Kişisel Malların Gelirleri (TMK.m.219/II.b.4)”, İMÜHFD 2(2), Güz 2015, s. 161

¹⁷ Şıpka, Ş.,(Sorunlar) s. 59

Türk Medeni Kanunu, CEDAW Sözleşmesi ile aynı çizgiye taşınarak buna ilişkin düzenlemeler hukukumuzda yerini almıştır.

Tüm yasal düzenlemelerle sağlanmaya çalışılan eşitlik beklentisi toplumsal hayatta karşılığını bulmuş ve kadınların 75 yıl öncesine göre kaydettiği ilerlemeler, sağladıkları haklar açıkça görünür hale gelmiştir. TÜİK'in 2020 yılı verilerine göre erkek nüfus 41 milyon 915 bin 985 kişi iken, kadın nüfus 41 milyon 698 bin 377 kişidir. Nüfusun %50,1'ini erkekler, %49,9'unu ise kadınlar oluşturmuştur. Erkeklerin %89,5'i kadınların ise %84,5'i en az bir eğitim kurumunu bitirmiştir. 2017 yılında 25 yaşından büyüklerde okuryazar olmayan nüfus oranı erkeklerde % 1,5 kadınlarda % 8 iken, aynı yaş grubunda yüksek okul veya fakülteden mezun olanların oranı erkeklerde % 18,9 kadınlarda ise % 14,5 dir. Geçen zaman içinde kadınların eğitim alma oranının giderek yükseldiği ve genç nüfusta erkeklerin eğitim düzeyine çok yaklaştığı görülmektedir.

2017 yılında 16 yıl ve daha fazla süreli evliliklerin oranı % 26,1 iken, daha kısa süreli evliliklerin toplam oranı %73,9'dur. Mevcut evliliklerin ¼'ünün edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olduğu görülmektedir.

TÜİK verilerine göre 2019 yılında evlenme sayısı 541.421, boşanma sayısı ise 155.047'dir.¹⁸

Yıl	Evlenme sayısı	Kaba evlenme hızı	Boşanma sayısı	Kaba boşanma hızı
2001	544 322	8,35		
2002	510 155	7,73	95 323	1,44
2003	565 468	8,47	92 637	1,39
2004	615 357	9,10	91 022	1,35
2005	641 241	9,37	95 895	1,40
2006	636 121	9,18	93 489	1,35
2007	638 311	9,10	94 219	1,34
2008	641 973	9,04	99 663	1,40
2009	591 742	8,21	114 162	1,58
2010	582 715	7,97	118 568	1,62
2011	592 775	7,99	120 117	1,62
2012	603 751	8,03	123 325	1,64
2013	600 138	7,88	125 305	1,65
2014	599 704	7,77	130 913	1,70
2015	602 982	7,71	131 830	1,69
2016	594 493	7,50	126 164	1,59
2017	569 459	7,09	128 411	1,60
2018	553 202	6,80	142 448	1,75
2019	541421	6,56	155 047	1,88

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan 2019 Yılı Adli İstatistikler Kitabında¹⁹ **2019 yılında 248 640 Boşanma Davası açıldığı ve 249 932 davanın**

¹⁸ <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2019-33708>, s.e.t. 02.02.2020

karara bağlandığı (Tablo 3.1.7) gösterilmiştir. 2012-2019 yıllarında boşanmada mal paylaşımı konulu açılan dava sayıları ise Tablo 3.1-11 ve Tablo 3.1.12’de görülmektedir²⁰.

(Boşanmada Mal Paylaşımı) YILLARA GÖRE AÇILAN DAVALAR

2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
1189	1239	1207	1385	1560	1871	2412	2921

(Boşanmada Mal Paylaşımı) YILLARA GÖRE KARARA BAĞLANAN DAVALAR

2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
1119	1268	1178	1227	1247	1497	1972	2521

Verilere göre boşanmada mal paylaşımı talebiyle 2019 yılında 2921 dava açılmış ve 2521 dava karara bağlanmıştır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin kadınları koruma amaçlı kabul edildiğı her durumda vurgulanmış ve bu düşünce toplumun tüm kesimlerinde destek görmüştür. Ancak her yıl boşanma istemiyle açılan yaklaşık 250.000 davaya karşılık mal rejimine dayalı davaların sayısının ortalama 2500 olması kadınların bu rejimle korunup korunmadıklarının yeniden değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. 2002 yılından önce edinilmiş mallar düzenleme kapsamına dahil edilmediğinden pek çok mağdur kadın bu korumadan yararlanamadığı gibi, sonraki yıllarda kurulan evlilikler ve edinilen mallarla ilgili olarak da düzenlemenin varsayılan amacına ulaşabileceğı kuşkuludur. Eğitim hakkından yoksun bırakılan, diledikleri kişilerle evlenme ve dilediğinde boşanma hakkı bulunmayan, babalarından miras haklarını dahi talep edemeyen kadınların edinilmiş mallara katılma rejimine bağlı haklarını talep edebileceklerini düşünmek güçtür. Elbette bu kadınlar mağdurdur ama mağduriyetlerin bu rejim ile giderilebileceğı sadece düşlenebilir. Sınırlı gelire sahip ve paylaşacak fazla bir malı ve geliri bulunmayan ailelerde ise paylaşma ile elde edilebilecek mal varlığının bu rejime ihtiyaç duyup duymayacağı, sınırlı malın paylaşımının kadının mağduriyetini giderip gideremeyeceğı de düşünülmelidir. Bu ailelerde çoğunlukla kadının iş gücüne katıldığı, bazı durumlarda eşlerinden daha fazla gelir elde edebildikleri de bilinmektedir. Kadınların çalışarak elde ettiği gelirin erkek adına kaydedildiğı iddiası sınırlı örnekler dışında artık gerçek olmaktan uzaktır. 15 yaş üzerinde işgücüne katılan kadın sayısı yaklaşık olarak erkeklerin yarısı iken, Türkiye genelinde kadınlara satılan konut sayısı erkeklere satılan konut sayısının yarısından fazladır.²¹

Yıl	Kadın	Erkek	Ortak	Diğer	Toplam
2019	420276	775653	24141	128659	1348729
2020	483007	892347	23424	100538	1499316

Bu tablo bize kadınların işgücüne katıldıkça konut ve mal varlığı edinebildiklerini göstermektedir. Yıllar öncesinde kalmış mağdur kadın tanımlarıyla bugünün sorunlarına çözüm bulmak artık mümkün görülmemelidir. Sorun çalışmayan kadınların mağduriyetlerini gidermekse, bu durumda da neden çalışmadıklarının sorgulanması, istihdamın artırılması ve kadının çalışması durumunda yaşadığı sorunlara çözüm aranması gerekir. Günümüzde “ev kadınlığı”nın bir meslek olmaktan çıktığı düşünülerek, mağdur ev kadınları üzerinden

¹⁹ <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>, s.e.t. 08.02.2021

²⁰ <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>, s.163-164, s.e.t. 08.02.2021

²¹ http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1056, İstatistiksel Tablolara, Konut İstatistikleri, s.e.t. 02.02.2020

tüm evliliklerin edinilmiş mallara katılma rejimine bağlı kılınmasının gerekliliği sorgulanmalıdır. Eşlerin diledikleri taktirde farklı bir rejimi seçebilecek olmaları da sorunu çözmekten uzaktır. Gençlere evlilik öncesinde boşanma ihtimali üzerinden mal varlığı hesabı yapmaları mı önerilecektir?

Mevcut uygulama yalnızca kendisi çalışmayan, üretime katkıda bulunmayan veya eşinden daha düşük gelir elde edebilen sınırlı bir grubu korumaktadır. Eşinin evi rahatlıkla geçindirmeye yetecek bir mal varlığı ve gelir sahibi olması sebebiyle belki de iş hayatının güçlüklerinden kaçarak, ailesinin kendisine olan ihtiyaçlarını bahane ederek, çalışmaktan kaçınan, bazıları meslek sahibi dahi olan bu kadınlar “hayatlarından aileleri için vazgeçtiklerini” iddia ederek boşanma durumunda eşlerinin elde ettiği gelirden katkılarının bulunduğunu iddia etmektedirler. Eşleri yüksek geliri kadınların ev işlerinin büyük çoğunluğunu geliştirmiş cihazlara ve yardımcı kişilere bıraktıkları, çocuklarına bakıcı tutabildikleri ve özel yuva ve okullara gönderebildikleri düşünüldüğünde, düşük geliri ailelere göre kendilerini daha çok feda ettiklerini, katkılarının daha yüksek olduğunu söyleyebilmek de mümkün değildir. Bu durumda hem evinin işlerini yapan ve çocukları ile ilgilenen, hem de dış işlerde çalışarak gelir elde eden kadınların katkısı nasıl değerlendirilecektir? Eşinin sağladığı olanaklarla yüksek refah düzeyini elde etmiş kadınlar mağdur kabul edilerek boşanma durumunda standartlarının korunması sağlanırken, hayatının her döneminde çalışarak ailesine gelir kazandıran, ek olarak evinin işlerini de yürüten kadınların boşanma durumunda kaldıklarında elde ettikleri mal varlığının yarısını eşleri ile paylaşmak zorunda kalmalarını kabul etmek mümkün değildir. Çalışarak gelir elde eden kadınlar için yoksulluk nafakasına hükmedilmesi de çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Eşinin de gelir elde etmiş olabileceği, onun da paylaşılacağı bir karşı tez olarak ileri sürülemez. Her iki tarafın da edinimleri paylaşıldığında kendilerine kalan çalışarak edindiklerinden ibaret ise, kadına hiçbir katkı sağlamayacak olan katılma rejiminin faydasından söz etmek mümkün olmadığı gibi, erkeğin mal varlığının bulunmadığı durumlarda mal varlığını paylaşmak zorunda kalacak olan kadın için büyük sorun teşkil edecektir.

Her iki tarafın da çalıştığı, birbirine yakın gelir elde ettiği ailelerde boşanma durumunda paylaşımın her iki tarafa da eşit zarar vereceği, yüksek gelir grubunda çoğunlukla daha fazla kazançlı çıkacak olan tarafın kadın olacağı, bu nedenle kadının korunmasının sağlandığı, ayrıca masraflı, süre gerektiren ve erkeğin mal varlığının yarısını kaybetmesine neden olan mal paylaşımının erkeklerin boşanma konusundaki taleplerini azaltacağı, bu şekilde evliliklerin korunmasına hizmet edeceği de ileri sürülmüştür. Bu tez bir an için kabul edilebilirse de, düzenlemenin amacına ulaşmasını sağlayabilmesi mümkün değildir.

Evliliklerde boşanmayı isteyen tarafın erkekler olduğu, belli bir yaşa gelen gelir sahibi erkeklerin yıllar boyu kendilerine ve ailelerine hizmet vermiş eşlerini parasız pulsuz ortada bıraktıkları, bu evliliklerin korunması ve erkeklerin boşanma taleplerinin azaltılması gerektiği yıllardan beri söylenegelmektedir. Ancak bu iddianın da gerçekleri yansıttığı kuşkuludur. Sınırlı sayıda örnek dışında kadına göre özgür koşullarda yaşayan, evlilik dışı ilişki kurduklarında kınanmayan, sırf evliliğin son bulmaması, ailenin dağılması ve yaşam standardının kaybedilmemesi için eşleri tarafından terkedilmeyen, eşlerine karşı sözlü ve fiziksel şiddete başvurabilen ve çoğu zaman yaptırımla karşılaşmayan, gelirlerini diledikleri gibi tasarruf edebilen erkeklerin, bu olumsuz koşulları kabul etmeyen eşlerinden daha çok boşanmak istedikleri söylenemez. Şiddete maruz kalan, aldatılan, baskı gören kadınlar çoğunlukla eşlerinin sağladığı olanaklardan mahrum kalmamak için mevcut koşullara katlanırken, gerçekte bu olumsuz durumun son bulması için boşanmaları kaçınılmazdır. Yaşadığı olumsuz koşullara son vermek için boşanmak isteyen kadınların, eşlerinin mal varlığının bulunması durumunda katılma rejimi sayesinde korunacakları düşünülebilir. Ancak çalışarak aile bütçesine katkıda bulunan ve sınırlı birikimlerini değerlendirerek mal edinen kadın-

ların boşanma durumunda bu malları eşleri ile paylaşmak zorunda kalmalarının pek çok örnekte kadınları boşanmaktan vazgeçmeye zorladığı, bir açıdan çalışmaları nedeniyle cezalandırıldıkları görülmektedir. Bu şekilde boşanmaları azaltarak, ailenin korunduğunu söylemek mümkündür, ancak bunun bireylere ve topluma nasıl bir fayda sağlayabileceği de düşünülmelidir.

Boşanma talepli davaların kaçının kadınlar kaçının erkekler tarafından açıldığı TÜİK ve Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verilerinde gösterildiği gibi, kurumlara yaptığımız özel başvuru sonucunda da öğrenilmesi mümkün olamamıştır. Ancak 14 Mayıs 2016 Tarihli ve 399 sayılı “Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu”nda yer verilen “Boşanma kararını uygulama sürecinde bireyler çocukların kötü etkileneceği düşüncesi, boşanmış kadına yönelik toplumsal algı, kadının ekonomik bağımsızlığının yetersiz olması ve artık «evli olmama» tekrar «bekar olma» korkusu gibi engellerle karşılaştığı anlaşılmıştır. **Ancak, tüm bu zorluklara rağmen araştırma sonuçları evliliği sonlandıran kişinin çoğu zaman kadınlar olduğunu (%67) göstermiştir.**”²² cümleleri, varsayılanın aksine tüm engelleyici faktörlere karşın Türkiye’de kadınların boşanmak amacıyla erkeklerden çok daha fazla dava açtıklarını ortaya koymaktadır.

Ailenin korunması elbette önemlidir. Ancak ailenin dağılmasının önlenmesinden çok, üyeleri için mutlu bir yuva haline getirilmesi amaçlanmalı ve buna yönelik tedbirler alınmalıdır. Kadınların mağduriyetinin önlenmesi için öncelikle eğitim olanaklarının artırılması, iş güvencesi sağlanması, çalışan annelerin çocuklarını güvenli koşullarda emanet edebileceği kurumların geliştirilmesi gereklidir. Kanımızca, ömür boyu birlikte olma vaadiyle kurulan evlilik birliğinin boşanma sebebiyle son bulduğu durumlarda, birliğin son bulmasına neden olan tarafın ödeyeceği katkı, nafaka ve tazminat bedellerinin gerçekçi değerlendirmelerle tesbit edilmesi edinilmiş mallara katılma rejimine duyulan ihtiyacı ortadan kaldıracaktır.

Çalışan kadınların özellikle alt gelir grubunda kimi zaman erkeklerden daha fazla gelir elde edebildikleri, elde ettikleri gelire mal varlığı edinebildikleri her geçen gün belirginleşmektedir. Bu durumda amaç kadınların yalnızca boşanma durumunda mağdur olmalarını engellemek değil, her durum ve koşulda mağdur olmalarını engellemek, eşitsizlikleri her alanda gidermek, kadına her alanda fırsat eşitliği sağlamak olmalıdır. Hayatlarını refah içinde geçirip, ailelerine gerçek bir katkı sağladıklarından şüphe duyulabilecek kadınlar boşandıklarında katılma rejimi sayesinde kimi örneklerde eşlerine açıkça zarar verecek ölçüde gelir elde ederken, çalışarak elde ettiği sınırlı mal varlığını eşi ile paylaşmak zorunda kalacağı için boşanmaya cesaret edemeyen kadınlar mağdur edilmektedir. Yalnızca sınırlı sayıda yüksek gelir sahibi eşleri olan kadınları koruyabilecek olan bu yasa hem ev işlerini yürüten hem de çalışarak aile bütçesine katkıda bulunan kadınları mağdur etmektedir. Şayet hedeflediğimiz toplum yapısında öngörülen kadın modeli evinde oturarak kendini ailenin diğer üyelerine hizmete adanmış kadın değilse, kadının erkekle eşit birey olması, erkeğin eşine her alanda katkıda bulunması hedefleniyorsa, tedbirler kadınların özgür, eğitilmiş, bağımsız bireyler olarak yetişmelerini sağlamaya yönelik olmalıdır. Çalışmayan ve üretmeyen kadınları koruyarak “ev kadınlığı” mesleğini(?) onaylamak ve desteklemek yerine, çalışmak ve üretmek isteyen kadınların önündeki engellerin kaldırılmasına çalışılmalıdır. Mevcut yasa kadını koruma bahanesinin arkasında kadının mal varlığını erkeğin ortaklığına

²² http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic; s.e.t. 01.02.2020

birakarak kadınların mutsuz evlilikleri sonlandırma konusundaki girişimlerini engellemekte, kadınları mutsuz evliliklere mahkum etmektedir.

Mutlu aileler her türlü mal paylaşımı kaygı ve beklentilerinden uzak yürümekte, yürütülmektedir. Toplumun ihtiyaç duyduğu, korunması gereken ailelerin beklentileri elbette karşılanmalı, ancak sırf boşanmaları engelleyebilmek amacıyla, eşlerin mutsuz evliliklere mahkum edilmesinin önüne geçilmelidir. Katılma alacağı talepli davaların boşanma davalarına göre azlığı, boşananların çoğunluğunun rejimden yararlanmadıklarını gösterirken, yeterli veri bulunmaması nedeniyle yararlananların tümünün kadın olup olmadıkları da anlaşılammaktadır. Düzenlemenin korumayı hedeflediği mağdur kadınların ne kadarının korunduğu, ne kadarının ise düzenleme nedeniyle mağdur edildikleri araştırılmalıdır.

KAYNAKÇA

Acabey, M.B., Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007

Acabey, M.B., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Konusunda Eleştiri ve Önerilerle İlgili Genel Tartışma, T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul, 2007

Arat, N./ Moroğlu, N.; Medeni Kanun Değişikliği İçin Eşitliğin İzinde On Yıl, İKKB yayını, 1999

Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, M.A., Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2018

Faruk, A., Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 35, (2015)

Gençcan, Ö.U., Mal Rejimleri Hukuku, 2010

Kılıçoğlu, A., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara-2002

Koç, N., “Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Kişisel Malların Gelirleri (TMK.m.219/II,b.4)”, İMÜHFD 2(2), Güz 2015

Öztaş, B., Aile Hukuku, Ankara, 2004

Sarı, S., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007

Şıpka, Ş., “Şükran Şıpka ile Söyleşi”, Cumhuriyet Dergisi, 19.01.2003

Şıpka, Ş., Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul, 2011

Zeytin, Z., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2008

İSTATİSTİKLER

-<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2019-33708>

-<https://adliscil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>, s.e.t. 08.02.2021

-<https://adliscil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>, s.163-164, s.e.t. 08.02.2021

-http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1056, İstatistiksel Tablolara, Konut İstatistikleri, s.e.t., 02.02.2020

-http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic; s.e.t. 01.02.2020

^{4f} KOOPERATİFLERİN GENEL İLKELERİ VE KURULUŞU (GENERAL PRINCIPLES AND ESTABLISHMENT OF COOPERATIVES)

Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU***

ÖZ

Kooperatifler, TTK'da ticaret ortaklıkları arasında sayılmıştır. Ancak kooperatiflerin tacir niteliğinde olup olmadığı halen neticeye ulaşmamış, tartışmalı bir husustur. Kooperatiflerin diğer ticaret ortaklıkları ile ayrılan, farklı yönleri bulunmaktadır. Bu farklılıklardan biri de kooperatiflerin kuruluşuna ilişkindir. Kooperatiflerin kuruluşu diğer ticaret ortaklıklarından farklı olarak izne tabidir. İzin, Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan matbu ana sözleşme örneklerinin kullanılıp kullanılmamasına göre Ticaret İl Müdürlüğü veya Ticaret Bakanlığı tarafından verilir. Birçok farklı süreç içeren kooperatiflerin kuruluş işlemleri, Türk hukukunda etraflıca işlenmiş değildir. Bu nedenle, çalışmamızda kooperatiflerle ilgili genel bilgilere yer verildikten sonra kuruluş aşamaları ve kuruluşta talep edilen belgelere de yer verilerek incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kooperatif hukuku, kuruluş

ABSTRACT

Cooperatives are considered among commercial partnerships in the Turkish Commercial Code. Yet, whether the cooperatives are merchants or not, is still a controversial issue. Cooperatives have different aspects that distinguish them from other commercial partnerships. One of these differences is related to the establishment of cooperatives. The establishment of cooperatives is subject to permission, unlike other commercial partnerships. That permission is given by the Provincial Directorate of Commerce or the Ministry of Commerce, depending on whether the printed articles of association prepared by the Ministry of Commerce are used or not. The establishment procedures of cooperatives, which include many different processes, have not been examined in detail in Turkish law. For this reason, in our study, after giving general information about cooperatives, the stages of establishment and the documents requested in the establishment have been examined.

Keywords: Cooperative law, establishment

^{4f} Eserin dergimize geliş tarihi: 24.02.2021. İlk hakem raporu: 22.03.2021. İkinci hakem raporu: 08.06.2021. Onaylanma tarihi: 08.06.2021.

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9463-5490.

Eser Atıf Şekli: Mustafa Topaloğlu, "Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.645-665.

I. Kooperatifler Hakkında Genel Bilgiler

A. Tanım ve Nitelik

Kooperatifler Kanunu (KK)¹ m. 1 gereği kooperatifler; ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli tüzel kişiliği haiz ortaklıklardır.

Kooperatifler, kişi birliği olup diğer kişi birlikleri olan dernek ve ortaklıklardan amaç bakımından ayrılır. Kooperatifler, amacı kar elde etmek ve paylaşmak olan ortaklıklardan farklı olarak kar elde etme ve paylaşma şeklinde ticari bir amaç güdemez². Kooperatifler, ortaklarının ekonomik menfaatlerini karşılamak ve ihtiyaçlarını temin etmek amacı güderek temelde ortaklarının ekonomilerini iyileştirmeyi hedefler³. Böylece ortaklarına ekonomik yarar sağlayıp onu korumayı amaçlar⁴. Bu bakımdan kooperatifler, ideal amaçlarla kurulan derneklerden de ayrılır.

Kooperatiflerin tacir niteliğine sahip olup olmadığı tartışmalıdır. 6762 sayılı ETK döneminde de husus tartışmalı olup yargı kararlarında da birlik söz konusu değildi⁵. Kooperatifleri tacir saymayan Yargıtay kararlarının ve doktrindeki görüşlerin bir kısmı, KK'da kooperatifin tanımına ilişkin birinci maddede niteleme yapılırken kooperatif için teşekkül kelimesi kullanılmasından yola çıkmaktaydı⁶. Ancak bu dönemde aksi görüşler de ileri sürülmekteydi⁷.

TTK döneminde ise, 5146 sayılı Kanun ile KK'da yapılan değişiklik sonucunda kooperatifi tanımlayan birinci maddede teşekkül yerine ortaklık ifadesi kullanılmıştır. TTK'da da kooperatifler, ETK m. 136 hükmünde olduğu gibi kooperatifler ticaret şirketleri arasında sayılmıştır (TTK m. 124 (1)). TTK döneminde 15. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda konu yapı kooperatifleri bakımından ele alınmış ve kooperatiflerin tacir niteliğinde olmadığı sonucuna varılmıştır⁸. Belirtmek gerekir ki KK'da kooperatifin tanımına ilişkin yapılan değişiklik ve TTK m. 124 hükmünde kooperatiflerin halen ticaret ortaklığı olarak

¹ 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu.

² Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 588; Eriş, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s. 13.

³ Üstün, Yusuf/Aydın, Muhittin, Kooperatifler Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 70.

⁴ Eriş, s. 14.

⁵ Kırca, İsmail, "Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum Mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti Mi?", BATİDER, C. XXXIII, S. 2, 2017, s. 5-25, s. 8 vd.

⁶ Kırca, s. 10-11.

⁷ Kırca, s. 12; Kooperatifler kazanç paylaşma amacı gütmemeleri sebebiyle ticaret ortaklıklarından ayrılmakta ve KK m. 1 hükmünün 5146 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önceki halinde teşekkül ibaresi ile tanımlanmakta iseler de ETK m. 136 hükmünde kooperatiflerin ticaret şirketleri arasında sayılmış olması ve KK m. 98 hükmü ile anonim şirketlere yapılan atfı gereği kooperatiflerin her halükarda ticaret ortaklıklarına ilişkin bazı hükümlere tabi olduğu ve ETK m. 136 hükmü gereği tacirler ve ticari işlere ilişkin tüm hükümlerin kooperatifler bakımından uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. Arpacı, Abdülkadir, Açıklamalı-İçtihatlı Kooperatifler Kanunu ve Uygulaması, Temel, İstanbul, 1990, s. 20-21.

⁸ Kırca, s. 15-16.

sayılması hususları kooperatiflerin tacir sayılması gerektiğini işaret etmektedir⁹. KK m. 98 hükmünde Kanun'da düzenlenmeyen hususlarda TTK'nın anonim şirketlerine ilişkin hükümlerinin uygulanacağını öngörülmesi de bu görüşü destekler niteliktedir¹⁰. Netice olarak kooperatifler, ticaret ortaklıklarından farklı olarak kar elde etmek ve bunu ortaklarına dağıtmak amacı taşımaya da ekonomik bir amaç gütmektedirler¹¹.

Günümüzde Yargıtay halen kooperatiflerin tacir olmadığı görüşündedir¹². Bununla birlikte Yargıtay'ın birçok kararında kooperatiflerin tacir niteliğine sahip olduğu yönünde ısrarlı muhalefet şerhleri söz konusudur¹³. Kooperatiflerin tacir olup olmadığı, sözleşme cezası istenip istenemeyeceği ve kooperatiflerden ticari borçlara uygulanan temerrüt faizinin istenip istenemeyeceği hususları bakımından önem taşımaktadır. Bu konuda bir içtihadı birleştirme kararı çıkmasının tartışmaları sona erdirmek adına faydalı olacağı düşünülmektedir. Kanaatimizce TTK m. 124 (1) hükmü açıkça kooperatifleri ticaret şirketleri arasında saymıştır. TTK m. 124 hükmünün gerekçesinde "*Maddenin birinci fıkrası 6762 sayılı Kanununun 136 ncı maddesinin tekrarından ibarettir. Hükümde yer alan "kooperatif şirket" ibaresi ile ilgili tartışma, 2004 yılında çıkarılan 5146 sayılı Kanunla (Resmî Gazete: 07/05/2004 tarihli ve 25455 sayılı), KoopK'da yapılan değişiklikle son bulmuştur. Çünkü, anılan Kanun kooperatifin şirket olduğunu belirtmiştir (KoopK m. 1). Gerçi anılan Kanunun 1 inci maddesinde kooperatifin şirket olduğu ifade edilmekte, ticaret şirketi olup olmadığı hususu açık bırakılmaktadır. Bu boşluk dolayısıyla, bir tartışma başlatılabilir ve kooperatifin ticaret şirketi olmadığı teorik olarak ileri sürülebilir ve 124 üncü maddenin kooperatifin ticaret şirketi kabul etmesi eleştirilebilir. Ancak, böyle bir tartışma kooperatif şirketin niteliği tartışmasını davet eder. Anılan şirket adı şirket olamayacağına göre Türk hukukunda üç kategori şirket ortaya çıkmış olur. Kooperatif şirkete uygulanacak hükümler sorunu da diğer sorunların ortaya çıkmasına sebep olur. Tasarı, tüm bu çözümün güç sorunları ortadan kaldırmak amacıyla kooperatifin ticaret şirketi olduğunu hükme bağlamıştır*" şeklinde ifade edilmiştir. Kanaatimizce kanun koyucunun bu açık iradesi ve Kanun'un lafzına göre kooperatiflerin ticaret şirketi sayılması gerekir. Aynı zamanda TTK'nın başkaca birçok hükmünde de kooperatifler, ticaret şirketleriyle aynı hükümlere tabi kılınmıştır. Örneğin, TTK m. 137'de kooperatifler birleşebilen şirketler arasında sayılmıştır. Bunun yanı sıra geçerli bölümler başlıklı TTK m. 160 hükmü ile geçerli tür değiştirmeler başlıklı TTK m. 181'de de kooperatiflere yer verilmiştir. TTK m. 1531 hükmünde de "kooperatif ortaklığın" "kooperatif şirket" ile aynı anlama geldiği ifade edilmektedir. Sonraki kanun olan ve kooperatife ilişkin özel düzenlemelere yer veren TTK gereği kooperatiflerin ticaret şirketi niteliği taşıdığı açıktır.

⁹ Kırca, s. 19 vd.; Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 13. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 1-2.

¹⁰ Bahtiyar, s. 2

¹¹ Bahtiyar, s. 1-2.

¹² Yargıtay 23. HD., E. 2014/10476, K. 2015/3468, T. 8.5.2015 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 23. HD., E. 2016/2898, K. 2018/4347, T. 27.9.2018 (www.lexpera.com.tr).

¹³ Örnek olarak bkz. Yargıtay 23. HD., E. 2020/749, K. 2020/2407, T. 1.7.2020 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 23. HD., E. 2016/5646, K. 2019/2469, T. 29.5.2019 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 23. HD., E. 2016/2714, K. 2018/5511, T. 27.11.2018 (www.lexpera.com.tr).

B. Ortaklar

Kooperatifler en az yedi ortaktan oluşur (KK m. 2). Kooperatif ortaklığa giren herkesin en az bir ortaklık payı alması şarttır¹⁴. Ortaklar, gerçek veya tüzel kişi olabilir (KK m. 1). Ancak gerçek kişilerin medeni hakları kullanma yeterliliğine sahip olmaları gerekir (KK m. 8). Böylece anonim ve limited şirketlerden farklı olarak kooperatiflerde şirkete ortak olma bakımından ayırt etme gücüne sahip olunması yeterli değildir. Tam ehliyetsizlerin kooperatif ortağı olamayacağı yönünde tartışma bulunmamakla birlikte sınırlı ehliyetsiz kişilerin kanuni temsilci aracılığıyla kooperatif ortağı olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Bir kısım görüş, kanuni temsilci aracılığıyla kooperatif ortağı olma imkanının bulunmadığı yönündedir¹⁵. Ancak aksi görüşteki yazarlara göre sınırlı ehliyetsizler, kanuni temsilcinin izin veya icazeti ile kooperatif ortağı olabilir¹⁶. Anasözleşmede emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla ortakların sahip olması gereken özel şartlar öngörülebilir¹⁷.

Kooperatiflere yabancı uyruklu kişilerin ortak olması bakımından da Kanun'da bir sınırlama söz konusu değildir. Bu sebeple anasözleşmede yabancı uyruklu kişilerin ortak olmasını yasaklayan bir hüküm öngörülmemişse yabancı uyruklu kişiler de kooperatiflere ortak olabilir¹⁸. Kaldı ki yabancılar TTK'da düzenlenen ticaret şirketlerinden birini veya TBK hükümlerine tabi adi şirkete ortak olabilir¹⁹. TTK m. 124 hükmü gereği yabancı yatırımcıların kooperatif kurmaları veya kooperatif üyeliği devralmaları mümkündür. Ancak bir kooperatifin faaliyet konusuna giren işlerin özel bir mevzuat uyarınca yabancılar bakımından yasaklanmış olması halinde yabancıların söz konusu kooperatife ortak olma imkanı yoktur²⁰. Bu çerçevede yapı kooperatifleri bakımından farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Zira yabancıların mülk edinmesine ilişkin hususlar kanunlarla düzenlenmiştir²¹. Yapı kooperatiflerinin yabancı ortakları da yabancıların Türkiye'de taşınmaz mal edinmelerine ilişkin kurallara bağlıdır²². Tapu Kanunu m. 36 hükmünde yabancıların; %50 veya daha fazla hisseye sahip olduğu veya yönetim organını belirleme yetkisine sahip şirketlerin taşınmaz mal veya

¹⁴ Çevik, Orhan Nuri, Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 254; Özmen, Kemal, Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı Kooperatifler, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s. 71.

¹⁵ Çevik, s. 218. Reşit olmayan kişilerin kooperatif ortağı olamayacağı hakkında bkz. Yargıtay 11. HD., 1.7.1993, E.5391/K. 4895 (Eriş, s. 297).

¹⁶ Arpacı, s. 23-24.

¹⁷ Örnek, Özge, Yargıtay Kararları Işığında Kooperatif Ortaklarının Hakları, Yükümlülükleri ve Sorumlulukları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 33; Çevik, s. 225; Üstün/Aydın, s. 91.

¹⁸ Çevik, s. 222; Üstün/Aydın, s. 97; Özmen, s. 66; Coşkun, Mahmut, Kooperatifler Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019, s. 70. Yabancıların kooperatif ortağı olabileceği hakkında bkz. Yargıtay 11. HD., 27.9.1997, E.3206, K.3795 (Eriş, s. 276-278); Yargıtay 11. HD., 1.6.1988, E.8889/K.3637 (Eriş, s. 281).

¹⁹ Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği m. 17: “Yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketler, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen şirketler ile Borçlar Kanunu’nda düzenlenen adi şirketlerdir. Adi ortaklık, konsorsiyum, iş ortaklığı, ortak girişim gibi isimler altında sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıklar, Kanun’un uygulanması bakımından adi şirket sayılırlar”.

²⁰ Arpacı, s. 27.

²¹ Çalışkan, Merdan, “Yapı Kooperatiflerinde Yabancıların Ortaklığı”, Mali Çözüm, Eylül-Ekim, 2010, s. 163.

²² Çalışkan, s.164.

aynı hak edinmek için Valiliklerden izin almaları gerektiği öngörülmüştür²³. Böylece kooperatifte yabancılar %50 veya daha fazla oranda paya ya da yönetim organını belirleme yetkisine sahipse Valilikten izin alınması gerekir.

Hali hazırda bir kooperatife ortak olan bir kişinin başka bir kooperatife de ortak olması bakımından da herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır²⁴. Ancak aynı konularda faaliyet gösteren birden fazla kooperatifte ortak olunması kooperatifçilik anlayışına aykırı olur²⁵. Ticaret şirketlerinin de kooperatif ortağı olması mümkündür. Zira KK m. 1 hükmünde sınırlama yapılmaksızın kooperatifin gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulabileceği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, KK m. 9'da da kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinin, amaçları bakımından ilgilendikleri kooperatiflerin kuruluşlarına yardımcı olabilecekleri, önderlik edebilecekleri ve ortak olabilecekleri ifade edilmiştir. Söz konusu hükümler KK'da 2004 yılında 5146 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda Kanun'a girmiştir. Değişiklik öncesi, Kanun'un 1. ve 9. maddelerinde kooperatiflerin gerçek kişiler, kamu tüzel kişileri, özel idareler, belediyeler, köyler, cemiyetler ve dernekler tarafından kurulabileceği belirtilmişti, şirket, sendika, vakıf gibi tüzel kişiler kooperatiflere ortak olamamaktaydı²⁶. 5146 sayılı Kanun'un gerekçesinde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere ilgili değişiklik ile kooperatiflerin verimlilik ve etkinliklerinin artırılması ve gelişmelerinin sağlanması amaçlanmıştır²⁷.

²³ Topaloğlu, Mustafa, "Yabancı Yatırımcıların Türkiye'de Şirket Kurması ve Hisse Devralması", Ed: Sarı, Selahattin / Balçılar, Mehmet / Gencer, H.Alp, INTERNATIONAL CONFERENCE ON EURASIAN ECONOMIES 2019, Famagusta Turkish Republic of Northern Cyprus 11-13 June 2019, s. 340.

²⁴ Topaloğlu, s. 340; Yargıtay 11. HD., 14.12.1989, E.9653/K.7143 (Eriş, s. 284-285).

²⁵ Çevik, s. 323.

²⁶ Yargıtay 11. HD., 1.3.1996, E.973/K.1262 (Eriş, s. 352); 11. HD., 25.3.1996, E.1593/K.2056 (Eriş, s. 352).

²⁷ "Sanayi ve Ticaret Bakanlığına hazırlanarak 2.4.2004 tarihinde Başkanlığımıza sunulan Kooperatifler Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı, Başkanlığımızca 8.4.2004 tarihinde esas komisyon olarak komisyonumuza havale edilmiştir. Komisyonumuz 15.4.2004 tarihli ve 20 nci toplantısında Maliye Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanlığı temsilcilerinin de katılımıyla Kanun Tasarısını inceleyip görüşmüştür. 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun mevcut 1 inci ve 9 uncu maddelerine göre kooperatiflerin gerçek kişiler, kamu tüzel kişileri, özel idareler, belediyeler, köyler, cemiyetler ve dernekler tarafından kurulabileceği açıklandığından, getirilen bu kısıtlama nedeniyle kooperatiflere şirket, sendika, vakıf gibi tüzel kişiler ortak olamamaktadır. Bu durum, üretim ve pazarlama faaliyetlerini limitet veya anonim şirketler kurmak suretiyle birleştirerek büyümeye çalışan küçük sanayicimizin, özellikle küçük işletmelerin yoğun olarak faaliyet gösterdiği; küçük sanayi siteleri, toplu işyeri siteleri, organize sanayi bölgeleri gibi, kooperatiflere ait alanlarda bu şirketler aracılığıyla yatırım yapma eğilimleri önünde bir engel oluşturmakta ve gerek kooperatiflerin gerekse kooperatiflerce yapılan işyerlerinin büyümesini ve verimli çalışmasını engellemektedir. Bu engellemeler nedeniyle, zaman zaman şirketlerin kooperatiflere ortak yapılması için kanuna karşı hile yoluna gidilmesinden dolayı kooperatifler ile şirket ve şirket ile ortaklar arasında hukukî, malî ve idarî bir çok sorun ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki, günümüzde özellikle Avrupa Birliği ülkeleri uygulamalarına bakıldığında kooperatif ortaklığı önünde bu tür engellere de rastlanmamaktadır. Şirketlerin kooperatiflere ortak olmasının önündeki Kanundan kaynaklanan bu sınırlamaların kaldırılması bahsedilen sorunları giderebileceği gibi, küçük sanayicimizin; sanayi siteleri, toplu işyerleri ve organize sanayi bölgelerinde yatırım yapmaları, böylece bu alanlarda faaliyet gösteren kooperatiflerin faaliyetlerinin verimlilik ve etkinliklerinin artırılması da mümkün olabilecektir. Ayrıca, özellikle tüketim kooperatiflerinin daha çok işyerlerinde örgütlendiği dikkate alınacak olursa, özel sektör çalışanlarının kurdukları kooperatiflere, çalışanların şirketlerinin kurucu ve ortak olabilmesinin tüketim kooperatiflerinin de teşvik edilmesine katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Diğer yandan, Kooperatifler Kanununun mevcut 1 inci maddesinde "kamu tüzel kişileri" denildikten sonra devamında il özel idareleri, belediyeler ve

Kooperatif ortağının şahsi alacakları yalnızca ortağa ait faiz ve gelir gider farkından payına düşen miktarı ve kooperatifin dağılmasında ortağa düşen payı haczettirebilir (KK m. 19 (6)). KK m. 38/III hükmünde öngörülmüş olan şartların gerçekleştirilmesi sonucunda ortakların sermaye paylarına faiz ödenecek ise ortağın kişisel alacaklısı, söz konusu faizin haczi yoluna başvurabilir²⁸. Bunun yanı sıra, KK m. 38 gereği gelir gider farkının ortaklar arasında bölüşülmesinin öngörülmesi halinde ortağın kişisel alacaklıları tarafından ortaklığa İİK m. 89 hükmü gereği haciz ihbarnamesi göndermek suretiyle ortağın payına düşen tutar haczettirilebilir²⁹. Ortakların kişisel alacaklıları son olarak, KK m. 19 gereği ortağa düşecek tasfiye payının haczettirilmesi yoluna başvurabilir. Ancak bu yola başvurulması için KK m. 83/I hükmü gereği anasözleşmede tasfiye payının ortaklar arasında paylaşılacağına öngörülmüş olması gerekir³⁰. Aksi takdirde tasfiye sonucunda artan tutar Türkiye Millî Kooperatifler Birliği'ne bırakılacağından haciz söz konusu olamaz (KK m. 73/III). Bunlar dışında ortağın kişisel alacaklıların genel hükümler çerçevesinde ortağın kooperatif dışındaki malvarlığına başvurmasına da engel yoktur³¹. Ancak ortağın kooperatifteki payı haczedilemez³². Kişisel alacaklıların doğrudan kooperatif tüzel kişiliğine başvurma imkanı da bulunmaz³³.

C. Sermaye

Kooperatiflerin sermayesi pay tutarlarına bölünmüştür³⁴. Sermaye payların toplamından oluşur. Ancak kooperatiflerde sermaye, anonim ve limited şirketlerden farklı olarak sabit olmayıp, değişken bir niteliğe sahiptir³⁵. Ortakların kooperatife katılmaları ve ayrılmaları sonucunda sermaye kendiliğinden değişim gösterir³⁶.

D. Kooperatiflerin Örgütü

Kooperatifler Kanunu'na göre kooperatifler; genel kurul, yönetim kurulu ve denetçi olmak üzere üç adet zorunlu organa sahiptir.

1. Genel Kurul

Genel kurul tüm ortakları temsil eden en yetkili organ olarak öngörülmüştür (KK m. 42). Maddenin lafzı birtakım yanlış anlaşılmalara yol açacak niteliktedir. Temsil eden ifade-

köylerin zikredilmesi, kooperatiflerin kurulmasında öncülük edecek kamu tüzel kişilerini gereksiz yere sınırlamaktadır. Getirilen değişikliklerle, bu sınırlamaların kaldırılması ve diğer kamu tüzel kişilerinin de kooperatiflere ortak olması imkânı sağlanmaktadır. Sendikalar Kanununun 33 üncü maddesi geniş anlamda yorumlandığında dahi, sendikaların kooperatiflere ortak olabileceği sonucuna varmak mümkün olamamaktadır. Uygulamada oda ve sendikaların kooperatiflere ortak olup olamayacağı konusunda tereddütler yaşanmaktadır. Yapılan bu düzenlemeyle, söz konusu tereddütler de giderilmiş olacaktır”.

²⁸ Uyar, Talih, “Kooperatif Şirketler ile Adi Şirketlerde; “Şirket”ten ve/veya “Şirket Ortağı”ndan Alacaklı Olan Üçüncü Kişilerin “Şirket”i ve/veya “Şirket Ortağı”nı Takip Haklarının Kapsamı”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 2016, s. 527.

²⁹ Uyar, s. 527.

³⁰ Uyar, s. 528.

³¹ Uyar, s. 526.

³² Uyar, s. 527. Yargıtay 12. HD., 30.5.1995, E.7738/K.7820 (Eriş, s. 624-625).

³³ Uyar, s. 528.

³⁴ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 595.

³⁵ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 595.

³⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 595.

si, genel kurulun ortakları temsil etme yetkisine sahip olması bakımından değil tüm ortakların katılma hakkını haiz olması anlamını içermektedir³⁷. Bunun yanı sıra, hükümde en yetkili organ ifadesi kullanılmış olmakla beraber organlar arasında ast-üst ilişkisi bulunmamakta olup bu ifade kendi yetki sınırları içinde münhasır yetkilere sahip olarak temel konularda karar verme yetisine sahip olması sebebiyle öngörülmüştür³⁸.

Genel kurul; anasözleşme değişimi, yönetim kurulu ve denetçiler kurulu üyeleriyle gerektiğinde tasfiye kurulunu seçme, işletme hesabıyla bilanço ve gerektiğinde gelir gider farkının bölüşülmesi hakkında karar alma, yönetim ve denetçiler kurullarını ibra etme, Kanun veya anasözleşme ile genel kurula tanınmış olan konular hakkında karar verme, gayrimenkul alımında ve satımında takip edilecek usul ile alınacak gayrimenkulün niteliğini, yerine ve azami fiyatını, satılacak gayrimenkulün asgari fiyatını belirleme, imalat ve inşaat işlerinin yaptırılma yöntemini belirleme ve yapı kooperatiflerinde kooperatifin ortak sayısı ile yapılacak konut veya işyeri sayısını tespit etme konularında devredilmez yetkiye sahiptir.

2. Yönetim Kurulu

Yönetim Kurulu, kanun ve anasözleşme hükümleri çerçevesinde kooperatifin faaliyetlerini yöneten ve onu temsil eden bir icra organıdır (KK m. 55). Yönetim kurulu en az üç üyeden kurulur. Anonim şirketlerde ETK döneminde geçerli olan en az üç üye kuralı (ETK m. 312), TTK³⁹ ile terk edilmiş olmakla birlikte kooperatifler bakımından söz konusu kural devam etmektedir (KK m. 55 (2)). Yönetim kurulu üyeleri gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Yönetim kurulu üyeliğine seçilen tüzel kişilerin temsilcilerinin isimlerini kooperatife bildirmesi gerekir (KK m. 55/III).

Kanun, anonim ve limited şirketlerden farklı olarak yönetim kurulu üyelerinin ve yedeklerinin kooperatif ortağı olmalarını şart koşturmuştur (KK m. 55/II). Böylelikle anonim şirket yönetim kurulu üyeleri bakımından pay sahibi olmayan kişinin yönetim kurulu üyesi olarak göreve başlayabilmesi için ortak sıfatını kazanmasını arayan ETK m. 312/II hükmü TTK m. 359 hükmü ile kaldırılmış olsa da kooperatifler bakımından söz konusu zorunluluk devam etmektedir.

Kanun ayrıca yönetim kurulu üyelerinin Türk vatandaşı olmasını ve aynı türde başka bir kooperatifin yönetim kurulu üyesi olmamasını şart koşturmuştur. Bunun yanı sıra, yönetim kurulu üyelerinin Kanun'da sayılan bazı suçlardan mahkum olmaması bir diğer şart olarak düzenlenmiştir (KK m. 56/III).

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu KK'da düzenlenmediğinden anonim şirket hükümleri uygulama alanı bulur (KK m. 98). Yönetim kurulunun KK m. 58 hükmüne dayanarak yönetim ve temsil yetkisini kısmen veya tamamen kooperatif ortağı bulunmaları şart olmayan müdür veya müdürlere ya da yönetim kurulu üyesine tevdi etmesi halinde de yönetim sorumluluğu devam eder⁴⁰. Kooperatif yöneticilerinin; suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülmüştür (KK m. 62/III).

³⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 660, 662.

³⁸ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 660, 662-663.

³⁹ TTK m. 359 (1) gereği anonim şirketlerde yönetim kurulu bir veya daha fazla kişiden oluşabilir.

⁴⁰ Bölükbaş, Tonguç, Kooperatif Yöneticilerinin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 30.

3. Denetçi

Denetçiler, genel kurul adına kooperatifin bütün işlem ve hesaplarını denetler (KK m. 65). Genel kurul tarafından denetleme organı olarak en az bir yıl için bir veya daha fazla denetçi seçilir. Genel kurulun yedek denetçiler seçmesi de mümkündür. Denetçi ve yedek denetçilerin kooperatif ortağı olması gerekmez (KK m. 65/II).

Denetçilerin de yönetim kurulu üyelerine benzer şekilde Türk vatandaşı olması ve Kanun'da sayılan belli suçlardan mahkum olmaması gerekir (KK m. 65/III).

E. Ortaklık Sifatının Kazanılması ve Kaybedilmesi

1. Ortaklık Sifatının Kazanılması

Ortak sıfatı, kurucular tarafından kooperatifin kurulması ile aslen kazanılır. Ortaklığın kuruluşundan sonra ortak olarak katılmak isteyen kişilerin ise yönetim kuruluna başvurması gerekir. Ortak olmak isteyen bu kişiler kooperatif anasözleşmesi hükümlerini bütün hak ve borçlarıyla beraber kabul ettiklerini belirten bir yazı ile kooperatif yönetim kuruluna başvurmalıdır (KK m. 8/I). Ortak olmak isteyen bu kişiler yönetim kuruluna yazılı olarak başvurmalıdır⁴¹. Kooperatifin ortaklarına kişisel bir sorumluluk veya ek ödemeler yüklemesi halinde ortak olmak isteğinde bunların kabul edildiğinin açıkça belirtilmesi gerekir (KK m. 8/I).

Ortak olmak üzere kooperatife başvuran kişileri kabul yetkisi yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu, ortak olmak üzere başvuran kişilerin anasözleşmede yer alan ortaklık şartlarını taşıyıp taşımadıklarını incelemesi gerekir (KK m. 8/II). Yönetim kurulunun kabul beyanının şekline ilişkin herhangi bir hüküm öngörülmemekle beraber başvuran kişiye kabul beyanını bildirmesi gerekir⁴². Ancak kabul beyanının örtülü olması da mümkündür⁴³. Başvuruya ilişkin bir karar alınmasa veya tebliğ edilmese de başvurudan sonra başvuran ile kooperatif arasında bir hukuki ilişki başlamışsa başvuran kişinin ortaklık bakımından zımnen kabul edildiği çıkarımı yapılması mümkündür⁴⁴.

Yapı kooperatiflerinde yönetim kurulu kabul yetkisinde serbest değildir. Kanunda yapı kooperatiflerinde ortak sayısının genel kurulca belirleneceği öngörüldüğünden yönetim kurulu kararlaştırılan sayıyı aşacak şekilde ortak kabul edemez (KK m. 8/III).

Ortaklık sıfatı, payın devralınması sonucu da kazanılabilir. Ortaklık payını devralan kişinin yönetim kuruluna başvurmak suretiyle ortaklığa giriş talep etmesi gerekir (KK m. 8/II). Yönetim kurulu yapacağı inceleme sonucunda gerekli şartların mevcut olduğu kanaatine ulaşırsa kişi, ortak olarak kabul edilir.

Kooperatif ortaklarından birinin ölmesi halinde anasözleşmede gösterilecek şartlarla ölen ortağın mirasçılarının kooperatifte ortak olarak katılmaları sağlanabilir (KK m. 14). Ortaklık sıfatının bu şekilde kazanılması için anasözleşmede buna ilişkin düzenleme olması gerekir.

Anasözleşmede yapılan düzenleme ile ortaklık sıfatının kazanılması, bir taşınmaz malın mülkiyetine bağlı hakların kullanılmasına veya bir teşebbüsün işletilmesine bağlanabilir. Bu durumda taşınmaz veya işletmenin üçüncü kişilere devri ile ortaklık sıfatının bir

⁴¹ Çevik, s. 325-326; Coşkun, s. 115; Eriş, s. 269.

⁴² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 615; Çevik, s. 331; Üstün/Aydın, s. 91.

⁴³ Yargıtay 11. HD., 11.5.1988, E.1641/K.3240 (Eriş, s. 280-281); Yargıtay 11. HD., 4.12.1989, E.9232/K.6847 (Eriş, s. 284).

⁴⁴ Coşkun, s. 125-126.

hak olarak yeni malike veya işletmeyi alana geçebileceği anasözleşme ile düzenlenebilir (KK m. 15/II).

2. Ortaklık Sifatının Kaybedilmesi

Kooperatiflerde ortaklık sıfatı birçok halde kaybedilebilir. Bunlardan bir kısmı ortağın kendi isteği ile ayrılması halleri olup diğer bir kısım ise kendi arzusu dışında ortaklık sıfatının sona ermesi halleridir.

a. Çıkma

Ortaklık sıfatının kaybedilmesi ortağın kooperatiften çıkması şeklinde olabilir. Ortakların çıkması farklı ihtimallerle gerçekleşebilir.

aa. Bildirim ile Çıkma

Her ortak kooperatiften çıkma hakkına sahiptir (KK m. 10). Bu durum kooperatiflerde açık kapı ilkesinin söz konusu olmasından kaynaklanır⁴⁵. Bu çerçevede her ortak anasözleşme ve Kanun'da öngörülen kurallara uyarak kooperatiften ayrılabilir⁴⁶. Ortağın çıkma hakkını kullanırken sebep göstermesine gerek yoktur⁴⁷.

Ortaklar çıkma haklarını anasözleşmede aksi öngörülmemişse, yönetim kuruluna yapacakları tek taraflı bir yenilik doğuran bir bildirim ile kullanırlar⁴⁸. Bildirim herhangi bir şekle bağlı tutulmamış olup yazılı yapılması ispat açısından daha yararlıdır⁴⁹. Yönetim kuruluna yapılan çıkma bildirimini ile amaç kooperatifin durumdan haberdar olması olduğundan çıkmanın haricen öğrenilmesi durumunda bildirim ihtiyacı duyulmaz⁵⁰.

Çıkma ancak hesap yılı sonunda hüküm ifade etmekte olup, bildirim en az 6 ay önceden yapılması gerekir (KK m. 12).

Kooperatiften çıkma hakkının kullanılması anasözleşme ile sınırlandırılabilir. Anasözleşme ile en çok 5 yıl için çıkma hakkının sınırlandırılması mümkündür (KK m. 11/I). Özellikle kooperatifin niteliğinin haklı gösterdiği hallerde anasözleşmede çıkma hakkının zorlaştırılmasına ilişkin hükümler öngörülebileceği kabul edilmektedir⁵¹. Ancak bu halde dahi haklı ve önemli sebeplerle bu süreden önce ortakların çıkabileceği anasözleşmede düzenlenebilir (KK m. 11/II). Anasözleşme ile ortakların çıkma hakkını 5 yıldan uzun bir süre için kısıtlayan hükümler kısmi butlan yaptırımına tabi tutulup süre 5 yıl olarak kabul edilebilir⁵².

Bir ortağın kooperatiften çıkmasını tamamen yasaklayan hükümler ise geçersizdir (KK m. 11/III). Zira KK m. 10'da da ifade edildiği üzere her ortağın kooperatiften çıkma hakkı vardır. Ancak belirtmek gerekir ki çıkma durumunun kooperatifin varlığını tehlikeye

⁴⁵ Demir, Remziye, Kooperatif Ortağının Hak ve Yükümlülükleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 55; Örnek, s. 48. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 610 vd.

⁴⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 620.

⁴⁷ Demir, s. 55.

⁴⁸ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 621; Aykan, Filiz, Kooperatif Üyelüğünden Çıkarılma ve Çıkarılma Kararına İtiraz Davası, Bilge Yayınevi, Ankara, 2007, s. 30; Üstün/Aydın, s. 101; Coşkun, s. 174.

⁴⁹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 621; Coşkun, s. 193.

⁵⁰ Can, Mustafa Erdem, "Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, S.1-2, 2007, s. 77.

⁵¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 621.

⁵² Can, s. 76.

düşürmesi halinde ortaklıktan ayrılmak isteyen ortağın haklı ve uygun bir tazminat ödenmesine dair anasözleşmeye hüküm konulabilir. Çıkma sonucunda kooperatifin amacını gerçekleştirmeyecek olması veya mali olarak zor duruma düşecek olması kooperatifin varlığını tehlikeye düşüren hallere örnek olarak verilebilir⁵³.

Ortağın çıkma isteğini anasözleşmeye uygun olarak bildirmesine rağmen yönetim kurulu ortağın çıkmasını kabul etmekten kaçınabilir. Kanun bu durumda ortağa çıkma isteğini noter aracılığı ile kooperatife bildirme hakkı tanımıştır (KK m. 13). Bu durumda yönetim kurulu, ortağın çıkma isteğini reddetsin veya sessiz kalsın her halde ortak noter aracılığıyla yaptığı bildirim tarihi itibarıyla kooperatiften çıkmış kabul edilir⁵⁴. Ortağın bu yöndeki bildirimini yenilik doğurucu niteliğe sahip olup ortaklığa varması ile sonuç doğurur⁵⁵.

ab. Ortaklığın Devri Sonucu Çıkma

Ortaklık sıfatı kooperatif payının devri ile de sona erer. Devir şekli kanunda gösterilmemiştir. Ancak anonim şirketlerde çıplak payın devri usulü burada da uygulanabilir⁵⁶. Böylece payın devri alacağın temlik hükümlerine tabi olup yazılı bir devir sözleşmesi ile gerçekleşir⁵⁷. Ardından payın devrinin pay defterine işlenmesi gerekir⁵⁸.

Payını devreden ortağın söz konusu devri kooperatife bildirmesi çıkma bildirimini niteliğinde olduğu kabul edilebilir⁵⁹. Ancak payı devralan ortağın ortak olarak kooperatife dahil olabilmesi için yönetim kurulunun devralanı ortaklığa kabul etmesi gerekir (KK m. 14/III). Bunun için de yazılı giriş bildirimini doldurarak kooperatif ortaklığa başvurulması gerekir (KK m. 8)⁶⁰. Yönetim kurulu kişinin anasözleşmede öngörülen şartları taşıyıp taşımadığını inceler ve bunun sonucunda kişiyi kabul veya reddeder⁶¹. Zira anasözleşmede kooperatife ortak olma koşulları düzenlenebilir⁶². Payı devralan kişinin Kanun ve anasözleşmedeki şartları taşıması halinde yönetim kurulunun takdir yetkisi olmayıp devralanı ortaklığa kabul etmesi gerekir⁶³. Yönetim kurulu tarafından kabul edilmeyen bir talebin hukuki bir değeri olmayıp devir işlemi yönetim kurulunca kabul edilmedikçe kooperatife karşı hüküm ifade etmez⁶⁴.

⁵³ Aykan, s. 32; Örnek, s. 50.

⁵⁴ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 622; Çevik, s. 341-342; Örnek, s. 53; Özmen, s. 82; Coşkun, s. 188.

⁵⁵ Yargıtay 23. HD., E. 2012/1449, K. 2012/3338, T. 03.05.2012 (www.lexpera.com.tr).

⁵⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 625.

⁵⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 625, 639; Çevik, s. 345-346; Coşkun, s. 213. Yargıtay 11. HD., E. 2009/8307, K. 2011/1579, T. 14.02.2011 (www.lexpera.com.tr).

⁵⁸ Yargıtay 11. HD., 23.8.1978, E.899/K.1572 (Eriş, s. 278).

⁵⁹ Can, s. 77.

⁶⁰ Yargıtay 11. HD., E. 1984/4387, K. 1984/2634, T. 18.06.1984 (www.lexpera.com.tr).

⁶¹ Coşkun, s. 191.

⁶² Yargıtay 11.HD., 13.6.1973, E. 2330/K.2790 (Eriş, s. 275-276).

⁶³ Örnek, s. 43; Çevik, s. 347; Üstün/Aydın, s. 103; Coşkun, s. 191. Yargıtay 11. HD., E. 2003/7918, K. 2004/2402, T. 11.03.2004 (www.lexpera.com.tr).

⁶⁴ Örnek, s. 42-43; Çevik, s. 347; Üstün/Aydın, s. 95, 103. Yargıtay 11. HD., E. 1984/4387, K. 1984/2634, T. 18.06.1984 (www.lexpera.com.tr).

ac. Anasözleşmede Öngörülen Sebeplerle Çıkma

Anasözleşmede düzenlemek suretiyle de ortaklara çıkma hakkı tanınabilir⁶⁵. Anasözleşmede öngörülen söz konusu hükümlerin kanuna aykırı olmaması yeterli olup herhangi bir sebebe dayanması gerekmez⁶⁶.

ad. Ortaklığın Bir Görev, Hizmet veya Taşınmaza Bağlanması

Ortaklık sıfatı bir görev veya hizmetin yerine getirilmesine bağlanabilir. Görev veya hizmetin sona ermesi halinde anasözleşmede aksi düzenlenmemişse ortaklık sıfatı sona erer (KK m. 15/I). Bu halde ortağın çıkması kendiliğinden gerçekleşir⁶⁷. Ancak anasözleşmede düzenleme yapmak suretiyle kooperatifin devam etmesi sağlanabilir. Örneğin amacı sosyal yardımlaşma ve dayanışma olan bir kooperatife ait lokantada aşçı olan kişiye ortaklık sıfatı tanınması halinde görevin sona ermesi ile ortaklık sıfatı da son bulur⁶⁸.

Anasözleşmede düzenlemek suretiyle ortaklık sıfatının kazanılması bir taşınmaz malın mülkiyetine bağlı hakların kullanılmasına veya bir teşebbüsün işletilmesine de bağlanabilir (KK m. 15/II). Bu hallerde anasözleşmede taşınmazın veya işletmenin üçüncü kişilere devredilmesi ile ortaklık sıfatının bir hak olarak yeni malike veya işletmeyi alana geçeceği düzenlenebilir (KK m. 15/II). Böylelikle kooperatifin devamlılığı sağlanacak ve işletme faaliyetlerinin devamıyla kooperatif amacına ulaşma yolunda ilerlemeye devam edecektir⁶⁹. Taşınmaza mülkiyetinin bu şekilde kazanılmasının üçüncü kişilere karşı geçerli olması için tapu siciline bu hususta şerh düşülmüş olması gerekir (KK m. 15/II). Yeni malik, tapu sicilinde şerhin olması halinde kendiliğinden ortak sıfatını kazanır⁷⁰.

ae. Olağanüstü Sebeplerle Çıkma

Genel kurulda alınacak karar ile ortakların kişisel sorumluluklarının ağırlaştırılması veya ek ödeme yükümlülüklerinin konulması mümkündür. Söz konusu genel kurul kararının ilandan itibaren üç ay içinde ortaklar kooperatiften çıktıklarını bildirebilirler (KK m. 52/III). Çıkma beyanı yenilik doğurucu nitelikte olup geriye etkilidir⁷¹. Zira hükümde çıkma beyanının kararın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hüküm ifade edeceği ifade edilmiştir (KK m. 52/III).

KK m. 84 gereği birleşme sonucunda dağılan kooperatif ortakları bakımından kişisel sorumluluk veya ek ödeme yükümlülükleri doğması halinde de birleşme kararına katılmamış ortakların kararın ilanından itibaren üç ay içinde çıkma bildiriminde bulunma imkanı vardır. Aktif ve pasifleriyle devrolunan bir kooperatif, dağılma kararının tescil edilmesiyle birlikte sona erdiğinden esasen söz konusu ortaklar bakımından gerçek anlamda bir çıkma söz konusu değildir⁷². Zira ortada hukuken bir kooperatif kalmamış olup var olmayan bir kooperatife ortak olunması ve ortaklıktan çıkılması söz konusu olamaz⁷³. Belirtmek gerekir ki KK m. 84 ve m. 85 hükümleriyle bir kooperatifin başka bir kooperatifi devralması ve bir

⁶⁵ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 624; Demir, s. 61.

⁶⁶ Aykan, s. 38.

⁶⁷ Demir, s. 59; Can, s. 82; Coşkun, s. 240.

⁶⁸ Can, s. 82.

⁶⁹ Aykan, s. 36-37; Coşkun, s. 242.

⁷⁰ Aykan, s. 37.

⁷¹ Aykan, s. 37.

⁷² Can, s. 85.

⁷³ Can, s. 85.

kooperatifin malvarlığının KK m. 85'te sayılan kamu tüzel kişileri veya kamuya yararlı dernekler tarafından devralınması halleri düzenlenmiştir. Ancak kooperatiflerin devralma yoluyla birleşmesi TTK m. 136 hükmü ile de düzenlenmiştir. Aynı hususları düzenleyen bu hükümler bakımından kanunların çatışması durumunun söz konusu olup olmayacağı tartışılabilir⁷⁴.

af. Ortağın Ölümü

Ortağın ölümü üzerine ortaklık sıfatı kendiliğinden sona erer (KK m. 14). Ölüm halinde çıkma, kendiliğinden gerçekleşir⁷⁵. Bu kural kooperatifin bir kişi birliği olmasından kaynaklanır⁷⁶. Ortağın ayrılma payı mirasçılar tarafından talep edilir (KK m. 17). Ölen ortağın mirasçılarının kooperatifte ortak olarak kalmaları da sağlanabilir. Kanun anasözleşmede gösterilecek şartlarla ölen ortağın mirasçılarının kooperatifte ortak olarak kalmalarının sağlanmasına izin vermiştir (KK m. 14/II). Anasözleşmede hüküm olması mirasçıların ortak sıfatını kazanması bakımından zorunlu bir şarttır⁷⁷. Aynı zamanda mirasçıların anasözleşmede öngörülmesi ortaklık şartlarını da taşıması gerekir⁷⁸.

Kooperatifin başka bir kooperatifle birleşmesi halinde birleşme kararına katılmamış her ortak tarafından kararın ilanından itibaren üç ay içinde çıkma ihbarında bulunulması mümkündür (KK m. 84). Ölen ortağın payının akıbeti hakkında anasözleşmede hüküm bulunmaması halinde pay ölen ortağın mirasçılarına intikal eder⁷⁹. Ancak mirasçıların ortak olması için yönetim kurulunca konunun görüşülüp karar verilmesi gerekir⁸⁰.

b. Çıkarılma

Anasözleşmede ortaklıktan çıkarılma sebepleri düzenlenebilir (KK m. 16/I). Ortaklar anasözleşmede açıkça öngörülmemiş sebeplerle ortaklıktan çıkarılamaz⁸¹. Anasözleşmede çıkarılma sebeplerinin açık ve kesin bir şekilde düzenlenmesi gerekir⁸². Anasözleşmede öngörülen sebepler, ortağın kooperatife karşı yerine getirmesi gereken hukuki yükümlülüklerle ilgili olabileceği gibi ortağın kişiliğinden kaynaklanan nedenler de olabilir⁸³.

Ortağın çıkarılmasında yetkili organ genel kuruldur (KK m. 16/II). Ortaklıktan çıkarılmaya yönetim kurulunun teklifi üzerine genel kurulca karar verilir. Ancak anasözleşme ile ortakların kooperatiften çıkarılması hakkında karar verme yetkisi yönetim kuruluna verilebilir (KK m. 16/II). Çıkarılma kararının gerekçeli olarak toplantı tutanağına ve karar defterine geçirilmesi gerekir (KK m. 16/III). Çıkarılma kararının onaylı örneğinin çıkarılan ortağa tebliğ edilmek üzere, on gün içinde notere tevdi edilmesi gerekir (KK m. 16/III). Çıkarılma kararı notere tevdi edilmeden önce kooperatifi temsili yetkili kişilerce onayla-

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarıkaya, Sinan, "Kooperatiflerin Katıldığı Birleşmelerde Kanunların Çatışmasından Doğan Sorunlar ve Uygulanacak Hükümlerin Tespiti", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C.V, S.2, 2019, s.222-242.

⁷⁵ Demir, s. 58; Üstün/Aydın, s. 102.

⁷⁶ Aykan, s. 34; Üstün/Aydın, s. 102.

⁷⁷ Çevik, s. 343; Örnek, s. 44; Üstün/Aydın, s. 96, 102; Coşkun, s. 204.

⁷⁸ Örnek, s. 44; Üstün/Aydın, s. 103.

⁷⁹ Aykan, s. 35; Coşkun, s. 205.

⁸⁰ Aykan, s. 35; Coşkun, s. 205.

⁸¹ Yargıtay 11. HD., 30.4.1992, E.7659/K.5762 (Eriş, s. 447-448).

⁸² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 627; Çevik, s. 354; Aykan, s. 45; Üstün/Aydın, s. 104; Coşkun, s. 242.

⁸³ Aykan, s. 46.

nır⁸⁴. Kararın tebliği ile ortak, çıkarma kararının niteliği ve gerekçesi hakkında bilgi sahibi olur⁸⁵.

Ortakların çıkarılmalarına yol açacak bir diğer hal de kooperatif sermayesi veya bunlar dışındaki başkaca ödemelerle yükümlü bulunan ortakların kooperatif tarafından yapılan ihtar ve ihbarlara karşı yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde ortaya çıkar. KK m. 27 gereği kooperatif tarafından gerçekleştirilen ilk isteğe uymayan ve ikinci istemin ardından da bir ay içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyen ortakların ortaklık sıfatları kendiliğinden düşer.

Çıkarılmaya ilişkin karar kesinleştikten sonra çıkarılan ortağa ayrılma payı ödenir. Ayrılma payı ortağın ayrıldığı yılın bilançosuna göre hesap edilir (KK m. 17/I).

Kanun çıkarılmasına karar verilen ortağa dava açma hakkı tanınmıştır. Buna göre ortak, kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içinde karara karşı itiraz davası açabilir (KK m. 16/III). Dava, kooperatif merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılacak olup süre hak düşürücüdür⁸⁶. Kararın yönetim kurulunca verilmiş olması halinde ise ortak, aynı süre içinde genel kurula karşı da itirazını sürebilir. Ortağın itirazı üzerine genel kurul tarafından verilecek karara karşı da itiraz davası açılması mümkündür (KK m. 16/III).

Çıkarılma kararına karşı üç ay içinde genel kurula veya mahkemeye başvurmak suretiyle itiraz edilmemesi halinde çıkarma kararı kesinleşir (KK m. 16/IV). Ortak hakkındaki çıkarılma kararı kesinleşmedikçe yerine yeni ortak alınamaz⁸⁷. Zira hakkında çıkarılma kararı alan ortakların ortaklık hak ve yükümlülükleri, çıkarılma kararı kesinleşmesine kadar devam eder (KK m. 16/V).

Anasözleşmede öngörülmemekle birlikte Kanunda öngörülen sebeplerle ortakların çıkarılması da mümkündür. Ortağın ehliyetini kaybetmesi örnek olarak verilebilir (KK m. 8). Bunun yanı sıra ortaklar diğer bir ortağın kooperatiften çıkarılması için dava açma hakkına sahip değildir⁸⁸.

II. Kooperatiflerin Kuruluşu

A. Genel Olarak Kuruluş

Kooperatiflerin kuruluşu izne tabidir, izin sistemi geçerlidir⁸⁹. Böylece kuruluşta normatif sistemin geçerli olduğu anonim⁹⁰ ve limited şirketlerden farklı olarak kooperatiflerin kuruluşunda izin alınması gerekmektedir. İzin makamı bazı hallerde Ticaret Bakanlığı olacaktır gibi Ticaret İl Müdürlükleri de olabilmektedir.

⁸⁴ Örnek, s. 62.

⁸⁵ Yargıtay 11. HD., 2.6.1992, E.1516/K. 7345 (Eriş, s. 451-452).

⁸⁶ Örnek, s. 65-66. Yargıtay 11. HD., E. 2004/12369, K. 2005/9979, T. 19.10.2005 (www.lexpera.com.tr).

⁸⁷ Yargıtay 11. HD., 9.9.1991, E.8472/K.4350 (Eriş, s. 286).

⁸⁸ Yargıtay 11. HD., 5.3.1992, E.4959/K.3236 (Eriş, s. 441).

⁸⁹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 602.

⁹⁰ Ticaret Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulan, Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ ile faaliyet konusu bakımından bir kısım şirketin kuruluş ve esas sözleşme değişiklikleri izne tabi tutulmuştur.

Kooperatiflerin kuruluşu da anonim ve limited şirketlerde olduğu gibi ani yolla gerçekleşir⁹¹. Dolayısıyla tedrici yolla kooperatif kurulması söz konusu değildir. Kuruluşta aynı veya nakdi sermaye getirilmesi mümkündür⁹².

B. Kuruluş Aşamaları

Kooperatiflerin kuruluşu anasözleşmenin hazırlanması, kuruluş için gerekli iznin alınması ve tescil aşamalarını içerir.

1. Anasözleşmenin Hazırlanması

Anasözleşme kurucular tarafından hazırlanır⁹³. Kurucuların kim olduğu KK'da tanımlanmamış olmakla birlikte TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden faydalananarak, pay taahhüt ederek esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler olarak ifade edilebilir (TTK m. 337 (1)). Kooperatiflerin en az yedi ortakla kurulması öngörüldüğünden anasözleşme, en az yedi ortak tarafından ve ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personel huzurunda imzalanmalıdır (KK m. 2). KK m. 2'de yapılan değişikliklerle anasözleşmenin noter tarafından onaylanma zorunluluğu kaldırılmış olup, Ticaret Sicili Müdürlüğü'nde yetkilendirilmiş personel huzurunda imzalanması yeterli kılınmıştır. Ayrıca, yapı kooperatifleri ile konusu taşınmaz mal temlik içeren diğer kooperatiflerin anasözleşmelerinde ortaklara taşınmaz mal temlik edileceğine ilişkin taahhütler başkaca bir resmi şekil aranmaksızın geçerli kabul edilmiştir (KK m. 2 (2)).

Anasözleşmeler kurucular tarafından genellikle Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan (KK m. 88) örnek ana sözleşmelerden yararlanılarak oluşturulmaktadır⁹⁴. Ancak örnek anasözleşmeleri kullanma zorunluluğu yoktur⁹⁵. KK m. 4 hükmündeki öngörülen kayıtlara yer verilmesi ve kanunun emredici hükümlerine uyulması şartıyla, kurucular tarafından arzu ettikleri şekilde anasözleşme düzenlenebilir⁹⁶. Ancak örnek anasözleşmelerin kullanılması durumunda kuruluş izninin Ticaret İl Müdürlüğü'nden değil, Ticaret Bakanlığı'ndan alınması gerekir⁹⁷. Zira bu durumda Bakanlık tarafından kanuna uygunluk incelemesi yapılması gerekir⁹⁸. Örnek anasözleşmelerin kullanılması ancak aynen kabul edilmemesi, üzerinde birtakım değişiklikler yapılması da mümkündür. Bu durumda da örnek anasözleşmede yapılacak farklı düzenlemelerin kanun ve mevzuat hükümlerine uygun olması zorunlu olup bu konuda Ticaret Bakanlığı tarafından söz konusu kayıtların uygunluğa ilişkin görüş alınması gereklidir⁹⁹.

Kooperatif anasözleşmesi MERSİS üzerinden düzenlenerek sistem üzerinden ticaret sicil müdürlüğüne gönderilir¹⁰⁰. Bu işlemin ardından kuruluş izni almak için gerekli olan

⁹¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 602.

⁹² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 602; Çevik, s. 254 vd.

⁹³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 603.

⁹⁴ Özmen, s. 41; Coşkun, s. 72.

⁹⁵ Çevik, s. 237; Üstün/Aydın, s. 67.

⁹⁶ Çevik, s. 237; Üstün/Aydın, s. 67.

⁹⁷ Çevik, s. 238; Özmen, s. 43. <https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatif-nasil-kurulur>. Bu nedenle çalışmamızda duruma göre ticaret sicil müdürlüklerini veya Ticaret Bakanlığını ifade etmek için "izin mercii" ibaresi kullanılmıştır.

⁹⁸ Çevik, s. 238.

⁹⁹ Çevik, s. 261.

¹⁰⁰ Coşkun, s. 83.

sayıda anasözleşmenin ticaret sicil müdürlüğünde yetkilendirilmiş personel huzurunda kurucular tarafından imzalanması gerekir¹⁰¹.

Anasözleşmede bulunması zorunlu kayıtlar kanunda gösterilmiştir. Buna göre kooperatif anasözleşmesinde; kooperatifin adı ve merkezi, kooperatifin amacı ve çalışma konuları, ortaklık sıfatını kazandıran ve kaybettiren hal ve şartlar, ortakların pay tutarı ve kooperatif sermayesinin ödenme şekli, nakdi sermayenin en az 1/4 nün peşin ödenmesi, ortakların aynı sermaye koyup koymayacakları, kooperatiflerin yükümlerinden dolayı ortakların sorumluluk durumu ve derecesi, kooperatifin yönetici ve denetleyici organlarının görev ve yetki ve sorumlulukları ile seçim tarzları, kooperatifin temsiline ait hükümler, yıllık gelir gider farklarının, hesaplama ve kullanma şekilleri ve kurucuların adı, soyadı iş ve konut adreslerinin bulunması zorunludur (KK m. 4). Bu kayıtlara ek olarak, yapı kooperatifleri ile konusuna taşınmaz mal devri dahil olan kooperatiflerin anasözleşmelerinde ortaklara taşınmaz mal devredileceğine ilişkin taahhüdün yer alması gerekir (KK m. 2).

Zorunlu kayıtları yanı sıra kanunda ortakların anasözleşmeye koyabileceği ihtiyari kayıtlara da yer verilmiştir. Genel kurul toplantısı, kararların alınması, oyların kullanılması hakkındaki hükümler, kooperatifin çalışma şekline dair esaslar, kooperatifin birliklerle olan ilişkileri, kooperatifin diğer bir kooperatifle birleşmesine ait hükümler ve kooperatifin süresi gibi hususlara da anasözleşmede yer verilmesi mümkündür (KK m. 5).

KK m. 6 hükmünde, anasözleşmede genel kurulun çağrılmasında kolay usul ve kooperatifin çalışma konusu ile ilgili olarak hüküm bulunmaması halinde söz konusu boşluğu dolduracak iki adet yorumlayıcı hükme yer verilmiştir. Böylece anasözleşmede söz konusu hususlara yer verilmediği takdirde KK m. 6 hükmünde öngörülen kurallar uygulanacaktır. Öngörülen hükümlerden ilki; genel kurul, kooperatifi temsile yetkililer tarafından imzalanan taahhütlü mektuplarla veya mahalli gazete ile köylerde ise yazılı olarak imza karşılığı toplantıya çağrılır (KK m. 6/I). Böylece genel kurulun kimler tarafından ve ne şekilde toplantıya çağrılacağı öngörülmüştür. Diğer bir hükme göre ise kooperatifin faaliyeti, amacı ve çalışma konusu ile sınırlıdır (KK m. 6/II). Bu hüküm ile de kooperatiflerin amaç ve çalışma konusu dışında faaliyet gösteremeyecekleri ifade edilmiştir¹⁰². Ancak belirtmek gerekir ki kooperatifin amaç çalışma konusu dışında işlemler yapması halinde söz konusu işlemler yokluk yaptırımına tabi tutulmaz¹⁰³. Zira KK'da ultra vires ilkesi öngörülmemiş olup KK m. 98 hükmü ile TTK'nın anonim şirketlere ilişkin kurallarının uygulandığı kooperatifler bakımından bu ilkenin söz konusu olamayacağı açıktır¹⁰⁴.

2. İzin

KK m. 3 hükmünde kooperatiflerin kuruluşuna Bakanlık tarafından izin verileceği öngörülmüştür. Kanun'a eklenen Ek 1. maddede Kanunda geçen Bakanlık isimlerinin 'ilgili bakanlık' şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Ardından Ek 1. maddeye ilgili bakanlık deyiminden, Kanun kapsamındaki tarımsal amaçlı kooperatifler ve üst kuruluşları için Tarım ve Köyişleri Bakanlığı, yapı kooperatifleri ve üst kuruluşları için Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ve diğer kooperatifler ve üst kuruluşlar için ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı anlaşılacağı ifadesi eklenmiştir. Böylelikle kooperatiflerin kuruluş izni, ilgili kooperatifin

¹⁰¹ Coşkun, s. 83.

¹⁰² Yargıtay 15. HD., 21.12.1997, E.1764/K.2216 (Eriş, s. 23-24).

¹⁰³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 606.

¹⁰⁴ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 606.

konusuna göre Ticaret Bakanlığı, Tarım ve Orman Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir¹⁰⁵.

Kural, Bakanlıkça izin verilmesi olmakla birlikte uygulamada kooperatiflere kuruluş izni genellikle Ticaret İl Müdürlüğü tarafından verilmektedir. Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan örnek anasözleşmelerin kabul edilmemesi durumunda izin Ticaret Bakanlığı'ndan alınır¹⁰⁶.

a. İzin Sistemi

Kurucular tarafından Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) üzerinden ticaret siciline başvurulması gerekir¹⁰⁷. Kurucular, kuracakları kooperatif türüne ilişkin seçim yaparak sistemde yer alan örnek anasözleşmelerden yararlanabilirler¹⁰⁸.

b. İzin Merciiine Sunulacak Belgeler

Kooperatife kuruluş izninin verilmesi hususunda, izin merciiine (Ticaret Bakanlığı veya Ticaret İl Müdürlüğü) birtakım belgelerin sunulması gerekir. İzin merciiine şu belgelerin sunulması gerekir¹⁰⁹;

ba. İzin (başvuru) Dilekçesi

İzin dilekçesi kurucular tarafından kooperatif kurmak istediklerini beyan eden bir dilekçe düzenlenir¹¹⁰. İzin dilekçesinin tüm kurucularca imzalanması gerekmez, kurucular adına içlerinden birinin imza atması yeterlidir¹¹¹. Dilekçe; aslı izin merciiine sunulmak, sureti ise kooperatifteki kuruluş dosyasında saklanmak üzere iki adet düzenlenir¹¹². Dilekçeye kurucuların iki adet nüfus cüzdanı örnekleri ile ikametgah belgelerinin de eklenmesi gerekir¹¹³.

bb. Anasözleşme

Dilekçeye anasözleşmenin eklenmesi gerekir. Buna göre, altı adet anasözleşmenin izin merciiine sunulması gerekir¹¹⁴. En az yedi kurucu tarafından imzalanmış ve noterce onaylanmış anasözleşme teslim edilir¹¹⁵.

¹⁰⁵ Coşkun, s. 77.

¹⁰⁶ Çevik, s. 261; Özmen, s. 43. <https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatif-nasil-kurulur>

¹⁰⁷ Özmen, s. 41.

¹⁰⁸ Özmen, s. 41.

¹⁰⁹ <https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatif-nasil-kurulur>

¹¹⁰ Çevik, s. 258; Özmen, s. 42.

¹¹¹ Çevik, s. 258; Coşkun, s. 82.

¹¹² Coşkun, s. 82.

¹¹³ Coşkun, d. 83.

¹¹⁴ Kurucuların imzasını taşıyan iki adet anasözleşmenin ticaret sicili müdürü onaylı olması, diğer dört tanesinin onaylı anasözleşmeden fotokopi çekilmiş olması yeterli görülmüştür (<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatif-nasil-kurulur>)

¹¹⁵ Coşkun, s. 82-83.

bc. Kuruluş Bilgi Formu

İl Müdürlüğünden matbu bir form olarak temin edilecek olan kuruluş bilgi formu da dilekçeye eklenmesi gereken bir diğer belgedir¹¹⁶. Kuruluş bilgi formunda kooperatifin unvanı, adresi, kurucu ortak sayısı, eğer var ise telefonu ve ilk yönetim ve denetim kurulu üyelerinin kimlik bilgileri yer alır¹¹⁷.

bd. Banka Dekontu

Nakden taahhüt edilen sermayenin en az 1/4'ünün kurulmakta olan kooperatif adına, bir bankada açılan özel bir hesaba yatırıldığını gösteren banka dekontunun da alınması gerekir¹¹⁸.

be. Adli Sicil Belgesi

İlk yönetim ve denetim kurulu üyelerine ait olmak üzere adli sicil belgesinin de verilmesi gerekir¹¹⁹. Adli sicil belgesi, başvuru tarihi itibari ile son altı ay içerisinde alınmış olmalıdır.

bf. Yazılı Taahhütname

Yönetim ve denetim kurulu üyelerinin birbirleri ile akraba olmadıkları ve yönetim kurulu üyelerinin de aynı türde başka bir kooperatifin yönetim kurulu üyesi olmadıklarını içeren ortak imzalarının yer aldığı güncel bir yazılı taahhütnamenin sunulması gerekir¹²⁰.

bg. Diğer belgeler

Kurucular arasında kamu veya özel hukuk tüzel kişinin bulunması halinde, bunların amaçları bakımından kooperatifle ilgilendiklerini gösteren anasözleşme, tüzük, vakıf senedi gibi bilgi veya belgeler verilmelidir. Söz konusu tüzel kişinin kurucu ortak olabilmesine ilişkin herhangi bir engelin bulunmaması halinde, özel hukuk tüzel kişisini temsilci edecek gerçek kişiyle ilgili olarak yetkili organca alınacak atama kararının noter tasdikli sureti; kamu hukuk tüzel kişisi tarafından ise temsilci isimlerinin yer aldığı resmi yazı verilmelidir. Bunlara ek olarak kooperatifin türüne göre ilgili Bakanlıkça ek belgeler de talep edilebilir¹²¹.

c. İzin Mercii Tarafından Yapılan İnceleme

Kuruluş başvuruları izin mercii tarafından şekli ve esas bakımından iki yönlü olarak incelenir¹²². Şekli yönden inceleme, sayılan belgelerin mevcut olup olmadığı ve bu belgeler ile anasözleşmenin genel olarak kabul gören şekilleri içerip içermediği yönünde gerçekleştirir¹²³. Esas yönünden ise anasözleşmenin KK'nın emredici hükümlerine aykırılık taşıyıp taşımadığı ve KK gereği anasözleşmeye konulması zorunlu hükümleri içerip içermediği

¹¹⁶ Özmen, s. 42.

¹¹⁷ Coşkun, s. 83.

¹¹⁸ Çevik, s. 259; Coşkun, s. 83.

¹¹⁹ Coşkun, s. 82.

¹²⁰ Özmen, s. 42-43.

¹²¹ Coşkun, s. 83.

¹²² <https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatif-nasil-kurulur>

¹²³ Coşkun, s. 83.

incelenir¹²⁴. Anasözleşmede zorunlu kayıtlara yer verilmemesi veya emredici hükümlere aykırı davranılması durumunda yetkili mercii tarafından kuruluşa izin verilmemesi ve ticaret siciline tescilden kaçınılması gerekir¹²⁵. Eksik belgelerin bulunması halinde eksikliklerin tamamlanması, kanunun emredici hükümlerine aykırılık var ise düzeltilmesinin istenmesi ve gerekli değişikliklerin yapılmasının ardından kuruluş izninin verilmesi gerekir¹²⁶. Anasözleşmenin kanunun emredici hükümlerine uygun olarak düzenlenmiş olması halinde izin verilmekten imtina edilemez¹²⁷.

Kooperatifin gerekli iznin alınamaması, ortaklar arasında anlaşmazlıklar çıkması gibi sebeplerle kurulamaması halinde ortaklığa sermaye olarak getirilen değerler kuruculara iade edilir¹²⁸.

3. Tescil

Kooperatif, merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan olunur (KK m. 3). Kooperatif tescil ile tüzel kişilik kazanır¹²⁹. Tescilden önce kooperatif adına işlem yapanlar bunlardan şahsen ve müteselsilen sorumludur (KK m. 7)¹³⁰. Tescile ilişkin olarak KK'da öngörülmeven hususlar bakımından TTK hükümlerinin uygulanması gerekir (KK m. 98).

Tescil talebi ilgililer, temsilcileri veya hukuki halefleri tarafından yetkili sicil müdürlüğüne yapılır (TTK m. 28). Talebin Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 22. maddesi gereği yetkili organ veya temsilciler tarafından yapılması gerektiğinden kooperatifin ilk yönetim kurulu üyelerince yapılması gerekir¹³¹.

Talep, bir dilekçe ile gerçekleşir (TTK m. 28, 29). Başvuru yazılı şekilde yapılabilirceği gibi elektronik ortamda da yapılabilir¹³². Tescile ilişkin başvuruda izin merciiine sunulacak olan tescil talep dilekçesi ekinde; kurucuların imzaları ticaret sicili müdürü tarafından onaylanmış kooperatif anasözleşmesi, kooperatif kuruluşuna izin veren makamın izin yazısı ve kooperatifi temsil ve ilzama yetki verilen kişilerin ticaret sicili müdürü huzurunda kooperatif unvanı altında atılmış imza beyannameleri ile gerekli görülen diğer belgelerin yer alması gerekir (TSY m. 109). İlgililer tarafından tescil dilekçesi ve imzalara ait belgelerden ayrı olarak bir de kooperatifin unvanı, sermayesi, merkezi, kooperatifin kuruluş tarihi açıkça gösterildiği bir taahhütname istenir¹³³. Taahhütnamedeki bilgilerin doğru olduğu, aksinin tespit edilmesinde sorumluluğun taahhütnameyi imzalayan kişi ya da kişilere ait olduğunun yazılarak imzalanması gerekir¹³⁴. Taahhütnameye yer alması gereken bilgilerin başvuru dilekçesinde belirtilmesi halinde ayrıca taahhütname verilmesi gerekmez¹³⁵. Kuruluşun ticaret siciline tescili işleminin yapılmasının ardından ilgililere sicil müdürü tarafından sicil belgesi verilir (TSY m. 16).

¹²⁴ Çevik, s. 239 vd.; Coşkun, s. 83.

¹²⁵ Çevik, s. 239 vd.

¹²⁶ Coşkun, s. 83.

¹²⁷ Çevik, s. 262.

¹²⁸ Çevik, s. 287.

¹²⁹ Çevik, s. 275; Üstün/Aydın, s. 88; Özmen, s. 44.

¹³⁰ Yargıtay 11. HD., 31.10.1986, E. 4724/K.5661 (Eriş, s. 266).

¹³¹ Coşkun, s. 84.

¹³² Coşkun, s. 84.

¹³³ <https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatif-nasil-kurulur>

¹³⁴ <https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatif-nasil-kurulur>

¹³⁵ <https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/kooperatif-nasil-kurulur>

Tescil süresi 15 gündür (TTK m. 30 (1)). Ticaret sicil müdürlüğünün yetki alanı dışında oturanlar için ise süre 1 aydır. Tescil talep süresi, kuruluş izninin alınmasından itibaren başlar (TTK m. 30 (2)).

Çözümü bir mahkeme kararına bağlı olan veya sicil müdürünce kesin olarak tescilinde duraksanan olguların varlığı halinde ilgililerin talebi doğrultusunda geçici tescil yapılabilir. Ancak, ilgililerin üç ay içinde mahkemeye başvurduklarını veya aralarında anlaşmalarını ispat etmemeleri halinde geçici tescil resen silindiğinden buna uygun hareket edilmesi gerekir. Mahkemeye başvurulmuş ise kesinleşmiş olan hükmün sonucuna göre işlem yapılır. (TTK m. 32 (4)).

Sicil müdürü tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını, şirket sözleşmesinin emredici hükümlere aykırı olup olmadığını ve sözleşmenin kanunen bulunması zorunlu hükümleri içerip içermediğini denetler (TTK m. 32). Tescil edilecek hususların gerçeği tam olarak yansıtması, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşımaması ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir (TTK m. 32 (3)).

İnceleme sonucunda tescil için KK veya TSY'de öngörülen şartlarda eksiklikler olması gibi durumlarda müdürlükçe bu hususların ilgililere bildirilmesi ve eksikliklerin tamamlanması için otuz günden fazla olmamak üzere uygun bir süre tayin edilmesi gerekir (TSY m. 34 (2)). Ancak verilen sürenin sonuna kadar eksikliklerin düzeltilmemesi halinde tescil talebi reddedilir.

Tescil talebinde, tescile ait bir istemde tamamlanması gerekli eksikler olması veya istemin kısmen veya tamamen reddinin gerektiği hallerde, Müdürlük tarafından istemin konusu ile reddedilme sebepleri gösterilmek suretiyle karar verilerek dilekçeyi veren ilgiliye tebliğ edilir (TSY m. 35).

Sicil müdürlüğü tarafından verilen red kararına karşı ilgililerce kararın tebliğinden itibaren sekiz gün içinde, sicilin bulunduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesine dilekçe ile itiraz edilebilir (TTK m. 34 (1)).

4. İlan

KK m. 3 hükmü gereği tescil ve ilan edilecek hususlar; ana sözleşme tarihi, kooperatifin amacı, konusu ve varsa süresi, kooperatifin unvanı ve merkezi, kooperatifin sermayesi ve bunun nakdi kısmına karşılık olarak ödenen en az miktar ve her ortaklık payının değeri, ortaklık payı belgelerinin ada yazılı olduğu, aynı sermaye ve devralın akçalı kıymetlerle işletmelerin neden ibaret oldukları ve bunlara biçilen değerler, kooperatifin ne suretle temsil olunacağı ve denetleneceği, yönetim kurulu üyeleriyle kooperatifi temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları, kooperatifin yapacağı ilanların şekli ve anasözleşmede de bu hususta bir hüküm varsa yönetim kurulu kararlarının pay sahiplerine ne suretle bildirileceği ve kooperatifin şubeleridir.

KK m.3 hükmü gereği tescil edilen hususlar, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilir. İlan ile kuruluş üçüncü kişiler bakımından hüküm ifade etmekle beraber TTKm.36(3) hükmünde ifade edilen sicilin olumlu etkisi devreye girer¹³⁶. Kooperatifler Kanunu, anonim şirket ve limited şirketlerde sicilin olumlu etkisini sınırlayan TTK m. 354, ve 587'de öngörülen hükümlere benzer bir hüküm içermemektedir. Kooperatifler bakımından benzer bir sınırlama hükmüne yer verilmediği için KK m.3 belirtilen anasözleşmenin tescile tabi hu-

¹³⁶ Kıran, Süleyman, Ticaret Sicilinde Görünüşe Güvenin Başlangıç Anına İlişkin Bir Değerlendirme, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-ticaret-sicilinde-gorunuse-guvenin-baslangic-anina-iliskin-bir-degerlendirme-1863>, (Son Ziyaret:16.01.2021).

susları sicilin olumlu hükmünden yararlanır. Üçüncü kişiler tescil edilmiş bu hususları örneğin kooperatifin ne suretle temsil edileceği gibi, bilmediklerini iddia edemezler.

Sonuç

Kooperatifler TTK'da ticaret ortaklıkları arasında sayılmakla birlikte diğer ticaret ortaklıklarından oldukça farklı yönere sahiptir. Kuruluş usulü de bu noktada diğer ortaklıklardan ayrılmaktadır. Kooperatiflerin kuruluşu KK hükümlerinde özel olarak düzenlenmiş olup diğer ticaret ortaklarından farklı birtakım usuller benimsenmiştir. Bu farklılıklardan en önemlisi de kooperatiflerin kuruluşunda izin sisteminin benimsenmesi ve Bakanlığın yoğun denetiminin söz konusu olmasıdır.

Kooperatifler ile diğer ticaret şirketleri arasındaki farklılıklar birtakım tartışmalı hususlara da yol açmıştır. Bunlardan biri de kooperatiflerin tacir olup olmadığına ilişkindir. Kooperatiflerin tacir niteliğine sahip olup olmadığına ilişkin öğretilerdeki tartışmalar uzun yıllardır devam etmektedir. 5146 sayılı Kanun ile KK'da yapılan değişiklik sonucunda kooperatif, teşekkül ifadesi yerine ortaklık şeklinde tanımlanmıştır. TTK m. 124 hükmünde de kooperatifler, ETK m. 136 hükmünde olduğu gibi ticaret şirketleri arasında sayılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki KK'da kooperatifin tanımına ilişkin yapılan değişiklik ve TTK m. 124 hükmünde kooperatiflerin halen ticaret ortaklığı sayılması hususları söz konusu tartışmaları neticeye ulaştırma açısından yetersiz kalmıştır. TTK m. 124 hükmü zorlama bir hüküm olup uygulamada da güçlülere yol açabilecek niteliktedir. Bu düzenleme yerine özel kanun olan KK'da ilgili hükümler düzenlenerek gerekli noktalarda TTK'ya atıf yapma yolu tercih edilmeliydi. Ancak mevcut düzende TTK hükümleri ile KK hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi faydalı olacaktır. Olan hukuk açısından TTK m. 124 ve diğer birçok maddesindeki hükümlerden kooperatiflerin ticaret şirketi sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu konudaki tartışmalara içtihatı birleştirme kararının son vereceğine ve uygulamaya ışık tutacağını da belirtmek isteriz.

KAYNAKÇA

Arpacı, Abdülkadir, Açıklamalı-İçtihatlı Kooperatifler Kanunu ve Uygulaması, Temel, İstanbul, 1990.

Aykan, Filiz, Kooperatif Üyeliğinden Çıkarılma ve Çıkarılma Kararına İtiraz Davası, Bilge Yayınevi, Ankara, 2007.

Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 13. Bası, Beta, İstanbul, 2019.

Bölükbaş, Tonguç, Kooperatif Yöneticilerinin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Can, Mustafa Erdem, "Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, S.1-2, 2007.

Coşkun, Mahmut, Kooperatifler Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019.

Çalışkan, Merdan, "Yapı Kooperatiflerinde Yabancıların Ortaklığı", Mali Çözüm, Eylül-Ekim, 2010.

Çevik, Orhan Nuri, Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.

Demir, Remziye, Kooperatif Ortağının Hak ve Yükümlülükleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Eriş, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.

Kıran, Süleyman, Ticaret Sicilinde Görünüşe Güvenin Başlangıç Anına İlişkin Bir Değerlendirme, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-ticaret-sicilinde-gorunuse-guvenin-baslangic-anina-iliskin-bir-degerlendirme-1863>, (Son Ziyaret:16.01.2021).

Kırca, İsmail, “*Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay’ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum Mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti Mi?*”, BATİDER, C. XXXIII, S. 2, 2017, s. 5-25.

Örnek, Özge, Yargıtay Kararları Işığında Kooperatif Ortaklarının Hakları, Yükümlülükleri ve Sorumlulukları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Özmen, Kemal, Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı Kooperatifler, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Sarıkaya, Sinan, “*Kooperatiflerin Katıldığı Birleşmelerde Kanunların Çatışmasından Doğan Sorunlar ve Uygulanacak Hükümlerin Tespiti*”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C.V, S.2, 2019, s.222-242.

Topaloğlu, Mustafa, “*Yabancı Yatırımcıların Türkiye’de Şirket Kurması ve Hisse Devralması*”, Ed: Sarı, Selahattin / Balcılar, Mehmet / Gencer, H.Alp, INTERNATIONAL CONFERENCE ON EURASIAN ECONOMIES 2019, Famagusta Turkish Republic of Northern Cyprus 11-13 June 2019, s.338-342.

Uyar, Talih, “*Kooperatif Şirketler ile Adi Şirketlerde; “Şirket”ten ve/veya “Şirket Ortağı”ndan Alacaklı Olan Üçüncü Kişilerin “Şirket”i ve/veya “Şirket Ortağı”nı Takip Hakkının Kapsamı*”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 2016.

Üstün, Yusuf/Aydın, Muhittin, Kooperatifler Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2014.

^{4f} YETERSİZ GELİRLERİN SOSYAL YARDIMLA TAMAMLANMASI

(COMPLETION OF INCOMES WITH SOCIAL AID)

Prof. Dr. Hasan Fehim ÜÇİŞİK* **

ÖZ

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine göre, herkesin sağlığını ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine hakkı vardır. Anılan Bildirge, yeterli geliri olmayanlara yardım edilmesini, ücretlerin gerekirse sosyal yardımlarla tamamlanmasını öngörmektedir. Ülkemizde de bu konuda asgari ücret, asgari geçim indirim ve sosyal güvenlik düzenleme ve uygulamaları bulunmakta ve yine de yetersiz kalan gelirler takdire bağlı sosyal yardımla yükseltilmektedir. Bizce, bu ek yardımlar için mevzuatta, yerleşim yerlerindeki geçinme şartlarına, ailedeki kişi sayısına, kira ödenip ödenmediğine ve çocukların eğitim durumuna göre belirli ölçütler öngörülmelidir.

Anahtar Kelimeler: İnsanca yaşayış seviyesi, ücret, gelir, yetersiz gelir, sosyal yardım

ABSTRACT

According to the Universal Declaration of Human Rights everyone has the right to have a proper life standard. In our country, the assistance is provided by the Social Assistance and Solidarity Foundations; to those in need and those who have pension from social security institutions, whose income in the family is less than one third of minimum wage.

In our opinion, the lowest labor income should be enough to support an average-sized family as stipulated in the mentioned Declaration and social assistance should be provided in case of insufficient income.

Keywords: Humanly Life Standards, Payment, Income, Insufficient Income, Social Aid

I-Giriş

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin Önsözüne göre, dehşetten ve yoksulluktan kurtulmuş insanların, içinde, söz ve inanma hürriyetlerine sahip olacakları bir dünyanın kurulması en yüksek amaçtır. Bu Önsöz, böylece, kişi güvenliği, ifade hürriyeti ve din ve vicdan hürriyeti ile birlikte sosyal güvenlik hakkının önemini vurgulamaktadır. Daha önce 1944 tarihli Filadelfiya Bildirgesinde de yoksulluğun, bulunduğu her yerde herkesin refahına yönelik bir tehlike olduğu belirtilmiştir.

^{4f} Eserin dergimize geliş tarihi: 27.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 18.06.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 21.02.2021. Onaylanma tarihi: 21.02.2021.

* İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazanın ORCID belirleyicisi: 0000 - 0003 - 4196 – 0473.

Esere Atf Şekli: Hasan Fehim Üçişik, "Yetersiz Gelirlerin Sosyal Yardımla Tamamlanması", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.667-676.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine göre, çalışan herkesin, kendisine ve ailesine insanlık haysiyetine uygun bir yaşayış sağlayan ve gerekirse sosyal koruma vasıtalarıyla da tamamlanan adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır (m.23/III)³. Her şahsın, kendisi ve ailesi için, yiyecek, giyim, konut, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere, sağlığını ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve toplumun bir üyesi olmak itibarıyla, işsizlik, hastalık, engellilik, dulluk, yaşlılık veya geçim imkânlarından iradesi dışında yoksunlukta sosyal güvenlik yardımına (m.25/I) hakkı vardır.

Bu yazımızda, ülkemizde her aile ve kişiye insan haysiyetiyle bağdaşan bir hayat seviyesi sağlamaya yönelik İş Hukuku, Vergi Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku düzenlemelerinden başlıcaları genel olarak belirtilip yetersiz gelirlerin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde öngörüldüğü üzere sosyal koruma vasıtalarıyla tamamlanmasına ilişkin hüküm ve uygulamalar değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II- 1982 Anayasasının İlgili Düzenlemeleri ve Doktrindeki Bazı Görüşler

1982 Anayasasına göre, Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, sosyal bir hukuk devletidir (m.2). Bu düzenlemenin gerekçesine göre, sosyal devlet, fertlerin insan gibi yaşamaları için zaruri olan maddi ihtiyaçlarını karşılamalarını kendisine vazife edinen devlettir. Modern anayasa, asgari geçim şartlarından, tıbbi bakımdan, öğrenim imkânlarından ve hele barınacağı bir konuttan yoksun bir kişi gerçek anlamda hür olamayacağından fertlere sosyal bir takım haklar tanımak zorundadır. Devlet, iktisaden zayıf olan kişileri, bilhassa işleri bakımından başkalarına tabi olan işçi ve müstahdemleri, her türlü dar gelirli ve yoksul kişileri himaye edecektir⁴.

1982 Anayasasına göre, Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması (m.41), çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışanları ve işsizleri korumak (m.49/II), çalışanların yaptıkları işe uygun, adaletli bir ücret elde etmeleri ve sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır; asgari ücretin tespitinde ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur (m.44). Bu hükmün gerekçesi, kamu kesiminde çalışanlar ile özel kesimde çalışanlar arasında, ister işçi ister memur olsunlar, ücret, aylık, ikramiye ve sosyal yardım bakımından hakkaniyet ve denge sağlanmasının esas olduğu şeklindedir⁵. Asgari ücretle ilgili hüküm, Danışma Meclisinin kabul ettiği metinde, “asgari ücretin tespitinde, ülkenin iktisadi gücü, işkolları ve bölgenin sosyal ve iktisadi özellikleri dikkate alınır” şeklinde idi. Bu hükümle ilgili gerekçe şöyleydi: “Asgari ücret ülkenin ekonomik gücüne göre, iş bularların ve bölgelerin sosyal ve ekonomik özelliklerine göre tespit edilecektir. Bütün ülke için ve bütün işkolları için asgari ücret tespiti, önlenmez haksızlıklara sebep olur. Asgari ücretin her bir işkolunun ve her bir ilin kaldırabileceği miktar esas alınarak tespit edilmesi genelde işçilerin aleyhine işleyecek bir çözümdür.”⁶. Arma-

³ 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartına göre, tüm çalışanların, kendilerine ve ailelerine yeterli bir yaşam düzeyi sağlamak üzere, adil bir ücret alma hakkı vardır (Bölüm I, m.4). Bu hakkın kullanılması, toplu sözleşmeler, yasal ücret tespit usulleri veya ulusal koşullara uygun başka yollarla sağlanır (Bölüm II, m.4/II). 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, çalışanların adil ücret alma hakkı konusunda, “kendilerine ve ailelerine iyi bir yaşam düzeyi” şeklindeki ölçütü, “kendilerine ve ailelerine iyi bir yaşam düzeyi” şekline dönüştürmüştür (Bölüm I, m.4).

⁴ Bakınız: Üçışık, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.46.

⁵ Bakınız: Üçışık, İnsan Hakları Sorunları ve Çözüm Önerileri, s.76; Üçışık, Anayasa Hukuku, s.555.

⁶ Bakınız: Üçışık, İnsan Hakları Sorunları ve Çözüm Önerileri, s.76; Üçışık, Anayasa Hukuku, s.555

ğan'a göre, iktisadi ve sosyal hayatta adil ve tam çalışma olmalı ve alınan ücret ve diğer imkânlar, insanlık haysiyetine uygun bir hayat seviyesi sağlamalıdır⁷.

1982 Anayasasına göre, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak Devletin temel amaç ve görevlerindedir (m.5). Gözler'e göre, özgürleştirmeye ilişkin bu hüküm, kişilere dava hakkı veren bir hüküm değildir; Devlete amaç gösteren bir program hüküm niteliğindedir⁸.

İba'ya göre, Anayasada yeralan haklardan, fiilen gerçekleşmesi Devletin mali imkânları ve ekonomik önceliklerine bağlı olduğu için Devlete karşı dava edilemeyen sosyal haklar program hak niteliğindedir⁹.

Özbudun'a göre, olumlu bir edim gerektiren sosyal hakların salt Anayasada yer almış olmaları, kişilere yargı yolu ile talep edilebilecek subjektif kamu hakları vermez; bu Anayasa hükümleri, yasama organına siyasi nitelikte direktifler veren veya yol gösteren program hükümleridir¹⁰.

Erdoğan'a göre, sosyal hakların normatif değeri olması isteniyorsa, genel formüllerle yetinmek yerine, her bir hakkın somut içeriğinin Anayasayla tanımlanıp belirlenmesi gerekir¹¹.

Karatepe'ye göre, ekonomik haklar, insanın yaşanması için gerekli olan beslenme, barınma, sağlık ve giyinme gibi temel ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik haklardır; diğer insan hakları, ekonomik haklara dayalı olarak kazanılan asgari ekonomik refahın sağlanması halinde gerçekleştirilebilir¹².

Gören'e göre, tüm Anayasa kuralları ve bu arada temel haklar, Devlet gücünü, içerdikleri haklara saygı gösterme ve tüm tedbirlerinde gözönünde tutma konusunda bağladığından (m.11), sosyal hakların program kuralları olduğu ve sadece yasama organına siyasi nitelikte direktifler verdiği görüşü kabul edilemez¹³; mali kaynakların yetersizliği gözönüne alındığında, yasamanın takdirinin, bu hakların gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği konusunda değil, ne ölçüde ve nasıl gerçekleştirilebileceği konusunda olacağı açıktır¹⁴.

1982 Anayasasına göre, Devlet, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır (m.57).

Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir; Devlet bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar (m.60). Devlet, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar; sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır; yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir. Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır (m.61).

Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir (m.65). Demir'e göre, bu hüküm, bir yandan sosyal ve ekonomik hakların ekonomik

⁷ Armağan, s.107.

⁸ Gözler, s.108.

⁹ İba, s.335.

¹⁰ Özbudun, s.154.

¹¹ Erdoğan, s.220.

¹² Karatepe, s.163.

¹³ Gören, s.157.

¹⁴ Gören, s.158.

istikrar bozulmadan ve Devletin kaynakları zorlanmadan gerçekleşmesini sağlamak, öte yandan kişiler lehine doğabileceği düşünülebilecek bir hakkın mahkemeler önünde talep edilmesini önlemek amacıyla konulmuştur ve ileriye dönük yorumlanmalı, sosyal adalet içinde hızlı bir kalkınma gerçekleşmeli, kalkınma gerçekleştiğinde sosyal adaletin gerçekleşme oranı artmalıdır¹⁵. Demir'e göre, aile sigortasını da kapsayan bir düzenleme yapılmalı, gelir ve yardımların düzeyi, Devletin mali imkânlarına bağlı olarak değişse de sosyal Devlet ilkesine uygun ve onurlu bir hayat sürmeye yetecek kadar olmalıdır¹⁶.

III- İş Mevzuatındaki İlgili Düzenlemeler ve Doktrindeki Bazı Görüşler

4857 sayılı İş Kanununa göre, işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için ücretlerin asgari sınırları, Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığıyla en geç iki yılda bir belirlenir (m.39/I). Komisyonun toplanma ve çalışma şekli ve asgari ücret tespiti sırasında uygulanacak esaslar yönetmelikte belirtilir (m.39/III).

01.08.2004 tarihli Asgari Ücret Yönetmeliği asgari ücreti, işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücret şeklinde tanımlamaktadır (m.4/d). Anılan Yönetmeliğine göre, Asgari Ücret Tespit Komisyonu, asgari ücreti bütün işkollarını kapsayacak şekilde belirler (m.6). Asgari ücretin belirlenmesinde, ülkenin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik durum, ücretliler geçinme indeksleri, bu indeksler yoksa geçinme indeksleri, fiilen ödenmekte olan ücretlerin genel durumu ve geçim şartları gözönünde bulundurulur (m.7).

Ulucan'a göre, ücretin, iş sözleşmesi taraflarınca serbestçe belirlenmesi esası kabul edilmekle birlikte, işçileri koruma amacıyla gene de en az ücretin taraflar dışında belirlenmesi öngörülmüştür¹⁷.

Ulucan'a göre, 1972 tarihli Asgari Ücret Yönetmeliğine göre, asgari ücret, işçilere normal bir çalışma günü karşılığı olarak ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek düzeyde olmalıydı (m.1). Bu ilkelere hiçbir zaman uyulmadığı için yürürlükteki 01.08.2004 tarihli Yönetmelikte daha gerçekçi davranılmış ve ücretin belirlenmesinde, ülkenin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik durumun, ücretliler geçinme indekslerinin, bu indeksler yoksa geçinme indekslerinin, fiilen ödenmekte olan ücretlerin genel durumunun ve geçinme şartlarının gözönünde bulundurulması ilkesi benimsenmiştir¹⁸.

Demircioğlu/Centel'e göre, asgari ücret tespitine yolaçan en önemli etkenler, işverenlerin işçileri asgari ücretten düşük bir ücretle çalıştırmalarını önlemek ve işçiye ailesiyle birlikte asgari bir yaşam düzeyi sağlamak amacıdır; dolayısıyla asgari ücret, işçiye ailesiyle birlikte asgari bir yaşam düzeyi sağlamaya yeterli olan ve işverenin bundan daha düşük miktarda bir ücret ödeyemeyeceği ücret şeklinde tanımlanmalıdır¹⁹. Asgari ücret, işçinin zorunlu ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli olmalıdır; buradaki zorunlu ihtiyaçlar insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyiyle özdeşdir. Asgari ücret sadece işçinin değil, onunla birlikte ailesinin de ihtiyaçlarının karşılığı olmalıdır. Ülkemizdeki işçi ailelerinin çoğunda, bakıma muhtaç yaşlılar ve küçük yaşta çocuklar bulunmakta ve çok sayıdaki işçinin ücreti, iktisaden faal olmayan bu nüfus tarafından paylaşılmaktadır; asgari ücretin tespitinde sadece

¹⁵ Demir, s.467.

¹⁶ Demir, s.464.

¹⁷ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.152.

¹⁸ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.153.

¹⁹ Demircioğlu/Centel, s.144.

işçinin zorunlu ihtiyaçlarının gözönünde bulundurulması ülke gerçeklerine ters düşer; ancak, ailenin kaç kişiden oluşacağı konusunun tartışmaya yolaçar nitelikte olduğu da gözden uzak tutulamaz²⁰.

Çelik/Caniklioğlu/Canbolat'a göre, Yönetmelikteki asgari ücret tanımına dayanılarak öne sürülen, asgari ücretin belirlenmesinde işçinin ailesinin değil, sadece kendisinin zorunlu ihtiyaçlarının gözönünde bulundurulacağı görüşü isabetsizdir. Çalışabilecek durumdaki aile bireylerinin dahi iş bulmada çektikleri güçlük ve ailelerin çoğunda bakıma muhtaç yaşlılarla küçük yaştaki çocukların varlığı karşısında, ücretini bunlarla paylaşmak ve bunlara destek olmak zorunda kalan çok sayıdaki işçinin yaşadığı ülkemizde asgari ücretin sadece işçinin kendi zorunlu ihtiyaçlarına göre belirlenmesi gerçeklerimize uygun düşmez²¹; asgari ücretin işçinin ekonomik ve sosyal durumunun düzenlenmesi için belirlenmesini öngören İş Kanunu hükmü (m.39) aile ihtiyaçlarının gözötenilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmalı²²; ailenin kaç kişiden oluşacağı konusu tartışmalara yol açabilirse de aile tümüyle gözden uzak tutulmamalıdır²³.

1972 yılında ve sonraki yıllarda verilen Asgari Ücret Tespit Kararlarında işçinin kendisi için hesaplanan miktara eklemeler yapılmış, ancak, 1982 yılından itibaren verilen Asgari Ücret Tespit Kararlarında çocuğa ilişkin harcama tutarından söz edilmemiş ve hesaplamada sadece işçinin ihtiyacı göz önünde tutulmuştur²⁴.

IV-Vergi Hukukunda Asgari Geçim İndirimi

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa göre, asgarî geçim indirimi, ücretin elde edildiği takvim yılı başında geçerli olan asgarî ücretin yıllık brüt tutarına;

- mükellefin kendisi için % 50'si,
- çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eşi için % 10'u,
- çocukların her biri için ayrı ayrı olmak üzere, ilk iki çocuk için % 7,5'i,
- üçüncü çocuk için % 10'u
- diğer çocuklar için % 5'i,

olmak üzere hesaplanan indirim oranlarının uygulanması sonucu bulunacak matrahın, gelir vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine karşılık gelen % 15'lik oranla çarpımı suretiyle bulunan tutarın 12'ye bölünmesi sonucu her aya isabet eden tutardır; hesaplanan bu tutar ödenecek vergiden mahsup edilir (m.32/II).

V- Sosyal Güvenlik Mevzuatındaki İlgili Düzenlemeler

1- Sosyal Sigorta Yardımları

a) İşsizlik Sigortasından İşsizlik Ödeneği Verilmesi

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre, işsizlik sigortası, bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen, herhangi bir kusuru olmaksızın işini kaybeden ve Türkiye İş Kurumuna başvurarak çalışmaya hazır olduğunu bildiren sigortalıların işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılar (m.47/c ve e). Günlük işsizlik ödeneği, sigortalının son dört aylık kazancının yüzde

²⁰ Demircioğlu/Centel, s.145.

²¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.344 ve orada gösterilen yazarlar.

²² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.344 ve orada gösterilen yazarlar

²³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.344.

²⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.345.

kırkı kadardır; bu şekilde hesaplanan ödeneğin miktarı aylık brüt asgari ücretin yüzde seksenini geçemez (m.50/I). İşsizlik ödeneğinin süresi, son üç yıl içinde 600 gün prim ödemiş olanlar için 180 gün, 900 gün prim ödemiş olanlar için 240 gün ve 1080 gün prim ödemiş olanlar için 300 gündür (m.50/II).

Şakar'a göre, işsizlik oranı azaltılmadan kurulan işsizlik sigortası hem kapsam hem de yardımlar açısından, sürekli bir eşitsizlik ve huzursuzluk kaynağı olmakta ve işsizlik sorununun çözümüne de katkı sağlamamaktadır²⁵. İşsizlik sigortası, zaten yeterince yüksek olan sigorta prim oranlarının daha da artmasıyla işgücü maliyetini biraz daha yükseltmekte ve bunun bir sonucu olarak kayıtdışı işçi çalıştırma uygulaması yaygınlaşmaktadır²⁶.

b) İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortasından Gelir Bağlanması

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücü en az yüzde on oranında azalan sigortalılara sürekli işgöremezlik geliri bağlanır (m.19/I). Bu gelir, sürekli tam işgöremezlikte aylık kazancın yüzde yetmiş oranında, sürekli kısmi işgöremezlikte bunun işgöremezlik derecesi oranındaki tutarı kadardır (m.19/III). İş kazası veya meslek hastalığı sonucu başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma gelen sigortalının sürekli işgöremezlik geliri prime esas kazanç alt sınırının yüzde seksenbeşinden az olamaz (m.55/V). İş kazası veya meslek hastalığı dolayısıyla ölüm halinde, hak sahiplerine, sigortalının aylık kazancının yüzde yetmiş gelir olarak bağlanır (m.20/I).

c) Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarından Aylık Bağlanması

5510 sayılı Kanuna göre, sigortalının çalışma gücünün en az yüzde altmışını, işçi ya da bağımsız çalışan sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün yüzde altmışını, kamu görevlisi sigortalının meslekte kazanma gücünü vazifesini yapamayacak şekilde kaybetmesi halinde, kendilerine, belirli prim şartını yerine getirmiş olma ve çalışmama kaydıyla, yaşlılık aylığı hükümlerine göre belirlenen miktarda malullük aylığı bağlanır (m.25/I, m.26/II, m.27/I); ancak, sigortalı, başka birinin sürekli bakımına muhtaç ise aylık bağlama oranı on puan artırılır (m.27/I). Malullük sigortasından bağlanacak aylıkların yıl içi artışlar uygulanmaksızın hesaplanacak tutarı, bir önceki yılın son ayındaki en düşük yaşlılık aylığından az olamaz (m.55/IV).

Yaşlılık Sigortasından, sigortalılara, yaş ve prim şartları gerçekleştiğinde yaşlılık aylığı bağlanır (m.28/I). Yaşlılık aylığı, ortalama aylık kazanç ile aylık bağlama oranının çarpımı kadardır (m.29/I). Aylık bağlama oranı, prim ödeme gün sayısının her 360 günü için yüzde ikidir; 360 günden eksik süreler orantılı olarak dikkate alınır; ancak aylık bağlama oranı yüzde doksanı geçemez (m.29/III).

Ölüm sigortasından, sigortalının hesaplanacak aylığının, dul eşine kural olarak yüzde ellisi, aylık bağlanmış çocuğu bulunmuyorsa, sigortalı olarak çalışmıyor veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış ise yüzde yetmişbeşi, kural olarak, çalışmayan ve kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık almayan çocuklarından 18 yaşını, orta öğrenimde 20 yaşını, yükseköğrenimde 25 yaşını doldurmamayanlara, çalışma gücünü en az yüzde altmış kaybetmiş olanlara ve yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kız çocuklarına kural olarak yüzde yirmibeş ve bazı hallerde yüzde elli oranında, ana ve babaya eş ve çocuklardan artan hisse varsa belli

²⁵ Şakar, s.296.

²⁶ Şakar, s.296 ve orada gösterilen kaynak.

şartlarla toplam yüzde yirmibeş, 65 yaşın üzerindeyse artan hisseye bakılmaksızın toplam yüzde yirmibeş oranında aylık bağlanır; ancak, hak sahibi çocuklardan 18 yaşını, ortaöğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yükseköğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurmamışların, bu Kanun m.4/I, a kapsamında sigortalı sayılmaları bunlara aylık bağlanmasına engel oluşturmaz. Hak sahiplerine bağlanacak aylıkların toplamı sigortaliya ait aylığı aşamaz; gerekirse orantılı indirim yapılır (m.34).

5510 sayılı Kanuna göre, sigortaliya bağlanacak aylık ve hak sahiplerine dağıtımda esas alınan miktar, talep veya ölüm yılının Ocak ayında sigortalıların ortalama aylık kazançlarının yüzde otuzbeşinden, sigortalının bakmakla yükümlü olduğu eş veya çocuğu varsa yüzde kırkıdan az olamaz. Hak sahibi kişilerin aylıkları, bu alt sınır ayılığının, hak sahibi bir kişi ise yüzde sekseninden, iki kişi ise yüzde doksandan az olamaz (m.55/III).

2- Sosyal Yardımlar

a) Muhtaç, Yaşlı ve Engellilere Aylık Bağlanması

aa) Muhtaç Yaşlılara Aylık Bağlanması

2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre, sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almayan, uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak çalışmayan, nafaka bağlanmamış ve nafaka bağlanması mümkün olmayan, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu uyarınca harçlık ödenmeyen ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilen 65 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarına, muhtaçlık hali devam ettiği müddetçe 4.387 gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı tutarında aylık bağlanır; ancak, kendisine ve eşine ait her türlü gelirlerden kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı net asgari ücretin üçtebirinden fazla olanlar ile aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olan kişiler muhtaç olarak kabul edilemez ve kendilerine aylık bağlanamaz (m.1/I-II).

bb) Muhtaç Engellilere Aylık Bağlanması

2022 sayılı Kanuna göre, 65 yaşını doldurmamış olup başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde engelli oldukları sağlık kurulu raporuyla kanıtlanan, 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarından, sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almayan, uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak çalışmayan, nafaka bağlanmamış ve nafaka bağlanması mümkün olmayan ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere, muhtaçlık hali devam ettiği müddetçe 4.860 gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı tutarında aylık bağlanır (m.2/I, a); 65 yaşını doldurmamış olup sağlık kurulu raporu ile engelli oldukları kanıtlanan, 18 yaşını doldurmuş, talebine rağmen Türkiye İş Kurumu tarafından işe yerleştirilememiş olan Türk vatandaşlarından, sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almayan, uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak çalışmayan, nafaka bağlanmamış ve nafaka bağlanması mümkün olmayan ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduklarına karar verilenlere, muhtaçlık hali devam ettiği müddetçe 3.240 gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı tutarında aylık bağlanır (m.2/I, b); ancak, her türlü gelirlerden hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı net asgari ücretin üçtebirinden fazla olanlar, aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olanlar ve 2828 sayılı Kanun uyarınca harçlık ödenenler muhtaç olarak kabul edilemez ve kendilerine aylık bağlanmaz (m.2/III).

cc) Muhtaç Durumda Bulunanlara, Şehit Yakınlarına ve Gazilere Maddi ve Aynı Yardım Yapılması

3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanununun amacı, muhtaç durumda bulunan vatandaşlara ve Türkiye'ye kabul edilmiş kişilere yardım etmek ve sosyal adaleti pekiştirici tedbirler olarak gelir dağılımının adilane olmasını sağlamaktır (m.1). Anılan Kanun, muhtaç durumda bulunan, kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmayan, bu kuruluşlardan aylık veya gelir almayan vatandaşları (m.2/I), sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmakla veya bu kuruluşlarca aylık veya gelir bağlanmış olmakla birlikte, hane içindeki kişi başına geliri asgari ücretin üçtebirinden az olan kişilerden muhtaç durumda bulunanları (m.2/III), her türlü acil durum ve afetten zarar görenleri ve şehit yakınları ile gazileri (m.2/IV) kapsamaktadır. İhtiyaç sahibi vatandaşlara nakdi ve aynı yardımda bulunmak üzere her il ve ilçede Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları kurulmuştur (m.7/I).

VI-Değerlendirme ve Sonuç

1982 Anayasası, Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı, sosyal hukuk devleti olarak tanımlanmasına ve sosyal güvenlikle ilgili çok sayıda düzenleme yapmasına rağmen, her şahsa işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya iradesi dışında geçim imkânlarından yoksunlukta sosyal güvenlik yardımı sağlanmasını öngören İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden farklı olarak, her şahsın hangi hallerde sosyal güvenlik yardımlarından yararlanacağı konusunda açık bir hüküm içermemektedir. 1982 Anayasasında, anılan Bildirgeden farklı olarak, her şahsın, ailesiyle birlikte yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine hakkı olduğu şeklinde bir hüküm de bulunmamaktadır²⁷. 1982 Anayasası, yalnızca şehitlerin dul ve yetimleriyle malul ve gazilere toplumda kendilerine yaraşır hayat seviyesi sağlanmasını açıkça öngörmektedir. 1982 Anayasası, Bildirgenin çalışanlara ve ailelerine insanlık haysiyetine uygun bir yaşayış sağlayan ücret şeklindeki asgari ücret tanımını alıntılamadığından ve İş Kanunu ile Asgari Ücret Yönetmeliğinde Bildirgeye uygun düzenleme yapılmadığından, asgari ücret, aile gözönünde bulundurulmaksızın ve ülke geneli için tek miktar olarak belirlenmekte, özellikle büyük şehirlerde, emek geliriyle geçinmek durumundaki ailelerde bir kişi değil, birden fazla kişi, geçimlerini veya ailenin geçimi için gerekli katkıyı sağlamak üzere çalışmak zorunda kalmaktadır. Çalışan bir kişinin ailesindeki diğer fertlerin, istekli olmadıkları halde, sırf bir emek geliri İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine aykırı olarak aile geçindirecek düzeyde olmadığından dolayı çalışmak zorunda kalmakta, bu da ülkenin işsizlik sorununa ve ücretlerin düzeyine olumsuz etki yapmaktadır.

Bizce, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin Önsözünde temel hakların en öncelikli olanları arasında sayılan bu yoksulluktan kurtulmaya yönelik ücret ve sosyal güvenlik konusunda Anayasa hükümlerinin program hüküm niteliğinde olduğu ve Devletin mali gücünün yetersizliği ileri sürülemez; toplumun ve fertlerin refah ve mutluluğunu sağlamak Devletin temel amaçlarındandır.

Bize göre, gelir vergisi uygulanması halinde, asgari ücret, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine uygun olarak aile geçindirecek düzeyde belirlenmeli ve çalışanın ailesiyle birlikte insan şeref ve haysiyetiyle bağdaşır bir hayat sürmesini sağlayabilecek miktarı asgari geçim indirimi haddi sayılmalı; asgari ücret asgari geçim indirimi miktarını aştığı takdirde, aşan kısım için vergi ödenmelidir²⁸. Asgari ücretten vergi alınması halinde, tek kişi

²⁷ Üçışık, İnsan Hakları Sorunları ve Çözüm Önerileri, s.74; Üçışık, Anayasa Hukuku, s.547.

²⁸ Üçışık, Ekonomi Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri, s.119.

yaşayanların asgari ücreti ile aile reislerinin asgari ücreti ve mahrumiyet bölgesinde çalışanlar ile herkesin iş bulmak istediği yörelerde çalışanların ücreti arasında, ele geçen bakımından, vergideki indirimler ve muafiyetler dolayısıyla farklılık olabilir²⁹.

Sosyal sigorta uygulamasında, kural olarak, sigortalının gelir düzeyi ve ödenmiş olan primler esas alınmakta, ailedeki kişi sayısı, yerleşim yerlerine göre geçim şartları ve sigortalının genel mali durumu gözönünde tutulmamakta, dolayısıyla sosyal güvenlik desteğine ihtiyacı olmayanlara da aylık ya da gelir bağlanmaktadır. Kız çocuklarına, yaş sınırı olmadığından çocuk sayılamayacak yaşlarında, ihtiyaç durumuna bakılmaksızın, uzun yıllar önce ölen ana ve babasının primleri dolayısıyla aylık veya gelir verilmektedir.

İşsizlik sigortası için hemen her hizmet ve üründe maliyet artışına yolaçan prim alınmakta, sonuçta işsizlerin bir kısmına ve belirli süre, sınırlı yardım sağlanmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde yardımların sosyal sigorta çerçevesinde yapılmasına imkân tanıyan bir hüküm bulunmamakta, kişilere gerektiğinde, toplumun birer üyesi olmalarından dolayı yardım yapılması öngörülmektedir. Bizce, sosyal sigorta sistemi tercih edilmemelidir.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortaları ile malullük, ölüm ve yaşlılık sigortalarında, bağlanacak gelir ve aylıklar için alt sınır öngörülmüştür. Ancak bu alt sınırdan da, asgari ücrette ve muhtaç yaşlı ve engellilere yardımda olduğu gibi, çeşitli yerleşim yerlerindeki geçim şartlarının farklılığı gözönünde tutulmamıştır.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi veya bu kuruluşlardan aylık veya gelir bağlanmış kişilerden hane içindeki geliri asgari ücretin üçtebirinden az olanlara da Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarınca yardım yapılmasını öngörmektedir. Böylece, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde belirtildiği üzere, ücretler sosyal yardımla tamamlanmaktadır. Anılan Vakıflar, gelir yetersizliğini gidermek üzere mali ve aynî yardımları takdire bağlı olarak yapmaktadır.

Bizce, ücreti tamamlayan veya Bildirgede öngörüldüğü üzere uygun hayat seviyesi sağlayan sosyal yardımlar, geçim şartları birbirinden farklı olan her il ve ilçedeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarınca tamamen takdire bağlı olarak belirlenmemeli, her bir yerleşim yeri için, ailedeki fert sayısını, kira ödenip ödenmediğini, çocukların eğitim durumunu ve belirli büyüklükteki bir ailenin bir kişinin çalışmasıyla geçinmesini esas alan ve dönemsel olarak yenilenen ölçütler olmalıdır. Yerleşim yerlerinin geçim şartlarının tespiti, sağlık mevzuatında yollama yapılan sosyo-ekonomik gelişmişlik sıralaması gözönünde tutulmalıdır. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa göre, tabip ve uzman tabiplerin Devlet hizmeti yükümlülüklerinin süresi, Devlet Planlama Teşkilatı tarafından hazırlanan, İlçelerin Sosyo-Ekonomik Gelişmişlik Sıralamasında yer alan altıncı grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerlerinde 300 gün, beşinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerler ile altıncı grup ilçe merkezlerinde 350 gün, dördüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerler ile beşinci grup ilçe merkezlerinde 400 gün, üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerler ile dördüncü grup ilçe merkezlerinde 450 gün, ikinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerler ile üçüncü grup ilçe merkezlerinde 500 gün, birinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerler ile ikinci grup ilçe merkezlerinde 550 gün ve birinci grup ilçe merkezlerinde 600 gündür (Ek m.3/1).

Bize göre, emek gelirlerinin en düşüğü, ortalama büyüklükteki aileleri, buldukları yörelerde, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde öngörüldüğü üzere, insan şeref ve haysiyetiyle bağdaşır şekilde geçindirecek düzeyde olmalı, sosyal geçim yardımlarına, yalnızca aile ortalamadan daha kalabalık olduğunda veya aile reisi engellilik gibi sebeplerle gelir sağla-

²⁹ Üçışık, Asgari Ücret Tespitinde Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s.93-94

yamadığında gerek duyulmalı ve bu hallerde yoksullara primsiz sistem çerçevesinde gelir tamamlayıcı yardım yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Armağan, Servet, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2017.
- Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32.bası, İstanbul 2019.
- Demir, Fevzi, Anayasa Hukuku, 10.baskı, İzmir 2017.
- Demircioğlu, Murat / Centel, Tankut, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 19.baskı, İstanbul 2016.
- Erdoğan, Mustafa, Anayasa Hukuku, 7.baskı, Ankara 2011.
- Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 9.baskı, İstanbul 2019.
- Gören, Zafer, Anayasa Hukuku, 3.baskı, Ankara 2018.
- İba, Şeref, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 3.baskı, Ankara 2017.
- Karatepe, Şükrü, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2016.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 16.baskı, Ankara 2016.
- Şakar, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 11.baskı, İstanbul 2014.
- Üçışık, Hasan Fehim, Anayasa Hukuku, İstanbul 2019.
- Üçışık, H. Fehim, Asgari Ücret Tespitinde Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2010.
- Üçışık, H. Fehim, Ekonomi Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2013.
- Üçışık, H. Fehim, İnsan Hakları Sorunları ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2013.
- Üçışık, H. Fehim, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2015.

4f MİRASIN TEMSİLCİ ARACILIĞIYLA REDDEDİLMESİ HALİNDE ÖZEL YETKİNİN GEREKLİ OLUP OLMADIĞI HUSUSUNUN ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER VE YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

(EVALUATION OF WHETHER SPECIAL AUTHORITY IS REQUIRED IF DISCLAIMER OF INHERITANCE IS EXERCISED THROUGH AUTHORIZED REPRESENTATION IN THE LIGHT OF THE DOCTRINAL THOUGHT AND THE DECISIONS OF THE SUPREME COURT)

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ* **
Doç. Dr. Osman AÇIKGÖZ* ******

ÖZ

Mirasın reddi, yetkilendirilmiş bir temsilci aracılığıyla yapılabilir. Ancak temsilcinin özel yetkiye sahip olmasının gerekip gerekmediği hususunda kanunda açık bir hüküm yoktur. Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 39'da, "istem, bu konuda yetkisi olan vekil tarafından yapılmış ise..." ifadesi yer almaktadır. Yetkili temsilcinin özel olarak yetkilendirilmiş olmasının gerekli olup olmadığı hususu öğreti ve uygulamada tartışmalara yol açmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mirasın Reddi, Yetkili Temsilci, Özel Yetki.

ABSTRACT

Disclaimer of inheritance can be exercised through an authorized representative. In contrast, there is no clear provision in the law as to whether the representative should have a special authority. On the other hand, in the Article 39 of the Turkish Civil Code Regulation on the Implementation of Custody, Guardianship and Inheritance Provisions, "if the request has been made by the proxy authorized to do so..." statement is located. Whether it is necessary for the authorized representative to be specially authorized has led to discussions in doctrine and practice.

Keywords: Disclaimer of inheritance, Authorized representative, Special authority.

^H Eserin Dergimize geliş tarihi:07.05.2020. İlk hakem raporu tarihi:21.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi:22.06.2020. Onaylanma Tarihi: 22.06.2020.

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID Belirleyicisi: 0000-0003-2321-8064

*** İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**** Yazarın ORCID Belirleyicisi: 0000-0003-4806-0937

Esere Atf Şekli: Cevdet Yavuz, Osman Açıkgöz, "Mirasın Temsilci Aracılığıyla Reddedilmesi Halinde Özel Yetkinin Gerekli Olup Olmadığı Hususunun Öğretideki Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.677-693.

GİRİŞ

Hukuk sistemimizde miras, mirasbırakanın ölümüyle birlikte küllî halefiyet ilkesi gereği yasal ve atanmış mirasçılara geçer¹. Böylece mirasçıların iradesi söz konusu olmaksızın malvarlıklarına dâhil olur².

Küllî halefiyet ilkesinin bir takım sakıncalı sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla tereke borçlarına karşı mirasçıları korumak ve mirasbırakanın borçlarından sorumluluğunu sınırlamak ya da tamamen ortadan kaldırmak amacıyla kanun koyucu tarafından çeşitli kurumlar düzenlenmiştir³. Mirası ret kurumu (TMK m. 605 vd.) da bunlardan birisidir⁴. Mirasçılık sıfatını kendisi için tehlikeli gören dolayısıyla bu sifata sahip olmak istemeyen geçici mirasçıya tanınan en radikal yoldur⁵. Zira kanun gereği aktif ve pasifi ile birlikte intikal eden mirası, mirasçıların kabul zorunluluğu bulunmamaktadır⁶.

Mirasın reddi, hukuki sonuçlar doğuran bir irade açıklamasıdır. Dolayısıyla ret beyanında bulunacak kişinin hukuki işlem ehliyetine sahip olması gerekir⁷. Sadece tereke borçlarından sorumluluğu değil aynı zamanda mirasçılık hakkının da kaybedilmesi sonucunu doğurduğu için reddeden kişinin medeni haklarını kullanma ehliyetine sahip olması gerekir⁸. Kişi, hukuki işlem ehliyetine sahip değilse bu yetki yasal temsilci tarafından kullanılır⁹. Bu çerçevede ret, açıklanması gereken bir irade beyanıdır. Susmak suretiyle ret imkânı yoktur¹⁰. Çünkü ret, mirasçılık sıfatını kabul etmeme imkânını mirasçıya tanımaktadır¹¹. Ret hakkının, yetkilendirilmiş iradi (*rızaî*) bir temsilci aracılığıyla kullanılması da mümkündür¹². Buna karşılık, temsilcinin özel bir yetkiye sahip olması gerekip gerekmediği

¹ HELVACI, İlhan, Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanunu'na göre Mirasın Reddi (MK. m. 605- MK. m. 618), İstanbul 2002, s. 1.

² ANTALYA, Gökhan/SAĞLAM, İpek, Miras Hukuku, Üçüncü Baskı, İstanbul 2015, s. 359; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2018, s. 519; HELVACI, s. 13.

³ HELVACI, s. 1; PETEK, Hasan, "Mirasın Hükmen Reddi", (<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/3-Hasan-PETEK.pdf>), (Erişim Tarihi: 10.02.2020), s. 2191-2192.

⁴ ANTALYA/SAĞLAM, s. 359; HELVACI, s. 13.

⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 600; AKÇAAL, Mehmet, "Hükmî Reddin Tespiti Davası", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, C. 25, S. 2, s. 521.

⁶ İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ ALBAŞ, Hakan, Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş Güncellenmiş 10. Bası, Ankara 2019, s. 505.

⁷ DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2017, s. 411; ANTALYA/SAĞLAM, s. 361.

⁸ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 507.

⁹ Konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 603 vd.; HELVACI, s. 15 vd.; ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Sekizinci Bası, Ankara 2017, s. 388; Ret hakkına sahip kişi, eğer vesayet altında ise, mirası reddedebilmesi için TMK. m. 463 bent 5 uyarınca vesayet makamının da izni gerekir.

¹⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet, Miras Hukuku, Genişletilmiş 8. Bası, Ankara 2018, s. 285.

¹¹ DURAL/ÖZ, s. 410.

¹² PIOTET, Paul, Schweizerisches Privatrechts, Vierter Band, Erbrecht, Zweiter Halbband, Basel und Stuttgart 1978, s. 181; ESCHER, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Die Erbgang (Art. 537-640), Dritte Auflage, Zürich 1960, N. 4; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 604; HELVACI, s. 68; KILIÇOĞLU, s. 285; DURAL/ÖZ, s. 411-412; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 507; SEROZAN/ENGİN, s. 523; ANTALYA/SAĞLAM, s. 361; AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2016, s. 277; ÖZTAN, s. 388; ÜREM, Müge, "Mirası Ret Hakkının Düşmesine Sebep Olan Haller", BÜHFD, Y. Mart-Nisan

konusunda kanunda açık bir hüküm yoktur. Ancak Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesyayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük¹³ m. 39'daki, “istem, bu konuda yetkisi olan vekil tarafından yapılmış ise....” şeklindeki düzenleme, ret beyanında bulunan ya da hükmî reddin tespiti davasını¹⁴ açan yetkili temsilcinin özel olarak yetkilendirilmiş olmasının gerekli olup olmadığı hususunda uygulama ve öğretide tartışmalara yol açmıştır¹⁵.

Öğreti ve Yargıtay'ın yaklaşımları göz önünde bulundurularak konu açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

I. MİRASIN REDDİ

A. Genel Olarak

Mirasın reddi; kanun gereği ve bütün halinde intikal eden mirasın, süresi içerisinde ve tek taraflı bir hukuki işlemle ortadan kaldırılabilmesi amacıyla mirasçılık sıfatını kazanmak istemeyen mirasçıya tanınan bir haktır¹⁶. Söz konusu hak, miras bırakanın ancak ölümünden sonra doğabilir¹⁷. Bir başka ifadeyle, miras kazanıldıktan sonra mirasçılar tarafından ancak reddedilebilir¹⁸. Dolayısıyla miras bırakan hayatta ise ret hakkı kullanılamaz. Çünkü önceden yapılan ret beyanı, tereke henüz mirasçılara geçmediği için hukuken bir hüküm doğurmaz¹⁹.

Mirasın usulüne uygun bir şekilde reddedilmesi ya da reddedilmiş sayılması, kanun hükmü gereği kendiliğinden gerçekleşen kazanmayı geçmişe yönelik şekilde ortadan kaldırır²⁰. Zira reddeden kişinin mirasçılık sıfatı, mirasın açıldığı andan itibaren gerçekleşir²¹. Mirası reddeden mirasçı, mirasbırakandan önce ölmüş gibi mirasçılık sıfatını kendisinden sonra gelen mirasçıya bırakır. Sonra gelen bu mirasçının da ret hakkı vardır (TMK m. 611/f. 1)²².

Ret, kanunî mirasçılar tarafından yapılabileceği gibi atanmış (*mansup*) mirasçılar tarafından da yapılabilir (TMK m. 605/f. 1, Tüzük m. 38/f. 1)²³. Kanun koyucu böyle bir imkânı, vasiyet alacaklısına (TMK m. 616) da tanımıştır²⁴. Ancak vasiyet alacaklısının mirası değil vasiyeti reddetme hakkı vardır. Bu durum, alacak hakkından vazgeçme sonucu

2019, C. 14, S. 175-176, s. 786-787; GÜNAL, Aydın Ebrar, Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi- Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2016), s. 27.

¹³ RG. T. 10.8.2003, S. 25193; Metin içerisinde kısaca “tüzük” şeklinde kullanılacaktır.

¹⁴ Hükmi reddin tespiti davası ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. AKÇAAL, s. 522 vd..

¹⁵ HELVACI, s. 69.

¹⁶ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 506.

¹⁷ İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 13. Basım, İstanbul 2017, s. 355; DURAL/ÖZ, s. 410; SEROZAN/ENGİN, s. 521.

¹⁸ HELVACI, s. 12; İMRE/ERMAN, s. 363.

¹⁹ ANTALYA/İPEK, s. 360; Miras bırakan henüz hayatta iken mirastan feragat sözleşmesi yapılabilir ya da TMK m. 678'deki koşullar varsa miras hakkı temlik edilebilir, İMRE/ERMAN, s. 355.

²⁰ AYAN, s. 276; SEROZAN/ENGİN, s. 520.

²¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 600.

²² SEROZAN/ENGİN, s. 520.

²³ KILIÇOĞLU, s. 286.

²⁴ SEROZAN/ENGİN, s. 521; Vasiyet alacaklısı mirasçı sıfatına sahip olmadığı için kendiliğinden mirası kazanamayacağı gibi miras bırakanın borçlarından da sorumlu değildir. Dolayısıyla mirası reddetmesinin bir önemi yoktur, AYAN, s. 276.

doğurur²⁵. Çünkü vasiyet, salt bir alacak hakkı oluşturur. İbra yoluyla ve on yıllık zamanaşımı süresi içerisinde ileri sürülmezse reddedilmiş sayılır. Bir başka ifadeyle, vasiyet alacaklısının mal vasiyetini reddetmesine gerek yoktur. Zira süresi içerisinde talep etmemekle ifayı talep hakkı düşer. Vasiyet reddedilince, vasiyet borcu düşmez. Bu durumda vasiyet, reddeden mirasçının yerini alan mirasçıya geçer (TMK. m. 519/II)²⁶.

Mirasın reddi; ya mirasçının iradesi (*gerçek ret*) ya da kanunun getirdiği bir karine sonucu (*hükmi ret*) gerçekleşebilir²⁷. Gerçek ret; yasal ve atanmış mirasçıların kanunda öngörülen usule uyarak, tek taraflı olarak mirası kabul etmeme yönündeki isteklerini (*ret beyanı*) sözlü ya da yazılı şekilde mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine bildirmesi halinde söz konusu olur (TMK m. 605/f. 1 ve HMK. m. 382/II, b. c, 7)²⁸. Gerçek ret ile mirasçı, miras bırakanın ölümüyle kendisine intikal eden mirası kabul etmek istemediğini hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde beyan eder²⁹. Bir başka ifadeyle, kazandığı mirasçılık sıfatını kendi iradesiyle sona erdirir³⁰. Buna karşılık, bazı hallerde açık bir irade açıklamasına (*beyanına*) gerek duyulmadan miras kendiliğinden reddedilmiş sayılır. Böyle hallerde ise mirasın hükmen reddinden (*karinesel ret*) söz edilir (TMK m. 605/f.2, Tüzük m. 38/f. 3)³¹. Bunun için, ölüm tarihi itibarıyla miras bırakanın borç ödemediği acze düşmüş olması ve miras açıldığı anda ödemediği aczinin açıkça belli (*şâyi*) veya resmen tespit (*sabit*) edilmiş olması gerekir³².

Hükmi ret halinde, mirasçı tarafından mirasın reddedilmiş olduğu bir karine olarak kabul edilir. Dolayısıyla mirasın kendiliğinden kazanıldığı prensibinin bir istisnasını teşkil eder³³. Hükmi ret, bir karine olduğu için reddin gerçekleşmiş sayılması için mirasçıların ret beyanında bulunmasına gerek yoktur³⁴. Buna karşılık, ileride gerçekleşmesi muhtemel birtakım uyumsuzlukların önüne geçilmesi amacıyla sulh mahkemesine beyanda bulunmasının önünde de bir engel bulunmamaktadır³⁵.

Hükmi ret karinesinin aksi ispatlanabilir (TMK m. 605/f. 2). Terekenin borca batık olmadığı, miras bırakan kişinin ödemediği aciz halinin bulunmadığı, mirasın açık ya da örtülü bir şekilde kabul edilmiş olduğu, mirasın kabulünün tutulan deftere göre gerçekleştiği ya da resmî tasfiyenin istenmesi hallerinden birisinin ispatlanması durumunda hükmi ret etkisini kaybeder. Aynı şekilde, mirası kabul etmek suretiyle mirasçılar da kural olarak her zaman hükmi reddi etkisiz hale getirebilir³⁶.

²⁵ KILIÇOĞLU, s. 288.

²⁶ SEROZAN/ENGİN, s. 521; İMRE/ERMAN, s. 355.

²⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 601; DURAL/ÖZ, s. 410; HELVACI, s. 9; ÖZTAN, s. 386; KILIÇOĞLU, s. 284.

²⁸ HELVACI, s. 11; ANTALYA/İPEK, s. 363; ÖZTAN, s. 386; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 601; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 506.

²⁹ AYAN, s. 276.

³⁰ DURAL/ÖZ, s. 410.

³¹ ANTALYA/İPEK, s. 363-364; AYAN, s. 275-276; Hükmen reddin şartları hakkında geniş açıklamalar için bkz. PETEK, s. 2207 vd.

³² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 619 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 530 vd.; ÖZTAN, s. 386-387; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 511; AKÇAAL, s. 521; Bu hususta geniş açıklamalar için bkz. İMRE/ERMAN, s. 355-359.

³³ İMRE/ERMAN, s. 356-357; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 511; PETEK, s. 2193-2194.

³⁴ ÖZTAN, s. 387; AKÇAAL, s. 522.

³⁵ DURAL/ÖZ, s. 418-419; AYAN, s. 280; ANTALYA/İPEK, s. 365.

³⁶ İMRE/ERMAN, s. 357-358; AYAN, s. 280-281; ÖZTAN, s. 387; PETEK, s. 2198.

Mirasın reddine ilişkin beyan, yazılı ya da sözlü olarak miras bırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine üç aylık hak düşürücü içerisinde yapılır (TMK. m. 609/f. 1)³⁷. Bu sürenin başlangıcı, mirasçının türüne göre değişir. Yasal mirasçılar bakımından sürenin başlangıcı, miras bırakanın ölümünü öğrendikleri tarihtir. Atanmış mirasçılar bakımından ise lehlerine olan ölüme bağlı tasarrufun kendilerine tebliğ edildiği tarihtir (TMK. m. 606)³⁸. Ret beyanı süresinde yapılmadığı takdirde reddeden mirasçı, kayıtsız ve şartsız mirası kabul etmiş sayılır. Haklı sebep bulunması halinde ise hâkim, süreyi ya uzatır ya da yeni bir süre verir (TMK m. 615)³⁹.

Sulh hâkimi, sözlü ya da yazılı ret beyanını bir tutanakla tespit eder ve reddeden mirasçının açık kimliğini belirleyerek ret beyanını kendisine imzalatır. Buna karşılık ret beyanı, bu konuda yetkili bir vekil tarafından yapılmış ise tutanak vekile imzalatırılır. Ret beyanını içeren tutanak, hâkim ve zabıt kâtibi tarafından da imzalanır ve tutanağa vekilin vekâletnamesi eklenir (Tüzük m. 39/f. 1, 2). Daha sonra, süresi içerisinde yapılan ret beyanı mahkemece özel kütüğe yazılır⁴⁰. Ret beyanının gerek mahkeme kaleminde tutulan esas deftere işlenmesi gerekse bu amaçla tutanak düzenlenmesi kurucu nitelikte değil bildirici niteliktedir. Beyanın yetkili sulh hâkimine varmasıyla mirasın reddi işlemi tamamlanmış olur⁴¹. Ölüm anından itibaren geçici olarak kazanılmış olan mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırır⁴². Dolayısıyla TMK m. 609'a uygun bir şekilde sözlü ya da yazılı olarak yapıldığı andan itibaren hüküm doğurur. Şekle ilişkin hükümlere uyulmadığı takdirde yine de geçerlidir. Ret beyanının özel kütüğe yazılmamış olması, olsa olsa ispat yönünden bir takım zorluklar doğurabilir⁴³. Zira mirasın reddi, hukuki niteliği itibarıyla bir makama yöneltilmesi gereken bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasını niteliğindedir⁴⁴. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, bütünsel geçiş ilkesini (*küllî halefiyet*) ret bozucu (*infisahi*) şartına bağlamıştır. Ret, ölüm anından itibaren geçici olarak kazanılmış olan mirasçılık sıfatını, geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır⁴⁵. Ret, şekle bağlı olmayan, bozucu yenilik doğuran sözlü ya da yazılı bir irade beyanıyla yetkili sulh hâkimine yapılır. İrade beyanı

³⁷ İMRE/ERMAN, s. 365; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 508; ÖZTAN, s. 387 ve 390; Mirası ret süresi, kaçırılması ve uzatılması hakkında geniş açıklamalar için bkz. SEROZAN/ENGİN, s. 527 vd.

³⁸ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 509.

³⁹ DURAL/ÖZ, s. 413 ve 415; SEROZAN/ENGİN, s.528; ANTALYA/İPEK, s. 367; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 609-610; Üç aylık hak düşürücü sürenin çeşitli ihtimallere göre hangi andan itibaren başlayacağı hakkında geniş açıklamalar için bkz. İMRE/ERMAN, s. 363 vd.

⁴⁰ KILIÇOĞLU, s. 286 ve 288; DURAL/ÖZ, s. 411; SEROZAN/ENGİN, s. 524; ANTALYA/İPEK, s. 363; AYAN, s. 277-278; İMRE/ERMAN, s. 367; ÖZTAN, s. 387; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 509; Tutanak ve kütüğün nasıl tutulacağı Tüzük m. 40'da şu şekilde düzenlenmiştir: "Medenî Kanunun (eski) 459. maddesine göre mirasçının mirası reddetmesi hâlinde, reddeden mirasçının açık kimliği tespit edilir ve ayrıca bir tutanak düzenlenerek mirası reddedene veya talep bu konuda yetkili olan vekil tarafından yapılmış ise vekiline imza ettirilip hâkim ve zabıt kâtibince imzalanır. Vekilin vekâletnamesi de bu tutanağa eklenir; durum esas defterine işlenir. Red için başvuran kimseye, mirasın reddi amacıyla başvurduğuna dair, mahkemenin esas defter kayıt numarasını ihtiva eden, mahkeme mührü ile mühürlenmiş ve zabıt kâtibi tarafından kayda uygunluğunun tespiti edilmiş bir belge verilir."

⁴¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 601.

⁴² İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 507; AKÇAAL, s. 521.

⁴³ DURAL/ÖZ, s. 411.

⁴⁴ STEINAUER, P.-H., Le droit des successions, 2.éd., Berne 2015, s. 507 n. 956; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 66; ANTALYA/İPEK, s. 359; HELVACI, s. 11; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 601; SEROZAN/ENGİN, s. 522; ÖZTAN, s. 387; PETEK, s. 2199.

⁴⁵ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 506-507.

sulh hâkimine ulaşır ulaşmaz hukuki sonuç doğuracağı için geri alınamaz⁴⁶. Ret beyanı, kayıtsız ve şartsız olmalıdır⁴⁷. Mirasçı ret beyanında bulunurken gerekçe göstermek zorunda değildir⁴⁸.

Geçerli bir şekilde yapılan reddin geri alınması mümkün olmamakla birlikte irade bozukluğu hallerinden biriyle (*yanılma, aldatma, korkutma*) sakatlanmış ise TBK m. 30 vd. hükümlerine göre iptal edilebilir⁴⁹. Bu noktada bir hususun açıklığa kavuşturulması gerekir. Reddin geri alınması ile iptali farklı hususlardır. Ret beyanının iptali, TBK'da düzenlenen koşullar mevcut ise mümkündür. Buna karşılık ret beyanı geri alındığında, geçerli bir ret beyanından vazgeçilmesi söz konusudur⁵⁰. Ret hakkının kullanılmasından dönülemez. Bir kere kullanılmakla tükenir ve herhangi bir kayıt ve şarta bağlı tutulamaz. Aksi takdirde geçersiz sayılır⁵¹.

Ret süresi dolmadan mirasçı açık bir kabul beyanında bulunursa veya kanun koyununun cevaz vermediği bir fiili (*terekedeki bir malı gizlemek ya da kendisine mal etmek*) işlerse ya da tereke işlerine gereğinden fazla karışarak örtülü bir kabulde bulunursa, o mirasçı tarafından ret hakkı kullanılamaz (TMK m. 610/f. 2 ve 3)⁵².

B. Mirasın Reddinin Hukuki Sonuçları

Mirası reddeden kanunî mirasçı, miras bırakandan önce ölmüş gibi kabul edilir. Bir başka ifadeyle, mirasçılık sıfatı miras bırakanın ölümü anından itibaren geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kalkar⁵³. Dolayısıyla miras açıldığı zaman kendisine düşen payı sağ değilmiş gibi diğer kanunî mirasçılara geçer (TMK. m. 611/f. 1)⁵⁴. Reddeden mirasçı, mirasçılıktan doğan hakları kullanamayacağı gibi (*tenkis veya muris muvazaası temeline dayalı tapu iptali ve tescil davası v.s.*) herhangi bir sorumluluğu da söz konusu olmaz. Dolayısıyla miras bırakanın borçlarından sorumlu tutulmaz ve saklı paylar (*mahfuz hisseler*) ile serbestçe tasarruf edilebilecek kısım (*tasarruf nisabı*) hesaplanırken sanki miras bırakandan önce ölmüş gibi hesaplama yapılır⁵⁵.

⁴⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 606; DURAL/ÖZ, s. 411; ÖZTAN, s. 387; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 507; Konuyla ilgili öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. DURAL/ÖZ, s. 413; ANTALYA/İPEK, s. 362.

⁴⁷ EREN, s. 71; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 605; ÖZTAN, s. 387; İMRE/ERMAN, s. 366; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 508.

⁴⁸ SEROZAN/ENGİN, s. 524; ANTALYA/İPEK, s. 360, 362 ve 365; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 608; HELVACI, s. 64 vd.; AYAN, s. 277.

⁴⁹ ANTALYA/İPEK, s. 361; DURAL/ÖZ, s. 413; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 607; SEROZAN/ENGİN, s. 525.

⁵⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 607.

⁵¹ KILIÇOĞLU, s. 285; DURAL/ÖZ, s. 412; ANTALYA/İPEK, s. 362; AYAN, s. 277; SEROZAN/ENGİN, s. 523; Konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. HELVACI, s. 56 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 508.

⁵² ANTALYA/İPEK, s. 369; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 607-608; AYAN, s. 279-280; KILIÇOĞLU, s. 300 vd.; İMRE/ERMAN, s. 359 vd.; ÖZTAN, s. 392; Konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. DURAL/ÖZ, s. 416 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 615 vd.

⁵³ KILIÇOĞLU, s. 289; ANTALYA/İPEK, s. 361 ve 370-371; İMRE/ERMAN, s. 367-368; SEROZAN/ENGİN, s. 533; ÖZTAN, s. 394.

⁵⁴ İMRE/ERMAN, s. 368; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 622; DURAL/ÖZ, s. 419; ÖZTAN, s. 395.

⁵⁵ AYAN, s. 281-282; Mirasın hükmen reddinin sonuçlarıyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. PETEK, s. 2227 vd.

Sağ kalan eşin birlikte yer aldığı zümrede bulunan yasal mirasçıların tümü tarafından mirasın reddedilmesi halinde, terekenin tümü sağ kalan eşe geçer⁵⁶. Buna karşılık, eş ile birlikte mirasçı olan kanuni mirasçılardan bir kısmı tarafından miras reddedilmişse, reddetmeyen diğer mirasçılar retten yararlanır⁵⁷.

Mirası ret, nisbî etkili olduğu için sadece mirası reddeden mirasçı ile mirası reddedilen miras bırakan arasındaki mirasçılık ilişkisini etkiler. Bu nedenle, reddeden mirasçı kök içinde halefiyet esas çerçevesinde mirası reddettiği miras bırakanın üst soyuna mirasçı olabilir⁵⁸. Aynı şekilde ret, sadece mirasçılık sıfatından kaynaklanan hakları etkiler. Buna karşılık, doğrudan doğruya mirasçılık sıfatından kaynaklanmayan hakların mirası reddeden kişi tarafından kullanılması mümkündür⁵⁹.

Mirasbırakanın ölümünde, kendisine en yakın ve doğrudan mirasçı olanların tümü tarafından miras reddedildiği takdirde sulh mahkemesi tarafından TMK m. 612/f.1 uyarınca iflas hükümlerine göre tereke tasfiye edilir⁶⁰. Tasfiyeden arta bir şey kalırsa, reddeden mirasçılar arasında reddedilmemiş gibi miras paylaşılır (TMK m. 612/f. 2)⁶¹.

Atanmış mirasçılar da mirası reddedebilir. Bu durumda, mirasbırakan aksini öngörmemişse kendisine isabet eden hissesi en yakın kanuni mirasçılarına geçer (TMK. m. 611/f. 2)⁶². Buna karşılık, hem atanmış hem de yasal mirasçıların tümü tarafından miras reddedilmişse, resmi tasfiye yoluna gidilir (TMK m. 612)⁶³. Mirası sadece yasal mirasçılar reddeder buna karşılık atanmış mirasçılar kabul ederse, reddeden mirasçıların payları yerlerini alan yasal mirasçılara geçer (TMK m. 611). Altsoyun tamamının (*ilk sıradaki mirasçı olan alt soy*) mirası reddetmesi halinde, miras ikinci zümreye değil sağ kalan eşe geçer⁶⁴. Eşin olmaması durumunda ise TMK uyarınca örneksene yoluyla söz konusu boşluk doldurulabilir⁶⁵.

En yakın bütün mirasçılar, kendilerinden sonra gelen derecedeki mirasçılar lehine mirası reddedebilir. Bu durumda, lehine ret yapılan kişilere mirasın tasfiyesinden önce mirası kabul etmesi teklif edilir. Mirasçılar, teklifin tebliğinden itibaren bir ay içerisinde mirası kabul edebilirler. Bu süre zarfında kabul etmemeleri durumunda, teklif yapılan mirasçı ya da mirasçıların da reddettiği sonucu ortaya çıkar⁶⁶.

Ret beyanı vasiyet alacaklısı tarafından yapılmışsa, vasiyet eden kişinin tasarrufundan aksi anlaşılıyorsa vasiyet edilen şey, bunu ifa ile yükümlü kişi ya da kişilere geçer (TMK. m. 616)⁶⁷. Dolayısıyla vasiyetin reddedilmesiyle birlikte vasiyet borcu sona erer.

⁵⁶ SEROZAN/ENGİN, s. 535; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 516; Konuyla ilgili geniş açıklamalar ve öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 622 vd.

⁵⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 623; ANTALYA/İPEK, s. 371.

⁵⁸ KILIÇOĞLU, s. 290; AYAN, s. 283.

⁵⁹ AYAN, s. 282-283.

⁶⁰ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 517; ÖZTAN, s. 395; En yakın bütün kanuni mirasçılar tarafından miras reddedildiği halde doğrudan doğruya terekenin tasfiyesinin söz konusu olduğu iki hal ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 628-630.

⁶¹ İMRE/ERMAN, s. 369 ve 371; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 624-625; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 518.

⁶² ANTALYA/İPEK, s. 371; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 628 ve 630; SEROZAN/ENGİN, s. 533; İMRE/ERMAN, s. 368-369; ÖZTAN, s. 395.

⁶³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 628; İMRE/ERMAN, s. 369; SEROZAN/ENGİN, s. 534.

⁶⁴ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 518.

⁶⁵ DURAL/ÖZ, s. 421-422; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 628; İMRE/ERMAN, s. 371-372.

⁶⁶ İMRE/ERMAN, s. 372.

⁶⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 631; AYAN, s. 283-284; SEROZAN/ENGİN, s. 533; ANTALYA/İPEK, s. 372.

Miras bırakan yedek vasiyet alacaklısı atamamışsa, vasiyet edilen şey vasiyet borçlusuna ait olur⁶⁸.

Mirasın reddi ile ilgili TMK'da düzenlenen hükümler, mirasçıların menfaati gözetilerek düzenlenmiştir. Ancak mirasçıların bu hükümleri kötüye kullanması mümkündür. Böyle bir durumda, gerek miras bırakanın gerekse mirasçının alacaklıları TMK m. 617-618'de düzenlenen özel hükümlerle korunur⁶⁹.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNU ve HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA ÖZEL YETKİNİN ZORUNLU OLDUĞU İŞLEMLER

A. Türk Borçlar Kanunu (m. 504)

“Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir. Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar. Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.”

Bu düzenlemenin 1. fıkrasında, vekâletin kapsamının öncelikle sözleşme kapsamına göre belirleneceği düzenlenmiştir. Sözleşmede açık bir düzenleme yoksa işin niteliği esas alınarak kapsam belirlenecektir. İkinci fıkrasında ise üstlendiği işin görülmesi amacıyla gerekli olan tüm hukuki işlemleri vekâlet verenden yetki almadan yerine getirebileceği yönünde vekilin genel temsil yetkisine sahip olduğuna dair yasal bir karine düzenlenmiştir. Bu karinenin istisnaları ise üçüncü fıkrada ve aşağıda inceleyeceğimiz HMK m. 74'te düzenlenmiştir⁷⁰. Söz konusu düzenlemelerde yer alan özel işlemlerin vekil tarafından yerine getirebilmesi için vekilin özel yetkiye sahip olması gerekir. Yani vekâletnamede vekile açıkça özel yetki verilmiş olmalıdır. Sözleşmede vekile özel yetki açıkça verilmemişse; dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflâs, iflâsın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunmaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz⁷¹.

B. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (m. 74)

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 74'e göre, bazı işlemleri yapabilmesi için vekile özel yetki verilmiş olması gerekir⁷². Buna göre,

“Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını islah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin filleri

⁶⁸ DURAL/ÖZ, s. 422-423.

⁶⁹ İMRE/ERMAN, s. 373.

⁷⁰ Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 734 vd.

⁷¹ EREN, Özel Hükümler, s. 733; GÜNAL, s. 27; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016, s. 649.

⁷² PEKCANİTEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 678.

sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez.”⁷³.

C. Özel Yetki Gerektiren Durumlarla İlgili Öğretide İleri Sürülen Görüşler

TBK m. 504 ve HMK m. 74’te yer alan özel yetki gerektiren işlemlerin, sınırlı (*tahdidi*) sayıda mı yoksa örnekseme (*tâdâdî*) şeklinde mi düzenlendiği hususu öğretide tartışma konusu olmuştur⁷⁴.

1. Kanunda Özel Yetkinin Bulunmasını Zorunlu Kılan Hâllerin Örnekseme/Tâdâdî Olduğu (Sınırlı Sayıda Olmadığı) Görüşü

Bu görüşe göre, her iki düzenlemede yer alan hususlarla ilgili olarak temsil belgesinde (vekâletnamede) özel yetkinin zorunlu kılınması, başka işlem ve hâller için kanun koyucunun özel yetki aramadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira özel yetkinin kanunda zorunlu kılındığı hâller, sınırlı değildir. Bu nedenle kanundaki düzenleme, “*tahdidi (sınırlı)*” değil “*tadadi (örnekseme)*” bir nitelik taşır. Çünkü özel yetkinin düzenlendiği hükümler (*normlar*), örnekseme yoluyla hukuk uygulamasına yol gösterir. Dolayısıyla bazı önemli durumlarda kanun koyucu özel yetki arayarak benzeri özel hâllerde de söz konusu yetkinin aranacağını öngörmüştür. Bu şekilde vekilin yetkilerinin sınırsız olmadığına vurgu yapmıştır. Aksine bir yorum, hükmün amacına aykırı düşer ve vekâletle ilgili birtakım sürprizlere de yol açar. Nitekim hâkim aleyhine tazminat davasının açılması, mümessilin kendi kendisiyle sözleşme yapması ve çifte temsil halleri için özel yetki aranması, bu yorum temelinde dayandırılmıştır⁷⁵. Kanuni düzenlemenin koruma amacından hareketle, genişletici yorumla böyle bir sonuca varmak mümkündür. Nitekim özel yetki gerektiren işlemler sadece TBK m. 504 ile de sınırlı değildir. Aynı şekilde, HMK m. 74’te ve diğer bazı kanunlarda da özel yetki gerektiren işlemler düzenlenmiştir. Özel yetkiyi gerektiren TBK ve HMK’daki hukuki işlemler, genel olarak kişinin malvarlığını azaltan ya da önemli derecede risk altına sokan işlemlerdir. Mirasın reddi de bu türden bir işlemdir. Dolayısıyla TBK ve HMK’daki düzenlemeler, genişletici yoruma tabi tutularak özel temsil yetkisinin varlığı aranmalıdır⁷⁶.

2. Kanunda Özel Yetkinin Bulunmasını Zorunlu Kılan Hallerin Sınırlı Sayıda (tahdidi) Olduğu (Örnekseme/Tâdâdî Olmadığı) Görüşü

Bu görüşe göre, her iki düzenlemedeki özel yetki gerektiren haller tahdidi yani sınırlı sayıdadır. Bunların tâdâdî/örnekseme olarak nitelendirilmesi, amaçsal yorum kuralı ile de bağdaşmaz. Amaçsal yorum, metnin taşıdığı açık ve tartışmasız anlamın değiştirme aracı olmamalıdır. Çünkü kanundaki sınırlamanın örnekseme (tâdâdî) olduğu metnin lafzından anlaşılabilir bir durumdur. Eğer kanun koyucunun amacı, özel yetkiyi gerektiren hallerin örnekseme olduğu yönünde olsaydı, bunu ifade etmek için çeşitli kavramlar (*ve benzeri*, ve

⁷³ EREN, Özel Hükümler, s. 733-734; GÜNAL, s. 27; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, s. 680.

⁷⁴ ŞENOCAK, Zarife, “Mirasın Reddi ve Özel Vekalet (Yargıtay’ın Verdiği bir Karar Dolayısıyla)”, AÜHF, 1996/1-4, s. 450; ODUNCU, s. 220 vd. Ayrıca bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, 10.Bası, İstanbul 2014, s.1179 vd.; YAVUZ/ ACAR/ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16.Bası, İstanbul 2019, s.655 dn.6, s.654 vd..

⁷⁵ İYİMAYA, Ahmet, “Temsil Yoluyla Bağtlanan Avukatlık Sözleşmesi İçin Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu Mudur?”, TBB Dergisi, 1993, Sayı 3-4, s. 371 vd.

⁷⁶ ŞENOCAK, s. 450-451; TANRIVER, Süha, “Genel Vekâlet (Temsil) Özel Vekâlet Ayırımı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1998, C. 2, S. 2, s.

saire gibi) kullanırdı. Oysa kanun koyucu söz konusu durumları, genişletmeye elverişli olmayan sözcüklerle ifade etmiştir. Bu nedenle kanundaki özel yetkiyi gerektiren haller “örnekseme/tâdâdi” değil “sınırlı/tahdidi”dir. Aksi takdirde, yorum yoluyla ek kurallar ihdas edilmiş olur. Böyle bir yöntem ise hukuka aykırıdır. Diğer yandan, söz konusu düzenlemelerle ilgili olarak ortada yorumu gerektiren ve nisbî kural koyma yoluyla (MK. 1) dolandırılması gereken bir hukuk boşluğu da yoktur. Zira hukuki boşluktan söz edilebilmesi için karşılaşılan sorunla ilgili olarak pozitif bir düzenlemenin yapılmamış olması gerekir. Oysa vekâlet sözleşmesi, uygulamadaki gereksinimi karşılayacak şekilde ve açık bir biçimde TBK m. 504’te kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, özel yetkiyi gerektiren hallerin sınırsız olduğu görüşü ile bu bağlamda yapılan tâdâdilik yorumu, maddenin bütünlüğü ve üçüncü fıkranın açıklığı karşısında hukuka uygun bir yaklaşım değildir⁷⁷.

III. MİRASIN REDDİ BEYANININ TEMSİLCİ ARACILIĞIYLA İLERİ SÜRÜLMESİ

Mirasın reddine ilişkin beyan, yazılı ya da sözlü olarak miras bırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine yapılır (TMK. m. 609/f. 1)⁷⁸. Genellikle vekâlet sözleşmesine dayalı temsil ilişkisi çerçevesinde vekil (*temsilci*) aracılığıyla yerine getirilir. Bu husus göz önünde bulundurularak vekâlet ile temsil ilişkisine kısaca değinmekte yarar vardır.

A. Vekâlet ile Temsil İlişkisi

Kural olarak hukuki işlemler, işlemi gerçekleştirmek isteyen kişi tarafından yapılmalıdır. Buna karşılık, kişinin işlemi yapmasında birtakım hukukî ya da maddi engellerinin olması mümkündür. Kişi, işlemi bizzat yapmak da istemeyebilir. Bu hususları göz önünde bulunduran kanun koyucu, temsil kurumunu düzenleyerek hukukî işlemlerin temsilci aracılığıyla yapılması imkânını düzenlemiştir. Temsil kurumu, maddi hukuka ait bir kavram olmakla birlikte usul hukukunda davaya vekâletle ilgilidir. Vekâlet ise vekil ile müvekkilin birbirine uygun irade açıklamasıyla (*öneri-kabul*) kurulan ve aralarında hüküm doğuran bir sözleşmedir. Vekâlet sözleşmesi ile vekil, vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlenir (TBK. m. 502/f.1). Vekil ile takip edilen davalarda müvekkil temsil edilir ve usul işlemleri onun adına yapılır. Yapılan işlemler, müvekkilin leh ve aleyhine sonuçlar doğurur⁷⁹. Dolayısıyla vekâlet ile temsil arasında yakın bir ilişki söz konusudur⁸⁰. Nitekim vekâlet, genellikle temsil yetkisini içeren bir işlemdir. Ancak vekâlet dışındaki başka sözleşmelerle (*hizmet veya ortaklık*) de temsil yetkisi verilebilir. Bu nedenle vekâlet ile temsilin ayırt edilmesi gerekir. Temsil ile vekâlet genellikle aynı sözleşme içerisinde birlikte yer alabilir ancak bu şart değildir. Bu nedenle, vekâlet olmadan yetki olabileceği gibi yetkiyi içermeyen vekâlet de söz konusu olabilir⁸¹.

Vekâletin; genel-özel, süreli-süresiz, münferit (*bireysel*), toplu, alt-ikame vekâlet şeklinde türleri vardır. Vekil, alışlagelmiş hukuki işlemleri genel vekâlet aracılığıyla yapar.

⁷⁷ İYİMAYA, s. 373 vd..

⁷⁸ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 508; İMRE/ERMAN, s. 365; ÖZTAN, s. 387 ve 390; Mirası ret süresi, kaçırılması ve uzatılması hakkında geniş açıklamalar için bkz. SEROZAN/ENGİN, s. 527 vd.

⁷⁹ ODUNCU, Leyla, “Bireysel Başvuru Kanun Yolu İçin Dava Vekâletnamesinde Özel Yetkinin Yer Alması Zorunluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004, C. XVIII, S. 1, s. 211-212.

⁸⁰ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku-Özel Hükümler, 10.Bası, İstanbul 2014 s.1157 vd.

⁸¹ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 719.

Buna karşılık, müvekkiline karşı açılan bir davada genel vekâletle onu temsil etmesi ya da onun adına dava açması mümkün değildir. Çünkü özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekir (TBK. m. 504/f. 3). Kanun koyucu, iradi temsili “davaya vekâlet” (HMK. m. 73), davaya vekâlet yetkisini gösteren belgeyi ise “vekâletname” kavramı ile ifade etmektedir (HMK. m. 76). Dolayısıyla vekâlet, kişiye verilen temsil yetkisi ile onun kapsamını belirleyen yazılı bir belgedir⁸².

Dava ehliyetine sahip kişi, davasını kendisi açıp takip edebilir ya da temsilci (vekil) aracılığı ile bunu gerçekleştirebilir (HMK. m.71, Avukatlık Kanunu 35/3). Aynı durum, kanuni temsilci için de geçerlidir. Kanuni temsilci de temsilcisi olduğu kişinin taraf olduğu davayı kendisi takip edebilir ya da bu amaçla vekil tayin edebilir. Tarafların veya kanuni temsilcilerinin iradelerine dayanan bu temsil türü, “iradi temsil”dir ve “davaya vekâlet” başlığı altında HMK’da düzenlenmiştir (HMK. m.71-83)⁸³. Davaya vekâlet konusunda boşlukla karşılaşılan hallerde, davanın vekil aracılığıyla açılması ve takip edilmesi ile ilgili kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak üzere, temsile ilişkin TBK. m. 40 vd. hükümleri uygulama alanı bulur⁸⁴.

B. Mirasın Reddinde Özel Yetkinin Gerekli Olup Olmadığı Hakkında Öğretide İleri Sürülen Görüşler ve Yargıtay Kararları

Öğreti ve uygulamada, mirasın reddine ilişkin irade beyanı için temsilcinin özel temsil yetkisine sahip olmasının gerekli olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında görüşler ileri sürülmüştür⁸⁵. Konuyla ilgili olarak öğreti ve Yargıtay’ın yaklaşımı şu şekildedir.

1. Öğretide İleri Sürülen Görüşler

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU’na göre, mirasçı adına ret beyanında bulunacak kişi özel bir yetkiye sahip olmalıdır. Nitekim bu husus tüzük m. 40’ta⁸⁶, “...talep bu konuda yetkisi olan vekil tarafından yapılmış ise...” şeklinde ifade edilerek konu açıklığa kavuşturulmuştur⁸⁷.

TANDOĞAN’a göre, söz konusu düzenlemelerde özel yetkinin aranması sadece müvekkili korumak amaçlı değildir, aynı zamanda vekille işlem yapan üçüncü kişileri de etkiler. Dolayısıyla kanundaki sayma örnek gösterme değil sınırlı bir sayma olarak kabul edilmelidir. Aksi takdirde işlem yapıldıktan sonra üçüncü kişiler tarafından özel yetkinin bulunmadığı ileri sürülerek, işlemin müvekkil bakımından önemli olduğu iddiasıyla mah-

⁸² ODUNCU, s. 213.

⁸³ Ayrıca 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda da (m.34-65 ve m.134- 162) davaya vekâlete ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Ancak söz konusu düzenlemeler genellikle müvekkil ile vekil arasındaki iç ilişki hakkındadır, ODUNCU, s. 213.

⁸⁴ ODUNCU, s. 213.

⁸⁵ GÜNAL, s. 27.

⁸⁶ Madde 40 – “Medeni Kanunun 549 uncu maddesi gereğince mirasçının mirası reddetmesi halinde, sulh hâkimince, reddeden mirasçının açık kimliği tespit edilir ve ayrıca bir tutanak düzenlenerek mirası reddedene veya talep, bu konuda yetkisi olan vekil tarafından yapılmış ise vekiline imza ettirilip, hakim ve zabıt katibince de imzalanır. Vekilin vekâletnamesi de bu tutanağa eklenir; durum, mahkemenin esas defterine işlenir. Ret için başvuran kimseye, mirasın reddi amacıyla başvurduğuna dair, mahkemenin esas defterinin kayıt numarasını ihtiva eden mahkeme mührü ile mühürlenmiş ve zabıt katibi tarafından kayda uygunluğu tasdik edilmiş bir belge verilir.”

⁸⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 604-605; ŞENOCAK, s. 451 dn. 4.

keme kanalıyla geçersiz kılınması mümkün olabilir. Bu durum ise hukuk güvenliğini tehlikeye atar. Buna karşılık, TBK'da özel yetkiyi gerektiren hallerde çok yakın benzerliği olan sınırlı hallerde ve dava ile ilgili bazı özenli işlemlerde sınırlı sayıda olma kuralından ayrılması bir dereceye kadar savunulabilir⁸⁸.

DURAL/ÖZ'e göre, ret beyanında bulunma kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak değildir. Dolayısıyla istenirse temsilci aracılığıyla kullanılabilir. Ancak ret beyanında bulunacak temsilcinin özel yetkiye sahip olması gerekir⁸⁹.

EREN'e göre, vekilin vekâlet veren adına mirası reddedebilmesi için özel yetkili olması gerekir⁹⁰.

ANTALYA/İPEK'e göre, ret beyanı kişiye sıkı surette bir hak olmadığı için temsilci aracılığıyla kullanılabilir. Ancak temsilcinin bu hususta özel yetkili olması gerekir⁹¹.

SEROZAN/ENGİN'E göre, mirası ret hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir hak değildir. Bu nedenle iradî temsilci (vekil) tarafından da kullanılmasının önünde bir engel yoktur. Ancak temsilcinin tüzük m.39 uyarınca mahkemeye imzası noterce onaylanmış özel bir vekâletname sunması gerekir⁹².

ZEVKLİLER/GÖKYAYLA'ya göre, özel yetkiyi gerektiren işlemler TBK'da sınırlı sayıda sayılmıştır. Ancak özel yetki gerektiren işlemlere benzerliği olan hususlarda da özel yetki aranabilir. Belirli bir ya da birkaç işlem için yetki verilen vekâletin kapsamı ve bu işler için yapılan bazı işlemlerin özel yetkiyi gerektirip gerektirmediği hususu, sözleşmenin yorumlanması yoluyla çözüme kavuşturulur. Özel yetki gerektiren bir işlem vekil tarafından yapılmışsa vekalet veren, icazet vermek suretiyle söz konusu eksikliği giderebilir⁹³.

HELVACI, tüzük m. 40'ta yer alan, "...talep bu konuda yetkisi olan vekil tarafından yapılmış ise..." şeklindeki ifadeden yola çıkarak, mirasçı adına ret beyanında bulunabilmesi için temsilcinin özel olarak yetkilendirilmiş olması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna karşılık, ret beyanında bulunan kişi temsil yetkisine sahip değilse TMK m. 5'in TBK genel hükümlerine yaptığı atıfla TBK m. 46/f. 1 çerçevesinde sorun çözüme kavuşturulmalıdır⁹⁴.

AKÇAAL ise Tüzük m. 39/II'deki düzenlemenin TMK. m. 609 hükmü gibi gerçek reddin şekline ilişkin olduğunu, hükmî reddin tespitine yönelik davada özel yetki içeren vekaletnamenin varlığının aranmaması gerektiğini ileri sürmüştür⁹⁵.

2. Yargıtay Kararları

Yargıtay, konuyla ilgili olarak değişik tarihlerde verdiği kararlarda iki farklı şekilde hüküm kurmuştur. Bu çerçevede, 11.7.1997 tarih ve E.1997/6795, K. 1997/8177 sayılı 2. Hukuk Dairesi kararında⁹⁶, temsilci aracılığıyla ret beyanında bulunulduğu takdirde özel

⁸⁸ TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 2010, s. 397.

⁸⁹ DURAL/ÖZ, s. 411-412.

⁹⁰ EREN, Özel Hükümler, s. 734.

⁹¹ ANTALYA/İPEK, s. 361.

⁹² SEROZAN/ENGİN, s. 523.

⁹³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 649.

⁹⁴ HELVACI, s. 71-71.

⁹⁵ AKÇAAL, s. 530.

⁹⁶ Yarg. 2. HD., T. 11.07. 1997, E. 1997/6795, K. 1997/8177 sayılı karar için bkz. Yasa Hukuk Dergisi, Y. 22, C. 18, S. 207 (1999/2), s. 201-202; Ayrıca bkz. ANTALYA/İPEK, s. 361; AYAN, s. 277 ve dn. 25; Söz konusu kararın kapsamlı değerlendirmesi hakkında bkz. ŞENOCAK, s. 449 vd.

yetkinin gerekli olmadığı, genel yetkinin yeterli olduğu yönünde hüküm kurmuştur⁹⁷. Buna göre,

“...Vekâlet, vekilin yapması gereken işin gerektirdiği tüm işlemleri kapsar. Ancak özel yetkisi olmadan vekil dava açamaz, sulh olmaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, başışlayamaz, bir taşınmazı temlik veya bir hak ile sınırlayamaz (BK. md. 388). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 63. maddesi gereği bunlara ilaveten, ibrada bulunamaz, davayı kabul veya davadan feragat edemez, yöneltilen yemini kabul veya dava konusunu kabz edemez ve haczi çözdüremez. Bunların dışında hâkimlerin reddi (HUMK. 33), başkasına vekâlet verilmesi (BK. 390, Avukatlık K.171), hâkimler aleyhine dava açılması, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılması da özel yetki gereken haller arasında öngörülmüştür. Niteliği itibarıyla şahsa sıkı sıkıya bağlı (evlenme gibi) hakların bizzat kullanılması zorunlu ise de, diğer şahsa bağlı haklar özel yetkili vekil aracılığı ile kullanılabilir.

Vekilin müvekkilinden özel yetki alması gereken haller kanunlarda sayılmıştır. Borçlar Kanunu'nun 388. maddesinde ortaya konan genel sınırlamanın istisnası kanunda gösterilmedikçe, genel kural uyarınca, vekilin işin gerektirdiği tüm yetkilerle donatıldığını kabul işlem güvenliği ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Özel yetki gerektiren haller benzetme yolu ile genişletilemez. Tereke üzerinde tasarruf şahsa bağlı haklardan değildir. Yasaların öngörmediği bir konunun tüzükle benimsenmesine geçerlilik tanınamaz. Medeni Kanun velayet, vesayet ve miras hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Tüzüğü'nün 40. maddesinde öngörülen “talep bu konuda yetkisi olan vekil tarafından yapılmış ise” ibaresi yasada yer almadığından mirasın reddinin özel vekâletname gerektirdiği şeklinde yorumlanamaz. Buradaki sözler işin gereği konusunda genel vekâletnamenin bulunmasını ifade eder.” şeklinde hüküm kurarak, temsilci aracılığıyla ret beyanında bulunulduğu takdirde özel yetkinin gerekli olmadığı, genel yetkinin yeterli olduğu yönünde karar vermiştir. Daha sonraki yıllarda verdiği kararlarda ise bu görüşünü değiştirmiş, mirasın reddi için özel yetkinin şart olduğuna hükmetmiştir⁹⁸. Buna göre,

“Vekalet sözleşmesinin kapsamı sözleşmedeki açıklamalara veya vekil edenin talimatına göre belirlenir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 62. maddesi; davaya vekâletin kanunda özel yetki verilmesini gerektiren hususlar saklı kalmak üzere hüküm kesinleşinceye kadar davanın takibi için gereken bütün işlemlerin yapılmasını, hükmün yerine getirilmesini, yargılama giderlerinin tahsil edilmesini, buna ilişkin makbuz verilmesini ve bu işlemlerin tamamlanmasını kapsayacağını hükme bağlamıştır. Ancak işin mahiyeti özel bir temsil yetkisini gerektiriyorsa, işlemin yapılması bu nitelikteki vekaletnamenin varlığını zorunlu kılmaktadır. (BK.m.388/3) Borçlar Yasasının 388 ve Hukuk usulü Muhakemeleri Yasasının 63. maddesindeki haller sınırlayıcı değildir. Mirası reddetmek isteyen mirasçı miras bırakanın son yerleşim yerindeki sulh hakimine yapacağı sözlü yahut yazılı irade açıklamaları ile mirası reddedebilir. (MK.m.605, 606, 609) Bu irade açıklaması bozucu yenilik doğurucu nitelikteki hukuki muameledir. Kazanılmış mirasçılık sıfatı geçmişe etkili olarak kalkmaktadır. Mirasçı adına ret beyanında bulunan vekilin (temsilcinin) bu tasarrufu

⁹⁷ GÜNAL, s. 28-29.

⁹⁸ Yargıtay, konuyla ilgili bir başka kararında ise, “...Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü'nün 39/2. maddesine göre mirasın reddi istemi için vekilin vekâletnamesinde özel yetki bulunması gerekir. Dosyaya ibraz edilen davacıardan Birgül dışındakilerin vekâletnamesinde bu konuda yetki bulunmamaktadır. Davacılar vekilinden mirasın reddi yetkisini içeren vekâletname ibrazının istenmesi, eksikliğin ikmalinden sonra dosyanın gönderilmesi için mahal mahkemesi geri çevrilmesine oybirliği ile karar verildi...” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 2. HD., T. 30.09.2004, E. 2004/9602, K. 2004/10936, (<https://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=69773>), (Erişim Tarihi: 16.02.2020).

yapabilmesi için özel yetkisinin bulunması zorunludur. 24.7.1965 günlü velayet, vesayet ve miras hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Tüzüğün 40 ve 12.8.2003 tarihli yeni Tüzüğün 39. maddelerinde özel yetkili vekilin mirası reddedebileceği açıklanmıştır.” şeklinde hüküm kurmuştur⁹⁹.

Konuyla ilgili bir başka kararında ise, “...Vekalet sözleşmesinin kapsamı sözleşme-deki açıklamalara veya vekil edenin talimatına göre belirlenir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 62. maddesi; davaya vekaletin kanunda özel yetki verilmesini gerektiren hususlar saklı kalmak üzere hükmün kesinleşinceye kadar davanın takibi için gereken bütün işlemlerin yapılmasını, hükmün yerine getirilmesini, yargılama giderlerinin tahsil edilmesini, buna ilişkin makbuz verilmesini ve bu işlemlerin tamamlanmasını kapsayacağını hükme bağlamıştır. Ancak işin mahiyeti özel bir temsil yetkisini gerektiriyorsa, işlemin yapılması bu nitelikteki vekaletnamenin varlığını zorunlu kılmaktadır. (BK. m. 388/3) Borçlar Yasasının 388 ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 63. maddesindeki haller sınırlayıcı değildir. Mirası reddetmek isteyen mirasçı miras bırakanın son yerleşim yerindeki sulh hakimine yapacağı sözlü yahut yazılı irade açıklaması ile mirası reddedebilir. (MK. m. 605, 606, 609) Bu irade açıklaması bozucu yenilik doğurucu nitelikteki hukuki muameledir. Kazanılmış mirasçılık sıfatı geçmişe etkili olarak kalkmaktadır. Mirasçı adına ret beyanında bulunan vekilin (temsilcinin) bu tasarrufu yapabilmesi için özel yetkisinin bulunması zorunludur. 12.08.2003 günlü velayet, vesayet ve miras hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Tüzüğün 39. maddelerinde özel yetkili vekilin mirası reddedebileceği açıklanmıştır. Miras bırakan Ahmet 09.10.2004'de ölmüştür. Ölüm tarihinden 2 ay 6 gün geçtikten sonra mirasçılar mirası ret iradelerini 15.12.2004'de vekil aracılığı ile açıklamışlardır. 18.10.2004 günlü vekaletnamede mirasın reddini içeren yetki yoktur. Ancak mirasın üç aylık sürede reddedildiği de açıktır. (MK. m. 606) Yargılama sırasında vekaletnamedeki eksiklik dikkate alınarak mirasın reddini de içine alan 28.01.2005 tarihli özel vekaletnamede mahkemeye ibraz edilmiştir. Bu şekilde yetkisiz vekilin yaptığı ret işlemine icazet verilmiştir. (HUMK. m. 60, BK. m. 38) İcazet davaya vekalet halinde de uygulanır. Yukarıdaki açıklamalar karşısında dava kabul edilip, tüzük hükümleri gereğince işlem yapılması gerekirken yazılı gerekçe ile isteğin reddedilmesi yerine değildir...” şeklinde hüküm kurmuştur¹⁰⁰.

⁹⁹ Yarg. 2. HD., T. 22. 02. 2005, E. 2004/15954, K. 2005/2593 sayılı kararı için bkz. <http://mirasdavalari.com/2015/11/26/mirasin-reddi-icin-vekile-ozel-yetki-verilmesi-sart-midir/>; (Erişim Tarihi: 01. 01. 2019).

¹⁰⁰ Yarg. 2. HD., T. 12. 05. 2005, E. 2005/4968, K. 2005/7785 sayılı karar için bkz. (<https://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=69773>), (Erişim Tarihi: 16.02.2020); Yargıtay konuyla ilgili bir başka kararında ise, “...Dairemizin 17.12.2015 tarih, 2015/13823-11716 E.K. sayılı ilamıyla davacılar vekilinin Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğünün 39. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca vekilin vekâletnamesinde mirasın reddi yetkisi bulunmadığı anlaşıldığından bu yetkiyi içeren özel vekâletnamenin temin edilmesi amacıyla dosya mahalline iade edilmiş, sadece davacı...’a ait özel yetkili vekalet temin edilerek dosya Dairemize gönderilmiştir. Dairemizin 14.11.2016 tarih, 2016/5130-9370 E. K. sayılı ilamında davacı...’nin avukatına verdiği vekâletnamede mirasın reddi yetkisini içeren ibare bulunmadığından temin edilmesi amacıyla dosya mahalline iade edilmiş, ancak özel yetkili vekâletname temin edilmeden dosya Dairemize gönderilmiştir. Son olarak Dairemizin 02.05.2017 tarih, 2017/1006-3586 E.K. sayılı ilamında; 14.11.2016 ve 17.12.2015 tarihli mahalline iade kararlarının gereği yerine getirilmemiş olduğundan bir daha yazışmaya sebebiyet verilmemesi için, mahalline iade kararının özenle okunması,...’nin özel yetkili vekâletnamesinin ilgisinden temin edilmesi için gereğinin yerine getirilmemesinin sonuçlarının hatırlatılarak tebligat yapılması ve daha sonra Dairemize gönderilmesi için dosya mahalline iade edilmiş, ihtarath tebligata rağmen davacı...’ye ait özel yetkili vekâletname dosyaya sunulmamıştır. Davacılarından...’nin avukatına verdiği vekâletnamede mirasın reddi yetkisini

Yargıtay, hükmi reddin tespiti davasının açılması durumunda da vekilin özel yetkiye sahip olması gerektiğine hükmetmiştir. Nitekim konuyla ilgili verdiği bir kararda¹⁰¹;

“...Dava, mirasbırakan Fevzi Yavaş'ın mirasının hükmen reddine ilişkindir... Kabulde göre de Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü'nün 39/II. fıkrası gereğince mirasın reddi yetkisini içeren özel vekâletname sunulması zorunlu olmasına rağmen davacı vekilinin vekâletnamesinde özel yetki bulunmaması da doğru değildir...” şeklinde karar vermiştir¹⁰².

Yargıtay, vekâletnamede özel yetki verilmemişse bu eksikliğin giderilmesi amacıyla süre verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Nitekim konuyla ilgili bir kararda¹⁰³, “...Davacıların Av. S. S. Y. ve Av. S. A. 'e verdikleri vekâletnamede mirasın reddini içeren özel yetki bulunmadığından davacılar vekillerine özel yetkiyi içeren vekaletname sunması için süre verilmesi ve bu eksikliğin tamamlattırılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken bu hususun göz ardı edilmesi de yerinde değildir...” şeklinde hüküm kurmuştur¹⁰⁴.

3. Değerlendirme ve Kanaatimiz

Mirasın temsilci aracılığıyla reddinde özel yetkinin gerekli olup olmadığı ile ilgili gerek öğretide ileri sürülen görüşlerde gerekse Yargıtay'ın çoğunluk kararlarında tüzük m. 40'ta yer alan “...talep bu konuda yetkisi olan vekil tarafından yapılmış ise...” şeklindeki ifadenin, “özel yetki” şeklinde yorumlanarak çözüme kavuşturulmaya çalışıldığı görülmektedir. Buna karşılık, özel yetkinin neden gerekli olduğu hususunda makul ve tatmin edici gerekçeler kanaatimizce ortaya konamamıştır. Özel yetki gerektiren hususların TBK ve HMK'da özel olarak düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda, kanunda düzenlemeyen bir hususla ilgili olarak tüzük yoluyla özel bir düzenleme getirildiğinin ileri sürülmesi de tartışmaya açık bir başka husustur. Bu çerçevede sorunun çözümü, kanaatimizce mirasın reddinin hukuki niteliğinde aranmalıdır. Öğretide ileri sürülen bizim de katıldığımız görüşe göre mirasın reddi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır (münhasıran şahsa bağlı hak).¹⁰⁵ Zira mirasçı ret hakkını kullanmakla sadece mirasla ilgili parasal meseleleri değil mirasçılık ilişkisine bağlı bütün sonuçları ortadan kaldırmaktadır¹⁰⁶. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar da önemli olan, hakkın kullanılıp kullanılmayacağına hak sahibinin bizzat karar vermesidir.

içeren özel yetki bulunmadığı ve az yukarıda anlatılan safahate rağmen halen dosya içerisine sunulmadığından, adı geçen davacı hakkında davanın reddine karar verilmesi gerekirken mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru değildir...” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 14. HD, E. 2017/5545, K. 2018/1698, T. 07.03.2018 sayılı karar için bkz., www.kazanci.com (20.02.2020).

¹⁰¹ Yarg. 14. HD., T. 23.1.2017, E. 2016/4147 - K. 2017/456.

¹⁰² AKÇAAL, s. 530 ve dn. 58.

¹⁰³ Yarg. 14. HD., T. 31.3.2016, E. 2015/12478 K. 2016/3850.

¹⁰⁴ AKÇAAL, s. 530 ve dn. 59.

¹⁰⁵ CR CC I – WERRO,F./SCHIMIDLIN,I., art.19 29 vd.. Ayrıca bkz. HELVACI, Serap, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1993; KURT, Ekrem, “Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2-2/ Temmuz-Ağustos 2016, s. 122-150.

¹⁰⁶ ZK- ESCHER, Art. 566 vd. N.20 ve Art. 569, N. 1; CR CC II – SANDOZ;S.,art.567 n.1, art.578 n.27, art.579 n.1.

Hakkın kullanılmasına karar verildikten sonra bununla ilgili usul işlemlerinin temsilci aracılığıyla yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır¹⁰⁷.

Ret hakkının hukuki niteliğinin bu şekilde tespit edilmesinden sonra, hakkın temsilci aracılığıyla kullanılmasında özel yetkinin gerekli olup olmadığı konusunda HMK. m. 74 hükmü yol göstermektedir. Vekilin bazı işlemleri yapabilmesi için özel yetkinin gerekliliğini düzenleyen söz konusu hükmün son cümlesinde “...hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez.” ifadesi yer almaktadır¹⁰⁸. Kanun’un bu düzenlemesine göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakla ilgili olarak vekilin dava açabilmesi için özel yetkili olması gerekir. Belirttiğimiz üzere, mirasın reddinin münhasıran şahsa bağlı bir hak olduğu dikkate alındığında, ret ile ilgili olarak temsilci/vekil aracılığıyla yapılacak işlemlerde özel yetki aranmalıdır. Dolayısıyla özel yetkinin gerekliliğinin hukuki dayanağı tüzük düzenlemesi değil mirasın reddinin münhasıran şahsa bağlı hak olmasıdır. Buna karşılık, mirasın hükmen reddinde ise terekenin borca batık olup olmadığına ilişkin bir tespit yapıldığından -münhasıran şahsa bağlı bir hakkın kullanılarak mirasbırakanla olan ilişkiyi sonlandırmaya yönelik bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması söz konusu olmadığından- genel yetki ile mirasın hükmen reddinin tespiti davasının temsilci tarafından açılması mümkündür.

KAYNAKÇA

AKÇAAL, Mehmet, “Hükmî Reddin Tespiti Davası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, C. 25, S. 2, s. 520-540.

ANTALYA, Gökhan/SAĞLAM, İpek, Miras Hukuku, Üçüncü Baskı, İstanbul 2015.

ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk, Cilt I, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2019.

AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2016.

DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2017.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019.

ESCHER, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Die Erbgang (Art. 537-640), Dritte Auflage, Zürich 1960.

GÜNAL, Aydın Ebrar, Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi- Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2016).

HELVACI, İlhan, Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanunu’na göre Mirasın Reddi (MK. m. 605- MK. m. 618), İstanbul 2002.

HELVACI, S., Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1993.

¹⁰⁷ **OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami**, Medenî Hukuk, 21. Bası, İstanbul 2015, s. 167; **ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat**, Medeni Hukuk, Cilt I, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2019, s. 217; **KURT**, s. 129.

¹⁰⁸ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Türk Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, 10.Bası, İstanbul 2014, s.1181; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16.Bası, İstanbul 2019, s.655 dn.6, s.656.

İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 13. Basım, İstanbul 2017.

İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ ALBAŞ, Hakan, Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş Güncellenmiş 10. Bası, Ankara 2019.

İYİMAYA, Ahmet, “Temsil Yoluyla Bağitlanan Avukatlık Sözleşmesi İçin Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu Mudur?”, TBB Dergisi, 1993, Sayı 3-4, s. 362-384.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Miras Hukuku, Genişletilmiş 8. Bası, Ankara 2018.

KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.

KURT, Ekrem, “Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2-2/Temmuz-Ağustos 2016, s. 122-150.

ODUNCU, Leyla, “Bireysel Başvuru Kanun Yolu İçin Dava Vekâletnamesinde Özel Yetkinin Yer Alması Zorunluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004, C. XVIII, S. 1, s. 209-241.

ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Sekizinci Bası, Ankara 2017.

PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I,15. Bası, İstanbul 2017.

PETEK, Hasan, “Mirasın Hükmen Reddi”, (<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/3-Hasan-PETEK.pdf>), (Erişim Tarihi: 10.02.2020), s. 2191-2192.

PIOTET, Paul, Schweizerisches Privatrechts, Vierter Band, Erbrecht, Zweiter Halbband, Basel und Stuttgart 1978.

SANDOZ, S., Commentaire Romand, Code Civil II, Art.457-977 CC, Bale 2016.

SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2018.

ŞENOCAK, Zarife, “Yargıtay’ın Vermiş Olduğu Bir Karar Dolayısıyla”, AÜHFD, 1996/1-4, s. 449-451.

STEINAUER, P.-H., Le droit des successions, 2.éd., Berne 2015, s. S.507 n.956

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 2010.

WERRO, F. / SCHIMIDLIN, I., Commentaire Romand, Code Civil I, Art.1-359 CC, Bale 2010.

YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, 10.Bası, İstanbul 2014.

YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16.Bası, İstanbul 2019.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016.

**^{4f}UYGULAMADA AMACINA ULAŞAMAYAN BELİRSİZ ALACAK
DAVASINA İLİŞKİN HÜKÜM YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMALIDIR**
(*THE PROVISION ON INDEFINITE DEBT ACTION, WHICH FAILED ITS PURPOSE IN
PRACTICE, SHOULD BE REPEALED*)

Prof. Dr. Ejder YILMAZ* **

ÖZ

Belirsiz alacak davası, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107 nci maddesiyle kabul edilmiş bir davadır. İstisnai bir dava türü olan bu dava, dava konusu miktarın başlangıçta belirlenmesinin mümkün olmadığı bazı tazminat davaları için kabul edilmiştir. Bu davalar için niteliği gereği, asgarî miktar üzerinden az bir harç ödenerek açılır; alacağın yargılama (dava) sürecinde belirlenmesi üzerine davacı, davayı değiştirme yasağına tâbi olmaksızın talebini arttırabilir. Bunun yanısıra belirsiz alacak davasında zamanaşımı kesilmesi, kısmî davadan farklı olarak, alacağın tümü bakımından ortaya çıkar. Dava konusunun belli veya belirlenebilir olması halinde, belirsiz alacak davası açılmaz; buna rağmen belirsiz alacak davası açılmışsa, bu dava hukukî yararın bulunmaması sebebiyle dava şartı eksikliğinden dolayı reddedilir. 6100 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden bu yana on yıl geçmiş olmasına rağmen, hangi hallerde belirsiz alacak davası açılabileceği veya açılmayacağı konusunda uygulamada büyük tereddütler bulunmakta ve Yargıtay çelişkili kararlar vermektedir. Özellikle iş uyuşmazlıklarında daha belirgin olarak ortaya çıkan bu durum, hukukî güvenli açısından sakıncalar yaratmaktadır. Bu durum içtihadı birleştirme konusu olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'na getirilmiş ise de, Kurul, bu talebi reddetmiş ve konuyu her somut olayla ilgili olarak uygulamaya bırakmıştır.

Anahtar Kelimeler: Belirsiz alacak davası; kısmî dava; hak arama özgürlüğü; likit alacak; davayı genişletme yasağı; usul ekonomisi; hukukî yarar; iş uyuşmazlıkları; dava şartı; hukukî güvenlik ilkesi.

ABSTRACT

Indefinite debt action is a type of action which was created with Article 107 of the Code of Civil Procedure numbered 6100. This exceptional type of action was conceived for compensation claims for which it is not possible to determine the amount in question at the time of filing the action. These actions are filed with paying a partial court fee at the minimum amount due to the nature of the claim; upon determination of the exact amount during the litigation (action) process, the plaintiff is permitted to increase the request without

^{4f} Eserin dergimize geliş tarihi: 30.05.2021. İlk hakem raporu: 03.06.2021. İkinci hakem raporu: 24.06.2021. Onaylanma tarihi: 24.06.2021.

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4442-035X.

Esere Atf Şekli: Ejder Yılmaz, "Uygulamada Amacına Ulaşamayan Belirsiz Alacak Davasına İlişkin Hüküm Yürürlükten Kaldırılmalıdır", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.695-726.

being subject to the prohibition of changing the claim. Furthermore, the statute of limitations in indefinite debt actions arises in terms of the entire claim, unlike actions with partial claim. If the amount of the debt is certain or determinable, an indefinite debt action is not allowed; when this is the case, the action gets dismissed due to lack of legal interest, which is a procedural requirement. Although ten years have passed since the of Law No. 6100 entered into force, there are great hesitations in practice as to under what circumstances an indefinite debt action can or cannot be filed and the Court of Cassation renders contradictory opinions regarding the matter. This situation, which is more evident especially in labor disputes, causes harm in terms of legal security. Although this matter was brought before the Court of Cassation's Grand General Assembly for Consolidation of Opinions, the Assembly rejected this request and left the matter to the practice in a case-by-case basis.

Keywords: Indefinite debt action, action with partial claim, right to legal remedies, liquid claim, prohibition of expanding the claim, procedural economy, legal interest, labor disputes, procedural requirement, principle of legal security

A) GENEL OLARAK BELİRSİZ ALACAK DAVASI

I- BELİRSİZ ALACAK DAVASINI DÜZENLEYEN HÜKMÜN TARİHSEL GELİŞİMİ:

Belirsiz alacak davası (HMK m.107) hukuk sistemimize, 2011 tarihinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile girmiştir; 1086 sayılı (eski) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda belirsiz alacak davasını düzenleyen bir hüküm bulunmadığı gibi, uygulaması da yoktu. TBMM'ye sunulan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda yer almayan bu hüküm, daha sonra TBMM Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir. Bu eklemenin gerekçesi ve bir anlamda, belirsiz alacak davasının amacı ayrıntılı olarak şöyle ifade edilmiştir:

«**Hak arama durumunda olan kişi**, talepte bulunacağı hukukî ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgarî olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, **alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilir**. Özellikle, zararın baştan belirlenemediği, ancak bir incelemenin sonra tam olarak tespiti mümkün olan tazminat taleplerinde böyle bir durumla karşılaşılabilmesi söz konusudur. Hukuk sistemimiz içinde, **böyle bir durumla karşılaşan kişinin hak araması bakımından birçok güçlük söz konusudur**. Öncelikle kendisinden aslında tam olarak bilmediği bir alacak için dava açması istenmekte, ayrıca, daha sonra kendi talebinden daha fazla bir miktar alacağının olduğu ortaya çıktığında da bunu **davayı genişletme yasağı** çerçevesinde ileri sürmesi mümkün olabilmekteydi. Böyle bir durumda, gerçekten bilinmeyen bir alacak için dava açmaya zorlamak gibi, hak aramanın özülüyle izah edilemeyecek bir yol ve aslında tarafın kendi ihmali ya da kusuru olmadığı hâlde bir yasakla karşılaşması gibi de bir engel söz konusuydu. Oysa, **hak arama özgürlüğü**, böyle bir sınırlamayı ve gerçek dışı davranmaya zorlamayı değil, gerçekten hakkı ihlâl edilen veya ihlâl tehlikesi altında olan kişiyi, mümkün olduğunca geniş şekilde korumayı amaçlamalıdır. Son dönemde, gerek mukayeseli hukukta gerekse Türk hukukunda artık salt hukukî korumanın ötesine geçilerek "**etkin hukukî koruma**"nın gündeme gelmiş olması da bunu gerektirir. Kaldı ki, miktar ya da değeri belirsiz bir alacak için dava açılması gerektiğinde birtakım sınırlamalar getirmek, dava içinde yeni taleplere veya o davanın dışında yeni davalara yol açarak, usul ekonomisine aykırı bir durum da meydana getirecektir. Ayrıca, miktarı veya değeri bilinmeyen bir alacak için klasik kısmî davanın da tam bir çözüm üretmediği gerçektir. Belirsiz alacak ve tespit davalarına

ilişkin hükümlerin mukayeseli hukukta da yer aldığı dikkate alınarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukukî ilişki ile asgarî bir miktar ya da değer belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da **değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı** ya da bu **objektif olarak imkânsız olmalıdır**. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılmaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez. Belirsiz alacak davası veya tespit davası açılması hâlinde, alacaklı, tüm miktarı belirtmese dahi, davanın başında **hukukî ilişkiyi** somut olarak **belirtmek** ve tespit edebildiği ölçüde de **asgarî miktarı göstermek durumundadır**. Maddenin ikinci fıkrasında, belirsiz alacak veya tespit davası açılabilen durumlarda, miktar ya da değer tespit edildiği anda, alacaklının **iddianın genişletilmesi yasağından etkilenmeksiz talebini arttırabileceği** belirtilmiştir. Kural olarak, bir davada başlangıçta belirtilen miktar veya değer artırılması, iddianın genişletilmesi yasağına tâbidir. Bunun amacı, davacının dava açarken hakkını kötüye kullanmaması, daha özenli davranması, yargılamayı gereksiz yere uzatmamasıdır. Oysa, baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacak için, davacının böyle bir ihmal ya da kusurundan söz edilemez. Bu sebeple, belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hâle gelmişse, davacının, **iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın** davanın başında belirtmiş olduğu **talebini arttırabilmesi** benimsenmiştir. Davacı, sınırlama ve yasağına tâbi olmadan, sadece talepte bulunmak suretiyle yeni miktar üzerinden yargılamaya devam edilmesini isteyebilecektir. Şüphesiz, alacağın belirli hâle gelmesini müteakip ortaya çıkan yeni talep eksik belirtilmişse, bundan sonra yeni bir artırma isteği iddianın genişletilmesi yasağıyla karşılaşacaktır. Çünkü, bu hâlde belirsizlik değil, davacının kendi ihmalden kaynaklanan bir durum söz konusudur. “Edâ davasının açılabilirdiği hallerde tespit davası açılmaz” yollu önermenin hak-arama özgürlüğünün ulaştığı kapasite ve hukuki yarar koşulunun muhtevası karşısında geçerliği yoktur. Miktarı belirsiz alacaklarda zamanışının dolmasına çok kısa sürenin varolduğu hallerde yalnızca tespit yahut kısmî edâ ile birlikte tespit davasının açılabilirdiği genel olarak kabul edilmektedir. Davacı, söz gelimi bir tazminatın tahsili yerine alacağın miktarının ve borçlunun sorumlu olduğunun tespitini hedefleyen bir dava açabilir, açabilmelidir. Bu dava, **zamanışımını kesecek**, davada istihsal olunan ilam genel haciz yoluyla takibe konabilecek, itiraz halinde borçlunun göze alamayabileceği icra-inkar tazminatı yaptırımını devreye girebilecektir. Öte yandan tespit davası, dava ekonomisi yönünden edâ davasına nazaran taraflar için daha avantajlıdır. Tespit davasının taraf barışını kolaylaştıran bir karakteri de vardır. Alacaklı, yalnızca edâ davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmî edâ ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahiptir. Hak-arama özgürlüğünün (Any. m.36, İHAS m.6) özünde varolan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamaz. Model, belirtilen seçenekleri alacaklıya usulî bir hak olarak tanımaktadır. Esasen tam veya kısmî olmasına bakılmaksızın her edâ davasının temelinde bir külli tespit unsuru vardır. Başka deyimle edâ hükmünde tertip olunan her durumun arkasında sorumluluk saptanmasını içeren bir zorunlu ön tespit kabulü mevcuttur. Tasarıda öngörülen modelde, tespit davasının hukuki ilişkilerin tespiti yanında hakkın tespiti de istenebilmesi, edâ davasının açılabilirdiği hallerde hukuki menfaat koşulunun gerçekleşmiş sayılması kabulü çözümünü (paradigmayı) güçlendirmektedir. Bir davanın

açılması ile doğacak olan maddi ve şekli hukuk sonuçlarının (zaman aşımının kesilmesi ve diğerleri) tespit davalarında aynen geçerli olacağı kuşkusuzdur. Önerge ile varolması gereken bir usulî imkân hukukumuzda kazandırılmış olacaktır¹.

Belirsiz alacak davası ile ilgili 107 nci madde hükmü, başlangıçta üç fıkradan oluşmaktaydı; kenar (üst) başlığı da, “Belirsiz Alacak ve Tespit Davası” şeklinde idi. Bu haliyle hükümde, “belirsiz alacak davası” ve “belirsiz tespit davası”² şeklinde iki ayrı dava türü düzenlenmişti.

Bu hüküm, “uygulamada belirsiz alacak davasıyla ilgili görülen sorunlara çözüm bulunması amacı” ile, yapılan eleştiriler doğrultusunda³, 7251 sayılı Kanun (m.7) tarafından değiştirildi; bunun sonucunda, “belirsiz tespit davası” ile ilgili üçüncü fıkra hükmü yürürlükten kaldırıldı ve böylece, “belirsiz tespit davası” açılması olanağı ortadan kalktı⁴.

¹ TBMM, Dönem: 23 Yasama Yılı: 3 (S. Sayısı: 393) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s.143-145.

² Belirsiz tespit davası hakkında bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, cilt 2, Ankara 2017, s.1650 vd; Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s.119 vd; İbrahim Ercan, Belirsiz Alacak ve Tespit Davası, Konya 2013, s.21 vd.

³ Bu konuda bkz. Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, cilt 2, s.1589 vd.

⁴ Değişikliğin ilgili kısmının gerekçesi şöyledir: «... Maddede yapılan diğer değişikliklerle, maddenin **üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmaktadır**. Bu fıkra, “Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, **tespit davası da açılabilir** ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.” şeklindedir. Soyut bir şekilde değerlendirildiğinde fıkra hükmünün kısmi dava veya tespit davasına ilişkin hükümler arasında yer alması gerektiği düşünülebilir. Ancak fıkra, belirsiz alacak davasını düzenleyen 107 nci madde içinde düzenlenmiş ve “Ayrıca” ibaresiyle başlayarak maddenin birinci ve ikinci fıkralarıyla bağlantı kurulmuştur. Bu düzenleme tarzı ve fıkraya ilişkin gerekçe metni sebebiyle fıkra bahsedilen **tespit davasının mahiyeti doktrinde eleştirilmiş ve uygulamada da hangi davaların bu kapsamda kaldığı tereddüde yol açmıştır**. Belirsiz alacak davası olarak nitelenebilecek bir davanın kısmi dava şeklinde açılmasının mümkün olup olmadığından, eda davası açılabilir hâllerde tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunup bulunmadığına kadar pek çok konu bu kapsamda tartışılmaktadır. Belirsiz alacak davasında, alacak miktarının tam ve kesin olarak belirlenememesi, dava açılırken asgari bir miktar ya da değerini belirtilmesiyle alacağın tamamının talep edilmiş (hukuken himaye görmüş) sayılması ve alacağın tamamı için zamanaşımının kesilmesi karşısında, belirsiz alacak davasının kısmi dava şeklinde açılmasının mümkün olmadığı ifade edilmekte ve alacağın tamamının dava edildiği bu durumda tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığı belirtilmektedir. Buna karşılık belirsiz alacak davasına ilişkin talebin, kısmi dava şeklinde de ileri sürülebileceği, çünkü kısmi dava için alacağın bölünebilir olmasının yeterli olduğu da dile getirilmektedir. Üçüncü fıkranın konumu ve lafzı sebebiyle, kısmi eda davasının açılabilirliği her durumda tespit davası da açılabilirliği; kısmi eda davası ile birlikte kısmi tespit davası açılabilirliği; kısmi eda davası yerine bütünüyle külli tespit davası açılabilirliği; kısmi eda davası ile birlikte aynı zamanda kısmi tespit davası açılmayacağı; eda davası açılabilirlik her durumda değil, ancak belirsiz alacak davasının koşulları oluşmuşsa kısmi eda davasıyla birlikte külli tespit davası açılabilirliği gibi pek çok farklı görüş uygulamada ve doktrinde ileri sürülmektedir. Bütün bu tartışmalar ışığında üçüncü fıkrada düzenlenen **tespit davasının tam olarak hangi alanı düzenlediği konusunda netlik olmadığı değerlendirildiğinden**, bu fıkranın yürürlükten kaldırılmasında fayda görülmemiştir. Fıkra yürürlükten kaldırıldığından bu kapsamda dava açmak isteyenlerin hakları, mevcut düzenlemeler çerçevesinde korunabilecektir. Yapılan değişiklikle 107 nci maddenin üçüncü fıkrası hükmü yürürlükten kaldırıldığından, madde başlığı da buna uygun olarak “Belirsiz alacak davası” şeklinde değiştirilmektedir» (Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi: 27, Yasama 3, Sıra Sayısı: 216; İstanbul Milletvekili Abdullah Güler ve Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili Tokat Milletvekili Özlem Zengin ile 128 Milletvekilinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Ka-

Bu vesileyle konuyla doğrudan ilgili bulunması bakımından, 6100 sayılı Kanunun “**kısmî dava**” ile m.109 hükmüne de değinmek gerekmektedir. Bu maddenin ikinci fıkrasında yer alan “Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dava açılmaz” hükmü vardı. Bu fıkra hükmü, uygulamada **kısmî dava hakkını yok ettiği gerekçesiyle**, 6644 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırıldı⁵. Bu değişikliğin sonucunda,

nunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2735) ve Adalet Komisyonu Raporu), s.10-11.

⁵ «Kısmî dava ikame etme hakkının pozitif ve süpra pozitif sınırı, hakkın kötüye kullanılması yasağı (usuli dürüstlük ilkesi)dir (TMK m.2, HMK m.29, Any. m.2, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü, m.38/1-c). Açılmış bir kısmî davanın dürüstlük kuralına uygunluğu veya aykırılığı sorunu, her davanın niteliğine ve somutlandırılmasına göre çözülebilecek bir sorundur. Açıkça belirli veya tartışmasız alacaklar bakımından öngörülen “kısmî dava açma yasağı”, gerek maddi ve gerekse şekli hukuk, özellikle usuli dürüstlük ilkeleriyle bağdaşmaz. Gerçekten; a) Kesin alacağa vücut veren hukuki sebebe yönelik geçersizlik itirazlarının talebi çöktürme olasılığı daima mevcuttur. Bu risklere karşı alacaklıyı koruma işlevi gören kısmî dava hakkından yoksun bırakılma, temel haklar rejimi ve yargılama hukuku ilkeleri içinde açıklanamaz (Any.m.13,36). Sözelimi kesin alacağın tecessüm ettiği senedin, alacaklının bilgisi dışında olan ehliyetsizlik sebebiyle butlanı riskinin tam dava halinde yolaçaacağı dava yüklerinden korunmayı sağlayacak yegane mekanizma, ön-kısmî davadır. b) Alacaklının, kestirilemeyen riskler karşısında, kesin gibi görülen ve mahiyetinde bölünebilen edimler konusunda en çok bir def’a kısmî dava açabilme hakkı tanınmalıdır; daha doğrusu mevcut olan bu dava hakkı, bu şekilde sınırlandırılmalıdır. Teklif, maddeye “bir defadan fazla” kaydı eklenerek, alacaklının bu davayı ikamede hukuki menfaatinin varlığını farzetmektedir. Kaldı ki bu gibi hallerde bir defalık kısmî dava açılmasında hukuki menfaat, fiilen de mevcuttur (HMK.m.114/h). Bu bağlamda kesinliğe rağmen dava açılmasına sebebiyet veren borçlunun direnci (temerrüdü/irâdi ifadan kaçınması), bölünebilen edimlerde kısmî ifa gibi maddi hukuk normları da gözetilmeyerek alacaklıyı tam-eda davasına zorlamak, tasarruf hakkını yok saymakla özdeştir (Any. m.36, HMK.m.24, AİHS m.6). Dava konusunun kapsam ve miktarını belirlemek, tasarruf hakkının bir unsuru olduktan başka hak arama özgürlüğün de kaçınılmaz bir gereğidir. Öte yandan “davanın” bir medeni savaş olduğu, tarafların iddia-savunma stratejilerine taalluk eden alanların -olabildiğince- extra-legal olarak kalması gerektiği hususu unutulmamalıdır. Teklifin usul ekonomisi ve hakka hızlı erişim ilkeleleriyle de bağdaşmaz bir yanı yoktur. Hakka güvenli erişimi ıskalayan bir hız, usul ekonomisi ilkesinin içselleştiremeyeceği bir irrasyonalliteyi ima eder. Esasen mukayeseli hukuk verileri de kesin alacaklar bakımından mutlak bir kısmî dava yasağını öngörmemektedir. c) Kesin (tartışmasız veya açıkça belirli) alacaklar bakımından kısmî davayı izleyen ek-dava dışında, aynı konuda bir üçüncü dava ikamesinde (taleplerin parçalara bölünmesinde) alacaklının hukuki menfaati yoktur ve bu hal usuli dürüstlük ilkesi ile bağdaşmaz. d) Kesin olmayan alacaklar bakımından kısmî davanın ikamesi ve taaddüdü (dava sayısı), anlaşmazlığın somut yapısı içinde dava hakiminin ve içtihat hukukunun takdirindedir. Sözelimi, onlarca yıl süren bir iş göremezlik tazminatı davasında alacağın varsayımlarında yaşanan gerçekleştirmelerin zarara zorunlu yansıtılmasının getireceği kısmî dava hakları önlenemez (Kontrol kaydını muhtevi/temadî eden zararlar da durum böyledir). Alacaklının bu hallerde belirsiz alacak davası ikame etme hakkı da vardır. Teklif, yürürlükteki kuralın (HMK.109/2 hükmünün) aynı maddenin üçüncü fıkrasının dayandığı felsefe ile kısmî çatışmasını önlemekte(I), özellikle belirsiz alacak davalarında yaşanan yargısal sorunlarda seçenек üretim (II) ve giderek hakka etkili ve güvenli erişim amacını öne almaktadır (III). ... Önerge, ihdas talebinin kabulü ile yeni bir madde olarak müzakereye açılmış ve Komisyonca ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Bölünebilen edimlerde, alacak kesinlik görüntüsü içinde olsa dahi kısmî dava hakkının yasaklanamayacağı (I), giderek bu konuda sayı sınırının da konamayacağı (II), davanın somut niteliğine göre dürüstlük kuralına aykırılık var ise bu konuda bir usul ve içtihadî boşluğun bulunmadığı (HMK m.29, TMK m.2,3) (III), Hukuk Muhakemeleri Kanununun 109/2 hükmünün hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı ile çatışma içinde olduğu (Anayasa m. 36) (IV), tasarruf ilkesiyle de çeliştiği (Anayasa m. 35, HMK m. 29/1) (V) ortaya konmuş ve fıkranın yürürlükten kaldırılması eğilimi, Komisyon bütününde yoğunluk kazanmıştır. Beliren eğilim doğrultusunda “Madde 4-12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 109 uncu maddesinin ikinci fik-

kısmî dava uygulamasının geniş bir şekilde uygulandığı 1086 sayılı eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yürürlükteki olduğu döneme dönmüş oldu. Davacıların “elini rahatlatan” bu durumun, aşağıda açıklanacak olan belirsiz alacak davası açma ihtiyacını azaltıcı ve hatta ortadan kaldıran nitelikte olduğunu değerlendirmekteyim.

II- BELİRSİZ ALACAK DAVASI ve AÇILABİLMESİNİN ŞARTLARI:

Genel olarak dava dilekçesinin içeriğinde bulunması gereken hususlardan biri de, “açık bir şekilde talep sonucu”dur (HMK m.119,1/ğ). Örneğin A, B’ye yüzbin lira borç vermiş, vadesinde geri alamamış ve şimdi bunun tamamını dava etmek istiyorsa (karş. HMK m.109’daki kısmî dava), bu talebini, dava dilekçesinin talep sonucu kısmında, açık bir şekilde, “B’nin yüzbin liraya mahkûm edilmesini talep ederim” şeklinde belirtir ve dava harcını da bu miktar üzerinden yatırarak dava açar. Talebin bu şekilde açık bir biçimde yazılmasının nedeni, hâkimin, davacının talebini tam olarak anlaması ve buna bağlı olarak doğru karar vermesi; farklı bir anlatımla, talepten başka bir şeye veya fazlasına karar vermemesidir (HMK m.26). Eğer davacının talebi (HMK m.119,1/ğ), yeterince açık değilse hâkim, davayı aydınlatma ödevi (HMK m.31) sebebiyle, davacıdan talebi konusunda açıklama isteyebilir ve hatta doğru karar verebilmek için istemek zorundadır.

Hal böyle olmakla birlikte bazı durumlarda davacı, dava açarken (başlangıçta) alacağının miktarını tam olarak belirleyememektedir. Örneğin, haksız fiilden kaynaklanan karmaşık tazminat davalarında, uğranılan maddî zararın tespiti, açılan davada yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu ortaya çıkmaktadır; hatta bazen, zararın tespiti için bir bilirkişi incelemesi yetmediği için birden çok bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonuca varılmakta ve bazı hallerde hâkimin “tazminatın indirimi” yolundaki takdir hakkı da devreye girebilmektedir. Böyle durumlarda uygulamada genellikle önce bir kısmî dava (HMK m.109) açılmakta ve dava sırasında alınan bilirkişi raporu çerçevesinde, geriye kalan (kısmî davada talep edilmeyen) miktar için ya ıslahla dava konusu arttırılmakta veya ek dava yoluna gidilmektedir. Ancak böyle durumlarda da bazen, örneğin ıslah hakkı daha öce kullanılmış olduğu için ıslaha gidilememekte veya ıslah talebi yahut ek dava bakımından zamanaşımı sorunlarıyla karşılaşılabilir.

107 nci maddenin yukarıda (A,I) verilen TBMM Adalet Komisyonu Gerekçesinden anlaşıldığı üzere bazı hallerin hak arama özgürlüğüne aykırı ve kısmî dava ile ilgili hükümlerin de yetersiz olduğu değerlendirilerek, 2011 tarihli 6100 sayılı Kanun ile hukukumuz bakımından yeni bir dava türü olan “belirsiz alacak ve tespit davası” kabul edilmiştir.

Kanunumuzda “belirsiz alacak davası”nı düzenleyen hüküm, İsviçre Medenî Usul Kanunundaki hükme (ZPO Art.85) paraleldir⁶. Belirsiz alacak davası, Alman Medenî Usul

rası yürürlükten kaldırılmıştır.” biçimindeki değişiklik öngören ilga önergesi kabul edilerek çerçeve 4’üncü madde olarak ihdas edilmiştir» (Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 704 -Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili Kayseri Milletvekili Mustafa Elitaş ve 8 Milletvekilinin; Yargıtay Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu, 2/2746-).

⁶ İsv. ZPO Art.85 hükmünün Türkçe çevirisi şöyledir: “Davacının, alacağını davanın başlangıcında rakamlandırması imkânsız veya kendisinden beklenemezse, davacı rakamlandırılmamış alacak davası açabilir. Bununla birlikte davacı, geçici dava konusu olarak en az bir değer göstermek zorundadır” (fıkra 1). “Alacak, davalının bilgi vermesinden veya delillerin incelenmesinden hemen sonra rakamlandırılmak zorunludur. Dava konusunun değerinin artırılması, görev sınırını aşsa bile, davayı gören mahkeme görevli olmaya devam eder” (fıkra 2).

Kanununda açık olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, Alman öğretisi ve Alman Federal Mahkemesi tarafından yüzyılı aşkın bir zamandan beri kabul edilmektedir⁷. HMK m.107 nci maddesinde düzenlenen “belirsiz alacak davası”, İsviçre ve Alman hukuklarında “rakamlandırılmamış (rakamsallaştırılmamış) alacak davası (unbezifferte Forderungklage)” veya “rakamlandırılmamış alacak talebi (unbeziffertes Klageantrag)” ibareleri ile anılmaktadır.

Bizdeki “belirsiz alacak” tabiri, dava konusu alacağın mevcut olup olmadığı (şüpheli olduğu) gibi yanlış anlamalara yol açabileceğinden, belirsiz alacak davası yerine, kaynak Kanundakine paralel olarak “**rakamlandırılmamış alacak davası**” denilmesi belki daha doğru olurdu.

Belirsiz alacak davasının görülebilmesinin şartları, 107 nci maddede şöyle gösterilmiştir: i) Dava konusu alacak miktarının (veya değerinin) tam ve kesin olarak belirlenemesi (belirsizlik); ii) Davaya konu hukukî ilişkinin açıklanması; iii) Asgarî bir talepte bulunulması.

Bu çerçevede aranan ilk şart olan **belirsizlik**, Kanunun ifadesiyle, “alacak miktarının belirlenebilmesinin davanın açıldığı tarihte **alacaklıdan** (davacıdan) **beklenememesi** veya **imkânsız olması**” halidir. Bu şartın, hayatın olağan akışı içerisinde herkesçe kabul edilen genel, soyut ve keyfilikten uzak (objektif) ölçütlere göre belirlenmesi gerekir.

Davacı, açılacak davanın miktarını (değerini) başlangıçta tam ve kesin olarak biliyorsa yahut bunu bilebilecek durumda ise, belirsiz alacak davası açamaz. Örneğin A, B’ye yüzbin lira ödünç vermiş ve vadesinde geri alamamışsa, alacağın miktarı bellidir veya B, A’nın piyasadaki rayiç değeri bilinen arabasına çarpmış ve araba onarılamaz bir şekilde zarara uğramışsa (“pert” olmuşsa), alacak miktarı bellidir. Bu gibi durumlarda belirsiz alacak davası açamaz. Çünkü, her davada aranan dava şartlarından biri de, dava açmakta hukukî yararın bulunmasıdır (HMK m.114, 1/h); belirsiz alacak davasında da **hukukî yararın** varlığı aranır.

Bunun gibi, kısmî davaya ilişkin (yeni) hüküm (m.109) de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, alacağın baştan tespiti mümkün olan hallerde bu yola başvurulması kabul edilemez.

Alman ve İsviçre hukuklarında belirsiz alacak davasına klasik olarak verilen örnekler, o hukukların benimsediği kurallar çerçevesinde, **haksız fiilden kaynaklanan** maddî ve manevî **tazminat davalarıdır**. Çünkü bu davalarda hâkimin takdiri büyük önem taşır. Alman hukukunda verilen diğer bir örnek ise kamulaştırma davalarıdır; çünkü bu davalarda da mahkeme bilirkişi raporu olarak bir sonuca ulaşabilmektedir. Keza, nafaka talepleri de belirsiz alacak davası örneklerindedir.

Bizde de 107 nci maddenin Gereğesinde, kaynak İsviçre hukukunun etkisi altında kalınarak belirsiz alacak davasının konusu olarak özellikle **tazminat davaları** üzerinde durulmuştur.

Bilindiği üzere, maddî veya manevî tazminat davalarında **hâkimin, zararı ve kusuuru takdir ederken adalet ve hakkaniyet duygularıyla** hareket edecek olduğu hallerde, davanın açılması anında bir belirsizlikten söz edilebilir. Bu noktada hatırlatmak anlamında, Borçlar Kanunumuzun aşağıdaki hükümlerinden bazı örnekler verilebilir: Zararı ispat yükü, iddia edene (davacıya) ait olmakla birlikte, zararın gerçek miktarını ispat etmenin mümkün olmadığı hallerde hâkim; halin olağan yürüyüşüne ve zarara uğrayan tarafın aldığı tedbirleri dikkate alarak zararı adalete göre tayin eder (TBK m.50); hâkim, tazminatın şeklini ve kapsamını halin gereklerine ve hatanın ağırlığına göre belirler (TBK m.51). Zarara uğrayan tarafın zarara razı olması; zarara uğrayan tarafın davranışının (eyleminin), zararın doğması-

na veya zararın artmasına neden olması yahut zararı yapanın durumunu ağırlaştırması hallerinde, hâkim, tazminatı indirebilir ve hatta herhangi bir zarara hükmetmeyebilir (TBK m.52,I). Keza, zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir (TBK m.52,II). Zorda kalması (ızdırar hali) sebebiyle, kendisini veya başka birini zarardan veya ortaya çıkan tehlikeden korumak için (zorda kalarak) üçüncü kişinin malına zarar verilmesi halinde hâkim zarar miktarını hakkaniyete göre belirler (TBK m.64).

Burada özetle belirtilen yasal düzenlemeler, “**belirsizliği** veya **belirliliği**” her somut olay bazında geçerli olabilecek şekilde tam olarak ortaya koymadığı için, kabulünden bu yana aradan geçen on yıllık belirsiz alacak davası uygulamasında, hangi hallerde “belirlilik / belirsizlik”ten söz edilebileceği konusundaki tartışmalar, Kanunun kabulünden bu yana bütün hararetiyle sürmektedir.

Bu bağlamda özellikle iş hukuku uyumsuzluklarında verilen Yargıtay kararlarındaki farklılıklar ve önemli çelişkiler nedeniyle yaşanmakta olan “hukukî karmaşa”, aşağıda (B) ayrıca incelenecektir.

Kanımcı, “belirlilik / belirsizlik” konusunda ortaya çıkan tereddütlerin aşılabilmesi için, icra hukukundaki inkâr tazminatı yönünden kabul edilen, “**likid** (liquide; muayyen, belli) **alacak**”la⁸ ilgili öğreti görüşleri ile çok sayıdaki Yargıtay kararlarında yer alan açıklamalardan yararlanılabilir⁹. Genel bir kavram olarak “likid alacak”, “tutarı belli, bilindir, bilinebilir, hesaplanabilir alacak” anlamındadır”. Basitçe bu şekilde tanımlanan likid alacak kavramı, uygulamada her farklı farklı değerlendirilebilmekte ve buna bağlı olarak büyük tartışmalara yol açabilmektedir. Bunun nedeni, her somut olayın özelliğine göre değişebilen durum ve şartlar karşısında ortaya çıkan farklı yorumlardır.

İcra hukukunda eğer borçlu, ödeme emri ile kendisinden istenilen alacak bakımından ne miktarda borçlu olduğunu bilmekte veya bilmek durumunda ise ve buna rağmen ödeme emrine itiraz ederse, itirazında haksızdır; bu yüzden icra inkâr tazminatına mahkûm edilir (İİK m.67 vd). Borçlunun haksız olup olmadığının saptanabilmesi için, “alacağın bilinmekte veya bilinmek durumunda olması”nın ne anlama geldiği önem arz etmektedir. Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere borçlu, alacaklının icra takibinde talep ettiği **alacağı** veya **alacağın bütün unsurlarını bilmekte** veya **bilmek** (kolayca hesap edebilmek) **durumunda** ise ve alacağın miktarının belirlenmesi için tarafların ayrıca mutabakata varmasına (anlaşmasına) veya mahkemenin tayin edeceği bilirkişi eliyle bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç yoksa, **alacak** likiddir, **bellidir**. Örneğin A, B’ye yüzbin lira ödünç vermiş, B’den bir senet almış, şimdi bu alacağı için icra takibi yapmış, B’ye yüzbin lira üzerinden ödeme emri gönderilmiş ve B ödeme emrine itiraz etmişse, alacak belli olduğu için B’nin yaptığı itiraz haksızdır; icra inkâr tazminatı öder. Buna karşılık A, B’ye karşı örneğin haksız fiilden kaynaklı olduğunu iddia ettiği yüzbin liralık alacağı için icra takibi yapmış, B’ye bunun için ödeme emri gönderilmiş ve B bu miktara itiraz etmişse, alacak belli (belirli, likid) olmadığından, B icra inkâr tazminatına mahkûm edilmez.

⁸ Ejder Yılmaz, İcra Tazminatı (Halûk Konuralp Anısına Armağan cilt 2, Ankara 2009, s.675-754); Ejder Yılmaz, İcra İnkâr Tazminatı Açısından “Likid Alacak” Kavramı (Bankacılar Dergisi, 2008/67) s.85-93.

⁹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Baskı, cilt 2, Ankara 2021, s.2381 vd.

Yargıtay, belirsiz alacak davalarıyla ilgili bazı kararlarında bu ölçütü benimsemiş gözükmele¹⁰ birlikte, bu konunun belirsiz alacak davalarında tam olarak oturduğunu söylemek zordur.

Belirsiz alacak davası, **hukukî niteliği bakımından** esas itibarıyla **bir eda davasıdır** (HMK m.105). Ancak bu dava, **genel eda davasından farklıdır**. Şöyle ki:

Davacı davasını, şimdilik kendi belirlediği **asgarî bir miktar** üzerinden açar ve daha sonra yargılama sırasında, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucunda alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda (hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde) davacı, talebini tam ve kesin olarak belirleyerek, **başlangıçta talep ettiği asgarî miktarı arttırabilir**. Bu arttırma, **davanın** (iddianın) **genişletilmesi yasağına tâbi değildir** (karş. HMK m.141, 319). Davacı açtığı davadaki asgarî miktarı arttırmazsa dava, talep sonucunda belirtilen asgarî miktar veya değer üzerinden görülüp karara bağlanır (HMK m.107,2; m.26).

Belirsiz alacak davasını genel eda davasından ayıran diğer bir özellik, davacının dava açarken (başlangıçta) yatıracağı **harcın**, dava dilekçesinde talep ettiği **asgarî miktar üzerinden hesaplanmakta oluşudur**. Bu durum, davanın reddedilmesi halinde davacının mahkûm olacağı (HMK m.326) yargılama giderleri (özellikle avukatlık ücreti) bakımından davacı lehine avantaj sağlamaktadır. Başka bir anlatımla bu durum, davacının ileride davayı kaybı halinde karşı karşıya kalacağı riski azaltmaktadır

Belirsiz alacak davası başka bir açıdan, **kısmî davaya** (HMK m.109) da benzetilebilir. Zira davacının alacağının tam ve kesin olarak ne olduğu, yargılama (dava) sırasında tespit edilecek ve davacı, isterse açtığı (derdest) davada talebini arttıracak veya isterse tespit edilen bu rakamı açacağı başka bir dava ile talep edebilecektir. Bununla birlikte belirsiz alacak davası, **kısmî davadan farklıdır**. Bu fark, özellikle **zamanaşımı** bakımından ortaya çıkar. Kısmî davada zamanaşımı, yalnızca açılan kısmî alacak miktarı üzerinden kesilmesine (açılmayan miktar bakımından zamanaşımının işlemeye devam etmesine) karşılık, **belirsiz alacak davasında zamanaşımı** (yalnızca başlangıçta talep edilen asgarî miktar bakımından değil) **tüm alacak** (daha sonra aynı davada artırılacak veya başka bir davayla talep edilecek miktar) **bakımından kesilir**.

¹⁰ "... Bir alacağın davanın açıldığı anda belirli mi belirsiz mi, tartışmalı mı tartışmasız mı olduğu konusunda yukarıda belirtilen hükümlerden hareketle uygulamada bazı ölçütler getirilmiştir. Bunların başında gelen en önemli kriter alacağın **likit olup olmadığı ölçütüdür**. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu likit alacak kavramını açıklamıştır. Yargıtay'a göre; (Likit bir alaktan söz edilebilmesi için ise; ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alaktan söz edilemez. ... Görüldüğü gibi likit olma ölçütünde Yargıtay; Alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olmasını ya da belirlenebilmesi için **bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmede olmasını** aramaktadır. Kısaca davacının yalnız başına ne kadar alacaklı olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alaktan söz edilemez. Diğer taratan yargılama (tahkikat aşamasında) sırasında hesap raporu alınmasını gerektiren her alacak belirsiz kabul edilmelidir. Davacının talep ettiği dava konusu alacağın miktarı veya değeri belirli ise hesap raporu alınmasına da gerek yoktur. Zira bu durumda hak kazanma veya ispat olgusu ayrı olmak üzere tartışmalı bir alaktan söz edilemez. ...Davacı dava dilekçesinde aldığı ücretin asgari kısmı ile sosyal yardımların banka hesabına, kalan kısmın ise elden ödendiğini, kıdem ve ihbar tazminatına esas giydirilmiş ücreti bu nedenle belirlemediğini iddia etmiştir. **Giydirilmiş ücretin belirlenmesi** tartışmalı ve yargılama sırasında belirlenmeyi gerektirmektedir. Kısaca **likit değildir...**" (9.HD 04.02.2013, 39586/4158).

Özellikle **zamanaşımı kesilmesi** bakımından, kısmî dava ile belirsiz alacak davası arasındaki bu farkın, **belirsiz alacak davasının varlık sebebi** olduğu söylenebilir. Zira uygulamada, örneğin destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin olaylarda açılan kısmî davalar çok uzun sürmekte, bilirkişi raporunun gelmesi ve itiraz halinde (ek veya yeni) bilirkişi raporunun kesinleşmesi, haksız fiille ilgili zanaşımı süresinden (TBK m.72) sonra olabilmektedir. Bu durum ise, derdest davada ıslahla arttırılacak veya ek davaya konu olacak alacak bakımından sakınca yaratabilmektedir. Bu sakıncalı durumun ortadan kaldırılabilmesi için, öğretide çok uzun zamandan beri bazı çözüm yolları önerilmiştir.

Bu önerilerden biri de, değerli hukukçu Av. Ahmet İyimaya'ya aittir. İyimaya, 6100 sayılı Kanunun kabulünden yaklaşık yirmibeş yıl önce yazdığı bir makalesinde özetle, (o dönemde geçerli olan görüşler çerçevesinde; karş. bugünkü HMK m109,III) kısmî dava halinde geriye kalan kısımdan zımnen feragat edilmiş olması ve zanaşımı kesilmesi konularını açıkladıktan sonra; kısmî davada, “ilişkinin tümünü kapsayan tespit davası”nın bulunduğu, bu tespit davasının kısmî eda davası ile bileşik olduğunu belirtmiş, kısmî tazminat davası ile birlikte küllî tesbit davası açılıp açılmayacağını gündeme getirmiş ve sonuç olarak, küllî tesbit davası açılması görüşünün kabulünün tazminat davalarındaki zanaşımı sorununu çözeceğini önermişti¹¹. İyimaya'nın bu önerisi, çok uzun yıllar geçtikten ve siyasete atıldıktan sonra milletvekili olarak uzun süre TBMM Adalet Komisyonu Başkanlığını yaptığı dönemde, kanun hükmü (m.107) haline geldi.

B) BELİRSİZ ALACAK DAVASININ ON YILLIK UYGULANMASINDA ORTAYA ÇIKAN VE ÇÖZÜMLENEMEYEN HUKUK KARMAŞASI

I- ALACAĞIN BELİRLİ OLUP OLMADIĞININ TESPİTİ KONUSUNDA ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ KARMAŞA

Belirsiz alacak davasının on yıllık uygulanmasında ortaya çıkan ve çözümlenemeyen hukukî karmaşada karşımıza çıkan ilk önemli sorun, hangi alacakların “belirli / belirsiz” olduğunun tespiti noktasında olmuştur.

1) BELİRSİZ ALACAK DAVASI UYGULAMASINDAN BAZI GENEL ÖRNEKLER

Yukarıdaki tarihsel gelişim içerisinde adaletin gerçekleşmesi açısından istisnâ bazı durumlardaki bir ihtiyacı karşılamak üzere kabul edilen belirsiz alacak davasında, başlangıçta yatırılacak (düşük) harç ve zanaşımı kesilmesi bakımından davacı lehine olan avantajlar (kolaylıklar), ülkemizdeki uygulamasında başka bir soruna sebebiyet vermiştir. Çünkü **söz konusu “cazip” avantajlar, davacıları**, neredeyse her türlü davalarını, alacağın belirli olup olmadığına önem vermeksizin (karş. HMK m.107,1) **belirsiz alacak davası olarak açmaya yönlendirmiştir.**

6100 sayılı Kanunun kabulü tarihi olan Ekim 2011 tarihi itibarıyla başlayan belirsiz alacak davası çerçevesinde verilen alt dereceli mahkeme kararlarının, aradan genellikle 3-5 yıl geçtikten sonra Yargıtay'a itikali üzerine hangi tür alacakların belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağı konusundaki ilkeler, öğreti görüşlerinin de netleşmesine paralel olarak, (aşağıda incelenecek olan iş uyuşmazlıkları dışında) “yavaş-yavaş” ortaya çıkmaya başladı.

¹¹ Bu konuda bkz. Ahmet İyimaya, Kısmî Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar (Yargıtay Dergisi, 1985/3), s.193-204.

Konuyla ilgili bazı örnekler verilecek olursa:

a) BELİRSİZ ALACAK DAVASI AÇILABİLECEĞİNE İLİŞKİN ÖRNEKLER¹²:

Trafik kazası sonucunda araçta oluşan **değer kaybı alacağı** davası, belirsiz alacak davası olarak açılır.

“Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; **trafik kazası sonucu araçta oluşan değer kaybı alacağının belirsiz alacak olup olmadığı**, burada varılacak sonuca göre davacının eldeki davayı belirsiz alacak davası olarak açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı; alacağın belirlenebilir olduğunun kabul edilmesi hâlinde belirsiz alacak davası olarak açılmış olan davaya kısmi dava olarak bakılıp bakılmayacağı noktalarında toplanmaktadır... Alacağın belirsiz olup olmadığı ile ilgili olarak bazı kriterler kabul edilmiştir. Bu kriterler, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin; 1- Davacının kendisinden beklenmemesi, 2- Bunun olanaksız olması, 3- Açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması olarak belirtilmektedir. Belirsiz alacak davasının getirdiği en önemli etkin koruma, usul ekonomisi ve hak arama özgürlüğüne hizmet etmesi yanında, davacının yüksek yargılama giderlerine katlanma ve dava konusu hakkın zamanaşımına uğrama riskini azaltmasıdır. ... Somut olay bakımından davacının belirsiz tazminat alacağı davasına konu ettiği **aracında oluşan değer kaybının varlığı ve miktarının belirlenebilmesi**, ancak yargılama sırasında delillerin toplanıp değerlendirilmesinden, yani HMK 107/2 maddesinde belirtildiği gibi, tahkikattan sonra mümkün olabilecektir. Bir başka anlatımla değer kaybının miktarının **tespiti bilirkişi incelemesini gerektirmektedir**. Bu nedenle davacının iddia ettiği zararın dava tarihi itibarıyla miktar ve **değerinin tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin davacıdan beklenemeyeceği kabul edilmelidir**. Belirtilen nedenlerle, davacının davaya konu taleplerinin belirsiz alacak davasına konu olabilecek nitelikte olduğu ve dava tarihi itibarıyla zararın miktar ve değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin davacıdan beklenemeyeceği anlaşılmalı HMK'nın 107. maddesine uygun olarak, aradaki hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar veya değeri belirtmek suretiyle dava açabileceği sonucuna varılmıştır¹³.”

Haksız fiil sonucunda ortaya çıkan **destekten yoksun kalma tazminatı** davası, belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir.

“Davacılar vekili; 25/08/2009 tarihinde davacılar desteğinin davalılar tarafından öldürüldüğünü, ceza davasında davalıların cezalandırılmalarına karar verildiğini, davacıların davalıların haksız eylemi sonucunda destekten yoksun kaldıklarını, HMK'nun 107. maddesi uyarınca **destekten yoksun kalma tazminatının** uzman bilirkişi marifetiyle tespitini istediklerini belirterek, **belirsiz alacak davası şeklinde açılan davada** harca esas değeri 1.000 TL olarak göstermek suretiyle maddi tazminat ve davacılar için toplam 150.000 TL manevi tazminat isteminde bulunmuş, bilahare yargılama sırasında alacağın belirli hale gelmesinden sonra 21/10/2015 tarihli bilirkişi raporundaki asgari ücret üzerinden hesaplanan miktarlara göre 21/01/2016 havale tarihli miktar açıklama dilekçesi ile de HMK'nun 107/2. maddesi uyarınca maddi tazminat istemini davacı... için 53.916 TL ve davacı... için 8.352 TL olmak üzere toplam 62.268 TL olarak artırdığını açıklamış ve harcını da tamamlamıştır. ... HMK'nun “Taleple Bağlılık İlkesi” başlıklı 26. maddesinde... hükmü düzenlenmiştir. Yine

¹² Bu kararların tam metinleri bu bunlar hakkındaki kişisel değerlendirmelerim için bkz. Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, cilt 2, Ankara 2021 s.2395 vd.

¹³ HGK 16.04.2019, 17-1099/460.

taleple bağlilik ilkesi uyarınca, bölüşük kusur indiriminin belirlenen zarar miktarı üzerinden değil, istem miktarı üzerinden yapılması gerekir¹⁴.

Kamulaştırmaz el atmadan kaynaklanan taşınmaz bedelinin tahsili davası, belirsiz dava olarak açılabilir. Çünkü, malı bu şekilde kamulaştırılan kişinin kamulaştırmaz el atılan taşınmazının tam ve kesin değerini dava açarken tespit edebilmesi zordur.

“Kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkin davalarda **taşınmaz bedeli yargılama sonucunda belirlendiğinden**, HMK’nun 107. maddesinde tanımlanan belirsiz alacak davası niteliğinde olup, mahkemenin aksi yöndeki değerlendirmesi de yerinde değildir. Bu itibarla, işin esasına girilerek, gerekli inceleme ve araştırma yapıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken davanın usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir¹⁵.”

Görev yaptığı dönem ile ilgili olarak yaptığı çeşitli işlemlerle **şirketi zarara uğratan limited şirketi müdürünün yaptığı** karmaşık pek çok iş ve işlemin **yol açtığı zararın miktarının** tam olarak belirlenebilmesi, dava açıldığı sırada mümkün değilse, bu konuda belirsiz alacak davası açılabilir. Buna karşılık limited şirket müdürü örneğin piyasa değeri yüzbin lira olan bir malı, yetkisi olmadığı halde on bin liraya satarsa, burada verdiği zararın doksan bin lira olduğu belirlenebilir bir durumdur ve bu durumda belirsiz alacak davası açılmaz.

“Davacı şirket, davalı S’un eski şirket yöneticisi olduğunu, yönetim kurulu üyesi olduğu dönemde şirketi zarara uğrattığını iddia ederek TTK’nun 556. maddesi yollaması ile TTK’nun 341. maddesi uyarınca belirsiz alacak davası açmıştır. HMK’nun Belirsiz Alacak ve Tespit Davası başlıklı 107. maddesinde... hükmü öngörülmüştür. Açılacak davanın miktarı biliniyor ya da tespit edilebiliyorsa, belirsiz alacak davası açılmaz. Talep sonucunun belirlenmemesi iki halde mümkündür: Dava açarken talep sonucunun belirlenmesi imkansızdır ya da davacının dava açarken talep sonucunu belirlemesinin kendisinden beklenemeyecek olmasıdır. Ancak, HMK’nun 107/3. maddesiyle bu konuda bir istisna getirilmiştir. Böylelikle dava açarken talep sonucunu belirleyemeyen davacı dilerse belirsiz alacak davası açabilecek, dilerse kısmi dava ile birlikte alacağın geri kalan kısmının tespitini isteyebilecek ve yine dilerse alacağın tümünün belirlenebilmesi için bir tespit davası açabilecektir. Açıklanan yasal düzenlemelerin ışığı altında **somut olaya baktığımızda**, niteliği itibarıyla tazminat davası olan işbu **davanın belirsiz alacak davası olarak açılması mümkün bulunmaktadır**. Bu itibarla, mahkemece birleşen dava yönünden de işin esasına girilerek tarafların delilleri toplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın birleşen davanın davacısı M Ltd. Şti. yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir¹⁶.”

Bankaların müşteriye verdikleri hizmet sırasında zorunlu ve makul giderler dışında **dosya masrafı**, işlem komisyonu, yeniden yapılandırma farkı **gibi adlar altında kestikleri tutarların ne olduğu** hususu, dava açtığı sırada alacaklı tarafından bilinebilmesi beklenemeyecek hal olduğundan, bu konuda belirsiz alacak davası açılabilir.

“Davacı, davalı Bankadan 08.11.2007 tarihinde konut kredisi kullandığını, bankanın hem kredinin kullandırıldığı tarihte dosya masrafı adı altında, hem de kredinin sonraki tarihlerde yapılandırılması nedeniyle başka adlar altında hukuka aykırı olarak fazladan ücret tahsil ettiğini, **kesilen meblağları bilmediğinden dolayı belirsiz alacak davası** açıp yargı-

¹⁴ 4.HD 08.07.2019, 37882/3833.

¹⁵ 5.HD 12.03.2013, 27067/4245.

¹⁶ 11.HD 05.11.2013, 5812/22160.

lamanın ileriki safhalarında talebini artırma hakkını saklı tuttuğunu, HMK 107. maddedeki hakları saklı kalmak kaydıyla davalıdan 1.200 TL'nin faiziyle tahsiline karar verilmesini istemiştir. ... **Dairemizin yerleşik kararlarında da vurgulandığı üzere**, bankalar ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebilir. Davacının, davalı Bankadan isteyebileceği **masrafların kapsamının yargılama safahatinde belirlenecek olması** göz önünde bulundurularak belirsiz alacak davası açılabilceğinin kabulü ile, işin esasına girilip taraf delilleri toplanarak hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken dava şartı yokluğundan usulden ret kararı verilmesi usul ve yasa-ya aykırı olup, bozma nedenidir¹⁷.

Yargıtay, aşağıdaki kararında **muris muvazaasına dayalı tazminat davasında** dava konusu taşınmazın dava tarihindeki değerinin, yapılacak keşif ve alınacak bilirkişi raporuna bağlı olduğu ve davanın başında bilinmeyeceği gerekçesiyle açılan belirsiz alacak davasının kabulüne karar vermiştir.

“Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tazminat isteğine ilişkindir... Bilindiği üzere, uygulamada ve öğretilerde "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, nite-liği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçı-sını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir. Bu durumda, yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında ve 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de TMK'nun 706., TBK'nun 237. (BK'nun 213.) ve Tapu Kanununun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığnänen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler. ... Somut olgular ve deliller yukarıdaki ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde, temlikin mirastan mal kaçırmak amaçlı ve muvazaalı olarak yapıldığı saptanarak tazminat isteğinin kabulüne karar verilmiş olması kural olarak doğrudur. Bilindiği üzere HMK'nun 107. maddesinde... düzenlemesine yer verildiği açıktır. Somut olayda, davacı taraf, dava dilekçesinde, HMK'nun 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davası olduğunu belirtmek suretiyle eldeki davayı açmıştır. **Dava konusu taşınmazın** dava tarihindeki değerinin mahkemece **yapılacak keşif sonucu alınacak bilirkişi raporuna bağlı** olmakla dava değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafından belirlenmesi mümkün bulunmadığından davanın belirsiz alacak olarak açılması HMK 107. maddesine uygun düşmektedir¹⁸.

İş kazası nedeniyle tazminat ve rücu istemli davalar, kusur oranları ve tazminat miktarlarının belirsizliği sebebiyle, belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir.

“Dava, **rücu tazminat istemine** ilişkindir. 6100 sayılı Kanunun Belirsiz Alacak ve Tespit Davası başlıklı 107. maddesinde,... hükmü öngörülmüştür. Açılacak davanın miktarı biliniyor ya da tespit edilebiliyorsa, belirsiz alacak davası açılmaz. Talep sonucunun belirlenememesi iki hâlde mümkündür: Dava açarken talep sonucunun belirlenmesi imkansızdır veya davacının dava açarken talep sonucunu belirlemesinin kendisinden beklenemeyecek olmasıdır. **İş kazası nedeniyle tazminat ve rücu istemli davalarda, kusur oranlarının ve tazminat miktarının belirsizliği nedeniyle**, Kurumun, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar belirtmek suretiyle **belirsiz alacak davası açabileceği**, davanın açıldığı

¹⁷ 13.HD 05.11.2014, 23588/34305.

¹⁸ 1.HD 08.01.2020, 4755/80.

tarihteki tazminat alacağı miktarını tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceğinin kabulü gerektiği, dava dilekçesinde de bu hususun özellikle belirtildiği gözetildiğinde; dava ve ıslah dilekçesiyle onay tarihinden itibaren faiz istendiği anlaşılmalıdır, talep edilebilecek tüm alacak için faizin onay tarihinden itibaren işlemeye başlaması gerektiği gözetilmeksizin, yanlışlıklar değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir¹⁹.

Davacının, **dava açmadan önce delil tespiti yaptırmış olmasının, alacağı belirli alacak haline getirip getirmediği** konusundaki Yargıtay kararları arasında farklılıklar vardır.

Örneğin aşağıdaki kararda Hukuk Genel Kurulu, delil tespiti yapılmış olmasının alacağı belirli alacak haline getirmediği sonucuna varmıştır.

“Davacı şirketin talebi üzerine A Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2014/60 D. İş sayılı dosyasında düzenlenen 17.09.2015 tarihli delil tespit raporunda davacının davaya konu olay sebebiyle uğradığı zararın, Ar-Ge çalışmaları için yapılan harcamalar yönünden ... TL, domates, biber ve hıyar çeşit ve hatları için yapılan harcamalar yönünden ... TL, mahrum kalınan kâr yönünden ise ... TL olduğu belirtilmiş ise de, sözü edilen delil tespiti raporunun dışında dosya kapsamında birçok bilirkişi raporu bulunduğu, bu raporların birbiri ile ve delil tespiti raporu ile çelişkili olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki davacı tarafca dava açılmadan önce **delil tespiti yaptırmaya yoluna gidilmiş olmasının**, davaya konu edilen zarar veya alacak miktarının belirli hâle getirdiği şeklinde yorumlamak Kanunun amacına aykırıdır²⁰.

Buna karşılık, 3. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, davalının neden olduğu yarığın dolayısı ile uğranılan zararın tazmini davası öncesinde yaptırılan delil tespiti ile zarar miktarı belirlenmiş ise, belirsiz alacak davası açılmasında hukuki yarar yoktur.

“Alacaklının belirsiz alacak davası açabilmesi için, dava açacağı miktarı ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı veya bu durum objektif olarak imkansız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tesbit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılmaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukuki yarar aranacak olup böyle bir durumda hukuki yararın bulunduğu söz edilemez. **Somut olayda ise;** davacının, davadan önce **mahkeme kanalıyla yaptırdığı delil tesbiti sonucunda uğradığı maddi zararın miktarını kesin olarak belirlediği** gibi dava dilekçesinde de anılan tesbit dosyasına atıf yapılarak zararın tazmininin talep edildiği, dolayısıyla HMK'nun yürürlükte olduğu dönemde açılmış bulunan iş bu davanın, **belirsiz alacak davası niteliğinde olmayıp** eda davası olduğu ortadadır²¹.

b) BELİRSİZ ALACAK DAVASI AÇILAMAYACAĞINA İLİŞKİN ÖRNEKLER²²:

Satılan malların karşılığında kendisine verilen çekleri tahsil için Bankaya teslim eden alacaklı, Banka'nın **çeklerin sahte olduğunu kendisine bildirmemesinden doğan zararının tazmini** için Bankaya karşı belirsiz alacak davası açamaz.

“Davacı vekili, müvekkiline, T Ltd. Şti.'nin yetkilisi olduğunu söyleyen A tarafının 6 ton civarında paslanmaz sac sipariş edildiğini, söz konusu **emtia karşılığında üç adet**

¹⁹ 10.HD 02.11.2015, 16215/18209.

²⁰ HGK 26.02.2019, 4/202.

²¹ 3.HD 13.01.2014, 15619/122.

²² Bu kararların tam metinleri bu bunlar hakkındaki kişisel değerlendirmelerim için bkz. Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, cilt 2, Ankara 2021 s.2395 vd.

çek gönderildiğini, müvekkilinin kendisine gönderilen çekleri, 06.04.2012 tarihinde Çek Tevdii Bordrosu'na istinaden Y Bankası G Şubesine teslim ettiğini, müvekkilin çekleri, davalı Bankaya teslim ettikten sonra kendisine herhangi bir bildirimde bulunulmaması üzerine 08.04.2012 tarihinde ticari emtiayı teslim ettiğini, müvekkili tarafından davalı Bankaya teslim edilen **çeklerin sahte çıktığını**, davalı Banka uhdesinde bulunan çeklerin sahte olduğunun müvekkiline bildirilmediğini, davalı Bankanın mevzuat gereklerini yerine getirmeyerek müvekkilinin zarara uğramasına sebebiyet verdiğini ileri sürerek, şimdilik 10.000 TL'nin 06.04.2012 tarihinden itibaren işleyecek ticari avans faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. ... Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, dava açıldığı tarihte yürürlükte bulunan HMK'nın 109/2. ve 107. maddesine göre davacının açıkça talep konusu uyuşmazlığın miktarını kendisi tarafından keşide edilen **ihhtarname ile 45.000 TL olduğunu belirlemiş olmasına** rağmen, bu bedelin yalnızca fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydı ile 10.000 TL'si tutarında kısmi dava açmış olduğundan, uyuşmazlık konusunun davacı tarafça açıkça belirlenmiş olması nedeni ile, kısmi dava açmakta hukuksal yararı bulunmadığı gibi, yine **davanın konusu** ve davacının açık talebi **karşısında, ortada belirsiz alacak davasının koşullarının da bulunmadığı** gerekçesiyle HMK'nın 114/h maddesi uyarınca, davanın hukuksal yarar yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. Hükmün onanmasına karar verildi"²³.

İş makinelerini taşıyan aracın devrilmesi sonucunda **kullanılamaz hale gelen iş makinaları sebebiyle uğranılan zararın tazmini davası**, hasara uğrayan makinelerin piyasa değerlerinin, dava başında tespit edilebilmesinin mümkün olması sebebiyle belirsiz alacak davası şeklinde açılmaz.

"Davacı vekili, müvekkilinin maliki olduğu iş makinelerinin davalıların maliki, sürücüsü ve sigortacısı oldukları araçla F-A arasında taşınması sırasında aracın şarampole yuvarlanıp devrilmesi sonucu meydana gelen kazada iş makinelerinin kullanılamaz hale geldiğini, davalıların bu olay nedeniyle zarara uğrayan müvekkiline ödemedi bulunmadıklarını ileri sürerek, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak açılan davada istenen 7.000 TL yargılama sırasında 07.12.2011 tarihinde yapılan ıslah ile 223.385 TL'ye yükseltilmiş olup, bu miktarın faiziyle birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.... Taşıma sırasında oluşan zararın tazmini istemine ilişkin işbu dava, TTK'nun 767/1. maddesi uyarınca 1 yıllık zamanaşımı süresine tabi olup, 07.12.2011 tarihinde yapılan ıslah ile artırılan dava miktarına karşı temyiz eden davalılar tarafından zamanaşımı def'inde bulunulmuştur. Mahkemece, eldeki davanın belirsiz alacak davası niteliğinde olması nedeniyle zarar miktarının belirlenmesinin bilirkişi incelemesi ile mümkün bulunduğu, bu nedenle ıslah ile artırılan miktarın zamanaşımına uğramayacağı gerekçesiyle ıslah ile artırılan miktarı da kapsar şekilde hüküm kurulmuştur. Davaya konu kaza 15.10.2008 tarihinde meydana gelmiş olup, **iş makinelerinde meydana gelen hasarın kaza tarihi itibarıyla belirli veya belirlenebilir nitelikte olmasına** göre, mahkemece dayanılan HMK'nun 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davası koşullarını taşımayan işbu davada zamanaşımı süresi geçtikten sonra yapılan ıslah ile artırılan miktara yönelik ileri sürülen zamanaşımı def'i uyarınca ıslah ile artırılan kısmın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile zamanaşımı def'inin reddedilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir"²⁴.

²³ 11.HD 15.11.2013, 19128/207655.

²⁴ 11.HD 20.12.2012, 17790/21290.

Ödenmeyen yaşlılık aylıklarına ait faizin talep edildiği dava, belirsiz alacak davası olarak nitelenemez. Çünkü olayda davaya konu geç ödenen yaşlılık aylığının miktarı, aylıkların ödenmesi gereken tarihler, fiili ödemenin yapıldığı tarih (yani faiz başlangıç ve bitiş tarihleri) ile yasal faiz oranları belirlenebilir durumdadır.

“Davacı **müddeabih belirtilmeksizin açtığı işbu dava** ile; geç ödenen ‘... yaşlılık aylıklarına hak kazandığı tarihlerden ödeme tarihine kadar yasal faiz uygulanmasına’ karar verilmesini istemiştir. ... Somut olayda; davaya konu geç ödenen yaşlılık aylığı miktarının, aylıkların ödenmesi gereken tarihlerin, fiili ödemenin yapıldığı tarihin, yani faiz başlangıç ve bitiş tarihlerinin ve nihayet yasal faiz oranlarının bilindiği tartışmasızdır. Yasal faiz oranlarının uygulanmasından ibaret **faiz alacağı tam ve kesin olarak tespit edilebilir olduğundan** ne tespit, ne belirsiz alacak ve tespit ne de kısmi dava açılması şartları bulunmadığı anlaşıldığından, 6100 sayılı Kanun sistematığı açısından da hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir. Kabule göre; Mahkemece sadece davacının faiz alacağı bulunduğu hükmedilmiş olup, alacak miktarına ilişkin bir belirleme yapılmadığından, hükmün infaz kabiliyeti bulunmamaktadır. Bu durumda yeniden yargılama gideri ve vekalet ücreti takdirine neden olacak şekilde taraflarca yeni bir alacak davası açılması gerekeceğinden, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir”²⁵.

Tapu kütüğünün doğru tutulmamasından dolayı uğranılan zararın tazmini davasında, ortaya çıkan zarar, dava açıldığı anda hesaplanabilir (bilinebilir) nitelikte olduğundan belirsiz alacak davası açılmaz.

“Dava; tapu kaydının yanlış tutulması nedeniyle uğranılan zararın, TMK’nın 1007. maddesi uyarınca tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece verilen karar usul ve kanuna aykırıdır. Şöyle ki; davacı dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olduğunu belirterek fazlaya ilişkin haklarını saklı tutup şimdilik 1.000 TL tazminat istemiyle peşin harç ve maktu başvuru harcını ödemeksizin dava açmış, mahkemece de anılan harçlar alınmaksızın davanın esası hakkında hüküm kurulmuştur. ... Somut olaya bakıldığında tapu **sicilinin yanlış tutulması nedeniyle uğranılan zararın** 4721 sayılı TMK’nın 1007. maddesi uyarınca **tazmini istemine ilişkin davalar belirsiz alacak davası niteliğinde olmayıp** nisbi harca tâbi davalardanır”²⁶.

Bankada bulunan mevduat hesabından yetkisiz vekilin talimatıyla başka hesaba aktarıldığı iddiasıyla bankaya karşı açılan alacak davasında davacı, hesabından aktarılan para miktarını, hukuki veya fiili bir engelle karşılaşmaksızın, banka şubesinden veya internet bankacılığı sisteminden öğrenebilme imkanına sahip olduğundan belirsiz alacak davası açamaz.

“Dava, **davacının bankada bulunan mevduat hesabından yetkisiz vekilin talimatı ile başka hesaba aktarılan paranın bankadan tahsili talebine** ilişkindir. ... Somut olaya bakıldığında, davacının talebinin kendine ait hesaptan 05.06.2012 tarihinde başka hesaba aktarılan miktarın bankadan tahsiline ilişkin olduğu, davacının banka şubesinden veya internet şubesinden hesabını kontrol ederek o tarihte başka hesaba aktarılan parayı kolay bir şekilde öğrenebileceği, davacının 05.06.2012 tarihinde kendi hesabından başka hesaba gönderilen para miktarını öğrenebilmesinin önünde fiili ya da hukuki bir engelin bulunmadığı, davanın dosyaya konu para aktarıldıktan 1 yıldan uzun süre geçtikten sonra açılmış olduğu da dikkate alındığında geçen bu süreçte davacının **kendi hesap bilgilerine ulaşamamasının mümkün olmadığı**, açıklanan bu nedenlerle davacının alacağı miktar

²⁵ 10.HD 01.03.2012, 9799/3613.

²⁶ 20.HD 08.03.2016, 2430/2897.

veya değerini tam ve kesin olarak belirleyebilme imkanı var iken davasını belirsiz alacak davası olarak açmasında hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde işin esasına girilerek karar verilmiş olması doğru görülmemiş kararın bu yönden bozulması gerekmektedir²⁷.

Yargıtay, **belirsiz alacak davasının konusunun yalnızca para alacağı olduğu**, konusu para olmayan alacak için belirsiz alacak davası açılmayacağı görüşündedir.

“Belirsiz alacak davası, sadece **para alacakları için** söz konusu olur. **Konusu para olmayan eda davaları için belirsiz alacak davası açılmaz....** Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile alacak miktarı belirsiz olduğu durumlarda davacıya dilerse belirsiz alacak davası, dilerse de kısmi dava açabilme imkânı getirilmiştir. Belirsiz alacak davası ile kısmi dava konusu, amacı ve sonuçları bakımından birbirinden tamamen farklı iki dava türüdür. Her iki davanın mahkemedem istenen hukuki korumaya göre eda davası olması ve ortak bazı özelliklerinin bulunması bu sonucu değiştirmemektedir. Belirsiz alacak davası açan davacı, kısmi davanın sonuçlarından yararlanamayacağı gibi kısmi dava açan davacı da belirsiz alacak davasının sonuçlarından yararlanamaz. Hâkim de kısmi dava olarak açılmış bir davayı belirsiz alacak davası olarak nitelendiremeyeceği gibi, belirsiz alacak davası olarak açılan davaya da kısmi dava olarak devam edemez²⁸.”

Yargıtayın bu görüşü tartışılabilir. Çünkü m.107,1’de yer alan “alacağın miktarını **yahut değerini**” ifadesi, belirsiz alacak davasının konusunun para dışındaki bir “şey” (mal) ile ilgili olabileceğini düşündürmektedir. Bundan hareketle de, örneğin gökyüzünden düşen meteor parçasının istirdadı ile ilgili davanın da (meteor parçasının değerinin dava açılırken bilinmesinin imkansız olması yüzünden) belirsiz alacak davası şeklinde açılabileceği akla gelmektedir. Her ne kadar böyle bir durumda, dava dilekçesinde belirtilen malın gerçek değerinin dava sırasında anlaşılması halinde eksik harcın tamamlanması suretiyle sorunun çözümlenebileceği ve pratik açıdan belirsiz alacak davası açılmasına gerek olmadığı akla gelebilirse de, tereddütlere yol açmamak bakımından, m.107’deki “**yahut değerini**” kelimelerinin çıkartılması uygun olur.

Boşanan eşin, diğer eş **nezdinde kalan ziynet eşyalarının aynen iadesini** ve aynen iadesi mümkün değilse bedelini talep ettiği dava, belirsiz alacak davası olarak açılmaz.

“Davacı vekili; tarafların 14.06.2012 tarihinde **boşandıklarını**, müvekkilinin **ziynet eşyalarının davalıda kaldığını ve iade edilmediğini** ileri sürerek 22 ayar 6 adet 20’şer gr bileziğin, 50 gr ağırlığında 22 ayar altın setin, 1 adet 10 gr ağırlığında 22 ayar bileziğin, 50 adet çeyrek altının aynen iadesini, aynen iadenin mümkün olmaması halinde dava tarihi itibarıyla ziynet eşyalarının rayiç bedeli üzerinden, HMK’nun 107. md. uyarınca yargılama esnasında alacak miktarının netleşmesi halinde müddeabihi artırmak kayıt ve şartı ile, şimdilik 2.000 TL tazminatın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. ... Hukuki yarar dava şartlarındandır (HMK m.114/h). Oysa ki somut olayda, davacı vekilinin asıl istemi ziynet eşyalarının aynına ilişkin olup, aynen iadenin mümkün olmaması halinde, hükmün icrasının temini amacıyla bedel iadesi talep edilmektedir. Bu nedenle davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Mahkemece, işin esasına girilip taraf delilleri toplanarak hasil olacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, yasa hükümlerinin yanlış değerlendirilmesi sonucunda yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş olup, bu husus bozmayı gerektirmiştir²⁹.”

²⁷ 11.HD 30.09.2019, 4627/5930.

²⁸ HGK 02.03.2016, 15-439/207.

²⁹ 3.HD 30.03.2015, 13262/5108.

Manevî tazminat talebi, bölünebilir nitelikte olmadığından, **belirsiz alacak davası şeklinde açılmaz.**

“**Manevî zarar**, haksız eylemin sonucunda, uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın karşılığı olduğu ve zarar gören tarafından da takdir ve tayin edilebilir bulunduğu için **birden fazla bölümler halinde istenemez.** Bu tazminat bizzat yaşananın acı ve elemin karşılığı olduğu için, haksız eylemin meydana geldiği anda gerçekleşir. Acı ve elemin bölünerek bir kısmının açılacak kısmı dava ile, kalanının açılacak başka bir davada talep edilmesi, manevî tazminatın özüne ve işlevine aykırı düşer. Ödemenin uzaması, para değerindeki düşüşler, enflasyon nedeniyle alım gücünün azalması gibi nedenlerle hükmedilecek miktarın faizi ile birlikte tahsili zararı karşılamaktan uzak olması, manevî tazminatın bölünerek istenmesini haklı göstermez. İş kazasında zarar gören davacı, davanın açıldığı tarihte manevî tazminat alacağına miktarını kendisi belirlediğinden, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu söylenemez. O halde manevî tazminat istemi manevî tazminatın bölünemezliği kuralına aykırı bir biçimde **kısmi veya belirsiz alacak davası olarak açılmaz** ve manevî zararın HMK'nın 107. maddesine göre dava yoluyla tespiti de istenemez”³⁰.

Otopark günlük ücreti ile otoparka giriş ve çıkış tarihlerinin belli olması halinde, otoparkçı tacir tarafından açılacak olan **otopark ücreti alacağı davası**, belirsiz alacak davası olarak açılmaz.

“Davacı vekili, müvekkilinin **özel otopark hizmetleri** sunan bir tacir olduğunu, davalı Bankanın alacaklı olduğu dava dışı üçüncü şahsa ait aracın trafik denetim elemanlarınınca trafikten men edilerek 17.03.2010 tarihinde müvekkiline ait otoparka çekildiğini, söz konusu araca B 3. İcra Müdürlüğü'nün 2010/5961 talimat sayılı dosyasında 23.09.2010 tarihli tutanakla fiili haciz tatbik edildiğini, fiili haciz sırasında müvekkilinin günlük 20 TL park ücreti talep ettiğini, ancak ücretin ödenmediğini ileri sürerek, davalı ile müvekkili arasındaki mevcut sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihlerinin, davalının sorumlu olduğu alacak miktarının tespiti ile ticari faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. ... Davacı vekili yediyeminlik ücreti alacağına ilişkin istemde bulunmuş, harca esas değeri 500 TL olarak göstermiştir. Davacının otoparkına davalı Banka tarafından haciz uygulaması yapılan dava dışı takip borçlusuna ait **araç 17.03.2010 tarihinde girmiş ve 19.04.2012 tarihinde otoparktan çıkarılmıştır.** Davacı bu süreye ilişkin **günlük 20 TL otopark ücreti** istemektedir. Dolayısıyla **alacak miktarı hesaplanabilir ve bilinebilir niteliktedir.** Bu durumda HMK'nın 107. maddesi uyarınca **belirsiz alacak davası açılması mümkün değildir**”³¹.

Haciz ihbarnamesine yapılan itirazın doğru olmaması sebebiyle **İİK m.89,IV hükümüne göre açılan tazminat davası**, alacağın miktarı haciz ihbarnamesinde belirtilmiş olduğu ve bu tür tazminat talebinin haciz ihbarnamesinde belirtilen miktarı geçemeyeceğine dair Yargıtay uygulaması sebepleriyle belirsiz alacak davası olarak açılmaz.

“Alacaklı Sondaj Ltd. Şti. tarafından,... İnşaat Taahhüt Ltd. Şti. hakkında yürütülmekte olan ilamlı icra takibinde, alacaklının istemi üzerine 3. kişi -A Genel Müdürlüğüne - alınan ihtiyati haciz kararı doğrultusunda- birinci haciz ihbarnamesi gönderilerek, borçlunun 79.411 TL alacağı üzerine ihtiyati haciz konulduğunun bildirildiği, iş bu ihbarnamenin adı geçen Kuruma 19/12/2012 tarihinde tebliği üzerine “Borçlunun, Kurum nezdinde tahakkuk

³⁰ 21.HD 30.01.2020, 3199/356.

³¹ 19.HD 11.11.2015, 5666/14512.

etmiş alacağının bulunmadığı” belirtilerek yasal sürede **itiraz edildiği**, alacaklı tarafından gerçeğe aykırı beyanda bulunulduğu iddiasıyla üçüncü kişi- A Genel Müdürlüğü aleyhine 89/4. maddesine dayalı **tazminat davası açıldığı**, dava dilekçesinde de açıkça, davanın belirsiz alacak davası türünde açıldığının belirtildiği görülmüştür. Oysa ki; 18/12/2012 tarihli **birinci haciz ihbarnamesinde alacak miktarına açıkça yer verilmiştir**. Bununla birlikte, Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, **tazminat miktarı birinci haciz ihbarnamesi ile istenen miktarı da aşamayacaktır**. Ayrıca, yukarda da belirtildiği gibi, salt bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Buna göre; İİK'nun 89/4. maddesine dayalı tazminat alacakları gerçekte belirli bir alacak olduğu ve dolayısıyla belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri tereddütsüzdür. O halde mahkemece, **İİK'nun 89/4. maddesine dayalı tazminat alacağının belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği** nazara alınarak, davanın hukuki yarar yokluğundan (dava şartı yokluğundan usulden) reddi gerekirken, yazılı şekilde esasa girilerek yerinde olmayan gerekçe ile karar verilmesi isabetsizdir³².

Alt müteahhidin (taşeronun), yaptığı inşaattan dolayı **ne kadar alacaklı olduğunu bilmesi**, onun **uzmanlık alanına girdiğinden** bu konudaki alacağının tahsilini istediği dava, belirsiz alacak davası şeklinde açılmaz.

“Dava, **eser sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili istemine** dair olup, davanın dava şartı yokluğuna dair verilen karar davacı D vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davacı davasında, Öğrenci Yurdu İnşaatı ile ilgili olarak taraflar arasında düzenlenen 13.3.2008 tarihli taşeronluk sözleşmesi uyarınca yüklendiği edimleri yerine getirdiğini, ayrıca sözleşme dışı işler de yaptığını, ancak; hak ettiği iş bedelinden bakiye kısmın ödemediğini, **alacaklarının yaklaşık olarak 100.000 TL olduğunu** belirterek, alacak miktarını tam olarak tespit edemediklerinden **şimdilik 20.000 TL'nin** ticari reeskont faiziyle **tahsilini** istemiştir. ... HMK'nun 107/1. maddesinde davanın açıldığı tarihte alacağın miktarı yahut değerinin tam ve kesin olarak belirlenememesi halinde belirsiz alacak davası açılabilirliği düzenlenmiştir. Somut olayda ise, **davacının işin uzmanı olması, yaptığı işin bedelini belirleme imkanına sahip olması**, kaldı ki, dava dilekçesindeki açıklamalarına göre de alacak miktarını belirlemiş olduğu anlaşıldığından **belirsiz alacak davası açmakta hukuki yararının bulunmadığı** anlaşılmaktadır³³.

2) İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA BELİRSİZ ALACAK DAVASI UYGULAMASI

İşçi alacaklarının belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağı konusunda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesinden çok kısa bir zaman sonra yayınlanan eserlerde iki görüş karşı karşıya gelmiştir. Belirsiz alacak davasını düzenleyen m.107'nin ilk hali ile kısmî davayı oldukça sınırlı bir şekilde düzenleyen m.109'un ilk halinden yola çıkılarak ileri sürülen bir görüşe göre, “... Uygulamada sorun çıkartabilecek alanlardan birisi iş hukukundaki taleplerdir. Örneğin, davacı veya vekili kidem, ihbar, fazla çalışma, yıllık ücretli izin alacağı gibi alacaklarını tam olarak belirlemeden pilot dava adı altında (hakkını saklı tutanak) kısmî dava açmakta, sonra bilirkişi raporları alındıktan sonra, ona göre saklı tuttuğu kısmı ıslahla artırmaktaydı. Bugün için artık bu taleplerin tam dava olarak açılması gerekir, **belirsiz alacak davası açmak kural olarak mümkün değildir**. Çünkü, davacı örneğin bu durumlarda, kaç yıldır çalıştığını, son ücretinin ne olduğunu, kaç yıldır izin kullanmadığını, ne kadar fazla çalıştığını dilekçesinde yazmaktadır veya en azın-

³² 12.HD 18.06.2018, 1974/6207.

³³ 15.HD 18.02.2015, 2071/829.

dan yazmalıdır. Çünkü bunlar olmadan zaten hesaplama yapılamaz. Bu veriler **belirli** veya **belirlenebilir** verilerdir. Bu veriler belli olduğunda da hesap yapılabilir veya talep ortaya konabilir. Bu sebeple, ne kısmi dava ne de belirsiz alacak davası bu tür durumlarda açılmaz. Şüphesiz, her davada olduğu gibi bu davada da örneğin işçinin iddia ettiği hususlar işverenin ortaya koyacağı vakia ve delillerle çürütülebilir...³⁴

Sözü edilen bu görüşün yayınlanmasını kısa süre sonra izleyen başka bir eserde bu görüş katı ve ayrıntılı bir şekilde eleştirilerek, belirsiz alacak davasının durumu, her bir işçi alacağı (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötünüyet tazminatı, yıllık izin ücreti, ücret, fazla çalışma ücreti, muhtelif tatil ücretleri, sendikal tazminat, işe iade edilmeme tazminatı vb) açısından ayrı ayrı değerlendirilmiş ve sonuçta ülkemizde çalışanların %41'nin kayıt dışı olduğundan, gerçek ücretin Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmediği, alt işverenlikte muvazaalı uygulamalara gidildiği sendikacılık oranının sürekli azaldığı, ibra ve ikalelerle iş sözleşmelerinin bertaraf edildiğinden ve benzeri diğer hususlardan söz edilerek, "Tüm bu maddi veri ve olgulara göre ülkemizde işçilik hakları ile ilgili davaların belirsiz alacak veya kısmi dava türünde açılmayacağını ileri sürmek, **adil sonuçlar doğurmayacağı** gibi iş hukukuna hakim olan ilkelerden, **işçinin korunması ilkesinin** de ihlaline yol açabilir. Ayrıca **hesaplamalara esas kayıtların işveren tarafından tutulduğu** gözden kaçırılmamalı ve işçinin elinde bulunmayan kayıtlarla ilgili tazminat ve işçilik haklarının hepsini belirleyerek dava açması beklenmemelidir. ... Hesabın tüm unsurlarının tartışmasız olması halinde dahi **işçinin eğitim durumu** ve bilgisi doğrultusunda işçilik haklarını doğru şekilde belirlemesi oldukça zordur..." denilmiştir³⁵.

Öğretide birbirine tamamen zıt olan bu görüş farklılıkları halen sürmeye devam etmektedir³⁶. Öğretideki bu zıtlık, pek çok sayıdaki Yargıtay kararlarına da yansımıştır³⁷.

Bu görüş ayrılıklarının temelinde, esas olarak, davasını açtığı tarihte alacağını tam ve kesin olarak belirlemesinin davacı **işçiden beklenip beklenemeyeceği** düşüncesi yatmaktadır.

İş uyuşmazlıklarında belirsiz alacak davasının açılmasından yana olan Yargıtay kararlarının gerekçesi; **işçinin eğitim seviyesi** ve sosyal durumu ile, açılan **davada delil olarak kullanılacak belgelerin** uygulamada genellikle işçiye verilmeyip **işveren nezdinde bulunduğu** ve kayıt düzeni dışında çalışılan işlerde gözlemlenen belgeleme zorlukları vb hususlardır. Yine, bu tür kararlarda iş hukukunda geçerli bulunan **işçi lehine yorum ilkesinin** iş davalarında da uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

Buna karşılık diğer bazı Yargıtay kararlarında, **işçinin eğitim seviyesi** ve sosyal durumunun, belirsiz alacak davası için başlı başına **objektif bir kriter oluşturmaması** gerektiği; **işçi lehine yorum ilkesinin** iş maddi hukukuna has bir ilke olup bunun **yargılama hukukunda geçerli olmadığı** ifade olunmaktadır.

³⁴ Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası (HMK m.107), Ankara 2011, s.46-47.

³⁵ Şahin Çil / Bektaş Kar, 6100 sayılı HMK'ye Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara 2012, s.11 vd, 135-137.

³⁶ Bu konuda örneğin bkz. Hakan Pekcanitez, Medeni Usul Hukuku, cilt II, İstanbul 2017, 1016 vd; Simil, s.412 vd; Abbas Bilgili, İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası, Adana 2016; Tuğba Hilal Köken, Son HMK Değişiklikleri ve İş Kanunundaki Değişiklikler Kapsamında İş Hukukunda Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara 2020; Kudret Aslan / Leyla Akyol Aslan / Taylan Özgür Kiraz, Koşulları Olmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014 -Hakan Pekcanitez'e Armağan cilt I-) s.975-1024.

³⁷ Bu konudaki çeşitli kararlar için bkz. Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, cilt 2, Ankara 2021, s.2426-2470.

Bazı kararlarda ise, **ortalama bir çözüm arayışına** gidilerek çeşitli işçi alacakları arasında ayırıma gidildiği görülmektedir. Buna göre örneğin, işçinin kaç yıl çalıştığını ve maaşının ne olduğunu bilmek durumunda olduğundan ve kıdem tazminatı tavanının da herkesçe bilinen bir vakia olduğundan hareketle işçi tarafından kolaylıkla yapılabileceği; buna karşılık, fazla çalışma sürelerinin hesabının dava açarken tam ve kesin olarak belirlenemesinin imkânsız olduğu gibi ayrıntılara girilerek bazı kategorik sonuçlara varılmaya çalışılmaktadır.

Bu konuda bazı örnekler verilecek olursa:

“Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, somut olayda, dava konusu fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil alacakları ile bakiye süre ücreti alacaklarının belirsiz olacak olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre davacının belirsiz olacak davası olarak eldeki davayı açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. ... Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.12.2012 tarihli ve 2012/9-838 E., 2012/715 K. sayılı kararında belirtildiği üzere **işçilik alacaklarının özelliği dikkate alınarak alacakların belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi aksinin kabulü de doğru değildir.** Aynı şekilde bu nedenle talep konusu işçilik alacaklarının belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi daha doğru olacaktır. ... Dava konusu fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile hafta tatili ücreti alacaklarının kanıtlanması için tanık deliline dayanıldığı ve söz konusu alacakların tanık anlatımları ile kanıtlanması durumunda hesaplanacak alacak miktarından hâkimin takdir yetkisine bağlı olarak yapılacak indirim oranı baştan belirli olmadığından, somut olayda **fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile hafta tatili ücreti alacaklarının belirsiz olacak davası konusu olabileceği** kabul edilmiştir.”³⁸

“İş hukukundan kaynaklanan alacaklar bakımından baştan belirli veya belirsiz alacak davası şeklinde belirleme yapmak kural olarak doğru ve mümkün değildir. Bu sebeple iş hukukunda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi, bu davanın açılması için gerekli şartların varlığına bağlıdır.... Keza aynı şey kısmi dava için de söz konusudur. İş hukukundan kaynaklanan davalarda sıkça karşılaşıldığı üzere, taraflar arasında çalışma süresi ve ücret miktarı yönlerinden uyuşmazlık bulunması, alacağı belirsiz hale getirmez. Keza, işçi çalışma süresini ve ücretini belirleyebilmektedir. **İşçinin ne zamandan beri çalıştığını veya ücretinin ne kadar olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına da aykırıdır.** İşçinin kendisinin bilmediği çalışma süresini, tanıkların bildiğini veya bilirkişinin bileceğini farz etmek ispat kurallarına da aykırıdır.... Somut olayda, davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı dava dilekçesi ve harç tamamlama dilekçesinden anlaşılmaktadır. Bu sebeple mahkemece kısmi dava olarak değerlendirilmesi doğru olmamıştır. Dava belirsiz alacak davası olarak açıldığına göre davaya konu işçilik alacakları bakımından belirsiz alacak davası koşullarının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir. **Davacı,** davacı çalışma süresini, en son ödenen ücreti, alması gerektiğini iddia ettiği **aylık ücret miktarını,** ödenmeyen ücret alacağı miktarını, hak kazandığı **yıllık izin süresini** ve kaç gün ücretli izin kullandığını, şua izin süresini ve servis ücretini, **manevi tazminat miktarını belirleyebilecek durumdadır.** Bu halde davaya konu kıdem tazminatı ile manevi tazminat, izin, şua izin alacağı, servis ücreti alacaklarının gerçekte belirlenebilir alacaklar olduğu ve dolayısıyla belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri nazara alınarak, hukuki yarar yokluğundan davanın usulden reddi gerekirken, yazılı şekilde kıdem tazminatı ile izin, şua izin alacağının esastan kabulüne ve servis ücreti ve manevi tazminatın ise esastan reddine karar verilmesi

³⁸ HGK 06.12.2018, 22-3669/1848.

hatalı olmuştur. ... Fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücret alacakları yönünden, davacı haftada kaç saat fazla çalışma yaptığını, hangi hafta tatillerinde çalıştığını belirleyebilmekte ise de hakimin hesaplanan miktardan hangi oranda takdiri indirim yapacağını bilebilecek durumda değildir. Bu sebeple, **fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücret alacakları belirsiz alacak davasına konu edilebilir**³⁹.

“Dava konusu alacak karşı tarafın vereceği bilgi veya belgelerle belirlenecekse, alacak belirsiz kabul edilmelidir. Karşılaşılmalı hukukta geçerli olan bu kriter 107. maddenin 2. fıkrasının başlangıcında “**karşı tarafın vereceği bilgi sonucu**” yargılama sırasında belirlenme olarak kabul edilmiştir. Konuyu iş mevzuatı açısından ele aldığımızda, İş Kanunu’nun 3, 8, 22, 28, 32, 37, 67. maddelerinde işverene çalışan her bir işçi yönünden kayıt tutma ve işçiye belge verme yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Bütün **yasal yükümlülüklere uyan işveren bakımından** kural olarak **işçi alacaklarının belirsiz olduğundan söz edilemeyecektir**. Zira işçinin çalışma süresinin tam olarak kayda geçirildiği, iş sözleşmesi ile ücreti, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlendiği, işçiye her ay ücret hesap pusulası verildiği, günlük ve haftalık iş sürelerinin işçiye önceden bildirildiği, işçinin yaptığı olağanüstü çalışmalar için kendisine belge verildiği durumlarda, işçinin bir çok alacağı belirli ya da belirlenebilir durumdadır. Sadece **hakimin takdirine kalan bazı alacaklar** bakımından yine de başlangıçta bir belirsizlikten söz edilebilecektir. İşçilik alacaklarının hesabı genelde iki kritere tabidir. İşçinin işyerinde geçen **çalışma süresi ve ücreti ile ekleri bilindiğinde işçilik alacakları belirlenebilir** durumdadır. Bu yüzden özellikle **kamu kurumlarında** işçinin çalışmalarının tam olarak Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirilmesi ve işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçinin ücreti ile eklerinin toplu iş sözleşmesinde yer alması sebebiyle **işçilik alacakları belirlenebilir durumdadır**. Yine de **hakimin takdir alanına giren manevi tazminat, takdiri indirime tabi fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti, cezai şart, sözleşmenin kalan süresine ait ücret gibi alacakların başlangıçta tam olarak ve tamamen belirlenmesi mümkün değildir**. Nitekim 107. maddenin Adalet Komisyonu gerekçesinde de, alacaklının “talep edebileceği miktarı aşgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağın tamamını tam olarak tespit” edememesi halinde belirsiz alacak davası açılacağı ifade edilmiştir. Gerekçede örnek olarak “keşif ve bilirkişi raporu” ile alacağın miktarının tespit olunmasından söz edilmiştir ki, iş yargısında bilirkişi hesap raporu alınması çok yaygın bir uygulamadır. Yine 107. maddenin 2. fıkrasında “karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu” alacak miktarının belirlenmesinden söz edilmiştir ki, yukarıda sözü edilen yasal yükümlülükler sebebiyle işçiye çalışırken belge vermekle yükümlü olan işveren bunu yerine getirmediğinde, işçinin alacağın miktarını tam olarak belirlemesini beklemek doğru olmaz. Belirsiz alacak davasını öngören hükümde biri subjektif, diğer objektif iki unsur karşımıza çıkmaktadır. Alacağın veya dava değerinin belirlenmesini objektif olarak imkansız olması halinde belirsiz alacak davası açılabilir. Örneğin **iş kazası geçiren işçinin** açacağı davada işveren ve işçinin karşılıklı kusur oranları, kusursuz sorumluluk olup olmadığı ve varsa kaçınılmazlık durumu ve maluliyet oranlarının dava açma aşamasında belirlenmesi imkansızdır. Subjektif unsur ise alacaklının talep konusu miktarı belirlemesinin alacaklıdan beklenememesidir. İşçinin yasal hakları ödenmeksizin işten çıkarıldığı bir durumda yukarıda belirtilen masraflara ek olarak uzman hesap raporu aldirarak olası işçilik alacaklarını belirlemesi de hak arama özgürlüğü önünde engel olarak değerlendirilebilir. Talep sonucunun rakam olarak ifadesinin imkansızlığı, davacının tam olarak miktarını bilmediği ve bu bilgisizliğini davalının sahasında bulunan vakıyalardan kaynaklandığı durumlarda söz konu-

³⁹ 22.HD 16.06.2016, 33903/18051.

sudur. İşyerinde **sendikasıız çalışan** ve yasal işçilik alacakları konusunda **ayrıntılı bilgi sahibi olması beklenmeyen bir işçinin**, alacakları doğru şekilde adlandırması dahi mümkün olmazken doğru hesap yöntemiyle birlikte ve tam olarak **belirlenmesi mümkün görülmemelidir**. Ancak işyerinde **hukuk müşaviri**, personel uzmanı, **muhasebe müdürü gibi konumda çalışan bir işçi** bakımından aynı sonuca varmak mümkün olmayacaktır. ... İşçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olmayacağı noktasında **Dairemizde belirlenen kriterler** aşağıdaki gibidir: Kıdem tazminatı hesabı için, işçinin çalıştığı süre, fasıllı çalışma olup olmadığı, bu süre içinde ihbar önelini altı hafta aşan istirahat raporu alınıp alınmadığı, ücretsiz izin uygulaması olup olmadığı, grevde geçen sürenin varlığı, işçinin son ücreti, ücretin eki niteliğindeki ödemelerin son bir yıllık toplamı, işçiye sağlanan aynı hakların parasal değeri ve son bir yıllık ortalaması, ücretin eki mahiyetindeki ödemelerin devamlılık arz edip etmediği gibi konuların net olarak bilinebilmesi gerekir. Bu yüzden işçinin hesabın unsurlarına dair sözü edilen bir veya birkaç konuda belirsizlik halinde kıdem tazminatının başlangıçta tam olarak ve tamamen belirlenmesi mümkün olamaz. HMK'nun 107. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere alacaklının "alacağının tamamını tam olarak" tespiti mümkün değildir. Bu nedenle **hesabın unsurlarındaki tartışma ve belirsizlik, alacağın da belirsiz olması sonucunu doğurur**. Ancak ücret ve eklerine dair tartışma kıdem tazminatı tavan sınırlaması sebebiyle sonuca etkili değilse, **kıdem tazminatının belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği düşünülmelidir**.⁴⁰

"... Belirsiz alacak davasının getirdiği en önemli etkin koruma, usul ekonomisi ve hak arama özgürlüğüne hizmet etmesi yanında, davacının yüksek yargılama giderlerine katlanma ve dava konusu hakkın zamanlaşımına uğrama riskini azaltmasıdır. Usul hukukunun maddi hukuk içinde gerçekleşen hakkın talep edilebilirliğini, tespitini belirli kurallara bağlayan hukuk dalı olması nedeniyle maddi hukuk için araç olduğu unutulmamalıdır. O nedenle iş yargılaması kuralları ve bu anlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu kurallarının iş ve sosyal güvenlik hukukuna hizmet ederken, bu hukukun ilkelerini de gözardı etmemesi gerekecektir. İşçilik alacakları bakımından dava konusu edilen alacağın belirli olup olmadığı ile ilgili olarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin davacıdan beklenmemesi kriteri ile açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması kriterini birlikte değerlendirip sonuca gidilmesi iş hukukunda geçerli **zayıf olan işçiyi koruma** ilkesi ile **işçi lehine yorum ilkesi gereği daha isabetli olacaktır**.... İşçi işveren arasındaki iş ilişkisinde belgeye bağlama görev ve yetkisinin işçide değil, işverende olduğu görülmektedir. İş sözleşmesinde iş görme edimini yerine getiren ve belge düzenleme yetkisi ve yükümlülüğü bulunmayan **işçinin alacaklarını belirleyebilmesi için işveren tarafından düzenlenen yasaya uygun belgelere ihtiyaç duyulmaktadır**. Diğer yandan iş ilişkisindeki alacak kalemlerinin hesaplanmasında çıplak ücret ya da giydirilmiş ücrete göre hesaplanan farklı alacak türleri bulunmaktadır. Örneğin kıdem tazminatı, giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer işçilik alacakları (fazla mesai, hafta tatili, yıllık ücretli izin alacakları gibi) çıplak ücretten hesaplanmaktadır. Giydirilmiş ücrete, işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dahil edilmektedir. Özellikle ücrete dahil edilecek menfaatlerin iş yerinde süreklilik arz edip arzetmediği de çoğunlukla taraflar arasında tartışma konusu edilmektedir. Bu nedenle **eğitim düzeyi ve sosyal durumları birbirinden farklı olan işçilerin alacağını tam ve kesin olarak belirleyebilmelerini beklemek mümkün değildir**. Bunun için yukarıda bahsedilen iki kriter birlikte değerlendirilerek, dava konusu edilen işçilik alacağının belirli olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. ... Davacının talep ettiği fark işçilik alacaklarının hesaplanabilmesi

⁴⁰ 9.HD 03.06.2015, 14601/20243.

için yasada öngörülen kayıt ve belgeleri tutma ve işçinin bilgisine sunmakla yükümlü olan işverenin sunacağı bordrolara ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü fark ücret ve ikramiye alacaklarının belirlenebilmesi için, **muhasebe işlemini gerektirmektedir**. ... Dosya içerisinde bulunan ücret bordrolarında davacının imzası bulunmadığı gibi işveren tarafından 4857 sayılı Kanunun kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirerek gerekli belgeleri işçiye teslim ettiğine dair delil de sunmamıştır. Bu nedenle işçinin alacağını belirleyecek veriler elinde bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle, yaklaşık 6 yıla yakın bir süreye ilişkin TİS artışlarından kaynaklanan alacaklarını belirlemesi davacı **işçinin eğitim ve sosyal durumu** dikkate alındığında kendisinden beklenemeyeceği gibi sözkonusu alacakların belirlenebilmesi için işverende bulunan bilgi ve belgelerin verilmesi ve tahkikata ihtiyaç duyulduğundan Mahkemece davanın belirsiz alacak davası olarak görülmesi ve davanın kabulüne karar verilmesi yerindedir. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler esnasında **bir kısım üyelerce**, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda görev, yetki ve temyiz süresi ile ilgili özel olarak düzenleme yapıp diğer konularda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa atıfla yetinildiği, Hukuk Muhakemeleri Kanununda öngörülen basit yargılama usulü ve dava türleri iş davalarında da geçerli olup, tüm yorum ve değerlendirmelerin anılan kanunun belirlediği ilkeler çerçevesinde yapılması gerektiği, yargı kararı ile, işçinin ekonomik bakımdan zayıflığı ve kayıt dışılık gibi gerekçelerle, kanunda öngörülenin dışında yeni bir yargılama usulü icat edilemeyeceği, bu nedenle işçi lehine yorum ilkesi de 6100 sayılı Kanununu benimsediği ilkelerin dışına çıkılmasına gerekçe yapılamayacağı, **işçi lehine yorum ilkesinin usul hukukunda değil, maddi hukukta uygulama alanı bulabilen bir ilke olduğu**, alacaklı olduğunu ileri süren kişinin belirsiz alacak davası açabilmesi için, talep sonucunu gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olması gerektiği, bu sebeple davanın açıldığı anda dava konusu edilen alacak tutarının tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin, davacıdan beklenemeyecek bir nitelik taşıyıp taşımadığını belirlemede, somut olayın koşulları ve özellikleri gözetilerek doğruluk ve güven kuralı çerçevesinde (HMK m.2; m.27,I) **dürüst, makul ve orta zekalı bir insanın** göstermesi gereken tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen, alacak tutarının tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin mümkün olup olmadığı hususunun, ölçü olarak esas alınması gerektiği, somut olayda dava konusu edilen işçilik alacaklarının objektif olarak belirlenebilir olduğu, bu nedenle belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceğinden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi gerektiğini belirterek kararın bozulması gerektiğini, bir kısım üyeler tarafından ise işçilik alacaklarının belirlenebilir alacak olduğu bu nedenle belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği ne var ki hukuki yarar yokluğuna ilişkin dava şartının tamamlanabilir olumlu dava şartı olduğundan davacıya davasını harç eksikliği tamamlanarak tam davaya dönüştürmesi için süre verilip dava şartı eksikliği tamamlatılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği, bu nedenle kararın belirtilen değişik gerekçe ile bozulması gerektiğini ileri sürmüşler iseler de bu **görüşler kurul çoğunluğu tarafından belirtilen nedenlerle kabul edilmemiştir**. Tüm bu nedenlerle, yerel mahkemenin yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, usul ve yasaya uygun **direnme kararının onanması gerekmiştir**⁴¹.

⁴¹ HGK 17.06.2015, 22-787/1552.

II- BELİRSİZ ALACAK DAVASINDAKİ HUKUKİ YARARIN SONRADAN TAMAMLANABİLİR DAVA ŞARTI OLUP OLMADIĞI KONUSUNDA ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ KARMAŞA

Belirsiz alacak davasının on yıllık uygulanmasında ortaya çıkan ve çözümlenemeyen hukukî karmaşada karşımıza çıkan ikinci önemli sorun, **belirsiz alacak davasındaki hukukî yararın sonradan tamamlanabilir dava şartı olup olmadığı** konusundadır.

Kanuna göre dava şartları (HMK m.114), davanın başında incelenir (HMK m.137) ve bazı dava şartı eksikliklerinin (örneğin, taraf ehliyeti, kanunî temsilcinin gerekli niteliğe sahip olması, vekâletname, gider avansı, teminat vb), yargılama sırasında fiilen kendiliğinden veya hâkimin vereceği süre içinde gereği yapılarak tamamlanabilmesi mümkündür. Bu durumda dava şartları davanın başında eksik olsa dahi dava sırasında tamamlandığı için dava, usulden reddedilmez. Buna karşılık yargı hakkı, yargı yolu, görev, kesin yetki, kesin hüküm varlığı gibi başlangıçta eksik olan dava şartlarının, nitelikleri gereği, sonradan tamamlanabilmesi kural olarak mümkün değildir.

Yukarıdan beri tekrarlanma geldiği üzere belirsiz alacak davasının açılabilmesi, davanın açıldığı tarihte alacak miktarının (veya değerinin) tam ve kesin olarak belirlenememesi şartına bağlıdır. Buna bağlı olarak, açıldığı sırada belirli / belirlenebilir olan bir alacakla ilgili davanın, belirsiz alacak davası şeklinde açılması halinde, hukukî yarar (menfaat; m.114,1/h) yokluğu sebebiyle davanın usulden reddi gerektiği, öğretilde ve Yargıtay uygulamasında, genel olarak, kabul edilmektedir. Ancak, buradaki dava şartının **tamamlanabilir bir dava şartı olup olmadığı** konusunda öğretilde ve Yargıtay kararları arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır.

Öğretilde bir görüşe göre, alacağın belirli olmasına rağmen (karş. HMK m.107,1) belirsiz alacak davası açılmışsa, bu dava, hâkimin m.115,2'ye göre süre vermesine gerek kalmadan, dava şartı eksikliği nedeniyle usulden (baştan) reddedilir; yani, belirsiz alacak davasındaki dava şartı tamamlanabilir bir dava şartı değildir.

Buna karşılık öğretildeki diğer bir görüşe göre ise, belirsiz alacak davasındaki hukukî yarar dava şartı, tamamlanabilir bir dava şartıdır. Bunun için hâkim, davacıya talep sonucunu değiştirmesi için kesin süre vermesi; süre içinde gereğinin yapılması halinde davaya bu haliyle devam etmesi; gereğinin yapılmaması (yani, davacının davasının belirsiz alacak olduğunda ısrarı) halinde, davayı hukukî menfaat şartı yokluğu nedeniyle reddetmelidir.

Öğretildeki bu görüş farklılıkları, Yargıtay kararlarına da yansımıştır.

Bazı Yargıtay kararlarına göre belirsiz alacak davasındaki hukukî yarar, **tamamlanabilir dava şartıdır**.

“Dairemiz kararlılıkla hukuki yarar şartının **tamamlanabilir dava şartı olduğunu** kabul etmektedir (27.12.2012 gün ve 2012/1756 E., 2012/5741 K). Bu sebeple belirsiz alacak davası veya kısmi dava açıldığında, davaya konu edilen alacak açık ve tam olarak belirli ise davacıya tam eda davası açması, tamamlanabilir hukuki yarar şartını yerine getirmesi için öncelikle süre verilmeli, süre sonunda yerine getirmediği takdirde davanın hukuki yarar şartı yokluğu nedeni ile usulden reddine karar verilmelidir. ... Somut uyuşmazlıkta, davacı dava dilekçesinde dava konusunu işçilik alacağını “belirsiz alacak” olarak belirtmiş, dava türünü belirtilen talep kısmında açıkça fazlaya dair haklarını saklı tutarak kısmi miktarlar talep etmiş, diğer belirlenecek kısmın belirlenmesi halinde yargılama sırasında arttıracağını da belirtmiştir. Bu sebeple açılan davanın kısmi eda - külli tespit davası olduğu açıktır. Diğer taraftan davacının talep ettiği kıdem tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanacaktır. Giydirilmiş ücretin belirlenmesi için karşı tarafta bulunan bordroya ve yargılama sırasında anlaşılacak sosyal yardımlara ihtiyaç vardır. Keza davacının talep ettiği fazla mesai ve tatil çalışmaları ise yargılama sonucunda delillerin toplanmasına ve tanık

beyanlarına tabi olması halinde indirim tabidir. İndirime tabi alacaklarda belirsizdir. Dolayısı ile kıdem tazminatı ve fazla mesai ile tatil alacakları başlangıçta belirli değildir. Ayrıca alacaklar belirli ve kısmi davaya konu yapılamayacak ise o zaman Dairemizin uygulaması gereği, davacıya belirli hale getirmesi için süre verilmeli, hukuki yarar şartının tamamlanabilir dava şartı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Mahkemece hatalı değerlendirme ile dava kısmi eda - külli tespit dava olduğu halde, belirsiz alacak davası olarak nitelendirilip, tüm talepler belirsiz alacak davasına konu olmayacak şekilde ve tamamlanabilir dava şartı gözden kaçırılarak davanın usulden reddi hatalıdır⁴².

Bazı Yargıtay kararlarına göre ise, belirsiz alacak davasındaki hukukî yarar, **tamamlanabilir dava şartı değildir**.

“Şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda **davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir**. Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir. Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, **sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir**. Çünkü, dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukuki yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukuki yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukuki yararın sağlanması için davacıya ek imkan sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usûl bakımından imkan yoktur. ... Somut olayda dava konusu kıdem ve ihbar tazminatı alacağı belirsizdir. Mahkemece, bu alacak taleplerinin esasın değerlendirilmesi isabetlidir. Yıllık izin ücreti alacağında davacı, kendisine en son ödenen aylık ücret miktarını, çalışma süresini, hak kazandığı izin süresini, çalışma süresi boyunca varsa kullanmadığı veya karşılığı ödenmeyen izin sürelerini belirleyebilecek durumdadır. Bu halde, dava konusu yıllık izin ücreti alacağının gerçekte belirlenebilir alacak olduğu ve dolayısıyla belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği açıktır. Anılan sebeple, yıllık izin ücreti alacağına yönelik talebin belirsiz alacak davasının konusunu oluşturmayacağından, söz konusu talep yönünden davanın hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, esasa girilerek karar verilmesi isabetsizdir⁴³.”

C) SONUÇ: ON YILLIK UYGULAMASINDA AMACINA ULAŞAMAYAN BELİRSİZ ALACAK DAVASINA İLİŞKİN HÜKÜM YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMALIDIR

Yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü üzere usul hukukunda esas olan, davacının alacağının tamamı için (tam dava) veya Kanunun (HMK m.109) tanıdığı çerçevede bir kısmı için (kısmî dava) açmasıdır. Davacı bunu gerçekleştirmek üzere, alacaklı olduğu miktarı dava açmadan önce belirler ve bu miktar üzerinden (tam veya kısmî) dava açar. Hal böyle olmakla birlikte, örneğin bazı tazminat davalarında zararın tam olarak ne kadar olduğunun davanın başlangıcında hesaplanabilmesi çok zordur ve hatta imkânsızdır. Bu gibi hallerde davacının kısmî dava açma olanağı varsa da, kısmî davada zamanaşımının yalnızca

⁴² 9.HD 28.03.2018, 5239/6929.

⁴³ 22.HD 22.04.2019, 11732/9354.

açılan kısım için kesilmekte oluşu sebebiyle geriye kalan alacağın zamanaşımına uğraması halinde (karşı tarafın zamanaşımını definde bulunmasına bağlı olarak) sorunlar yaşanabilmektedir. Kanun koyucu, istisnaî nitelikteki bu gibi sakıncalı durumları ortadan kaldırmak amacıyla, İsviçre Medeni Usul Kanunundan ve Alman içtihatlarından yararlanarak belirsiz alacak davası müessesesini kabul etmiştir (HMK m.107).

Vurgulamak adına tekrarlanacak olursa, belirsiz alacak davasının yeni bir dava çeşidi olarak Kanunumuza alınmasındaki **amaç**, kaynak (mehaz) hukuklardaki uygulamaya paralel olarak, özellikle **önceden belirlenebilmesi mümkün olmayan** (veya çok zor olan) **bazı tazminat alacakları bakımından yaşanmakta olan adaletsiz sonuçlara meydan vermemektir.**

Keza yukarıda belirtildiği üzere belirsiz alacak davası, niteliği gereği, dava dilekçesinde başlangıçta gösterilen asgarî miktar üzerinden düşük harçla açılması, yargılama (dava) sırasında ortaya çıkan gerçek alacağın davayı (iddiayı) değiştirme yasağı ile karşılaşmaksızın davaya dahil edilebilmesi yönünden genel eda davasına ve alacağın tümü bakımından zamanaşımının kesilmesini sağladığı için de kısmî davaya oranla davacıya bazı avantajlar (kolaylıklar) sağlayan bir dava türüdür. Kanun koyucunun istisnaî hallerde açılacak olan belirsiz alacak davasına özgü olarak kabul ettiği bu avantajlar, cazip geldiği içindir ki uygulamada davacıları, HMK m.107'deki şartlar gerçekleşmemesine rağmen genel olarak davalarını belirsiz alacak davası olarak açmaya yönlendirmiştir.

Şartlarının oluşmasına bağlı olarak, hür türlü davada olduğu gibi **iş uyuşmazlıklarında da belirsiz alacak davası açılabilmesinin mümkün olduğunda tereddüt etmemek gerekir.** Hal böyle olmasına rağmen, belirsiz alacak davasının ülkemizdeki uygulamasında, mehaz ülke hukuklarındaki uygulamalardan farklı olarak, **işçinin eğitim seviyesi** ve sosyal durumu ile **işçi lehine yorum gibi gerekçelerle iş uyuşmazlıklarının da geniş çapta belirsiz alacak davasının konusu oluşturduğu** yönünde bir görüş ortaya çıkmış; bu noktada, öğretilde aksi görüşler ileri sürülmüş, birbirine tamamen zıt pek çok sayıda Yargıtay kararları verilmiş ve bütün bunlar, gelinen durum itibarıyla çok önemli bir hukukî karmaşaya sebebiyet vermiş, deyiş yerinde ise adeta bir **“çıkılmaz sokak”** yaratmıştır.

Yargıtay kararlarında ortaya çıkan bu hukukî karmaşanın çözüm yolunun içtihadî birleştirme olacağı düşünüldüğü için, konu yetkili Yargıtay Genel Kurulu'na getirilmiştir. Ancak Yargıtay İçtihadî Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 15.12.2017 tarihli ve 6/5 sayılı kararında, “...İşçilik alacaklarının çok değişik tür ve nitelikte uyuşmazlıklar olarak mahkemeler önüne gelebileceği, aynı tür ve nitelikteki işçilik alacaklarında dahi her defasında alacağın belirli veya belirsiz olmasından söz edilmesinin mümkün olmadığı, **her bir somut olayın özelliğine göre mahkemelerin alacağın belirli mi yoksa belirsiz alacak mı olduğunu tespit etmeleri gerektiği**, alacağın türü itibarıyla bir alacağın belirli veya belirsiz alacak olduğundan söz edilemeyeceği, bu hususta yapılacak içtihadî birleştirmenin, **İçtihadî birleştirme kararlarının soyut, genel ve her defasında geçerli normatif yapıyla bağdaşmadığı gerekçeleriyle** içtihadî birleştirmeye gerek olmadığı...” sonucuna varmıştır⁴⁴.

Bu durum karşısında; yukarıda yalnızca birkaç tanesini örnek olarak verdiğim özel daire kararları ile bozma kararlarından tatmin olmamaları sebebiyle ilk derece mahkemelerinin direnmeleri üzerine Hukuk Genel Kurulunca verilen pek çok sayıdaki kararlarını, uzunca bir zaman sürecinde bilim adamı ve uygulamacı hukukçu gözüyle derinliğine değerlendirdiğimde, iş uyuşmazlıklarında belirsiz alacak davasında yaşanmakta olan bu hukukî karmaşanın çok uzun yıllar daha devam edebileceği sonucuna ulaşmış bulunmaktayım.

⁴⁴ Resmî Gazete, 29.06.2018, sa.30463.

Yaşanmakta olan karar karmaşası vesilesiyle, yaklaşık on yıldır süren ve içtihadı birleştirme kararı ile de çözümlenemeyen taban tabana zıt **çelişkili kararlar** yüzünden, benzer olaylarda dağıtılan adaletin farklı gerçekleşmekte olmasının, **hukukî güvenliği** ve **mahkemelere duyulan itimat duygusunu ciddi boyutta zedelediği**; başka bir ifadeyle, kanun koyucunun adalette yaşanan istisnâ nitelikteki bir sorunu çözmek amacıyla kabul ettiği ve fakat uygulanmasında, amacından saparak iş uyuşmazlıkları bakımından yepyeni sorunlar yaratan belirsiz alacak davasının, günümüzde ‘**yardandan çok, zarar getirdiği**’ kanısındayım.

Bu durum, hukukî güvenlik açısından son derece sakıncalıdır. **Hukukî güvenlik ilkesi**, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biridir ve bireylerin, hukuk kuralları çerçevesinde hareket ettiklerinde herhangi bir sorunla karşılaşmayacaklarını bilmeleri demektir⁴⁵.

Genel olarak **hukuk kuralları**, Anayasa’nın öngördüğü şekilde yasama organının koyduğu kanunlar, yürütmenin (idarenin) kanunlara dayanarak çıkarttığı düzenlemeler ile yargı organlarının (mahkemelerin) kararlarından oluşur. Hukuk kuralları, toplumsal düzeni sağlamaya yönelik olduğu için bunlara aykırı davranan bireyler, çeşitli yaptırımlarla (ceza, hukuki sorumluluk vs) karşı karşıya kalırlar.

Hukuk kurallarının bireyler tarafından tam olarak kolayca öğrenilmesi ve benimsenmesi (içselleştirilebilmesi), bunların **açık, anlaşılır ve herkesin anlayabileceği basit bir şekilde yazılmasını gerektirir**. Bunun için, yasama organına ve yürütmeye (idareye) büyük görev düşmektedir. Aynı durum, **mahkeme kararları için de geçerlidir**. Konu, Devlet’e ait bulunan yargı işlevine indirgendiğinde yargı kararlarında da, diğer iki işlevde olduğu üzere, “**hukukî belirlilik**”, “**hukukî istikrar**” ve “**hukukî öngörülebilirlik**”, uyulması gerekli önemli unsurlar olarak ortaya çıkar.

Genel olarak kabul edildiği üzere mahkeme kararları, her bir somut olayın özelliğine değişkenlik gösterebilir. Bunun yanı sıra, zaman içerisinde ortaya çıkan şartlar karşısında mahkemelerin, daha önceki değerlendirmelerden ayrılarak evvelki kararlarından farklı kararlar verebilmeleri mümkündür ve bu husus, hukukun dinamikliğinin de bir sonucu olarak ortaya çıkabilir. Ancak, **aynı dönem ve aynı şartlar içerisinde**, örneğin zaman zaman seri davalarda rastlandığı üzere, alt dereceli mahkemelerin verdikleri kararların farklı üst mahkeme (istinaf veya Yargıtay) dairelerine intikali halinde **yüksek mahkemelerin birbiriyle çelişen kararlar vermeleri**, böylece birbirinin aynı (veya benzeri) olan ve fakat tarafları farklı **davalardan birinin kabul edilmesi, diğerinin reddedilmesi** sonucunda, bunların **birbirine zıt olarak kesin hüküm haline gelmesi**, davanın tarafları ve kamu oyu nezdinde açıklanabilmesi olanaksız bir durumdur ve bu durum, **mahkemelere** (aslında, **Devlet’e**) **olan güveni kökünden sarsan hallerdendir**.

Seri davalarda rastlanan benzeri durum, Yargıtay veya Danıştay’ı içtihadı birleştirme kararı⁴⁶ vermeye yönelten olaylar ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin görev alanına giren (farklı yargı yollarından verilen kararlar arasındaki) “hüküm uyuşmazlıkları” bakımından da vardır.

⁴⁵ Hukukî güvenlik ilkesi için bkz. İsmail Köküarı, Anayasa Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi, Ankara 2015.

⁴⁶ İctihadı birleştirme müessesesinin işlevi hakkında bkz. Ejder Yılmaz, İctihadı Birleştirme veya Adaletteki Çelişkiye Sonverme İhtiyacı (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, Ankara 2000, s.1-30); hüküm uyuşmazlığı bakımından bkz. Ejder Yılmaz, Farklı Mahkemelerin Kesin Kararları Arasında Ortaya Çıkan Adalet Çelişmesine Son Verme İhtiyacı: Hüküm Uyuşmazlığı Ve Çözüm Usulü (Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu, Ankara 2016, s.145-172).

Aşağıda verilen Yargıtay kararına konu olayda, işverenin **onbir işçinin** iş sözleşmelerini feshetmesi üzerine, işçiler adına **seri dava niteliğinde bir belirsiz alacak davası** açılmış ve **dava kabul edilmişti**. Ancak Yargıtay, bu davalardaki hükümlerin temyizi üzerine verdiği kararlarıyla bu davalarda verilen hükümlerden **bir kısmını onarken, bir kısmını**, bu konuda **belirsiz alacak davası açılmayacağı gerekçesiyle bozmuş**; bunun sonucunda, **birbirinin aynısının tıpkısı olan davaların sonuçları**, çelişkili ve birbirine tamamen **zıt olarak şekilde gerçekleşmişti**. Başka bir anlatımla, bazı işçiler haklı görülerek tazminat almışlar; diğer işçiler ise, haksız görülerek tazminat **alamamışlardı!**

Hukuk Genel Kurulu isabeti olarak, bu durumun **hukukî belirlilik ilkesine aykırı olduğu** sonucuna varmıştır:

«Uyuşmazlığın çözümü için direnme gerekçesi dikkate alınarak adil yargılanma hakkı, hukuki belirlilik ve güvenlik kavramları üzerinde durulmalıdır... **Belirlilik ilkesi**, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla **mahkeme içtihatları** ve yürütmenin düzenleyici işlemleri **ile de hukuki belirlilik sağlanabilir**... Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise hukuki güvenlik ilkesini şu şekilde belirtmiştir; "...Hukuki güvenlik ilkesi bilhassa, **hukuki durumlarda belli bir istikrarın sağlanmasını** ve toplumun adalete olan güvenini desteklemeyi amaçlamaktadır. Birbirinden farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesi, toplumun yargısal sisteme olan güveninin hukuk devletinin temel unsurlarından biri olmasına rağmen, bu güveni azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizlik durumu yaratabilecektir... **Birbiriyle uyuşmayan mahkeme kararlarının sürüp gitmesi, yargı sistemine güveni azaltarak, yargısal bir belirsizliğe yol açabilir**" (AYM, Türkan Bal Başvurusu, Başvuru no. 2013/6932, Karar tarihi: 06.01.2015, R.G. Tarih-sayı: 09.05.2015-29350, para. 51-52). Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, davacı vekili, davanın **belirsiz alacak davası** olduğunu belirttikten sonra müvekkili işçinin huzurevinin kapatılacağı gerekçesiyle iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile bir kısım işçilik alacaklarının tahsilini talep etmiştir. Davalı İdare vekili talep konusu alacakların belirli olduğunu, davanın belirsiz alacak dava kapsamına girmediğini; davalı şirket vekili ise davacı işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi imzalandığını, davacı işçinin müvekkili şirket bünyesindeki çalışmasının bir yılın altında olması nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanamayacağını savunmuştur. Mahkemece davanın belirsiz alacak davası olduğu belirtilerek verilen davanın kısmen kabulüne ilişkin kararın, davalılar vekillerince temyizi üzerine Özel Dairece, kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin alacağının belirsiz alacak davasına konu olamayacağı belirtilerek hukuki yarar yokluğundan davanın reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur. Mahkemece iş yerinde çalışan on bir işçi tarafından açılan seri hâldeki davalarda aynı bilirkişiden alınan raporlar sonucunda aynı gerekçelerle hüküm oluşturulmasına rağmen, Özel Dairece birbirine yakın tarihlerde olmak üzere **kararların bir kısmının onandığı bir kısmının ise bozulduğu**, aynı konuda birbiri ile çelişen kararlar ortaya çıkmasının önlenmesi gerektiği, farklı kararlar verilmesinin adil yargılanma ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle direnilmiştir. ... Bu durumda aynı vekil **tarafından aynı içerikli dava dilekçeleri ile aynı mahkemeye açılan seri hâldeki davalarda, mahkemece aynı gerekçelerle davanın belirsiz alacak davası olduğu belirtilerek verilen kararların, temyizi üzerine** Özel Dairece birbirine yakın tarihlerde **bir kısmının onandığı** bir kısmının ise kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin ücreti alacağının **belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği gerekçesiyle bozulduğu** anlaşılmaktadır. O hâlde Mahkemece, aynı konuda birbiriyle çelişkili kararların ortaya çıkmasının önlenmesi amacıyla Anayasa Mahkemesinin 06.01.2015 tarihli ve 2013/6932 sayılı kararı ile bir davada farklı kişiler hakkında aynı konuda farklı kararlar verilmesinin adil yargılanma hakkına ve

dolayısıyla hukuki belirlilik ile hukuki güvenlik ilkelerine aykırı olduğuna vurgu yapılarak direnme kararı verilmiştir. Hâl böyle olunca mahkemenin direnme kararı yerindedir»⁴⁷.

Yukarıdaki Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, mahkeme kararları arasında ortaya çıkan ve **hukukî güvenlik ilkesine aykırı olan** bu zıtlık, **adil yargılanma hakkının ihlâlidir**. **Anayasa Mahkemesi** de⁴⁸, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir olayda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin örnek kararlarına da dayanarak verdiği güzel bir kararda şöyle demektedir:

“... İhlâlin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının belirlenmesi gerekir. Buna göre **ihlâl**; idari eylem ve işlemler, **yargısal işlemlerden** veya yasama işlemlerinden **kaynaklanabilir**. İhlâlin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır. İhlâlin derece mahkemelerinin ilgili kanunu yorumlamasından kaynaklandığı bazı hallerde tazminata hükmedilmesi ihlâlin bütün sonuçlarıyla giderilmesi için yeterlidir. Ancak bireysel başvurunun amacına uygun olarak benzer ihlâllere yol açan yorumun aynı yargı kolundaki en üst yargı mercii tarafından ele alınarak uygulamadaki **içtihat dağınıklığına engel olacak nitelikte birtakım tedbirlerin alınması** da gerekmektedir. Anayasa Mahkemesince Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır. Somut olayda ihlâlin aynı hukuki nedene dayalı olarak benzer konumdaki kişiler tarafından açılan davalarda aradan geçen **uzun zamana rağmen Yargıtay daireleri arasında görüş farkının ortadan kaldırılıp uygulama birliğinin sağlanmamasından kaynaklandığı** anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle ihlâl, başvurucunun aynı anda iki farklı yorumu yürürlükte bulunan ve bu nedenle belirlilik kriterini taşımayan bir hukuk kuralına tâbi tutulmasından kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesince yapılan ihlâl tespitinin derece mahkemesi kararının sonucuna yönelik olmadığı ve derece mahkemesince varılan sonuçtan bağımsız olduğunun altı çizilmelidir. Hal böyle olunca ihlâlin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Aksi durum, yani ihlâlin giderim şekli olarak yargılamanın yenilenmesine hükmedilmesi, bu yorumlardan birine üstünlük tanınarak taraflardan bir lehine tercihte bulunulması anlamına gelebilecektir. Bu da var olan ihlâli gidermeyeceği gibi derece mahkemesinde görülen uyuşmazlığın diğer tarafı aleyhine yeni ihlâllerin doğmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla somut olayda, yargılamanın yenilenmesi ihlâlin sonuçlarını ortadan kaldıracak nitelikte bir yol olarak kabul edilemeyeceğinden **başvurucu lehine uygun bir tazminata hükmedilmesi** yeterli bir giderimi sağlayacaktır”.

Sonuç olarak, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde; kanun koyucunun belirsiz alacak davasıyla ilgili HMK m.107 hükmünü koyarken güttüğü amacın, belirsiz alacak davasının iş uyuşmazlıkları bakımından olan uygulanmasında ortaya çıkan “karar karmaşası” sebebiyle gerçekleşmediği, geline nokta itibariyle Yargıtay kararlarındaki zıt görüş ayrılıklarının giderek “**kemikleştiği**” ve bu durumun **uzunca süre daha devam edeceği** sonucuna vardığımdan, **hukukî güvenlik ilkesinin daha çok zedelenmemesini teminen**, belirsiz alacak davası ile ilgili HMK m.107 hükmünün müessesesinin Kanundan çıkarılmasını önermekteyim.

Belirsiz alacak davası müessesesinin Kanundan çıkarılmasının önemli bir **hukukî boşluk yaratmayacağı**ni değerlendirmekteyim. Şöyle ki:

⁴⁷ HGK 25.10.2018, 22-346/1580.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 25.12.2018 tarihli ve 2017/29896 başvuru numaralı kararı.

Herşeyden önce, belirsiz alacak davasının kabulüne bağlı olarak, kısmî davayı düzenleyen 109 uncu maddenin ikinci fıkrasına konulan ve fakat zaman içerisindeki uygulamasında kısmî dava açma olanağını fiilen ortadan kaldırdığı gözlemlenen, “Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz” şeklinde hüküm, 6644 s.K. ile kaldırılarak **kısmî dava açılması** (6100 sayılı HMK) öncesine ait eski dönemdeki gibi **kolay hale getirilmiştir**.

Ayrıca, 2011 tarihli 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesi sırasında **haksız fiille ilgili zamanaşımı süresi** bir yıl iken (818 sayılı BK m.60), zamanaşımı süresi, 01 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.72 ile **iki yıla çıkartılmıştır**.

6100 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra duyulan ihtiyaç çerçevesinde yapılan her iki yasal değişiklik, iş uyuşmazlıkları bakımından da önemli olup, kanımca **belirsiz alacak davası açma ihtiyacını büyük ölçüde azaltan değişikliklerdir**.

Bunların yanısıra, özellikle iş uyuşmazlıklarının belirsiz alacak davası olarak açılması konusundaki gerekçelerden biri, dava konusunda dayanılan **belgelerin**, genellikle, davacı işçinin değil, **davalı işverenin elinde bulunduğu**dur. Bu gerekçenin, usul hukuku bakımından önemli olmadığını, zira HMK’nun “**tarafların belgeleri ibraz zorunluluğu**” hakkındaki 219 uncu ve “**tarafın belgeyi ibraz etmemesi**” hakkındaki 220 nci madde hükümlerinin bu tür ihtiyacı karşılayabileceğini değerlendirmekteyim.

Öte yandan, iş uyuşmazlıklarının belirsiz alacak davası olarak açılması konusundaki diğer bir gerekçe olan “**işçi lehine yorum**” ilkesinin, yalnızca maddî iş hukuku bakımından geçerli olup, **usul hukuku ile ilgisinin bulunmadığı** görüşündeyim.

KAYNAKÇA

- Abbas Bilgili, İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası, Adana 2016.
- Ahmet İyimaya, Kısmî Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar, Yargıtay Dergisi, 1985/3, s.193-204.
- Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.
- Ejder Yılmaz, Farklı Mahkemelerin Kesin Kararları Arasında Ortaya Çıkan Adalet Çelişmesine Son Verme İhtiyacı: Hüküm Uyuşmazlığı ve Çözüm Usulü, Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu, Ankara 2016, s.145-172.
- Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, cilt 2, Ankara 2017.
- Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Baskı, Cilt 2, Ankara 2021.
- Ejder Yılmaz, İcra İnkâr Tazminatı Açısından “Likid Alacak” Kavramı, Bankacılar Dergisi, 2008/67.
- Ejder Yılmaz, İcra Tazminatı, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt 2, Ankara 2009, s.675-754.
- Ejder Yılmaz, İctihadı Birleştirme veya Adaletteki Çelişkiye Sonverme İhtiyacı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, Ankara 2000, s.1-30.
- Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası (HMK m.107), Ankara 2011.
- Hakan Pekcanitez, Medeni Usul Hukuku, cilt II, İstanbul 2017.
- İbrahim Ercan, Belirsiz Alacak ve Tespit Davası, Konya 2013.
- İsmail Köküsarı, Anayasa Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi, Ankara 2015.
- Kudret Aslan / Leyla Akyol Aslan / Taylan Özgür Kiraz, Koşulları Olmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar, Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014 -Hakan Pekcanitez’e Armağan, Cilt I, s.975-1024.

Şahin Çil / Bektaş Kar, 6100 sayılı HMK'ye Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara 2012.

Tuğba Hilal Köken, Son HMK Değişiklikleri ve İş Kanunundaki Değişiklikler Kapsamında İş Hukukunda Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara 2020.

**^HBORCA BATIK OLMAYAN BİR SERMAYE ŞİRKETİNİN KONKORDATO
TALEBİNİN BAŞARIYA ULAŞAMAYACAĞI KESİN MÜHLET İÇİNDE
ANLAŞILDIĞINDA MAHKEME RE'SEN VE BAŞKA BİR İNCELEME
YAPMAKSIZIN İFLASA KARAR VERMELİ MİDİR?**

*(SHALL THE COURT, ON ITS OWN MOTION AND WITHOUT ANY FURTHER
INVESTIGATION, DECIDE ON BANKRUPTCY OF A CORPORATION WHICH IS NOT OVER-
INDEBTED IF IT EMERGES IN THE DEFINITE RESPITE THAT THE CONCORDAT WILL
NOT SUCCEED?)*

Doç. Dr. Levent BİÇER
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Fethi ŞUA*** ******

ÖZ

Bir sermaye şirketinin âdi konkordato talep edebilmesi için borca batık olması zorunlu değildir. Borca batık olmama durumu tüm konkordato süresince devam da edebilir. Bir başka deyişle, nakit sıkışıklığı içerisinde olan ancak aktif pasifinden fazla olan bir sermaye şirketine geçici mühletin sonunda kesin mühletin verilmesi mümkündür. Öte yandan, İİK 292/1/b'de kesin mühlet içerisinde konkordatonun başarıya ulaşamayacağına tespiti halinde mahkemece re'sen iflasa karar verileceği düzenlenmiştir. Borçlunun bir sermaye şirketi olması halinde ise, iflas kararı verilebilmesi için borca batık olmasının gerekip gerekmediği konusunda İİK'da açık bir düzenleme mevcut değildir. İİK 292/1/b'nin salt lafzına sıkı sıkıya bağlı bir değerlendirme yapıldığında, hiçbir ayırım yapılmaksızın iflas kararı verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Oysa, kanaatimizce, borçlunun iflası hakkında karar vermeden önce konkordato projesinin başarılı olmamasının şirketin faaliyetleri ve tercihleri dışındaki sebeplerden kaynaklanabileceğini göz ardı etmemek gerekmektedir. Bu itibarla, mahkemece borca batık olmayan bir şirketin re'sen ve her halükârda iflasına karar verilmesinin isabetli olmayacağı görüşündeyiz. Zira, kendi kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle konkordato projesinin başarıya ulaşamayacağı anlaşılan bir şirketin her durumda iflasına karar verilmesi yerine, faaliyetlerine sınırlı ölçüde dahi olsa devam edebilmesine, küçülmesine veya mali problemlerini başka yöntemler ile çözmesine izin verilmesi, hem konkordato kurumunun varlık sebebine ve ruhuna uygun olacak, hem de TTK'nın şirketler hukukuna dair düzenlemeleriyle daha uyumlu olacaktır.

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.02.2021. İlk hakem raporu: 08.02.2021. İkinci hakem raporu: 24.02.2021. Onaylanma tarihi: 24.02.2021.

* Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9998-5289.

*** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

**** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7498-8467.

Eserin Atf Şekli: Levent Biçer, M. Fethi Şua, "Borca Batık Olmayan Bir Sermaye Şirketinin Konkordato Talebinin Başarıya Ulaşamayacağı Kesin Mühlet İçinde Anlaşıldığında Mahkeme Re'sen ve Başka Bir İnceleme Yapmaksızın İflas Kararı Vermeli midir?", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.727-741.

Anahtar Kelimeler: konkordato, feragat, borca batıklık, başarıya ulaşmama, sermaye şirketi.

ABSTRACT

Over-indebtedness is not a condition for a corporation to request the ordinary concordat. The situation of not being over-indebted may continue throughout the whole concordat proceeding. In other words, it is possible to grant a definite respite after the provisional respite for the benefit of a corporation which is not over-indebted, but in the shortage of cash. On the other hand, the Art. 292/1-b of the Code of Execution and Bankruptcy regulates that the court, on its own motion, shall decide on the bankruptcy if it is ascertained that the concordat will not succeed. However, in case that the debtor is a corporation, the Code of Execution and Bankruptcy does not have any clear provision whether the over-indebtedness of that corporation is required to decide on bankruptcy. According to the strict literal (grammatical) interpretation of the Art. 292/1-b, it may be deduced that the bankruptcy shall be decided in any case. However, in the opinion of authors, it should not be ignored, when deciding on the bankruptcy of the debtor, that the failure of the concordat project may result from external factors other than the corporation's conducts and practices. In this respect, it is not always accurate to decide on the bankruptcy of a corporation which is not over-indebted, by the court's own motion and in any case. In the opinion of authors, instead of to decide in any case on the bankruptcy of a corporation, of which the concordat project is rejected due to reasons other than its fault; that corporation should be authorised to carry on its activities -even to a limited scale, or to downsize, or to overcome its financial distress by alternative methods. This is because such an interpretation would be more compatible with both the ratio legis of the concordat institution and corporate law provisions of the Turkish Commercial Code.

Keywords: concordat, renunciation, over-indebtedness, failure to succeed, corporation.

GİRİŞ

7101 sayılı Kanun ile 2018 Mart ayından itibaren Türk konkordato hukukunda temel değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerden birisi “geçici mühletin” tanınmış olması ve borca batık olmayan bir sermaye şirketinin geçici mühlet talebinin reddi halinde, konkordato korumasına başvurmuş olan borçlu şirketin iflasına karar verilememesidir¹. Diğer temel bir

¹ Öğretide, geçici mühlet kararı verilmemesi halinde, mahkemece re'sen iflas kararı verileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı, bu durumun kanun koyucunun daha geçici mühlet aşamasında borçlu hakkında re'sen iflas kararı verilmesini istemediği şeklinde yorumlanması gerektiği, zira 285. maddede borç ödmeden aciz hali yahut tehlikesi içinde bulunan borçlunun muhtemel bir iflastan kaçınmak için de konkordatoya başvurabileceğini kabul ettiğini, daha bu kadar erken bir aşamada, yalnızca konkordato talep etmesi üzerine, borçluyu iflas tehdidiyle karşı karşıya bırakmanın amaca uygun gözükmediği, geçici mühlet talebinin reddi halinde İİK 292'nin uygulanamayacağı, ancak borca batıklığın bunun istisnası olduğu, çünkü sermaye şirketlerinin borca batık oldukları halde bu durumu düzeltmeden ticari faaliyetlerine devam etmelerinin (ve şirket ortaklarının sınırlı sorumluluk ilkesinden yararlanmayı sürdürmelerinin) kanun koyucunun emredici kanun hükümleriyle önlemeyi öngördüğü bir durum olduğu belirtilmiştir. **BUDAK/TUNÇ YÜCEL, ÖZTEK-** Konkordato Şerhi,

değişiklik ise borca batık olmayan sermaye şirketlerine² feragat hakkının tanınmış olmasıdır (İİK 292/1/d)³. Böylece kesin mühlet içerisinde olan ve borca batık olmayan bir sermaye şirketi dilediği zaman feragat hakkını kullanabilecektir⁴. Görüldüğü üzere yeni sisteme göre kanun koyucu, borca batık olmayan borçlulara, konkordato sürecine girdikten sonra, süreç başarıyla yürümese veya nihai aşamaya ulaşmasa dahi “yaşama hakkı” tanımıştır. Böylece, şirketlerin aktiflerinin pasiflerinden fazla olması durumunun, mühlet boyunca muhafaza edilmesinin borçlular açısından hayati önemde olduğu ifade edilebilir. Söz konusu finansal gücün sürekli biçimde korunması aynı zamanda ve tabii ki alacaklıların teminatıdır.

Kanun koyucu tarafından bu temel değişiklikler yapılırken, borca batık durumda olmayan ve fakat konkordato projesinin başarıya ulaşma imkânı kalmadığı değerlendirilen bir şirket hakkında, mahkemece re’ sen ve başka bir inceleme yapmaksızın iflasa karar verilmesi gerektiği sonucunu doğurabilecek bir ifade tarzının benimsendiği görülmektedir. Konkordato talebinin başarısız olmasında kusuru bulunmayan ve borca batık da olmayan bir şirketin her halükârda iflasına karar verilmesi sonucunu doğuracak bir yorumun, hem yeni konkordato sisteminin mantığına, hem konkordato müessesinin ruhuna hem de ticaret hukukumuzun mevcut ticari müesseseleri ayakta tutmayı hedefleyen “kurulu tezgâhı dağıtmama”⁵ düşüncesine aykırı olacağı kanaatindeyiz. Bu gerekçelere ek olarak, iflasın sosyal ve ekonomik açıdan çok ağır sonuçları da nazara alındığında borca batık olmayan şirketlerin salt konkordato talep etmiş olmaları nedeniyle mutlaka iflasına karar verilmesi yönündeki düşüncenin sorgulanması gerektiği fikrini taşımaktayız.

Nitekim, bazı durumlarda borçlunun konkordato sürecine girmesine neden olan temel sebepler kendi kusurundan dâhi kaynaklanmayabilir. Örneğin, borçlunun ödeme gücüne düşmesinin sebebi ülkemizde daha önce benzeri yaşanmamış bir pandeminin borçlunun sektöründeki faaliyetleri uzun süreli olarak durdurması veya belirli yatırımları yaptıktan

m. 287, N. 8 ve 27. Aynı yönde, **Leyla AKYOL ASLAN**, 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 42, Yıl: 2019, s. 59. Buna karşın, Pekcanitez/Erdönmez olması gereken hukuk bakımından, konkordato başvurusu ciddi ve inandırıcı olmayan borçluların geçici mühlet taleplerinin reddedilerek iflaslarına karar verilebilecek olmasının, konkordato başvurularına ciddiyet kazandırabileceği gibi, mali durumunun düzelmesi mümkün olmayan işletmelerin ayıklanması bakımından da doğal bir süzgeç işlevi göreceğini belirterek bu tercihi eleştirmekte, henüz bu aşamada dahi iflasa imkân tanıyan İsv. İİK. 293a/3 düzenlemesinin daha yerinde olduğunu ifade etmektedir. **Hakan PEKCANITEZ / Güray ERDÖNMEZ**, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 27.

² Sermaye şirketleri için yaptığımız açıklamalar “kooperatifler” için de geçerlidir.

³ Söz konusu hükmün *borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketinin konkordato talebinden feragatinin* iflasa yol açacağını açıkça düzenlemiş olmasından, *borca batık olmayan* şirketlerin feragat etmesi hâlinde salt bu gerekçeyle iflasa karar verilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Nitekim, 7101 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerden sonraki konkordato hukuku uygulaması da bu yönde gelişmiş, borca batık olmayan şirketler feragat hakkını kullanabilmiş ve eğer başkaca bir iflas sebebi ortaya çıkmamış ise, şirketler iflas etmeksizin faaliyetlerine devam etme imkânına kavuşmuşlardır. “Feragat” hususu II/B başlığı altında ayrıca değerlendirilmiştir.

⁴ Mahkemeler tereddüt yaratan durumlarda genellikle borçlu sermaye şirketinin malvarlığının güncel bir değerlemesinin yapılması için derhal bir bilirkişi heyeti atamakta, şirketin borca batık olup olmadığını tespit ettirmekte ve bilirkişi raporunun sonucuna göre karar vermektedirler. Buna mukabil, yine uygulamada, borçlunun borca batık olduğuna dair bir emare veya ciddi bir iddia yok ise şirketin mali durumunu yakından takip etmekte olan konkordato komiser heyetinin “borca batıklık hakkındaki görüşü”ne dayanarak da karar verilebilmektedir.

⁵ **Ahmet TÜRK**, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 231.

sonra yetkili kuruluşların yeni düzenlemeleri nedeniyle yatırımların karşılıksız kalması veya devam eden bir inşaat projesinin üzerinde bulunduğu arsanın kamulaştırılması sonucunda ödemelerini zamanında yapamaz hâle gelmesi olabilir⁶.

Değerlendirmelerimizi yaparken öncelikle İİK 292/1/d'de yer alan düzenlemeyi inceleyecek (I), daha sonra borca batıklık ve feragat kavramları üzerinde duracak (II) ve nihayetinde “başarıya ulaşamama” kavramını irdeleyeceğiz (III). Söz konusu üç başlık altında yapacağımız incelemeler ile “başarıya ulaşamama durumunda” borca batık olmayan şirketlerin her durumda ve re'sen iflasına karar verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir kanun metnine ilişkin değerlendirmelerimizin dayanaklarını izah etmeye çalışacağız.

I- İİK 292/1/d'DE YER ALAN DÜZENLENMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İncelememizin konusu olan İİK 292/1/b düzenlemesine çok yakın bir hüküm, 7101 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce de İİK'da yer almaktaydı⁷. Buna mukabil tamamen yeni bir düzenleme olan İİK 292/1/d hükmüyle borca batık olmayan sermaye şirketlerine feragat hakkı tanınmış olması, İİK 292/1/b'nin kapsamının anlaşılmasında ve yorumunda önemli etkiler doğurabilecek esaslı bir değişiklik olarak kabul edilebilecektir. Şöyle ki, önceki Konkordato Hukuku'muzda öğreti, feragat hakkının kullanılmasını olumsuz karşılamış ve kötüniyetli bir davranış olarak tanımlamıştır⁸. Benzer görüşte olan Yargıtay 19. HD de feragat hakkı kullanıldığında alacaklıların borçlunun doğrudan doğruya iflasını talep etme hakkına sahip olacağı yönünde karar vermiştir. Buna karşın, 15 Mart 2018'de yürürlüğe giren 7101 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklik ile “feragat” müessesesinin kullanılmasına yönelik olarak kanun koyucu bakışı açık bir şekilde göstermiştir. Artık İİK 292/1/d'ye dayanarak borca batık olmayan şirketler iflas etmeksizin konkordato sürecinden feragat hakkını kullanarak çıkabileceklerini görebilecek bir duruma kavuşmuşlardır⁹. Kon-

⁶ Benzer değerlendirmeler öğretide haklı olarak yıllar önce ifade edilmiştir: “Özellikle, üretim süreci içerisinde yer almak suretiyle ülke ekonomisine katkıda bulunan ve binlerce işgücü istihdam eden iyiniyetli hukuk sülhelerinin, konjonktürel dalgalanmalar, plân ve programda meydana gelen irade dışı sapmalar gibi ellerinde olmayan nedenlerden ötürü, içine düştükleri malî sıkıntılar yüzünden iflâs yoluyla tasfiye edilmelerine göz yumulması ya da rıza gösterilmesi, hem üretim kaybına ve dolayısıyla kamu ekonomisinin zarar görmesine hem de bir takım insanların işsiz kalmasına ve dolayısıyla sosyal barışı ve güvenliği bozabilecek ya da tehdit edebilecek tutum ve davranışların ortaya çıkmasına neden olabilir. Özellikle, son işaret edilen durumun, bizim ülkemiz gibi ekonomik istikrarsızlığın ve yoğun enflasyonist koşulların egemen olduğu ülkelerde ortaya çıkması muhtemeldir”. **Süha TANRIVER**, Konkordato Prosedürünün Islahı İle İlgili Bazı Düşünceler, AÜHFD, C. 50, S. 3, 2001, s. 1.

⁷ İİK'nın 7101 s. Kanun değişikliğinden önceki metni şu şekildeydi: m. 287/7, “Borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli ise veya konkordatonun gerçekleşmeyeceği açıkça anlaşılıyorsa, konkordato mühleti komiserin talebi üzerine mühletin sona ermesinden önce kaldırılabilir.”

⁸ **Süha TANRIVER**, Konkordatonun Tasdiki Şartı Olarak Dürüstlük Koşulu, Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005 s. 303-316; **Leyla AKYOL ASLAN**, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010, s. 266.

⁹ Borçlular konkordato başvuru aşamasında değerlendirmelerini bu hükmü nazara alarak yapacaklardır. Bu durum, makul başvuruların yapılmasında dahi iflas tehdidinden çekinerek konkordato sürecine girmeyecek firmalar için önemli bir imkân olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki, konkordato talep eden firmaların ilke olarak itibarları çok ağır bir şekilde zedelenmekte, vadeli ticaret yapmaları neredeyse imkânsız hâle gelmekte ve zor durumdaki şirketin yeni kredi alması da çok zorlaşmaktadır. Dolayısıyla, konkordato, şirketlerin kolaylıkla seçebileceği bir hukuki süreç değildir. Kaldı ki, bir hakkın kötüye kullanılması ihtimalini nazara alarak, o hakkın kullanılmasının ta-

kordato talebinin haklı olmadığı veya kötüniyetli olduğu durumlarda, borçluya kesin mühlet verilmesine gerek olmadığı ise izahtan varestedir¹⁰.

Dolayısıyla hem feragat hakkının kullanıldığı hem de konkordato başvurusunun reddedildiği¹¹ durumlarda yeni Türk konkordato hukuku, İsviçre hukukundan farklılaşarak borca batık olmayan şirketlerin iflasını zorunlu tutmamıştır. Görüldüğü üzere, “borca batık olmama” Türk konkordato hukuku bakımından iflas kararı verip vermemede en kritik ölçütlerden birisini oluşturmaktadır.

Gerçekten de İİK 292'nin metni incelendiğinde (d) bendinde “borca batıklık” hususunun açıkça düzenlendiği ve böylece, İsviçre Hukuku'ndan ve önceki konkordato hukukumuzdan farklı bir biçimde konkordato sürecinin sona erdiği görülmektedir:

“Kesin mühlet içinde konkordato talebinin reddi ile iflâsın açılması:

İflâsa tabi borçlu bakımından, kesin mühletin verilmesinden sonra aşağıdaki durumların gerçekleşmesi hâlinde komiserin yazılı raporu üzerine mahkeme kesin mühleti kaldırarak konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflâsına resen karar verir:

- a) Borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılması gerekiyorsa.
- b) Konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşılıyorsa.
- c) Borçlu, 297 nci maddeye aykırı davranır veya komiserin talimatlarına uymazsa ya da borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşılıyorsa.
- d) Borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato talebinden feragat ederse.”

Yukarıda yer alan yeni İİK 292/d hükmü, bir kez daha belirtelim ki, borçluya, iflas etmeksizin, konkordato sürecinden çıkma imkânını tanımıştır. Söz konusu İİK 292/d'nin mehaz İsviçre Hukuku'nda karşılığı bulunmamaktadır.

İİK m. 292/1/d ile getirilen yeni düzenlemenin borca batık olmayan sermaye şirketlerine tanıdığı bu imkânın yeni Türk konkordato hukuku açısından doğurabileceği önemli etkilerin öğretide yeteri kadar irdelenmediği kanaatini taşımaktayız¹². Esasen, İİK 292/1/d

mamen yasaklanmasını doğru bulmadığımız gibi, konkordato komiserinin talimatlarına uymak zorunda olan (gereğinde İİK 297/1/c.2 uyarınca yönetici komiser tarafından yönetilen) ve hem TMK 2'ye hem de İİK'nın konkordato hukukuna dair hükümlerine riayet etmek zorunda olan bir borçlunun, konkordato talep hakkını kötüye kullanmasına müsaade edilmemesi gerektiğinden şüphe etmek gerekir (Bkz. İİK 291, 292, özellikle 292/1/c'de yer alan “borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşılıyorsa” re'sen iflasa karar verileceği düzenlemesi, 297 ve borçlunun faaliyetlerini ve davranışlarını sınırlayan diğer hükümler).

¹⁰ Aynı husus borçlunun kendisinin iflas talep etmesi için de geçerlidir. İflasın yalnız alacaklıların değil, kamu yararını ilgilendiren iktisadi ve önemli bir olay olduğu, borçlunun muvazaa ve kötüniyetle hareket etmesine müsaade edilmemesi gerektiği yönünde, bkz. **Münir Hayri ÜRGÜPLÜ**, Borçlunun Müracaatı Üzerine İflas Kararını Mutlak Surette Vermek Mecburiyeti Var mıdır? (Hukuki Bilgiler Mecmuası, 1939/2-122, s. 7155- 7156).

¹¹ Borçlunun konkordato başvurusunun reddi halinde verilecek karar açısından Türk Hukuku, mehaz İsviçre İcra ve İflas Kanunu'ndan ayrılmaktadır. Konkordato talebinin ilk aşamasında yer alan söz konusu fark Pekcanitez/Erdönmez tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “Başvurunun reddi dışında ilave bir yaptırım Kanun'da öngörülmemektedir. Bir diğer ifadeyle, mahkeme borçlunun ön projesini incelediğinde ticari işletmenin iyileşme ümidinin bulunmadığını görse bile, iflâs kararı veremeyecektir. Türk hukukunun bu düzenlemesi mehaz İsviçre İcra ve İflas Kanunu'ndan ayrılmaktadır”. **PEKCANİTEZ/ERDÖNMEZ**, s. 26. Gerçekten de İsviçre İcra ve İflas Kanunu 293a/3 düzenlemesi, 294/3 ve 296b'nin içeriği ile benzer şekilde, iyileşmenin veya konkordatonun tasdikinin açıkça beklenemeyeceği durumlarda re'sen iflasa karar verileceğini düzenlemektedir.

¹² Feragat konusundaki değerlendirmeler hakkında bakınız “II/B-Feragat” başlığı altındaki açıklamalarımız.

ile getirilen bu yeni düzenleme, İİK 292/1/b'nin kapsamının anlaşılması ve yorumlanmasında büyük bir öneme sahiptir. Bu önem ve etkinin daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle “borca batıklık” kavramı ve sonuçları üzerinde durulması gerekmektedir.

II- BORCA BATIKLIK ve FERAGAT

A- Borca Batıklık

TTK 376/3/c.2 uyarınca, borca batıklık, aktiflerin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesidir¹³. Sermaye ortaklıklarında borca batıklığın ayrı bir iflas nedeni olarak kabul edilmesinin amacı, alacaklıların eşit olarak ve en yüksek derecede tatmininin borca batıklığın en düşük olduğu aşamada sağlanmasıdır¹⁴. Zira sermaye ortaklıklarında sınırlı sorumluluk söz konusu olup, ortaklığın malvarlığı alacaklıların yegâne güvencesini teşkil etmektedir¹⁵.

Borca batıklık kavramının sermaye şirketleri bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. TTK 376'nın mehzazı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725. maddesinde de bir anonim şirketin faaliyetine devam edip etmeyeceğinin belirlenmesinde asıl parametrenin borca batıklık olarak seçildiği görülmektedir¹⁶.

Gerekli önlemler alınmadığında veya mali durum düzeltilmediğinde borca batık şirketler iflas sürecine girecekler ve devamında iflas edeceklerdir. Nasıl ki “borca batık olmak” zikredilen olumsuz sonuçları doğurabilmekte ise “borca batık olmayan” sermaye şirketleri açısından da faaliyetlerine devam etme imkanının, diğer bir ifadeyle tüzel kişiliğin “yaşama hakkının” korunması ihtiyacı doğabilmektedir. Gerçekten de öz sermayesini kaybetmemiş ve malvarlığı borçlarını karşılamaya yeten bir sermaye şirketinin, salt “konkordato sürecinin başarıya ulaşamayacağına anlaşılması” sebebiyle her durumda iflasına karar verilmesi gerektiği görüşü sorgulanmak durumundadır¹⁷. Burada önemle vurgulamak gere-

¹³ Hükmün gerekçesine göre borca batıklık, kavramı, şirket aktifleri yıllık bilançoda olduğu gibi defter (iktisap) değerleriyle değil – fakat gerçek (olası satış değerleri) değerleriyle değerlemeye tâbi tutulsalar bile alacaklıların, alacaklarını alamamaları, yani şirketin borç ve taahhütlerini karşılayamaması demektir. Benzer bir tanım için ayrıca bkz. **Oğuz ATALAY**, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007, s. 20.

¹⁴ **ATALAY**, s. 53.

¹⁵ **TÜRK**, s. 229; **Cumhur RÜZGARESEN**, İflas Sebepleri, Ankara 2009, s. 452.

¹⁶ **PETER, Henry/CAVADINI**, Francesca, Commentaire Romand, m. 725, prg. 34a, s. 1164, Bâle 2017.

¹⁷ Türk ekonomisinde rol alan şirketlerin ve şirketler hukukunun tartışmasız en önemli türü olan sermaye şirketlerinin oluşturdukları ekonomik değerlerin korunması, istihdam yaratılmasına ve vergi toplanmasına katkı sağlamanın yanında ülkemizde hâli hazırda yapılmış olan yatırımların muhafazası açısından da vazgeçilmezdir. Ayrıca ve özellikle de belirtmek gerekir ki, bir sermaye şirketinin kuruluşu, sermayenin getirilmesi, korunması, kaybı ve borca batık olma durumunun sonuçları, şirketin denetlenmesi, şirketin yönetiminde uyulması gereken ilkeler, yönetim görevi yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu ile bir şirketin sona erme sebepleri hususlarında esas düzenlemeleri içeren kanun, Türk Ticaret Kanunu olup söz konusu kanun, bir şirketin kuruluşundan itibaren sermayesinin korunmasını amaçlayan çok sayıda düzenleme içermektedir. Bu itibarla malvarlığının ve dolaşısıyla, varlığının korunmasına özel önem verilen sermaye şirketlerinin “sermayesini koruyabildiği” ve kusurlu da olmadığı durumlarda iflasına karar verilmemesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

kir ki “konkordato sürecinin başarıya ulaşmaması” her zaman borçlunun kusurundan veya davranışlarından kaynaklanmayabilir¹⁸.

Yukarıda da belirtildiği üzere, adi konkordato talep edilebilmesi için borçlunun borca batık olması zorunlu değildir. Aynı durum yargılamanın devamında da geçerlidir. Bu nedenle, konkordato hukukuna dair hükümler değerlendirilirken borca batık olmayan sermaye şirketlerinin kapsam dâhilinde olduğuna özellikle dikkat etmek gerekir. Nitekim, sermaye şirketlerinin ülke ekonomisi açısından taşıdığı büyük önemin farkında olan Türk kanun koyucusu yeni düzenlemeyle söz konusu şirketlere “feragat” hakkını tanımıştır.

B- Feragat

Feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (HMK 311). Feragatin temel unsurları ve sonuçları da dikkate alınarak öğretilerde¹⁹ yapılmış olan bir tanıma²⁰ göre, “davadan feragat, davalının ve mahkemenin kabulüne ve herhangi bir şarta bağlı olmaksızın davacının, dava konusundan (talep sonucundan) kısmen veya tamamen vazgeçtiğini, yazılı veya sözlü olarak mahkemeye yönelik tek taraflı, kesin, açık ve rücu edilemez bir irade beyanıyla açıklaması suretiyle davaya son veren, böylece esas haktan da vazgeçilmesine neden olan ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuran karma karakterli bir işlemdir”. Öğretilerde yapılan bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, davadan feragat edilebilmesi için davalının veya mahkemenin kabulüne gerek bulunmamaktadır. Davacının mahkemeye yönelik olarak, tek taraflı, kesin, açık bir biçimde irade beyanını yöneltmesi yeterli olmaktadır.

Kural olarak her türlü davadan feragat mümkündür. Bununla birlikte, sadece davacının değil üçüncü kişilerin de menfaatini ilgilendiren bazı hallerde kamu düzeni düşüncesinden hareketle feragat davayı sona erdirmemekte, mahkeme feragat beyanına rağmen davaya devam edebilmektedir²¹. Hakimlere karşı açılan tazminat davasında, ortaklığın giderilmesi davasında, sahtelik davasında, boşanma ve ayrılık davasında, evliliğin butlanı davasında, kadastro davasında, iflas davasında, ihalenin feshi isteminde feragatin mümkün olmadığı belirtilmektedir²².

7101 sayılı yasanın kabulünden önce, konkordato tasdiki talebinden feragatin doğuracağı sonuçlar konusunda Yargıtay’ın 11. HD ile 19. HD arasında görüş birliği bulunmamaktaydı. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.12.1990 T., 7962/8310 sayılı kararında, “...*Feragat kati bir hükmün hukuki sonuçlarını doğurur (HUMK m. 95/1). Davacı, konkordato istemi hakkında işin esası hakkında bir karar verilmeden önce feragat etmesine göre, davanın feragat nedeniyle reddi gerekir. Nitekim mahkemece bu husus gözönüne alınmış ve bu yolda karar verilmiş bulunmaktadır. Fakat mahkemece ayrıca işin esasına girilmiş ve bu husus değerlendirilerek işin esası hakkında da karar tesis edilmiştir. Davacı, konkordato*

¹⁸ Ticaret ortamındaki ileriye dönük tahminler ve hesaplamaların hiç beklenmedik bir şekilde gerçekleşmemesi, kredi faiz oranlarının sert bir şekilde yükselmesi veya düşmesi, yabancı para birimlerindeki ani yükseliş veya düşüşlerin olması vb. sebepler ile borçlunun o güne kadar makul kabul edilebilecek projeksiyon ve hedeflerinin reel ekonomide ciddi sapmalara uğraması söz konusu olabilecektir. En azından mehzaz düzenlemelerin alındığı İsviçre’deki ekonomik düzenin kısa, orta ve uzun vadeli hareketleri ile ülkemizin ekonomik düzeni arasında bir kıyaslama yapıldığında, kendi ülkemizin ihtiyaçlarına uygun düzenlemeler yaparak hukuk sistemimiz ile piyasalarımız arasında bir uyum sağlanabileceği ifade edilebilir. Ayrıca, bkz. yukarıda dipnot 6 ve ilgili metin.

¹⁹ **AKYOL ASLAN**, Feragat, s. 231.

²⁰ Doktrinde davadan feragatin yapılan farklı tanımları için bkz. **AKYOL ASLAN**, Feragat, s. 15 vd.

²¹ **AKYOL ASLAN**, Feragat, s. 231.

²² **AKYOL ASLAN**, Feragat, s. 231-262.

isteminden feragat ettiğine göre, işin esası hakkında bir karara yer verilmeksizin sadece davanın feragat nedeniyle reddi gerektiğinin gözden uzak tutulması doğru görülmemiştir. Öte yandan, İİK'nın 301/2. maddesine göre konkordatonun onanmasını reddeden mahkeme teminat aramaksızın borçlunun kabili caiz mallarının ihtiyaten haczine karar verir. Bu kural işin esası hakkında verilecek kararlar ilgili olduğundan, borçlunun feragati nedeniyle konkordatonun reddi halinde borçlunun malları için haciz kararı verilemez. Mahkemece, bu hususun dahi gözönüne alınmaması doğru değildir.” denilmiştir.

Hükmün karşı oy yazısında ise “...Kural olarak; birkaç istisna hariç, her davadan feragat mümkündür. Bu itibarla konkordato isteminden de feragat mümkündür. Ancak, HUMK'nun 95. maddesi gereğince, feragat, kat'i hükmün hukuki sonuçlarını meydana getirir. Binnetice, bir davanın esastan reddi bazı hukuki sonuçlar doğuracak ise, aynı davanın feragat nedeniyle reddinin de aynı sonuçları doğuracağına kabulü gerekir (HUMK 95/1). Çünkü, feragat nedeniyle red, esastan reddin sonuçlarını doğurmaktadır. Bu itibarla esastan red ile feragat nedeniyle reddin sonuçları bakımından bir ayırım yapmanın hukuki nedenini bulmak zordur. Kaldı ki, kendisine konkordato mühleti verilmiş, mühletin kabulü sonuçlarından yararlanmış olan borçlu konkordatonun reddi sonuçlarına da katlanmalıdır. Aksinin kabulü halinde konkordatonun İİK'nın 298. maddesi gereğince reddedileceğini anlayan her borçlu feragatla konkordatonun reddi sonuçlarını ortadan kaldırma imkanına kavuşur ki bu hem usul kanununa aykırı, hem de alacaklıların konkordatonun reddi sonucundan doğan haklarının ihlali sonucunu doğurur ki bu da kabul edilebilecek bir netice değildir. Olayın somut özelliği itibariyle de, konkordato komiserinin müsbet raporundan sonra mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu konkordato isteyen malvarlığının ancak borçlarının % 34,2'sinin karşıladığı ve bu nedenle istemin esastan reddedileceğini (İİK 285/4) anlayan istek sahibinin bu bilirkişi raporundan sonra isteminden feragat ederek reddin sonuçlarından kurtulmaya çalışması ve buna imkan tanınması hukuken terviç edilemez. Açıklanan nedenlerle mahkemenin feragat nedeniyle de olsa konkordato isteminin reddi üzerine İİK 301/2. maddesi gereğince borçlu mallarının ihtiyaten haczine karar vermesi usul ve yasaya uygun olup, aksine görüşle hükmün bozulmasına karar veren çoğunluğa katılmıyorum.” şeklinde görüş ifade edilmiştir²³.

Yargıtay 11. HD'den farklı yönde karar veren 19. HD'nin 03.07.1992 T., 5338/3202 sayılı kararında²⁴ ise, “...28.06.1998 tarihinde talep edilen konkordato mehli üzerine hakkında yapılmış bütün icra takiplerini bugüne kadar durdurmuş olan borçlunun dört yıl sonra konkordatonun tasdikine ilişkin yargılamanın son aşamasında konkordatonun tasdiki isteğinden vazgeçmesi, konkordato komiserliğince düzenlenen raporun tasdik edilmemesi ve konkordato mehlinin de kalkması sonucunu doğurmaktadır. Konkordato mehlinin ister Tetkik Merciiince İİK 290/2 maddesine göre kaldırılması, ister konkordato koşullarının gerçekleşmediğinden reddi suretiyle ortadan kalkması yahut konkordatonun tasdiki isteğinden feragat üzerine reddedilen dava hukuki sonucu olarak gerek konkordato komiserinin raporunun tasdik edilmemiş olması, gerekse konkordato mehlinin kalkması itibariyle, kon-

²³ Karar için bkz. YKD 1991/4, s. 576.

²⁴ Karar için bkz. YKD 1994/6, s. 958-959. Yargıtay 19. HD'nin T. 07.10.1993, E. 1993/6712, K. 1993/6307 sayılı kararında da “...konkordatonun hukuki niteliği dikkate alındığında, iyiniyetli borçlular için tanınan bu müessesenin amaç dışı alacaklılar aleyhine kullanımına imkân tanımak ve feragat sebebiyle de olsa konkordatonun tasdiki isteminin reddedilmesi halinde, 301/1. maddenin uygulanma olanağı bulunduğunu kabul etmek gerekir. Konkordato isteminin reddine karar vermiş olan mahkemenin kararında, İİK 301/2. maddenin uygulanmasını öngörmemiş olması bu sonucu değiştirmez.” denilerek aynı görüş tekrarlanmıştır.

kordato mehil süresince takipleri duran alacaklıların hukukunun korunması amacı ile getirilmiş olan İİK'nın 301. maddesinin uygulanmasına karar verilmesi gerekirken, mahkemece aksine hüküm kurulması isabetsiz görülmüştür.” denilmiştir.

Öğretide de, konkordatonun tasdiki talebinden feragat edilmesi halinde, İİK'nın (eski) 301. maddesinin uygulanmasının mümkün olması gerektiği, konkordatonun tasdiki talebi reddedilmese bile, tasdik talebinden feragat halinde de, alacaklıların borçlunun doğrudan doğruya iflasını talep edebilmesi ve borçlunun ihtiyaten haczine karar verebilmesi gerektiği, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin görüşünün daha isabetli olduğu ifade edilmiştir²⁵.

Buna mukabil, kanun koyucu 7101 sayılı yasa ile 19. HD'nin ve öğretinin yukarıda belirtilen görüşünün aksi yönde bir tercih yapmıştır. Mahkemeler, 7101 sayılı Yasa'nın kabulünden sonra, feragatin tek taraflı ve davayı sona erdiren kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğuran bir işlem olduğu, feragatin hüküm ifade etmesinin mahkemenin kabulüne bağlı olmadığı, konkordato talep edenin usulüne uygun bir şekilde feragat etmesinden sonra şirketin borca batık olup olmadığına tespit edilmesi gerektiği yönünde kararlar vermişlerdir. Eğer şirket borca batık değilse, mahkemelerin konkordato talebinin feragat nedeniyle reddine karar verdikleri görülmektedir²⁶. Böylece konkordatoda feragat hakkının olumsuz bir hukuki işlem ve hatta kötüniyetli bir davranış olarak kabul edilmesine ilişkin görüşün yeni konkordato hukukunda mahkemeler tarafından da benimsenmediğini söyleyebiliriz.

III- BAŞARIYA ULAŞAMAMA KAVRAMI VE SONUÇLARI

Konkordato kurumunun temel amacının konkordatonun başarıya ulaşması olduğu söylenebilir. Nitekim, konkordato süreci içerisindeki en kritik aşamalarda kanun koyucu, “başarıya ulaşmanın mümkün olması” ölçütünü esas almaktadır. Şöyle ki, İİK 287/3'te, mahkemenin geçici mühlet kararıyla birlikte konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olup olmayacağını yakından incelenmesi amacıyla geçici bir konkordato komiseri görevlendirileceği, İİK 289/3'te konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması halinde borçluya kesin mühlet verileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla gerek geçici mühlette gerek kesin mühlette konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olması temel kriter olarak belirlenmiştir. Bunun aksi yani konkordatonun başarıya ulaşamayacağını anlaşılması ise kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddi için bir sebep olarak kabul edilmiştir (İİK 292/1/b).

Konkordatonun başarıya ulaşması kanunda tanımlanmamakla birlikte, İİK 287 ve İİK'nın 292. maddesinin gerekçesinde, “konkordatonun başarıya ulaşması” ibaresi (birbirine benzer bir şekilde) tanımlanmıştır. İİK'nın 287. maddesinin gerekçesine göre, “*Konkordatonun başarıya ulaşması ile kastedilen husus, konkordato talebinde bulunanın mali durumunun düzelmesinin mümkün olup olmadığı veya konkordato teklifinin tasdiki şartlarının yerine gelip gelmeyeceğidir.*” İİK 292 hükmünün gerekçesinde de, “başarıya ulaşmama” ibaresi ile kastedilen hallerin iyileşmenin veya konkordatonun tasdikinin hiç mümkün olmadığı haller olduğu belirtilerek aynı tanım tekrarlanmıştır. Bu çerçevede konkordatonun başarıya ulaşması, borçlunun mali durumunun iyileşmesi veya konkordatonun tasdik edil-

²⁵ AKYOL ASLAN, Feragat, s. 266; Ömer ULUKAPI, Konkordatonun Feshi, Konya 1998, s. 49, dn. 360.

²⁶ Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2020/312, K. 2020/461, T. 17.7.2020 sayılı kararı. İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2020/167, K. 2020/175, T. 12.03.2020 sayılı kararı, Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2018/1169, K. 2020/215, T. 27.02.2020 sayılı kararı, İstanbul BAM 45. HD. E. 2020/1450, K. 2020/201, T. 4.11.2020 sayılı kararları da aynı yöndedir.

mesi olarak tanımlanabilecektir. Dolayısıyla, tasdik şartlarının sağlanamaması konkordatonun “başarıya ulaşamaması” anlamına gelecektir.

Konkordatonun başarıya ulaşamayacağını anlaşılmış olması çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir: Teklif edilen ödemelerin vadesinde uyulmamış olması ve şirketin kaynaklarıyla alacaklıların talepleri arasında açık bir farklılık bulunması, bazı alacaklıların açıkça karşı çıkması sonucunda sürecin başarıya ulaşamayacağını anlaşılmaması²⁷, kesin mühletin içerisinde ortaya çıkan sektörel bir daralmanın oluşmasıyla şirketin ciro hedeflerinin yakalanamayacağını ortaya çıkması anlaşılabilir.

Alacaklıların olumlu oy kullanmayacağını açıkça beyan etmesi ve sürecin devamına engel olması, bazı özel durumlarda, alacaklıların içerisinde bulunduğu ekonomik grubun (şirketler topluluğunun) sahip olduğu bağlı şirketlerin yapısından kaynaklanabilir. Şöyle ki, söz konusu şirketler topluluğu içerisinde borçlunun önemli rakiplerinden bir tanesi mevcut olabilir ve borçlunun konkordato talebinin başarıya ulaşamaması durumu, borçluluyla anlaşma sağlandığı ihtimale nazaran, şirketler topluluğunun daha çok yararına sonuç doğurabilir. Bir başka deyişle, bazı durumlarda, alacaklıların da asıl olarak alacağına kavuşmaktan ziyade borçlusunun ticari faaliyetine zarar verme kastı taşıyabileceği değerlendirilmeye alınabilir.

Görüldüğü üzere bir sermaye şirketinin konkordato talebinin başarıya ulaşamaması çok çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Önemle ve tekrar belirtmek gerekir ki, bu durum her zaman borçlunun kusurlu davranışının sonucu da olmayabilir. İşte tam da bu noktada özellikle belirtilmesi gereken husus şudur: Konkordato sürecinin başarıya ulaşması, tacirin ticari faaliyetini sürdürebilmesi için veya tacirin iflas etmemesi için yegâne yol değildir. Konkordato başarıya ulaşmasa dahi tacirin iflasa nazaran daha tercih edilebilir süreçler izlemesi söz konusu olabilecektir. Gerçekten de konkordato sürecinin başarıya ulaşamayacağını anlaşılmaması durumunda, iflasa tâbi borçluların önünde sadece *iflâs* kurumunun olduğunu kabul etmek isabetli olmayacaktır²⁸. Çünkü, borca batık olmayan ama nakit sıkışıklığı nedeniyle konkordato talep eden bir şirket hakkında İİK 292/1/b mutlak biçimde uygulanacak olur ise belki de ticari faaliyetine sınırlı da olsa devam etmesi mümkün olabilecek bir tacirin iflasına karar verilebilecektir. Bu durum ise ne konkordato hukukunun ne de ticaret hukukunun tercih edeceği bir durumdur. Nitekim, olağan koşullarda iflasına hükmedilemeyecek bir tacir hakkında salt konkordato projesinin hedefine ulaşamayacağı ortaya çıktığı için iflas kararı verilmesi, tacirlere finansal iyileşme imkânı sunan konkordato hukuku açısından amaca²⁹ aykırı bir sonuç doğuracaktır. Yeni konkordato hukuku uygulaması da genel itibarıyla bu görüşümüz³⁰ yönünde oluşmuştur³¹.

²⁷ Konkordato sürecine karşı çıkan alacaklıların sayısı ve alacaklarının miktarını gören komiser veya komiser heyetinin gerekli nisapların sağlanamayacağını tespit etmesi durumunda Mahkeme'ye sürecin sonlandırılması amacıyla durumu aktarması gerektiği ifade edilmektedir. **GANI**, Lucien, *Commentaire Romand*, art. 295, prg. 19, s. 1418, Basel 2005.

²⁸ Nitekim, kanun koyucunun borçluya “feragat” hakkını tanımış olması bu görüşümüzü desteklemektedir.

²⁹ “Öte yandan unutulmamalıdır ki, kanunların yorumunda amaçsal yorum, sağlıklı sonuçlara yol açar” **Ejder**, **YILMAZ**: Borçlunun İhtiyarı İle Kendi İflâsını İstemesi Durumunda Mahkemenin İnceleme Yetkisi, Ankara Barosu Dergisi, 1985/1, s. 33. Amaçsal yorum için bkz. **Kemal OĞUZMAN/ Nami BARLAS**, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2019, s. 70- 71.

³⁰ Bu görüşümüz için bkz. makalemiz ile aynı isimli bildirimizin yayınlandığı 15-17 Kasım 2018'de gerçekleştirilen uluslararası ECOEI IV kongresinin özet bildiri kitabı s. 59.

³¹ Nitekim, İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2019/653, K. 2020/251, T. 6.7.2020 sayılı kararında, “...komiser heyetinin 17.06.2020 tarihli konkordato projesinin başarıya ulaşamayacağı

Bu noktada çeşitli olasılıklar üzerinde durabiliriz. İlk olarak, konkordato sürecine girmeden önce ağır bir borç ve haciz yaptırımını tehdidi altında olan sermaye şirketinin mali durumundaki zayıflıkların zamanla azaldığı, bazı alacaklılar ile anlaşma sağladığı, buna mukabil, tasdik koşullarından bir tanesini sağlayamayacağını açıkça önceden anlaşıldığı ihtimâlin³² değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda Mahkeme'nin ilk olarak şirketin

yönündeki raporu ile davacı şirketlerin konkordato projesi kapsamında şirketlerin başarıya ulaşmasının ve mali durumlarını iyileştirerek ticari yaşamlarına devam edebilmeleri için kaynak akışının her iki şirkete ait ve... projesi kapsamında inşa edilecek yapının inşası ve satışından elde edilecek gelire bağlanmış olması ve fakat projenin inşasına tahsis edilmiş olan arsanın acele olarak kamulaştırılmasına yönelik idari işlem tesis edilmiş olması ile bu projenin hayata geçmesinin imkansız hale gelmiş olması, komiser heyetini konkordato projesinin başarıya ulaşmayacağı yönünde kanaat belirtmiş olması ve davacıların geçici mühlet süresince başarısız olacağı anlaşılan projelerini revize etmemiş olmaları nazara alındığında davacı şirketlerin konkordato projelerinin İİK 292/1-b kapsamında başarıya ulaşamayacağı anlaşıldığından davacı şirketler hakkında 18.11.2019 tarihinde verilen geçici mühlet kararının ayrı ayrı kaldırılmasına, kesin mühlet talebinin reddine..." denilmiştir (Karar için bkz. Lexpera). Söz konusu karardaki olayda olduğu gibi (konkordato projesinden edilecek gelirin ana kaynağını oluşturan taşınmazın kamulaştırılması), konkordato projesinin başarıya ulaşamayacağını anlaşılması halinde, borçlunun faaliyetlerine devam etmesine imkân tanınabilmelidir.

AKYOL ASLAN ise, kanunun konkordatoda iflasa karar verilebilecek hallerle ilişkin düzenlemesinin bazı çelişkileri bünyesinde barındırdığının görüldüğü, öyle ki, henüz geçici ve kesin mühlet aşamasında m. 292'deki sebeplerin gerçekleşmesini tek başına borçlunun iflasına karar verebilmek için yeterli sayan kanun koyucunun, konkordatonun tasdik edilmemesi ve tamamen feshi hallerinde, salt bu sebepleri iflas sebebi saymayıp, ayrıca borçlu hakkında bir doğrudan doğruya iflas sebebinin bulunması şartını aradığı, bu nedenle sonuç olarak, kanunda kesin mühlet talebinin reddi halinde iflasa karar verileceğine dair kanunda açık hüküm bulunmaması ve İsviçre hukukunda konuya ilişkin açık hükmün kanunumuza alınmamasından hareket edildiğinde, kesin mühlet talebinin reddi halinde borçlunun iflasına karar verilemeyeceğinin ileri sürülebileceği, ancak m. 292'nin henüz geçici mühlet aşamasında dahi uygulanabileceği dikkate alındığında, kesin mühlet talebinin reddi halinde borçlunun iflasına karar verilebileceğinin savunulabileceği, çünkü m. 292'de iflasa karar verilebilecek hallerden birinin de konkordatonun başarıya ulaşamayacağını anlaşılması olduğu, bu nedenle konkordatonun başarıya ulaşamayacağını anlaşılması nedeniyle kesin mühlet talebinin reddine karar veren mahkemenin, aynı zamanda borçlunun iflasına karar verebilmesi gerektiği, bütün bu tereddütlerin aşılması için kanunda bu hususun açıkça düzenlenmesinin oldukça yararlı olacağı, çünkü sonucunda borçlu hakkında iflas gibi ağır bir yaptırıma karar verileceği, oysa iflas kararının kanun hükümlerinin yorumu yoluyla değil, açık kanun hükmüne dayanılarak verilmesinin daha doğru olacağı kanaatindedir. **AKYOL ASLAN**, Doğrudan Doğruya İflas Halleri, s. 66-67.

Öğretide savunulan bu görüşün aksine uygulamada, İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2020/167, K. 2020/175, T. 12.03.2020 sayılı kararı; Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2018/1169, K. 2020/215, T. 27.02.2020 sayılı kararı, İstanbul BAM 45. HD. E. 2020/450, K. 2020/201, T. 4.11.2020 sayılı kararlarında kesin mühlet dönemi içerisinde konkordatonun başarıya ulaşamayacağını anlaşıldığı hallerde, borçlu şirket borca batık değilse, borçlunun iflasına hükmedilmeksizin konkordatonun reddine karar verilmiştir.

Buna karşılık, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. HD. 08.03.2019 341/333 sayılı kararında, mahkemenin bu durumda konkordato mühleti kaldırılan borçlunun, borca batık olup olmadığını araştırma yükümlülüğünün bulunmadığına, komiserin raporuna göre konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün gözükmemesi halinde, mahkemenin m. 292/1-b hükmüne göre borçlunun re'sen iflasına karar verilebileceğine hükmettiği belirtilmektedir. **AKYOL ASLAN**, Doğrudan Doğruya İflas Halleri, s. 73, dipnot 86.

³² Unutmamak gerekir ki "konkordatonun başarıya ulaşması" kavramı geniştir ve içerisinde "tasdik şartlarının" tamamını barındırmaktadır. Dolayısıyla, tasdik şartlarından sadece bir tanesinin gerçek-

borca batık olup olmadığını incelemesi gerekli ve eğer borca batıklık var ise iflas kararı vermemelidir.

Borca batık olmayan şirketler açısından ise, somut olayın koşullarını dikkate aldığı Mahkeme “iflas kararı”nı gerektirecek bir sebep tespit etmez ise iflas kararı vermeme yetkisine sahip olmalıdır³³. Diğer bir deyişle, İİK 292/1/b'nin sadece borca batık şirketler bakımından mutlak bir iflas sebebi oluşturduğu kanaatini taşımaktayız. Zira, borca batık olmayan şirketlerin alacaklılarının alacakları kural olarak, borçlunun malvarlığı ile karşılanabilecek durumdadır. Diğer bir deyişle, alacaklılar beklemek zorunda kalmış olmalarına rağmen borçlunun malvarlığı kaybolmamış ve borçluya başvurma engeli de artık ortadan kalkmıştır. Beklemek zorunluluğunu yaşayan alacaklı, eğer proje başarıya ulaşsa idi, alacağını tahsil edebilmek için projede öngörülen vadeleri beklemek zorunda kalacak idi. Konkordatonun sağladığı hukuki koruma kalkınca alacaklı artık hukuki süreçleri daha etkili kullanabilecek bir konuma kavuşmuş olacak ve ayrıca, âdi alacakları için faize hak kazanacaktır³⁴. İşte bu aşamada, borca batık olmayan borçlu hakkında iflâsı gerektiren bir başka sebep ortaya çıkmamış ise, salt konkordato talebinde bulunması nedeniyle Mahkemece mutlaka ve re'sen borçlunun iflasına karar vermek zorunda tutulması eleştiriyeye açık olmaktadır³⁵. Kanaatimizce, bu durumdaki bir borçlunun iflasına karar verilmemelidir.

Mahkemelerin de bu görüşümüz ile aynı yönde karar verdiği görülmektedir³⁶. Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2018/1169, K. 2020/215, T. 27.02.2020 tarihli kararında, revize projenin gerçekleşme ihtimali olmadığı, gelinen aşamada alınan raporlar ve geçen süreç içindeki şirketin faaliyetleri dikkate alındığında konkordatonun başarıya ulaşmasını beklemenin gerçekçi bulunmadığı, davacının rayiç değer bilançosuna göre borca batık durumda olmadığı dikkate alınarak, İİK 292/1/b uyarınca davacının konkordato talebinin reddine karar verilmiştir. Kararda dikkat çeken nokta, Mahkemenin İİK 292/1/b uyarınca konkordatonun başarıya ulaşamayacağını tespit etmesine rağmen borca batık olmadığı için yalnızca konkordato talebini reddetmekle yetinmesi ve iflas kararı vermemesidir. Oysa

leşmeyeceğinin önceden anlaşılması hâlinde İİK 292/1/b'de belirtilen “başarıya ulaşamamanın anlaşılması” sonucu doğmaktadır.

³³ İflasların, kamu düzeniyle ve ülke ekonomisiyle yakın ilgisi üzerinde duran Prof. Dr. Ejder YILMAZ, haklı olarak yargıcın yetkilerinin iflas davaları bakımından geniş olması gerektiğini belirtmiştir: “Bir ülkede iflâsların aşırı (anormal) sayıda artması ve bu nedenle de, gerek alacaklıların sayısı, gerek iflâs tasfiyesine tâbi tutulan malvarlığının büyüklüğü oranında sorun kamu düzenini ve ülke ekonomisini ilgilendirir. Bu yüzden Devlet'in, mahkemeleri eliyle iflâs olayına karışması ve iflâsın kamu düzenini ve ülke ekonomisini ilgilendirdiği oranda, iflâsla ilgilenmesi ve sorunu en iyi şekilde çözümlenecek önlemler alması doğaldır. Devlet bu faaliyetini, iflas davasına bakan mahkeme eliyle yapacaktır; dolayısıyla yargıcın yetkilerini, basit icra takiplerinden veya alacak taleplerindekinden farklı olarak düzenleyecektir. Diğer bir ifadeyle, kamu düzenini ilgilendiren her olayda olduğu gibi, yargıcın yetkileri, iflas davaları bakımından da geniş tutulacaktır; çünkü, Devlet yargıcı eliyle kamu düzenini ve ülke ekonomisini gözleyecek ve kollayacaktır.” Söz konusu haklı gerekçeler, tabii ki, Mahkeme'nin iflas kararı verip vermemesi bakımından da takdir yetkisinin geniş olması yönündeki görüşümüzü desteklemektedir. **Ejder YILMAZ**, Borçlunun İhtiyarı İle Kendi İflâsını İstemesi Durumunda Mahkemenin İnceleme Yetkisi, Ankara Barosu Dergisi, 1985/1, s. 27.

³⁴ Konkordato tasdik edilseydi, İİK 294/3 uyarınca alacaklı kural olarak faize hak kazanamayacak idi.

³⁵ Nitekim, bazı durumlarda, alacaklıların da hakkında iflas kararı verilmiş bir borçlu yerine, borca batık olmayan ve ticari faaliyetine devam etme çabasında olan bir sermaye şirketinden alacağını daha erken tahsil etme imkânı olduğu ifade edilebilir.

³⁶ Bu görüşümüz için bkz. makalemiz ile aynı isimli bildirimizin yayımlandığı 15-17 Kasım 2018'de gerçekleştirilen uluslararası ECOEI IV kongresinin özet bildiri kitabı s. 59.

Kanunun salt ilgili bendine bakıldığında, konkordatonun başarıya ulaşamayacağına ortaya çıkması durumunda davacı şirketin borca batık olması veya olmaması gibi bir ayırım yapılmadığı ve sanki her iki olasılıkta da iflase hükmedilmesi gerektiği izlenimi yaratıldığı görülmektedir.

İstanbul BAM 45. HD., E. 2020/1450, K. 2020/201, T. 04.11.2020 tarihli kararında da, “*Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2018/1081 E., 2019/1202 K. 21.11.2019 tarihli kararı ile...davacı şirketin mahkemeye sunmuş olduğu konkordato ön projesinin başarıya ulaşmasının mümkün olmadığı kanaatine varılmış ve rayiç değerlerine göre de borca batık durumda bulunmadığı dikkate alınarak konkordato talep eden borçlu...anonim şirketin,...TC nolu...’nın konkordato taleplerinin reddine, hüküm ile birlikte mahkememiz tarafından verilen tüm tedbirlerin kaldırılmasına... karar verilmiştir... (B)u durumda şirketin konkordato projesinin geçen süreç de değerlendirildiğinde başarı şansının olmadığı anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesinin gerek davacı şirket gerek davacı gerçek kişiler yönünden kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.*” denilerek istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir. Kesin mühlet aşaması için verilen söz konusu BAM kararında, konkordato talebinin başarıya ulaşamayacağı anlaşıldığında dâhi, borca batık olmayan sermaye şirketlerinin iflâsına karar verilmediği görülmektedir.

Söz konusu mahkeme kararlarının isabetli olduğu görüşüdeyiz. Zira, borçlunun konkordato sürecinden iflas etmeden çıkması halinde, bazı durumlarda, aksaklıklara rağmen ticari yaşamına devam edebileceği kabul edilebilir. Kanaatimizce, kendi kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle konkordato projesinin başarıya ulaşamayacağı anlaşılan bir şirketin her durumda iflâsına karar verilmesi yerine, faaliyetlerine sınırlı ölçüde dahi olsa devam edebilmesine, küçülmesine veya mali problemlerini başka yöntemler ile çözmesine izin verilmesi, hem konkordato kurumunun varlık sebebine ve ruhuna uygun olacak hem de TTK’nın şirketler hukukuna dair düzenlemeleriyle daha uyumlu olacaktır.

Öte yandan, İİK 292/3 uyarınca mahkeme, karar vermeden önce alacaklılar kurulunu duruşmaya davet edecektir. Bu duruşmada, alacaklılar kurulunu dinleyecek olan mahkeme borçlunun konkordato süreci içerisindeki faaliyetleri hakkında doğrudan bilgi alacaktır. Hatta ihtiyaç duyulan hallerde, mahkeme diğer alacaklıları da duruşmaya çağırıp dinleyebilecektir. Uygulamada, bazı durumlarda, alacaklılar ile borçlunun ödeme takvimi üzerinde mutabakata varamamasına rağmen, alacaklıların borçlunun iflâsını talep etmedikleri ve borçlunun faaliyetini sürdürmesini tercih ettikleri görülmektedir³⁷. Dolayısıyla, konkordato kurumuna çeşitli ekonomik veya sektörel gerekçeler nedeniyle başvurmak durumunda kalan, projesinin başarıya ulaşmamasında kusuru dâhi olmayabilecek olan ve borca batık da olmayan bir sermaye şirketi hakkında, feragat hakkı kullanılmaması durumunda, Mahkemenin verebileceği tek kararın iflas kararı olarak ortaya çıkmasını hem kendi içerisinde çelişkili hem de menfaatler dengesi açısından sakıncalı olarak değerlendirmekteyiz. Esasen İİK 292/1/b’yi tek başına değil, içerisinde bulunduğu Kanun’un ve hatta süjesi³⁸ olan ser-

³⁷ İflas sonucunun uygulamada alacaklıları tatmin etmekten uzak olduğunu ifade edebiliriz. Aynı durumun önceden de var olduğu yıllar önce vurgulanmıştır: “*Özellikle, uygulamada rastlandığı üzere, şu veya bu nedenle iflâs tasfiyeleri, Kanunda (İİK m. 256) gösterilenin ve arzu edilenin aksine, çok uzun sürmekte ve yılları bulmaktadır...Kaldı ki, yıllar sonra alacaklı alacağına tamamına da (genellikle rastlandığı üzere) kavuşmayacaktır.*” YILMAZ, s. 28.

³⁸ Bu noktada kullanılacak doğru ifade “süjelerinden birisi olan sermaye şirketleri” olsa da çalışmamızın konusu borca batık olmayan sermaye şirketleri olduğu için, söz konusu şirketlere ait düzenlemelerin nazara alınmasından bahsedilmştir.

maye şirketlerini düzenleyen şirketler hukukunun hükümlerini nazara alarak değerlendirmek gerekir³⁹.

SONUÇ

Yeni Türk konkordato hukukuna göre, konkordato projesinin başarıya ulaşamayacağını anlayan ve borca batık olmayan bir sermaye şirketi feragat hakkına sahiptir. Buna mukabil, borca batık olmayan şirketlere ilişkin ayrı bir düzenleme içermeyen İİK 292/1/b'nin salt lafzı dikkate alındığında söz konusu şirketler hakkında "Mahkeme re'sen ve başka bir inceleme yapmaksızın iflasa karar vermelidir" şeklinde bir görüşün ortaya çıkma olasılığı söz konusu olabilecektir. Borca batık olmayan söz konusu şirketler hakkında mahkemelerin sadece iflas kararı vermek zorunda olmasının isabetli bir tercih olmadığı, şirketlerin kusurundan bağımsız olarak konkordato süreçlerinin yaşanmasının mümkün olduğu ve işletmelerin ve toplumun, iflasın ağır hukuki ve mali sonuçlarıyla karşılaşmasının son tercih olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle, İİK 292/1/b'nin sadece borca batık şirketler bakımından mutlak bir iflas sebebi oluşturduğu sonucuna ulaşmış bulunmaktayız.

Borca batıklığın söz konusu olmadığı ve feragatin mümkün olduğu hallerde, eğer başkaca bir iflas sebebi ortaya çıkmamış ise mahkemenin İİK 292/1/b kapsamında iflas kararı vermesi isabetli olmayacaktır. Her ne kadar mahkemeler genel itibarıyla bu durumda iflas kararı vermeseler de kanun koyucunun borca batık olmayan sermaye şirketlerini daha açık bir şekilde koruyacak düzenleme yapması veya bu düzenleme yapılmıyınca dek hiç olmazsa yerleşik bir içtihat oluşturulması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

AKYOL ASLAN Leyla, Medeni Usul Hukukunda davadan Feragat, Ankara 2010 (Feragat).

AKYOL ASLAN Leyla, 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 42, Yıl: 2019, s. 41- 105 (Doğrudan Doğruya İflas Halleri).

ATALAY Oğuz, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007,

BİÇER Levent/ŞUA Mehmet Fethi, Borca Batık Olmayan Bir Sermaye Şirketinin Konkordato Talebinin Başarıya Ulaşamayacağı Kesin Mühlet İçinde Anlaşıldığında Mahkemece Resen ve Başka Bir İnceleme Yapmaksızın İflas Kararı Vermeli Midir?, European Congress of Economic Issues IV (ECOEI IV), Kocaeli, 16 Kasım 2018 (Özet Bildiri/Sözlü Sunum), s. 59.

GANI Lucien, *Commentaire Romand*, Basel 2005.

OĞUZMAN Kemal / BARLAS Nami, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2019.

ÖZTEK Selçuk/BUDAK Ali Cem/TUNÇ YÜCEL Müjgan/KALE Serdar/Yeşilova Bilgehan, Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2019.

PEKCANİTEZ Hakan/ERDÖNMEZ Güray, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.

PETER Henry/CAVADINI Francesca, *Commentaire Romand*, Bâle 2017.

³⁹ Bkz. yukarıda dipnot 17.

RÜZGARESEN Cumhuri, İflas Sebepleri, Ankara 2009.

TANRIVER Süha, Konkordatonun Tasdiki Şartı Olarak Dürüstlük Koşulu, Makalelerim I, 1985-2005, s. Ankara 2005, 303- 316.

TANRIVER Süha, Konkordato Prosedürünün Islahı İle İlgili Bazı Düşünceler, AÜHFĐ, C. 50, S. 3, 2001, s. 1-9.

TÜRK Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara, 1999.

ULUKAPI Ömer, Konkordatonun Feshi, Konya 1998.

ÜRGÜPLÜ Münip Hayri, Borçlunun Müracaatı Üzerine İflâs Kararını Mutlak Surette Vermek Mecburiyeti Var mıdır? (Hukuki Bilgiler Mecmuası, 1939/2-122, s. 7155-7157.

YILMAZ Ejder, Borçlunun İhtiyarı İle Kendi İflâsını İstemesi Durumunda Mahkemenin İnceleme Yetkisi, Ankara Barosu Dergisi, 1985/1, s. 22- 34.

**[¶] AVRUPA BİRLİĞİ POLİTİKALARI ÇERÇEVESİNDE
YENİLENEBİLİR ENERJİ VE TÜRKİYE**
(RENEWABLE ENERGY WITHIN THE FRAMEWORK OF EUROPEAN UNION POLICIES,
AND TURKEY)

Arş. Gör. Deren FIRAT**
Yılsev HOCA***
Doç. Dr. Kutluhan BOZKURT****

ÖZ

Yaşamın ve varoluşumuzun kaynağı olan enerji hayatın her alanında karşılaşılan ve sürdürülebilirliği oldukça önemli olan bir olgudur. Enerjinin varlığının keşfedilip günlük hayata dahil olmasına kadar geçen süreçte insanoğlu pek çok farklı kaynağı kullanarak yaşamını idame ettirmeyi başarmıştır. İlerleyen zaman içerisinde geleneksel, fosil kaynakların tükenir nitelikte olması tüm dünyanın enerji ihtiyacı açısından önemli ve aşılması gereken bir sorun haline gelmiştir. Türkiye, birçok AB ülkesi gibi, enerjisinin büyük bir kısmını dışarıdan petrol ve doğalgaz ile karşılamakta olan ülkelerden biri konumundadır. Bu fosil kaynaklar çevreye zarar verdikleri gibi, ülkeleri ekonomik olarak da zor duruma düşürmektedir. Fosil yakıt rezervlerinin, aşırı kullanımdan kaynaklı azalması ve çevreye büyük oranda zarar vermesi, küresel ısınmaya yol açması gibi faktörlerden dolayı alternatif enerji kaynaklarının önemi kabul edilmiş ve yeni arayışlar içerisine girilmiştir. Bunun bir sonucu olarak ülkeler iç hukuklarında, yenilenebilir enerjinin kullanımına yönelik düzenlemeler yapmaktadır. Ayrıca Avrupa Birliği'nin üye ve aday konumundaki ülkeler açısından çıkardığı direktifler ve yayınladığı bilgilendirme notları bu bağlamda oldukça önem arz etmektedir. Bu çalışmada esasen Avrupa Birliği'nin enerji politikaları ve yenilenebilir enerji kaynaklarına ilişkin Direktifleri ışığında Türkiye'deki durum incelenmiş olup ulusal mevzuatlardaki içerik de değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Enerji, Enerji Kaynakları, Yenilenebilir Enerji, Küresel Isınma, Enerji Boyutuyla Avrupa Birliği – Türkiye İlişkileri.

[¶] Eserin dergimize geliş tarihi: 15.08.2020. İlk hakem raporu tarihi: 12.01.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 09.02.2021. Onaylanma tarihi: 09.02.2021

* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Uluslararası Kamu Hukuku-AB Hukuku Araştırma Görevlisi.

** Yazarın ORCID Belirleyicisi: 0000-0002-3570-0854

*** Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Doktora Öğrencisi.

**** Yazarın ORCID Belirleyicisi: 0000-002-3964- 6963

***** Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Uluslararası Kamu Hukuku-AB Hukuku Öğretim Üyesi

***** ORCID Belirleyicisi: 0000-0001-7489-9029

Esere Atıf Şekli: Deren Fırat, Yılsev Hoca, Kutluhan Bozkurt, "Avrupa Birliği Politikaları Çerçevesinde Yenilenebilir Enerji ve Türkiye", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.743-763.

ABSTRACT

Energy, which is the source of life and our existence, is a phenomenon encountered in all areas of life and its sustainability is very important. In the process from the discovery of energy to its inclusion in daily life, human beings have managed to survive by using many different resources. Over time, the depletion of traditional fossil resources has become an important and overcoming problem in terms of the energy need of the whole world. Turkey, as many EU countries, supplies most of its energy from outside with oil and natural gas. These fossil resources not only harm the environment, but also put countries in an economically difficult situation. Due to factors such as the reduction of fossil fuel reserves due to excessive use and major damage to the environment, the importance of alternative energy sources has been accepted and new searches have been started. As a result, countries make regulations for the use of renewable energy in their domestic law. In addition, the declarations and Directives issued by the European Union in terms of member countries and candidate countries are very important in this context. This study focuses the European Union's energy policy and the EU Directive on renewable energy sources in the light of the content has been evaluated in national legislation in Turkey.

Keywords: *Energy, energy resources, renewable energy, global warming, energy dimension of EU-Turkey relations.*

GİRİŞ

Enerjinin dünya ülkeleri açısından ne kadar önemli olduğu 1973 tarihinde yaşanan ilk petrol krizinin ardından anlaşılmaya başlanmıştır. Bu tarihi takip eden yıllarda enerjisinin büyük bir kısmını ithal yollarla temin eden ülkeler, yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımı konusunda adımlar atmaya başlamışlardır. 2000'li yılların başında yenilenebilir enerji kaynakları büyük bir hızla önem kazanmaya devam etmiş ve bu konuda yapılan çalışmalar artırılmıştır (Karagöl ve Kavaz, 2017, s.5).

Yenilenebilir enerji sürdürülebilirlik açısından oldukça önemli bir kaynak olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak yenilenebilir enerjinin öneminin anlaşılabilmesi için geleneksel, başka bir ifade ile fosil kökenli kaynakların sebep olduğu sıkıntıların ve bu kaynakların bir gün tükenecek olmalarının doğuracağı sonuçların ortaya konulması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki enerji salt dünyadaki her yaşam için değil, evrenin kendi işleyişi ve dengesinde önemli ve vazgeçilmez bir olgu olarak ortaya çıkmaktadır. Enerji, mikro kozmota makro kozmosa kadar vazgeçilmez ve sihirli bir kavram olarak değer kazanır (Bozkurt ve Bozkurt, 2020). Dünya üzerindeki her canlı gibi insanların da yaşamlarını idame ettirebilmesi için enerjiye ihtiyacı vardır. Vurgulamak gerekir ki yaşam protein özdeğinin varlık biçimi olarak şekillenmektedir ve protein özdeğinin deviniminde büyümlü bir kavram olan enerji vazgeçilmez bir nitelik kazanmaktadır (Bozkurt ve Bozkurt, 2020) (Hançerlioğlu, 1993: 14). Enerji yaşamdaki tüm canlılar için değil, aynı zamanda toplumlar ve ülkeler için de vazgeçilmez bir konumdur. Sanayileşen toplumların ve devletlerin de enerjiye bağımlılığı süreç içinde istikrarlı bir şekilde artış göstermiştir.

Enerji ihtiyacı her ülke tarafından gerekli girişimler ve düzenlemeler yapılarak karşılanmaktadır. Ancak her ülke enerji kaynakları açısından eşit olanaklara sahip değildir. Bazı ülkeler fosil kaynaklara sahipken, bunlara erişim ve işleme konusunda sıkıntılar yaşamakta ve bazıları ise yeterli kaynakları olmadığı için fosil kaynak ithal ederek dışa bağımlı hale gelebilmektedir. Tükenir nitelikteki fosil kaynakların daha ne kadar zaman için temin edilebileceğinin önemli bir sorun haline gelmesiyle beraber ülkeler alternatif enerji kaynaklarına

yönelmişlerdir. Bu yönelim neticesinde yenilenebilir enerji kaynaklarına olan ilgi artmış ve bu kaynakların kullanılması teşvik edilir hale gelmiştir.

Alternatif enerji kaynaklarına yönelik geliştirilen politikalar hem uluslararası hem de ulusal düzeyde hukuki düzenlemelerin gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Avrupa Birliği (AB)'nin yenilenebilir enerji politikalarına önem vermesinin en önemli nedenlerinden biri enerji konusunda dışa bağımlı olmasıdır. AB bu amaçla bir çok düzenleme yaparak ve direktifler yayınlamaya üye ülkeleri yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelmeleri konusunda uyarmakta ve üyelerini harekete geçirmektedir. Bu uyarılar ile birlikte belirlenmiş olan enerji arz güvenliği, verimliliğin artırılması ve çevrenin korunması gibi hedeflerde önemli bir rol oynamaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti enerji politikaları kapsamında alternatif enerjinin kullanımına yönelik birtakım hukuki düzenlemeler geliştirmiştir. Bu düzenlemelerin ülkenin enerji politikalarına olan etkisi, yapılan düzenlemelerin yeterliliği ve buna ilişkin değerlendirmeler bu çalışmada yer almaktadır. Bu bağlamda, AB'ye tam üyelik için aday ülke konumunda olan Türkiye açısından da AB'nin bu alandaki düzenlemeleri ve direktifleri oldukça önem arz etmektedir.

1. NEDEN YENİLENEBİLİR ENERJİ?

İnsanoğlu varoluş tarihinden bugüne değin hayatta kalma mücadelesi içerisinde pek çok keşif yapmış, bunlardan faydalanmış ve soyunu sürdürmeye yönelik bir güdü ile hareket etmiştir. Ancak insanoğlu sahip olduğu kendi soyunu sürdürülebilir kılma düşüncesini, yaşadığı çevre içinde talep edebileceği bilgiye çok uzun yıllar sonra erişebilmiş, hatta belki de bu anlamdaki arayışını geliştirme süreci içerisinde halen yer almaktadır. İnsanların, varolabilmek için doğaya ve doğanın sunduğu kaynaklara muhtaç olduklarını farketmesiyle pek çok değişim hareketi başlamış, çevre bilincinin artması ve içinde yaşanılan dünyayı koruma dürtüsü geç de olsa kazanılmıştır. Ne var ki küçük bir kız çocuğunun¹ çevre duyarlılığına sahip oluşu, küresel ısınma ve iklim değişikliğini önlemek için harekete geçişi bütün dünyada bir şok etkisi yaratabilmekte, çevreyi korumaya başlamak için başkalarının işaretiyle ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu noktada karşılaşılan “sürdürülebilir kalkınma” kavramı çevre ile ekonomik faaliyetler arasında bir denge kurulması ve doğal kaynakların geri dönüşü olmaksızın tüketilmeden gelecek nesillere aktarılabilmesi gairesini taşımaktadır (Kum, 2015, s. 208).

Yaşamımızı sürdürebilmek için ihtiyaç duyduğumuz en temel kaynaklar olan gıda ve fosil kaynakların kullanımı karbondioksit (CO₂), metan (CH₄), nitrozoksit (N₂O), hidroflorür karbonlar (HFCs) gibi sera gazlarının oluşmasına sebep olmakta, bu da küresel ısınmaya yol açarak gelecek nesilleri dahi tehdit edecek bir krize neden olmaktadır (Bayraç, 2010, s.229).

Küresel ısınmanın nedenlerine bakıldığında zaman iki temel neden olduğu görülmektedir: Doğal nedenler ve yapay nedenler. Doğal nedenler başlıca yeryüzünde meydana gelen tektonik hareketler, volkanik patlamalar, dağların oluşumu ile hava akımlarının yönünün değişmesi, güneşte meydana gelen manyetik dalgalanmalar (Ersoy, 2006, s.11), dünyanın ekseninde meydana gelen kaymalar (Şaylıkay, 2010, s.3) ve okyanuslardaki su akıntılarında meydana gelen değişimler (Erlat, 1999, s.196) olarak sayılabilmektedir.

¹ 2018 yılında Time dergisi tarafından yılın en etkili 25 gençleri arasında gösterilen Greta Thunberg'in dünya çapında etki uyandıran 2019 Dünya Ekonomi Formu'nda yaptığı konuşma için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=KAJsdgTPjU>

Bu noktada önemli olan küresel ısınmaya yol açan yapay nedenlerdir. Enerji ihtiyacını karşılamak amacıyla kullanılan fosil kaynakların, kömür, doğal gaz ve petrol, büyük oranda kullanımı devam etmektedir ve uzun bir süre daha bu şekilde devam edileceği öngörülmektedir (Bayraç, 2010, s.230). Bir diğer yapay neden sera gazı ve bu gazların atmosferde zaman içerisinde birikerek yol açtığı sera etkisidir. Sera gazları içerdikleri karbondioksit, metan, azotoksit, ozon vb. nedeniyle küresel ısınmayı artırıcı nitelik taşımaktadırlar (Kum, 2015, s.209).

Küresel ısınma bağlamında son birkaç on yıllık dünyanın ortalama sıcaklığına bakıldığında istikrarlı bir artış trendi görülmektedir. Kuşkusuz bu değişiklik sıradan bir insanın dahi anlayabileceği bir şekilde bürünmeye ne yazık ki başlamıştır, zira her yıl sıcaklıkların arttığı, dünyanın pek çok yerinde bizzat yaşanarak deneyimlenmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki ulusal ve uluslararası bilimsel çalışmalarda ve ayrıca Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (IPCC) üçüncü ve dördüncü ve özellikle 2014 yılında yayımlanan beşinci Değerlendirme Raporlarında da vurgulandığı üzere; hem atmosferdeki karbondioksit birimlerinin hem de yüzey sıcaklıklarının ve deniz seviyesinin yüzyılın sonuna kadar yükseleceği öngörülmektedir (Bozkurt ve Bozkurt, 2020), (IPCC, 2000, 2001, 2007, 2014).

“Neden yenilenebilir enerji?” sorusuna verilebilecek olan ilk cevap aslında tam da burada gizlidir. Gerek sürdürülebilir kalkınmaya duyulan ihtiyaç, gerekse küresel ısınma ve bunun yol açmakta olduğu iklim değişiklikleri ve beraberinde gelen sorunlara bağlı ekolojik değişim artık fosil yakıt tüketiminin bir kenara bırakılıp, enerji ihtiyacının bir takım başka alternatif kaynaklar ile sağlanmasını zorunlu kılmaktadır.

Alternatif veya diğer adıyla yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelmenin çevreye ve doğaya olan olumlu etkileri dışında toplumsal ve ekonomik etkileri de vardır.

Yenilenebilir enerji kaynakları tükeneceği endişesi olmayan, sınırsız, çevreye zararı oldukça az olan ve diğer kaynaklara oranla daha güvenli kabul edilen kaynaklar olarak değerlendirilmektedir (Mutlu, 2002, s.66). Bunun yanı sıra, yenilenebilir enerji kaynaklarının toplumsal bilinçlenmeyi artırmaya yönelik bir araç işlevi de olduğu görülmektedir (Çukurçayır ve Sağır, 2008, s.259). Yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanılmasının yerel yönetimlere de olumlu etkileri gözardı edilmemelidir. Bu enerji kaynakları çoğunlukla yerel birimler tarafından üretilmekte olduğu için, merkezden yönetilen diğer konvansiyonel enerjilerden bir noktada ayrılmaktadır. Bu da toplumları etkileyen kararların yine toplumlar tatarından alınıp uygulanmasıyla özdeşleşen demokratik uygulamaları ön plana çıkarmaktadır. Bu durum ise günümüzde enerji kaynaklarının demokratik sistem ve uygulamalara uygun şekilde kullanımı için oldukça ihtiyaç duyulan ve gerekli olan bir unsur olarak görülmelidir (Mutlu, 2002, s.66).

Yenilenebilir enerji kaynaklarına yapılan yatırımların AB’de de her geçen gün arttığı görülmektedir. Üye ülkelerde bu yatırımlar neticesinde çok sayıda kişiye istihdam sağlanmıştır (Çengel, 2003, s.2). Bir diğer öne çıkan kazanım ise enerji ithaline olan ihtiyacı ortadan kaldırması, dolayısı ile dış borçlanmayı azaltmaya yönelik etkilerin varlığıdır (Mutlu, 2002, s.66). Tüm bu olumlu yanları ile yenilenebilir enerji kaynakları, her geçen gün değer ve önem kazanmaya ve kullanımı yaygınlaşmaya devam etmektedir.

1.1 YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAKLARI

Yenilenebilir enerji kaynakları güneş enerjisi, rüzgâr enerjisi, biyokütle enerjisi, hidroelektrik enerjisi, jeotermal enerji ve gel-git enerjisi olarak sınıflandırılabilir. Kaynakların sınıflandırılması enerjinin ortaya çıkış noktasına bağlı olarak belirginlik kazanmaktadır (Çukurçayır ve Sağır, 2008, s.27). Birincil enerji kaynakları olarak da adlandırılan yenilenebilir enerji kaynakları, oluşumlarında etkili olan ana kaynağa bağlı olarak sınıflan-

dırılmaktadır. Ana kaynaklar güneş, ay ve dünyadır. Dolayısıyla yenilenebilir enerji kaynaklarını ayırıştırırken güneş, rüzgâr, su ve biyokütle ana kaynağını güneş oluştururken; jeotermal enerjinin kaynağını dünyanın merkezi; gel-git enerjisinin kaynağını ise ay oluşturmaktadır (Özdamar, 2000, s.134).

1.1.1 Güneş Enerjisi

Dünya üzerinde yer alan birçok enerji kaynağının vazgeçilmez unsuru olan güneş aynı zamanda temiz ve sürdürülebilir bir enerji kaynağıdır (Coşkun ve Doğanay, 2017, s.259). Güneş ışınları ve kazanılan enerji, dünyanın şekli nedeni ile yeryüzünün her noktasına eşit derecede dağılmamıştır. Bundan dolayı, dike yakın açılarla güneş ışını alan Ekvatorial Kuşak Bölgesi; daha dar açı ile güneş ışını alan Kutup Bölgesi'ne göre %25 daha fazla güneş enerjisine sahiptir (Coşkun ve Doğanay, 2017, s.261). Güneş ışınlarının yoğunluğu, güneş enerjisinin kullanımı konusunda önem arz etmektedir. Işınların daha yoğun olduğu bölgelerde yenilenebilir enerji kaynaklarından güneş enerjisi daha fazla tercih edilmekte iken²; ışınların daha az etkili olduğu bölgelerde alternatif –farklı- enerji kaynakları tercih edilmektedir³.

Günümüzde atmosferde sera etkisine neden olan karbondioksitin %80'i enerji üretimi ve tüketiminden meydana gelmektedir. Güneş enerjisinde kömür yerine kullanılan piller, atmosfere salınan karbondioksit gazının oranını düşürmektedir. Böylece gazın atmosfere verdiği zararın miktarı da azalmaktadır (Uzunoğlu vd.2001, 89).

Güneş enerjisinin kullanımında bazı dezavantajlar da mevcuttur. Bunların birincisi geceleri ile kış aylarında üretimin durması, bulutlu havalarda ise güneş ışınlarının etkin olmamasıdır. İkincisi ise güneş panellerinin maliyetinin yüksek olması ve üçüncüsü ise güneş panelleri için büyük arazilere ihtiyaç duyulmasıdır (Sevim, 2019, s.150).

1.1.2 Rüzgâr Enerjisi

Rüzgâr enerjisinin ilk kullanımında yel değirmenleri tercih edilmiştir. İlk rüzgar elektrigi ise 1891 yılında Danimarkalı Profesör *Paul La Cour* tarafından üretilmiştir. Ardından 1942 yılında *Smith* rüzgâr türbini ve 1957 yılında *Gedser* rüzgâr türbini geliştirilmiş ve rüzgâr türbinleri ile elektrik üretimi sağlanmıştır (Özdamar, 2000, s.135). Rüzgar enerjisi, fosil yakıtların ucuzluğu nedeniyle 2. Dünya Savaşı'na kadar önem kazanmamıştır. 1970 küresel petrol krizi sonrası ise rüzgar enerjisi tekrar önem kazanarak bu alanda yatırım yapılabilir hale gelmiştir.

Rüzgar enerjisi, rüzgarın kinetik enerjisinin türbinler aracılığı ile elde edilen enerjidir. Rüzgâr enerjisinin üretimi için rüzgâr hızı, esme sıklığı ve yönü gibi bazı önemli coğrafi özellikler olmalıdır (Coşkun ve Doğanay, 2017, s.252). Bu özellikler rüzgar enerjisi üretiminin ekonomik olarak uygun olup olmaması konusunda ortaya çıkmaktadır. Rüzgar hızının az olduğu bölgelerde enerjinin ortaya çıkması için gerekli olan şartlar sağlanmadığından bu enerji kaynağı ekonomik olarak uygun olmayacaktır. Rüzgar hızının yanında rüzgarın esme yönü de türbinlerin yerleştirileceği bölge açısından oldukça önemli bir unsurdur. Doğru bir konuma yerleştirilen türbinler yeterince hızlı ve sık esen rüzgâr ile birleştiği zaman ortaya çıkan enerji ülkeler açısından ekonomik olacaktır (Kaya ve Bayraktar, 2019, s.174).

² Almanya, İtalya, ve Çin güneş enerjisini en fazla kullanan ülkeler arasındadır.

³ İngiltere, Rusya ve Kanada ise hidroelektrik gibi alternatif enerji kaynakları kullanmaktadır.

Temiz bir enerji kaynağı olan rüzgâr enerjisi, çevresel bazı faktörlerden dolayı dezavantajlara sahiptir. Rüzgâr türbinleri büyüklük ve yükseklikleri nedeni ile kuş ölümlerine, radyo-televizyon sinyallerinde parazitlere, gürültü ve görüntü kirliliğine neden olmaktadır (Çukurçayır ve Sağır, 2008, s.265).

Danimarka, kullandığı elektriğin %47'sini rüzgâr enerjisi ile sağlamaktadır (Reuters, 2020). Danimarka dışında Almanya, Hollanda, Belçika, Çin ve ABD gibi ülkeler de elektrik üretimini rüzgâr türbinleri aracılığı ile kullanan ülkelerdir. Dünya geneline bakıldığında kullanım oranı düşük olmakla birlikte hızla büyüyen bir yenilenebilir enerji kaynağıdır (Çukurçayır ve Sağır, 2008, s.265).

1.1.3 Biyokütle Enerjisi (Biyomas)

Artan dünya nüfusunun enerji gereksinimi çevreye en az zarar verecek şekilde karşılanan ve sürdürülebilirlik açısından da en uygun çözümlerinden birinin biyokütle enerjisi olduğu belirtilmektedir (Topal ve Arslan, 2008, s.242). Biyokütle enerjisi bitkiler ve gübre var olduğu sürece tükenmesi mümkün olmayan yenilenebilir bir enerji kaynağıdır. Bitki kökleri, meyve atıkları, ot ve yosunlar ve diğer benzeri organik atıklardan elde edilen biyokütle enerjisinin kaynağı bir diğer tükenmeyen kaynak olan güneştir. Biyokütle diğer bir anlatımla, her yerde yetiştirilebilen, yenilenebilir, sosyo-ekonomik gelişme sağlanmasına yardımcı olan çevre dostu bir enerji kaynağıdır (Karaosmanoğlu, 2007, s. 105).

1.1.4 Hidroelektrik Enerjisi

Elektriğin su gücü kullanılarak üretilmesi ilk kez 1881 yılında Way Nehri üzerine kurulan hidroelektrik santrali ile sağlanmıştır (Dinçer vd., 2017, s.5). Hidroelektrik enerjisi, hareket halindeki suyun kinetik enerjisinin kullanılmasıyla meydana gelmektedir. Suyun akış hızı ya da yüksekten düşüş hızına bağlı olarak farklı miktarlarda enerji açığa çıkmaktadır. Bu enerji hidroelektrik santrallerde türbin ve jeneratör aracılığı ile potansiyel elektrik enerjisine çevrilmektedir (Gezer, 2013, s.34). Hidroelektrik santralleri iki farklı şekilde inşa edilmektedir. Birinci tip santraller "*baraj tipi*" santrallerdir. Baraj santrallerinde su gücü, suyun akış hızına ve suyun depolanma kapasitesine bağlıdır. İkinci tip santraller ise "*nehir tipi*" santrallerdir. Nehir tipi santrallerde ise su gücü büyük oranda akarsuyun akış hızına bağlıdır (Şengül vd., 2014, s.45).

Hidroelektrik enerjisi su gücüne dayalı bir enerji olduğundan yağış miktarına bağlı olarak değişiklik gösterebilmektedir. Yağışların fazla olduğu aylarda akarsular veya nehirlerde bulunan su miktarı ve akış hızı fazla olacağından elektrik üretimi de artacaktır. Yağışların az olduğu aylarda ise su gücü azalacak ve elektrik üretimi düşecektir.

Santraller, arz güvenliği sağlayarak dışa bağımlılığı azaltmaktadır. Genellikle kırsal alanlarda bulunan santraller enerjinin üretimi esnasında yerel halktan ziyade enerji şirketlerine ekonomik anlamda katkı sağlamaktadır. Barajlı santrallerde sadece enerjinin üretiminde değil, aynı zamanda balıkçılık, su sporları, taşımacılık, turizm gibi faaliyetler de gerçekleştirilmektedir. Santraller ülkelere ekonomik olarak katkı sağlarken aynı zamanda enerji üretimi esnasında atmosfere zararlı gazlar salmadıkları için çevre dostudurlar (Gezer, 2013, s.41). Türkiye'deki hidroelektrik santrallerinin planlanması, kurulması ve işletilmesi sürecinde çevrenin korunması hedefinin çok belirleyici olmadığını söylemek gerekir (Bobat, 2013, s. 161).

1.1.5 Jeotermal Enerji

Yerkabuğunun merkezinde yer alan ısının yer altı sularını ısıtması ve ısınan suların yeryüzüne çıkması ile oluşan enerjiye jeotermal enerji denilmektedir. Jeotermal enerji eski yıllarda sıcak su banyolarında kullanılmaktaydı. 1891 yılına gelindiğinde ilk kez ABD’de evlerin ısınmasında kullanılmış, 1904 yılında ise ilk kez İtalya’da jeotermal buharından elektrik üretilmiştir (Çukurçayır ve Sağır, 2008, s.267). Jeotermal enerji, ısının yoğunluğuna bağlı olarak elektrik üretimi, ısınma ve sağlık gibi farklı alanlarda kullanılmaktadır. Dünya üzerindeki jeotermal sistemler ısının yeryüzüne çıktığı aktif kıta yarıklarında, ateş çemberi olarak adlandırılan yerlerde ve volkanik bölgelerde bulunmaktadır (Arslan vd. 2000, s.23-24). Son yıllarda yenilenebilir enerji kaynaklarının önem kazanması ile birlikte jeotermal enerjinin kullanımı da artmaktadır.

1.1.6 Gel-Git Enerjisi

Gelgit, ayın dünyayı çekim kuvveti ile çekmesi neticesinde denizlerde oluşan kabarıp alçalmalardır. Deniz kaynaklı olan gelgit enerjisi, kıyılarda meydana gelen seviye farkına bağlı olarak denizden göle ya da gölden denize doğru akan suyun türbinler üzerinden geçerken ortaya çıkardığı bir enerjidir. Bu enerjinin üretilmesi için denize bağlı olan bir göl veya gölet olmalıdır. Böylece seviye değişimi ile akan su gelgit barajları ile enerjiyi ortaya çıkaracaktır (Çukurçayır ve Sağır, 2008, s.268).

Dünyada gelgit enerjisinden elektrik üretilmesi konusunda verilebilecek en önemli örnek, 1966 yılında Fransa’nın *Rance* ırmağı üzerine kurulmuş olan gelgit barajıdır (Gezer, 2013, s.58). Temiz ve sürdürülebilir bir enerji kaynağı olan gelgit enerjisi, fosil yakıtların kullanımını ve dolaylı olarak çevre kirliliğini azaltmaktadır. Birçok olumlu etkiye neden olan gelgit enerjisi, aynı zamanda göllerdeki su kalitesinde azalma ve besin zincirinde oluşacak bazı ekosistem sorunlarına da yol açabilmektedir.⁴ Bu nedenle barajlar kurulurken gerekli tüm çevresel değerlendirmelerin yapılarak önlemlerin alınması gerekir (Sağlam ve Uyar, 2005, s.268).

Gelgit enerjisi diğer yenilenebilir enerji kaynaklarına göre daha az tercih edilmektedir. Bunun ilk nedeni gelgit’in günün bazı zamanlarda gerçekleşiyor olmasıdır. Kısıtlı bir zamana sahip olan gelgit, enerji üretiminde kesintinin yaşanmasına neden olmaktadır. İkinci neden enerjinin üretilmesi için gerekli olan gelgit’in bazı bölgelerde gerçekleşmesidir. Üçüncü ve belki de en önemli etken ise diğer enerji kaynaklarına göre ekonomik olarak maliyetinin yüksek olmasıdır (Çukurçayır ve Sağır, 2008, s.268).

2. GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE AB’NİN YENİLENEBİLİR ENERJİ POLİTİKALARI

AB’nin yenilenebilir enerji kaynaklarına ilişkin politikaları temelde dört hedef çerçevesinde şekillenmektedir. Bunlar enerji ithalat bağımlılığının azaltılması, kaynak güvenliğinin artırılması, küresel ısınma ve iklim değişikliklerine olan insan temelli etkilerin azaltılması ve potansiyel küresel teknoloji pazarında elde edilebilecek payın artırılması şeklinde özetlenebilmektedir (Altuntaşoğlu, 2005, s.250).

Yaşanan büyük petrol krizinin ardından yeni bir arayış içerisine giren AB açısından, ortak bir enerji politikası oluşturulması, daha da önem kazanmıştır. Bu noktadan hareketle, 1974 yılında Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiş olan “Yeni Enerji Politikası Strateji-

⁴ Benzer şekilde hidroelektrik santrallerinin de toplanan suyun kalitesinde azalmaya ve besin zincirinde ekosistem sorunlarına yol açabildiği öngörülmelidir.

si” ile 1986 yılına kadarki süreç için bir takım stratejiler belirlenmiştir (Yorkan, 2009, s.26). Enerji ihtiyacının karşılanmasında petrole olan bağımlılığın azaltılmasına ve bunun sağlanmasında kömür rezervlerinin daha etkin kullanılmaya başlanmasına yönelik bir takım hedefler konulmuştur. Enerji çeşitliliğine gidilmesi gerekliliği anlamını taşıyan bu stratejik adım ile Birlik içerisindeki şirketlerin doğal gaz arama çalışmalarına yönelik girişimlerinin desteklenmesi ve bir anlamda Birlik’in kendi kaynaklarına sahip olabilmesi amaçlanmıştır (Keskin, 2007, s.72).

AB’nin enerji politikalarına çevre konusunun dahil olması 1980’li yıllarda başlamış ve çevre bu dönemin en önemli tartışmalarından biri haline gelmiştir. O dönemde mevcut enerji politikalarının ve enerji kaynaklarının çevreye verdiği tahribatın dikkate alınmaya başlanması Birlik içerisinde genel bir kabul görmüş ve enerji üretiminin çevreye duyarlı şekilde sağlanması gerektiği üzerinde fikir birliğine varılmıştır (Cansevdi, 2004, s.9). Bu bağlamda; 90’lı yıllardan itibaren AB’nin çevre politikalarının çok daha bilinçli bir şekilde şekillenmeye başladığı, 2000’li yılların başından itibaren ise hız kazanacağı görülecektir. Belirtmek gerekir ki bu politikaların Birlik üyesi ülkelerce de kabul edildiği, başka bir ifade ile benimsendiği sürecin adımları bu dönemde atılmıştır (Bozkurt ve Bozkurt, 2020).

1986 yılına gelindiğinde Avrupa Konseyi 16 Eylül tarihinde almış olduğu kararla, 1995 yılına değin uygulanacak olan enerji politikalarını ve hedeflerini belirlemiştir. Alınan karara ve kararla benimsenmiş olan politikalara göre uygulanacak olan yeni enerji politikaları tüketiciye ulaştırılacak olan enerji arzının güvenli ve yeterli biçimde sağlanması, aynı zamanda makul ekonomik koşullar taşıması gerekmektedir (Yorkan, 2009, s.26). Yine bu kararda benimsenmiş olan hedef ve politikalara göre enerji arz güvenliğini artırmaya yönelik çalışmalara önem verilmesi ve Birlik’in kendi enerji kaynaklarını makul ekonomik koşullar çerçevesinde geliştirmeye ve enerji ithalatı yapılan ülkelerde çeşitliliğe gidilmesi gerektiği, bununla beraber ithal edilen enerjide de çeşitliliğin artırılması gerektiği vurgulanmıştır. Bunların yanı sıra çevre konusu söz konusu kararda da ele alınmış ve enerji politikalarının geliştirilmesinde çevreye duyarlı politikaların benimsenmesi gerektiği belirtilmiştir (Keskin, 2007, s.72).

1990’lı yıllar Sovyetler Birliği’nin dağılma süreciyle beraber AB’de enerji güvenliğinin yeniden gündeme gelmesine neden olmuştur. Bunu müteakip 1991 yılında Lahey’de imzalanan Avrupa Enerji Şartı Antlaşması ile enerji ticareti, dağıtımı ve yatırımları konusunda işbirliği yapılması hedefleri ortaya konularak sözleşmeye taraf devletler açısından hukuken bağlayıcı bir süreç başlatılmıştır. Bu dönem aynı zamanda TACIS⁵, TRACERA⁶, INOGATE⁷ ve SEERF⁸ gibi birçok farklı programın da hayata geçirilmesiyle enerji güvenliğinin sağlanması konusundaki kararlılığı gösteren bir süreç halini almıştır (Yorkan, 2009, s.27).

Her ne kadar Avrupa Komisyonu tarafından 1986 ile 1995 yılları arasındaki dönem için enerji politikaları geliştirmiş olsa da bu yıllar arasında yaşanmış olan Körfez Savaşı iç enerji piyasasını etkileyerek, öngörülen hedeflere ulaşılması noktasında bir takım aksaklık-

⁵ Detaylı bilgi için bkz. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_92_54 Erişim tarihi: 07/08/2020.

⁶ Detaylı bilgi için bkz. <http://www.mfa.gov.tr/avrupa-kafkasya-asya-usturma-koridoru.tr.mfa#:~:text=%C3%96rg%C3%BCt%C3%BCn%20Amac%C4%B1%3A%20TRACECA%2C%20Ba%C4%9F%C4%B1ms%C4%B1z%20Devletler,olu%C5%9Fturulan%20bir%20Do%C4%9Fu%2DBat%C4%B1%20Koridorudur>. Erişim tarihi: 07/08/2020.

⁷ Detaylı bilgi için bkz. <http://www.inogate.org/pages/1?lang=en> Erişim tarihi: 07/08/2020

⁸ Detaylı bilgi için bkz. <https://www.europeansources.info/record/website-south-east-europe-energy-regulatory-process/> Erişim tarihi: 07/08/2020.

lara yol açmıştır. Bu noktadan hareketle Avrupa Komisyonu öngörülen hedeflerin revize edilmesi yoluna giderek, 1995 yılının Ocak ayında “For a European Union Energy Policy” (European Commission, 1995) başlığı ile Yeşil Bildiri (Green Paper) ve 1996 yılının Ocak ayında ise “An Energy Policy for the European Union” (European Commission, 1996) başlığı ile Beyaz Bildiri (White Paper) adı verilen iki kitap yayınlamıştır (Lyons, 1998, s.5).

21. yy’a gelinmesiyle beraber bu kez 2000 yılında “Towards a European Strategy for the Security of Energy Supply” (European Commission, 2000) adı ile ikinci bir Yeşil Bildiri yayınlanmış ve bu bildiri AB’nin enerji ithalatı bağımlılığında bir artış görüldüğü, buna neden olarak da petrolün enerji piyasasındaki fiyat belirleme kriterlerinde oynadığı rol ve diğer enerji kaynaklarının fiyatlarının da buna bağlı oluşu vurgulanmıştır. Bu bildiri aynı zamanda AB’nin en uzun vadeli enerji politikasını belirleyen stratejik bir belgedir. Geliştirilmekte olan enerji politikalarının Birlik vatandaşların refahını gözeterek ve ekonominin düzgün işlemesine vurgu yapılarak sağlanması gerektiğinin önemle hatırlatıldığı bu bildiri- de; aynı zamanda, planlanmakta olan bu uzun vadeli politikalara ulaşılabilmesi için de bir takım hedefler belirlenmiştir. Bunlar arasında ülkelerin iklim değişikliğine karşı bir tutum alması, fosil yakıt kullanımının azaltılması ve çevreye zarar verici nitelikteki enerji türlerini kullanan tüketicilere caydırıcı yaptırımlar uygulanması gibi önemli hususlar yer almaktadır.

Bu uzun vadeli hedefleri içeren bildirinin ardından 2006 yılında yayınlanan “A European Strategy for Sustainable, Competitive and Secure Energy” (European Commission, 2006) isimli bir diğer Yeşil Bildiri ise Avrupa için bir enerji stratejisi planlanmıştır. Buna göre ileride artması ön görülen enerji talebinin karşılanabilmesi için enerji sektörüne yapılması gereken ciddi yatırımlar ele alınarak, enerji ithalatına olan bağımlılıkta meydana gelen artış ve enerji fiyatlarının yükselmiş olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca, Avrupada yaşayan insanların günlük enerji ihtiyaçlarının karşılanmasında yaşanabilecek zorluklar karşısında AB’nin ortak sorumlulukları olduğu açıklanmış ve bu bilinçle hareket edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Özetle; 2006 yılında yayınlanmış olan bu bildiri altı temel hedef alanı iç enerji piyasasındaki çeşitliliğin artırılması, rekabet edebilirlik, dayanışma, sürdürülebilirlik, yenilik ve teknoloji ve dış politika olarak belirlenmiştir.

Yine çevre kirliliği ve iklim değişikliğinin önlenmesi noktasında 2005 yılında yürürlüğe giren Kyoto Protokolü, protokole taraf devletlere sera gazı emisyonlarının azaltılması ve 1990 yılı oranının yüzde 5’in altında indirilmesi konusunda yükümlülük getirmektedir (Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, 2019). Belirtmek gerekir ki Kyoto Protokolüne taraf olan ülkeler, ilk hedef olarak sera gazı emisyonlarının 2000 yılında, 1990 yılı seviyesinden en az %5’in altında sabitlemeyi kararlaştırmışlardır. Ancak ülkelerin sorumlulukları değişikliğe gösterebilmektedir. (Bozkurt, 2018, s.118).

Avrupa Komisyonu 2010 yılında yayınladığı “A Strategy for Competitive, Sustainable and Secure Energy” (European Commission 2010) isimli belgede AB’nin enerji politikaları tekrardan gözden geçirilerek, enerji verimliliğinin sağlanması konusuna, vurgu yapılmıştır. Verimliliğin artırılabilmesi için enerji depolama potansiyelinin artırılması gerektiğinin önemi de ayrıca belirtilmiştir. Bir diğer önemli gelişme ise enerji piyasası mevzuatının en erken zamanda uygulanmaya başlanmasına ilişkin kararın alması olmuştur. Ayrıca 2020-2030 yılları arasında Avrupa enerji altyapısının tasarlanması, altyapının gelişmesi için prosedürlerin ve piyasa kurallarının modernize edilmesi ve bu altyapının geliştirilmesi noktasında çevreye ve finansal konulara önem verilmesi gerektiği belirtilmiştir (Yıldız, 2013, s.170).

2014 yılında Avrupa Konseyi toplantısında ise AB’nin 2030 yılına yönelik iklim ve enerji politikaları belirlenerek kabul edilmiştir. Bu politikalara göre sera gazı emisyonlarının azaltılması, yenilenebilir enerjideki tüketimin %27 oranına çıkarılması ve enerji verimli-

liğinin artırılması hedeflenmiştir (Durmaz, 2015, s.5). Yine 2014 yılında AB Komisyonu tarafından Enerji Birliğinden sorumlu bir Başkan yardımcısı atanmış, 2015 yılına gelindiği zaman Enerji Birliği Çerçeve Stratejisi adıyla anılan belgede tekrardan bir takım hedefler konulmuştur. Buna göre; bu hedefler ortak bir Avrupa enerji pazarı oluşturulması, enerji arz güvenliğinin sağlanması, karbondan uzak ekonominin sağlanması, rekabetçi ve yenilikçi bir vizyon geliştirilmesi şeklinde-dir (Durmaz, 2015, s.6).

AB'nin düzenlemelerine ve hedeflerine uygun olarak bazı üye ülkelerde de karbon emisyonunun azaltılması ve orta vadede sıfırlanması amacıyla planlamalı yapılmış hatta bu yönde de uygulamalar başlamıştır. Başta Almanya olmak üzere, Belçika ve Hollanda'da dizel araçların kullanımlarına sınırlamalar getirilmiş ve 2030'lu yıllardan itibaren yasaklanmasına yönelik çalışmalar hız kazanmıştır (Solisch, 2020).

Netice itibariyle, geçmişten günümüze Avrupa Komisyonu tarafınca yayınlanmış olan bilgilendirme notları ve belgelere bakıldığı zaman istikrarlı bir şekilde olumlu yönde bir gelişme kaydedilmesine ilişkin hedefler konulup politikalar belirlendiği dikkat çekmektedir. Ayrıca; bazı üye ülkelerin de bu yönde radikal kararlar alarak birer birer uygulamaya geçtikleri de görülmektedir. Ancak görülen odur ki tüm bu stratejiler, ortak bir enerji politikası oluşturulması gerekliliği noktasında şekillenmektedir. Önümüzdeki 5 yıllık süreç içinde ortak enerji politikasının yaygınlığı ve geçerliliği noktasında AB'nin daha ileri bir seviyede olacağı ön görülmelidir.

2.1 AB ENERJİ POLİTİKALARININ DAYANDIĞI TEMEL HEDEFLER

2.1.1 Enerji Arz Güvenliği

AB enerji politikalarının oluşumundaki en önemli etkenlerden biri arz güvenliğidir. AB üyesi ülkelerin ekonomileri, enerji piyasasında yaşanan krizler sonrası olumsuz etkilenmektedir. Bu nedenle yaşanacak olası krizler karşısında ülkelerin tedbir alma ihtiyacı doğmuştur (Kesbiç ve şimşek, 2001). AB ülkeleri fosil yakıtlar söz konusu olduğunda dışa bağımlıdır. İthal edilen petrolün arz ve fiyat dengesinin bozulması ülkelerin ekonomilerini de etkilemektedir. AB, enerji arzını azaltmaya yönelik olarak, Avrupa içi politik hedefler belirleyip, kendi enerji güvenliğini sağlamayı hedeflemektedir. Bunun yanında bazı ülkeler ile politik anlaşmalar yaparak arz güvenliğini de sağlamaktadır (Keskin, 2006, s.164).

2.1.2 Verimliliğin Artırılması

Ekonomik faaliyetlerin birçoğu enerji ile bağlantılıdır. Enerjinin üretimi ve tüketiminde verimliliğin artırılması ise ekonomik faaliyetlerin olumlu olarak etkilenmesi ile bağlantılıdır. AB ülkeleri diğer ülkeler ve küresel güçlerle rekabet içinde olduğundan, rekabet gücünü koruyabilmek ve geliştirebilmek için enerjiyi olabilecek en verimli şekilde kullanmak zorundadır (Kesbiç ve şimşek, 2001). AB'nde çok sayıda (Brexit nedeniyle Birlik üye sayısı 27'e inmiştir) ülke bulunmaktadır. Bu ülkelerin enerji verimliliği ve yaklaşımları birbirlerinden farklılık göstermektedir. Bu farklılığın nedenini teknoloji, enerji fiyatlarındaki değişkenlik ve yöneticilerin karar alma şekli ve üye ülkelerin iç hukuklarındaki değişkenlikler oluşturabilmektedir.

2.1.3 Çevrenin Korunması

Günümüzde çevrenin korunması, küresel ısınmanın durdurulması veya en azından yavaşlatılması ve iklim değişikliği konularında uluslararası bir duyarlılık söz konusudur. Atmosfere salınan karbondioksit miktarının artması ile hem hava kirliliği hem de küresel ısınmaya bağlı olarak iklim değişiklikleri görülmektedir. Fosil kaynaklı enerji kaynaklarının

kullanımı ekonomik olarak olumsuz etkilere sahip olduğu kadar çevreye de zarar vermektedir. Bu nedenle çevrenin korunması yıllardır gündemde olan ve AB enerji politikalarının temelinde yer alan bir konudur. Dünya nüfusunun ve buna bağlı olarak enerji talebinin artması ile fosil kaynaklı yakıtların kullanımı da artacaktır. Fosil kaynakların kullanımı ise çevreyi olumsuz etkilemeye devam edecektir. AB, üye devletler ile yaptığı protokol, anlaşma ve politikalar ile fosil kaynakların çevreye daha az zarar verecek şekilde kullanılması veya yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanılmasına yönelik hedefler belirlemektedir (Keskin, 2006, s.165).

Son yıllarda yaşanan çevre sorunları ve bu sorunların kısa zamanda ortadan kalkmayacağı düşüncesi, AB'nin yenilenebilir enerji teknolojilerini geliştirerek, uygulanmalarına yönelik çalışmalar yapmasına neden olmaktadır. Çevre dostu ve sürekli bir enerji kaynağı olan yenilenebilir enerji, son yıllarda daha çok tercih edilmektedir.

2.2 Direktif 2009/28/EC: Yenilenebilir Enerji AB Regülasyonu

AB Komisyonu tarafından yayınlanmış olan ve yenilenebilir enerji açısından en güncel direktif olarak kabul edilen bu Direktif'in yürürlüğe girmesiyle beraber 2001/77/EC ve 2003/30/EC direktifleri yürürlükten kalkmıştır. Bu Direktif yenilenebilir enerji kaynaklarından elde edilecek olan enerjinin teşviki konusunda genel bir çerçeve çizmektedir. Bunun yanı sıra üye ülkeler açısından zorunlu ulusal hedefler belirlemek; üye ülkeler ve üçüncü ülkeler arasındaki yenilenebilir enerji kaynaklarından üretilecek enerji açısından uyulması gereken her türlü idari prosedürü, istatistiksel veri transferi, kaynak garantilerini ve şebeke erişiminde uyulacak kurallar da koymaktadır. 2020 yılı bu Direktif ile belirlenmiş önemli bir tarihtir. Direktife göre üye ülkeler bu tarihe kadar brüt nihai enerji tüketimlerindeki yenilenebilir enerji payında belirleyici hedefler koymak ve bu hedeflerin de Birlik'in ortak olarak belirlemiş olduğu 20-20-20 hedeflerine uygun olması yükümlülüğündedir. Bunların yanı sıra bu Direktif Birlik hedefleri açısından yasal bir çerçeve niteliğinde olan enerji ve iklim değişikliği mevzuatının bir parçasıdır (European Union, 2009).

AB Direktifi'nde yapılmış olan tanımlamaya göre yenilenebilir enerji kaynakları güneş, rüzgar, jeotermal, aerotermal, okyanus enerjisi, biyokütle, hidrolik güç, kanalizasyon gazı, çöplük gazı gibi fosil kökenli olmayan enerji kaynaklarıdır.

AB Direktifi'nin üye ülkeler açısından koyduğu ulusal hedeflere bakıldığı zaman her üye ülkenin 2020 yılında Yenilenebilir Enerji Kaynakları (YEK)'den enerji elde etme payının %20 olması belirtilmektedir. Buna ek olarak yine 2020 yılında ulaşımda ülkedeki nihai enerji tüketiminin en az %10'unun yenilenebilir enerjiden sağlanması gerektiği belirtilmektedir.

AB Direktifi'nin üye ülkeler açısından⁹ koyduğu ulusal hedeflere ulaşabilmek amacıyla yenilenebilir enerjiden üretilen enerji kullanımına ilişkin önlemlere bakıldığı zaman bir takım destek planları ve üye ülkeler ile 3. ülkelerle işbirliklerinin yapılmasına ilişkin hükümler görülmektedir.

AB Direktifi her ülkenin hangi eylem planını oluşturmasını ve oluşturulacak olan ulusal eylem planlarında 2020 yılında yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelik elektrik, ısıtma-soğutma ve ulaşım alanlarındaki ulusal hedeflerini göstermelerini gerekli kılmaktadır. Buna ek olarak tüketimdeki enerji verimliliği, yerel makamlarla yapılacak işbirlikleri,

⁹ Aday ülke olarak Türkiye'nin AB Direktiflerine halihazırda uyma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, tam üyelik halinde, Türkiye iç hukukunu AB tüzükleri ve direktiflerine uygun hale getirmek durumunda kalacaktır.

geliştirilecek ulusal politikaların da göz önüne alınarak bu eylem planlarının oluşturulması gerektiği vurgulanmaktadır.

AB Direktifi her üye ülkenin YEK payını hesaplamasını gerektirmektedir. Buna göre YEK'den elde edilecek olan enerjinin brüt nihai tüketimdeki payın belirlenmesi gerekmektedir.

3. TÜRKİYE'DE YENİLENEBİLİR ENERJİ

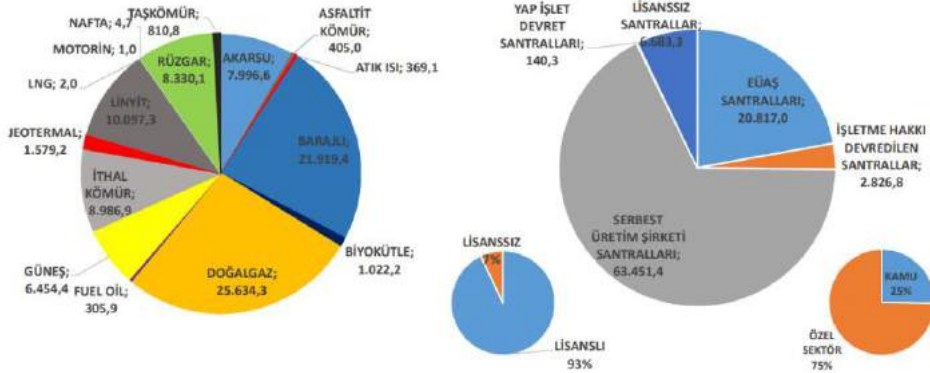
Yapılan araştırmalarda elde edilen verilere göre Türkiye tüketmekte olduğu enerjinin %87'lik kısmını fosil kaynak olarak tanımlanan konvansiyonel, başka bir ifade ile yeniden tüketilmesi mümkün olmayan yakıtlardan sağlarken; yalnızca yaklaşık %11'lik bir kısmını yenilenebilir enerji kaynaklarından sağlamaktadır (Kayışoğlu ve Diken, 2019, s.62). Oldukça düşük olan bu kullanım oranının içerisinde ise rüzgar ve güneş enerjisi çok küçük bir kısmı temsil etmektedir.

Fosil kaynakların ülke ekonomilerini olumsuz yönde etkilediği ve dışa bağımlı hale getirerek enerji ithaline neden olduğunu daha önce belirtilmiş olmakla beraber, Türkiye'nin 2016 yılında petrol ithalatına 30 milyar dolar harcamış olduğu görülmektedir (Kayışoğlu ve Diken, 2019, s.62). Günümüzde bu miktarın çok daha fazla olduğu sabittir. Türkiye'nin yenilenebilir enerji kaynaklarının güncel durumuna ilişkin yapılmış olan bir araştırmaya göre; ülkenin güneş enerjisi potansiyeli, yeterli düzeyde olduğu, coğrafi konumu dolayısı ile jeotermal enerji kaynakları bakımından yüksek bir kapasiteye sahip olduğu, hidroelektrik enerji potansiyeli açısından HES'ler açısından yeterli olduğu ve enerji üretimi yapılması halinde ülke talebinin %69'luk bir kısmını karşılayabilecek olduğu, biyomass (biyokütle) enerjisi açısından 2017 yılı verilerine göre biyogaz üretim potansiyeli 4500Mwe seviyesinde olup elektrik enerji talebinin %7.3'lük kısmını karşılayabilecek olduğu ortaya konulmuştur (Kayışoğlu ve Diken, 2019, s.62). Yine bu araştırmada Türkiye'nin yenilenebilir enerji kaynakları bakımından önemli bir potansiyeli bulunduğu, ancak mevcut potansiyelini tam anlamıyla kullanamadığı ve bu alandaki AR-GE çalışmalarına daha fazla önem verilmesi gerektiği sonucu ortaya konmuştur (Kayışoğlu ve Diken, 2019, s.64).

Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği tarafından 2017 yılında yayınlanmış olan belgede Türkiye'nin enerji politikalarına ilişkin temel belirlemiştir.¹⁰ Bu ilkeler arasında enerji üretiminde yenilenebilir kaynakların öncelikli olması, fosil yakıt kullanımının en alt seviyeye indirilmesi, mevcut yerli enerji kaynaklarının tüm çeşitlerine enerji üretiminde yer verilmesi ve enerjide dışa bağımlılık azaltılması gibi yenilenebilir enerjiye vurgu yapılan açıklamalar yer almakta ve dikkat çekmektedir.

2020 yılında TEİAŞ tarafından Türkiye'nin Kurulu Güç Raporu yayınlanmıştır ve böylelikle Türkiye'nin kullandığı aktüel enerji kaynakları ve santrallerinin istatistiksel verileri bu raporda açıklanmıştır:

¹⁰ <https://www.tmmob.org.tr/icerik/tmmob-11-enerji-sempozyumu-enerjinin-gelecegi-sonuc-bildirgesi-yayimlandi> Erişim tarihi: 08.08.2020.



Tablo1: TEİAŞ Ekim 2020 Kurulu Güç Raporu (<https://www.teias.gov.tr/tr-TR/kurulu-guc-raporlari>)

3.1 YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAKLARININ KULLANIMINA YÖNELİK TÜRKİYE'DEKİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

Yenilenebilir enerjinin üretimi ve kullanımı konusunda ülkeler doğal olarak iç hukuklarında birtakım hukuki düzenlemeler yapmaktadır. AB'ye üye olan ülkeler, AB enerji politikaları çerçevesinde düzenlemeler yaparken; AB'ye aday ülkelerin de yerine getirmesi gereken yükümlülükleri bulunmaktadır. Türkiye'nin adaylığı ise 1999 yılında gerçekleşen AB Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi'nde resmen onaylanmıştır. Bu durumda Türkiye, AB kriterleri çerçevesindeki düzenlemeleri iç hukukuna aktarmak, uluslararası mevzuatı uygulamak ve gerekli idari ve hukuki yapılandırmayı yapmakla yükümlü kılınmıştır (T.C. Dışişleri Bakanlığı, Avrupa Birliği Başkanlığı, 2020). Ayrıca; Türkiye'nin özellikle çevre, enerji, su yönetimi, doğal kaynakların kullanımı ve koruması gibi konularda AB hukukundan, daha doğrusu katılmış müzakerelerinden dolayı kaynaklanan yükümlülüklerinin, uluslararası hukuk düzenlemelerine göre çok daha fazla olacağını öngörmek gereklidir (Bozkurt, 2018, s.122-123).

Türkiye'de 2009 yılından itibaren yenilenebilir enerji kullanılarak enerji elde edilmesi üzerinde çalışmalarda ilerleme ve gelişmeler kaydedilmiştir. AB'ne tam üyelik yolunda aday ülke konumunda bulunan Türkiye, uluslararası protokoller, andlaşmalar ve bağlayıcı tüm belgelere uygun olarak mevzuatında değişikliklere gitmektedir (Karagöz ve Kavaz, 2017, s.8). Yenilenebilir enerjinin kullanımı ile ilgili ülkede yürürlükte bulunan mevzuata bakıldığında bu alanda birçok kanun ve yönetmelik çıkarıldığı da görülmektedir.

3.1.1 Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun

5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun, 10 Mayıs 2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun, YEK'in kullanımına ilişkin usul ve esaslar ile kaynaklardan elde edilen elektriğin belgelendirilmesini düzenleyen hükümler içermektedir.

1. maddeye göre Kanun'un amacı, yenilenebilir enerji kaynakları kullanılarak elektrik enerjisi üretiminin artırılması, bu kaynakların güvenli, ekonomik ve verimli bir şekilde

ülke ekonomisine katkı sağlaması, elektrik üretimindeki kaynakların çeşitlendirilmesi, sera gazı emisyon oranının düşürülmesi, atıkların kullanılması ve çevrenin korunmasıdır.

Kanun'un 2. maddesine göre yenilenebilir enerji kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılmasına ve kaynakların bulunduğu alanların belirlenerek yatırımcılara tahsis edilmesine, ilgili kurum ve kuruluşların görüşünü alan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı karar vermektedir. 5. maddeye göre, üretilen elektriğin ulusal ve uluslararası piyasada takip edilebilmesi için üretim lisansı bulunan kişiye, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından "Yenilenebilir Enerji Kaynak Belgesi" (YEK Belgesi) verilir.

Kendi ihtiyaçları için yenilenebilir enerji kaynaklarını kullanarak enerji üreten gerçek veya tüzel kişiler, tesislerinin proje, planlama, ön inceleme veya ilk etüdünü Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü (DSİ) veya Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü (EİE)'ne hazırlatması halinde proje bedeli ödememektedirler. Bununla birlikte; bazı hallerde Cumhurbaşkanlığı kararı ile teşviklerden de yararlanabilmektedir. Bu haller Kanun'un 7. maddesinde şu şekilde sayılmaktadır:

- Enerji üretim tesis yatırımları,
- Kullanılacak elektro-mekanik sistemlerin yurt içinde imalat olarak temini,
- Güneş pilleri ve odaklayıcı üniteler kullanan elektrik üretim sistemleri kapsamındaki yapılacak AR-GE ve imalat yatırımları,
- Biyokütle kaynaklarını kullanarak elektrik enerjisi veya yakıt üretimine yönelik AR-GE tesis yatırımları (YEK Kanunu m.7).

Elektrik üretimi konusunda YEK'e yapılan yatırımı teşvik eden hükümet, bu kanunda ayrıca jeotermal kaynakların kullanımını ile ısınmayı da düzenlemektedir. Bu Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre, yeterli miktarda jeotermal kaynağın bulunduğu bölgelerdeki konutların ısı ihtiyacının öncelikli olarak jeotermal kaynaklar kullanılarak karşılanması esastır.

YEK Kanunu'nda belirtilen ilke ve yükümlülüklerin uygulanmasını, denetlenmesini ve koordinasyonunu Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın yürüttüğünü 9. maddede hükme bağlamıştır.¹¹

3.1.2 Elektrik Piyasası Kanunu

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (EPK) 14 Mart 2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun'un 1. maddesine göre bu kanunun amacı; tüketicilere sunulacak elektriğin kaliteli, sürekli ve yeterli miktarda olabilmesi için, rekabet ortamındaki enerji piyasasının güçlü, istikrarlı ve şeffaf olmasını sağlayarak, bunun denetimini yapmaktır.

Bu amaç kapsamında Kanun, gerçek ve tüzel kişilerin elektriğin üretimi, dağıtımını, ithalat ve ihracatı ile piyasadaki işletimi konularındaki hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir (EPK m.2). Gerçek ve tüzel kişiler Kanun'un 2. maddesinde sayılan işlemleri gerçekleştirebilmek için "Lisans" adı verilen izin belgesini almak zorundadırlar (EPK m.5/1). Lisans belgesi almaya hak kazanan kişilerin uymakla yükümlü oldukları esaslar 5. maddenin 2. fıkrasında tek tek sayılmaktadır. Bununla birlikte; lisans başvurusunda bulunan kişiye öncelikle üretimde gerekli yatırıma başlayabilmesi ve Kanun'da belirtilen belgeleri edinebilmesi için kısa süreli önlisans verilir (EPK m.6). Verilen süre içerisinde Kanun'da öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde önlisans iptal edilirken, gerekli

¹¹ Türkiye, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçtiği için enerji ile ilgili bütün düzenlemelerde artık Cumhurbaşkanı ve Kabinesi'nin etkin olduğunu özellikle vurgulamak gerekir.

tüm izinlerin alınması ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile lisans izni verilir (EPK m.6/4). Kanun'un 14. maddesi ise lisans almadan yürütülebilecek faaliyetleri düzenlemektedir. Bu maddeye göre iletim veya dağıtım sistemiyle bağlantısı bulunmayan üretim tesisleri, gücü en fazla bir megavat olan yenilenebilir enerji kaynaklarına dayanan üretim tesisleri, belediyelerin katı atık tesisleri ve üretimi ile tüketiminin aynı noktada kullanıldığı yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı tesisler, lisans alma yükümlülüğünden muaf tutulmaktadır.

Kanun'un 5. maddesinde belirtilen lisans izni olmaksızın faaliyet gösteren kişiler ile ilgili denetim, yine bu Kanun'un ilgili hükümlerince Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından yapılırken; elektrik dağıtım şirketlerinin denetlenmesi ise Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nca yapılmaktadır. Bakanlık bu denetimi, kamu kurum ve kuruluşlarıyla birlikte yapabileceği gibi yetkisini bu kuruluşlara devrederek de yaptırabilir. Bakanlık denetim sonrası rapor hazırlamaktadır. Hazırlanan raporlar Kuruma bildirilir ve rapor sonucuna göre gerekli yaptırım Kurul tarafından belirlenir (EPK m.15).

3.1.3 4628 sayılı Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği

Bu alandaki bir diğer düzenleme ise 2002 yılında yürürlüğe giren bu Yönetmelik'tir. Bu düzenlemeye göre; yenilenebilir enerji kaynaklarından enerji elde etmeye yönelik tesis kurmak üzere lisans müracaatında bulunan tüzel kişilere bir takım teşvikler sağlanması öngörülmektedir. Ayrıca, müracaatta bulunan tüzel kişilere bazı konularda çeşitli muafiyetlerin de tanınmasına ilişkin düzenlemelerin ilgili yönetmelikteyer aldığı görülmektedir. Yönetmelik ayrıca yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı enerji üretimi yapılmakta olan tesislerde üretilen elektrik enerjisinin bazı koşullarda öncelikli satılmasına olanak tanıyıcı düzenlemeler içermektedir.

3.1.4 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu

2007 yılında yürürlüğe giren bu Kanun ile beraber yenilenebilir enerji kaynaklarından üretilen elektriğe uygulanacak bir takım yeni teşvikler eklenmiştir. Bu teşviklere göre YEK'den üretilen elektrik alımlarında taban fiyat uygulamasına gidilmiştir.

3.1.5 Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları Yönetmeliği

Bu Yönetmelik; 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un 4 ve 8. maddeleri ile 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 5. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır (Yönetmelik m.3).

Yönetmeliğin 1. maddesine göre amacı, yenilenebilir enerji kaynaklarının verimli ve etkin bir şekilde kullanılabilmesi için yenilenebilir enerji kaynak alanları (YEKA) oluşturarak bu alanların kişilere tahsis edilmesi ve elektrik enerjisinin üretiminde kullanılan ileri teknolojinin yurt içinde üretilmesi veya yurt içinden temin edilmesinin sağlanmasıdır.

YEKA belirlenirken kamu ve özel mülk arazileri üzerinde ön inceleme yapılmaktadır. Yapılan inceleme sonrasında arazinin kapasitesi belirlenir ve arazi aday YEKA olarak ilan edilir. İlan edilen YEKA üzerinde enerji kaynağından elektrik enerjisi üretim tesisi kurularak faaliyet gerçekleştirilebilmesi için ilgili kurum ve kuruluşların resmi bir karar vermesi gerekir (Yönetmelik m.5/2). Aday YEKA üzerinde enerji üretiminin yapılabileceğinin kesinleşmesi halinde; Aday YEKA, Enerji İşleri Genel Müdürlüğü'nün internet sitesinde ilan edilmesinden itibaren bir yıl içinde YEKA olarak Resmî Gazete'de ilan edilir (Yönetmelik m5/2).

Bu düzenlemenin 11. maddesine göre YEKA üzerinde enerji üretimi gerçekleştirecek tüzel kişi ile YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi imzalanır. 12. madde ise tüzel kişinin, sözleşmenin imzalanmasından sonra önlisans, Elektrik Piyasası Yönetmeliği ile hükümlenmiş yükümlülükleri yerine getirmesi halinde ise üretim lisansı alması gerektiğini düzenlemektedir. Lisans sahibi tüzel kişi YEKA'da üretilen elektrik enerjisini sözleşmede belirtilen kullanım süresince, yine sözleşmede belirtilen fiyat üzerinden satabilir. Bunun denetimini ise Yenilenebilir Enerji Kaynaklarını Destekleme Mekanizması (YEKDEM) yapmaktadır (Yönetmelik m.14).

Ayrıca Yönetmelik 18. maddesinde YEKA'ların korunması ile ilgili uyulması gereken esasları düzenlemektedir. Bu maddeye göre YEKA içindeki kaynağın kullanılırken doğallığının korunması ve devamlılığının sağlanması gerekmektedir.

3.1.6 Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Belgelendirilmesi ve Desteklenmesine İlişkin Yönetmelik

İlgili düzenlemenin 1. maddesi amaç ve kapsamını düzenlemektedir. Bu maddeye göre Yönetmelik'in amacı, yenilenebilir enerji kaynakları kullanılarak elektrik enerjisi üretiminin teşvik edilmesidir. Yönetmelik'in kapsamı ise 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun hükümleri kapsamında kurulacak YEK Destekleme Mekanizmasındaki kamu tüzel kişilerinin görev ve yetkileri ile birlikte enerjiyi üretecek ilgili kişilerin hak ve sorumluluklarının usul ve esaslarıdır. Ayrıca yenilenebilir enerji kaynakları kullanılarak enerji üretilebilmesine dair YEK Belgesi verilmesinin usul ve esasları da bu yönetmelik ile düzenlenmektedir.

Yönetmelik, enerji üretecek kişilere fiyat, süre ve yapılacak ödemeler ile ilgili usul ve esasları göstermektedir. Yenilenebilir enerji kaynaklarını kullanarak enerji üretecek olan gerçek veya tüzel kişiler bu yönetmelikte belirtilen aşamalara uymakla yükümlüdürler.

Türkiye, AB'ne tam üyelik sürecinde ve uyum yasaları çerçevesinde YEK kapsamında enerji üretimi ile ilgili çok sayıda düzenlemeyi hayata geçirmiştir. Bahsedilen hukuki düzenlemelerin yanında aşağıda belirtilen belge, plan ve mevzuatların da hazırlandığı görülmektedir (Arık, 2016):

- 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu
- Ulusal İklim Değişikliği Strateji Belgesi 2010-2020
- İklim Değişikliği Ulusal Eylem Planı 2011-2023
- Stratejik Plan 2015-2019

Çıkarılan mevzuatlar ile AB politikaları çerçevesinde hükümler getirilmeye çalışılmıştır. AB politikalarının yanında Türkiye, uluslararası andlaşmalar ve sözleşmelere de taraf olarak birtakım yükümlülüklerin altına girmiştir. Bu yükümlülükler gereğince yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımını teşvik edici daha çok düzenleme yapmalı, ülke genelindeki yenilenebilir kaynaklardan üretilen enerjinin oranını arttırmalıdır. Bu noktada yerel yönetimlerin daha fazla sürece dahil olması ve onların inisiyatif almaları için mevzuat iyileştirmelerinin mutlaka yapılması gereklidir. Böylece arz güvenliğini sağlayan Türkiye, aynı zamanda sera gazı emisyonunu azaltarak çevre kirliiliğini de azaltacaktır.

Günümüze gelinceye dek ölkede yenilenebilir enerjinin üretimi ve kullanımına yönelik birtakım faaliyetlerin ve planlamaların gerçekleştirildiği görülmektedir. Türkiye'nin AB politikaları noktasında nerede olduğunu anlayabilmek için bu faaliyetlerin bazılarından bahsetmek gerekmektedir.

4. AB'NİN YENİLENEBİLİR ENERJİ POLİTİKALARI IŞIĞINDA TÜRKİYE'DEKİ DURUMUN DEĞERLENDİRMESİ

AB müktesabatına uyum sürecinin bir parçası ve aynı zamanda da AB ülkeleri ile ticari, siyasi ve hukuki ilişkiler içerisinde bulunan bir ülke olarak Türkiye, diğer başka konularda olduğu gibi, enerji konusunda da Avrupa Komisyonu'na belirlenmekte olan Direktiflere ve AB enerji politikalarına uyumlu şekilde hareket etmek durumdadır.¹²

2019 yılında Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan AB Genişleme Politikasına İlişkin 2019 Bilgilendirmesi Türkiye Raporu'nda yenilenebilir enerji alanında iyi düzeyde ilerleme kaydedildiği belirtilmektedir.

YEK ile ilgili olarak 2009 yılında yayınlanmış olan Elektrik Enerjisi Piyasası ve Arz Güvenliği Strateji Belgesi'nde Türkiye adına 2023 yılına ilişkin bir takım somut hedefler konulmuştur. Buna göre; yenilenebilir kaynakların toplam elektrik enerjisi üretiminde sahip olduğu payın %30 olması, hidroelektrik potansiyelinin tamamının elektrik enerjisi üretimde kullanılması, rüzgar enerjisine dayalı enerjinin 20.000Mw'a ulaşması, jeotermal enerjide 60.000Mw'lık potansiyelin işletmeye girmesi ve doğalgazdan elektrik üretiminin payının %30'un altına indirilmesi gerekmektedir (Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, 2009).

Avrupa Komisyonu 2009/28/EC Direktifi ışığında hazırlanmış olan Türkiye Ulusal Yenilenebilir Enerji Eylem Planı çerçevesinde de 2023 hedeflerine ulaşmak üzere yenilenebilir enerji kullanımını teşvik edici bir takım stratejiler belirlenmiştir. Bu stratejik plan belirleme çalışmalarının neticesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafınca 2015-19 yıllarını kapsayan bir stratejik plan hazırlanarak, Türkiye'nin enerji konusundaki hukuksal ve kurumsal bir takım endişeleri dile getirilmiştir.

Yine Türkiye'nin enerji vizyonunu belirleyecek önemli bir diğer gelişme ise Enerji Verimliliği Stratejisi Belgesi 2012-2023 kapsamında belirlenmiş olan stratejik hedefler de göze çarpmaktadır.

Türkiye'deki mevzuat uyarınca yenilenebilir enerji kaynaklarından üretilen enerjiye sağlanacak teşviklerin de AB yenilenebilir enerji politikaları açısından önem arz ettiği ve bu politikalar uyumlu olması hususu ayrıca vurgulanmalıdır. Yukarıda incelenmiş olan yasal mevzuatların hazırlanma sürecinde AB politikalarının temel ölçüt olarak alındığı görülmektedir.

Gelinen nokta itibarıyla, görülen odur ki Türkiye halen YEK konusundaki düzenlemeler ve mali kaynaklar açısından tam olarak beklentileri tam olarak karşılayabilmiş değildir. Ayrıca, bu noktada toplumsal bilincin ve kararlılığın oluşması noktasında bazı eksiklikler olduğu da görülmektedir. AB'ne üyelik yolunda aday ülke konumunda olan Türkiye'nin YEK'nın kullanımını ve teşviki konusunda hem mevzuatını iyileştirmesi hem de uygulamadaki sıkıntıların giderilmesini ve AB uygulamaları ile tam bir bütünselliğin sağlaması önemli bir hedef ve kazanım olarak durmaktadır.

SONUÇ

Enerji, büyümlü ve stratejik bir kavram olarak sadece dünya üzerindeki canlıların değil, evrenin o olağanüstü yapısında kilit bir oyuncu olarak dikkat çekmektedir. Sanayi dev-

¹² AB, 3 Ekim 2005 tarihinde Türkiye ile katılım müzakerelerinin başlatılmasına karar vermiştir. Belirtmek gerekir ki Türkiye'nin AB Katılım Müzakereleri, "Müzakere Çerçeve Belgesi" kapsamında 35 fasıl üzerinden yürütülmektedir ve bu fasıllar toplumsal yaşamın hemen her alanını kapsamaktadır (Bozkurt, 2018, s. 179). Enerji başlığı 15 no'lu fasıl tarafından düzenlenmektedir. Bu bağlamda Türkiye'nin AB'nin enerji düzenlemelerini kabul etme yükümlülüğü bulunmaktadır (T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, Müzakere Fasılları).

rimi ile başlayan süreçte toplumların ve devletlerin enerjiye olan ihtiyacı süreç içinde bağımlılığa dönüşmüştür. Bu neticede kapitalist üretim tarzının esaslı rol oynadığını gözardı etmemek gerekir. Siyasal ve ekonomik sistemlerin varlığında ve sürekliliğinde enerji artık vazgeçilmez bir role sahiptir. Küresel, bölgesel ve ülkesel politikaların merkezinde enerji ve enerji kaynaklarına sahip olma çabası yer almaktadır. Bu çaba zaman zaman silahlı çatışmalara ve savaşlara ve ağır krizlere neden olmaktadır. Karbon enerji kaynaklarının aşırı kullanımı ve küresel-bölgesel- ulusal ekonomilerin, aslında kapitalist üretim tarzının, yine karbon enerji kaynaklarına büyük oranda bağılı olması sebebiyle, ortaya çıkan olumsuz etkilerle baş etmekte ülkeler ve toplumlar zorluklar yaşamaktadır. Günümüzde karbon enerji kaynaklarının aşırı kullanımı ve atık sera gazları nedeniyle insanlık önemli bir sınavın eşişindedir: Küresel ısınma ve iklim değişiklikleri. Kuşkusuz gezegenin uzun geçmişinde çok sayıda küresel iklim değişiklikleri yaşanmıştır, ancak bu defa, ilk olarak insan eliyle yaratılan bir sıcaklık artışı söz konusudur ve Gezegenin buna nasıl bir reaksiyon vereceği kestirilememektedir.

Mevcut çalışma ile fosil kökenli enerji kaynaklarının tükenir olma özelliği taşıması sebebiyle yakın gelecekte yol açabileceği ciddi enerji sıkıntılarında yola çıkarak ve aynı zamanda küresel ısınma ve iklim değişikliği ile mücadele kapsamında alternatif enerji kaynaklarına yönelmenin önemi vurgulanmak istenmiştir. YEK her ülkenin kendi ulusal sınırları içerisinde ve kendine yetecek kadar üretilebilecek olan temiz, zararsız bir enerji çeşididir. Ülkeler, uluslararası örgütler YEK alanında politikalar belirlemektedir. Bu alanda aktif olan yapılanmalar içinde AB de yer almaktadır. Bu bağlamda; AB'nin enerji politikalarının, düzenlemelerinin incelenmesi ve değerlendirilmesi oldukça önem kazanmaktadır. Açıkır ki AB, YEK'den üretilecek olan enerjiyi desteklemekte ve gerek üye ülkeler, gerekse aday ülkeleri teşvik edici bir takım stratejiler belirleyerek bunların uyulmasını zorunlu hale getirmektedir. Türkiye'nin AB'ye olan adaylık ve uyum süreci bu noktada Türkiye'ye ek yükümlülükler getirmektedir.

Türkiye'nin açıklamış olduğu stratejik planlara bakıldığında zaman AB'nin YEK'e ilişkin direktiflerine yönelik hedefler belirlendiği veya direktiflere uygun hedefler konulduğu gözlemlenmektedir. Ancak; aynı hedefler ne yazık ki yeterince yasal mevzuat kapsamına dahil edil-e-memiştir veya mevzuat ve uygulama noktasında eksiklikler göze çarpmaktadır. Hukuki düzenlemelere bakıldığında ülkede potansiyeli bulunan YEK'nin her biri için yeterli oranda mevzuat bulunmadığı ve uygulamada ekonominin ve üretimin ve esasında yaşamın büyük oranda hala fosil kaynaklı enerjilere bağımlı olduğu görölmektedir. Ülkenin coğrafi konumu, neredeyse bütün yenilenebilir enerji kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılmasına elverişlidir. Ancak düzenlenen tüm strateji planları ve projelerine rağmen enerji üretimi için gereken teşvik ve desteklerin yetersizliği, ülke genelinde yenilenebilir enerji üretiminde istenen noktaya ulaşılmamasına neden olmaktadır. Enerji krizlerinden çok etkilenmemek adına, ülkenin kendi alternatif enerji kaynaklarını çok daha üretken ve verimli kullanarak, çevre dostu, düşük maliyetli enerji üretim modellerine geçilmesini daha fazla teşvik edici düzenlemelere ve uygulamalara ihtiyaç olduğu açıktır.

Küresel ısınma ve iklim değişikliğinden en fazla etkilenecek ülkelerin içinde ne yazık ki Türkiye'nin de yer alması ve küresel ısınma kaynaklı doğal –temiz su- kaynaklarının kuruyacak olması, plansız şehirleşmeler, su havzalarının kontrolsüz ve sırf ekonomik nedenlerle imara açılmaları, ormanların yine aynı saik ile yok edilmesiyle, çok da iç açıcı bir geleceğin Türkiye'yi beklediğini söylemek pek mümkün görünmemektedir. Netice itibarıyla; hem Türkiye'nin yenilenebilir enerji kaynakları ve bu noktada ulaşılmaları öngörülen hedeflere erişmek noktasında fazlaca yetersiz kaldığını söylemek hatalı olmayacaktır. Yapılması gereken YEK'na ulaşım, kullanım ve yaygınlaştırılması noktasında ciddi bir dönüşümü ve seferberliği sağlamaktır. Bu aynı zamanda; gelecek nesillere daha ferah bir gelecek

bırakma noktasında önemli bir ödev olarak kabul edilmeli, zihinsel değişim ve dönüşüm enerji politikalarına yansıtılmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar, Kitap Bölümü ve Makaleler

Arslan, S. vd. (2000). Jeotermal Enerji Doğrudan Isıtma Sistemleri; Temelleri ve Tasarımı Seminer Kitabı, Türkiye'nin Jeotermal Enerji Potansiyeli.21–28.

Bayraç, H. N. (2010). Enerji Kullanımının Küresel Isınmaya Etkisi ve Önleyici Politikalar. *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 11(2), 229-259.

Bozkurt, K. (2018), Uluslararası Düzenlemeler Kapsamında Küresel Isınma ve Türkiye'deki Mevcut Durum”, 1. Bozok Uluslararası Siyaset Bilimi Kongresi, "Geçmişten Günümüze Yerel, Bölgesel ve Küresel Krizler” Bildiri Kitabı 24-26 Ekim 2018.

Bozkurt, K. (2018), Avrupa Birliği Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Göç Hukuku, Mülteci Statüsü ve Sığınma. Legal Yayınları.

Bozkurt, K. ve Bozkurt, D.(2020), Küresel Isınma ve İklim Değişikliği Ekseninde Uluslararası İklim Politikaları ve Düzenlemeleri ve Türkiye'deki Mevcut Durum, Özlem Yoldaş Armağanı, Yayım Aşamasında.

Cansevdi, H. (2004) Avrupa Birliği'nin Bilim, Araştırma ve Eğitim Politikaları ve Türkiye'nin Uyumu. İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları.

Coşkun, O. ve Doğanay, H. (2017). Enerji Kaynakları. Pegem Akademi Yayınları.

Çukurçayır, M. A., ve Sağır, H. (2008). Enerji Sorunu, Çevre Ve Alternatif Enerji Kaynakları. *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 257–278

Dinçer F., Atik İ., Yılmaz Ş. ve Çıngı A. (2017). Hidrolik enerjisinden yararlanmada ülkemiz ve gelişmiş ülkelerin mevcut durumlarının analizi. *Dicle Üniversitesi Mühendislik Dergisi*, 555–561.

Erlat, E. (1999). El Nino, La Nina ve Güneyli Salınım. *Ege Coğrafya Dergisi*, 10(1), 195-217.

Ersoy, Ş.(2006). Küremiz Isınıyor. *Bilim ve Ütopya*, 139, 5-13

Hançerlioğlu, O. (1993), Düşünce Tarihi, Remzi Kitabevi, İstanbul.

IPCC Reports, 2000, 2001, 2007, 2014.

Karagöz E. T. ve Kavaz İ. (2017). Dünyada ve Türkiye'de Yenilenebilir Enerji. *Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı (SETA)*, Nisan 2017, S.197, 1-32.

Kaya, H. İ., ve Bayraktar Y. (2019). Hukuki Düzenlemeler Politika Destekleri ve Mali Teşvikleri Yenilenebilir Enerjinin Gelişimindeki Rolü:Çin Halk Cumhuriyeti Örneği. *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 20(1), 164–180.

Kayıoğlu, B., Diken, B.(2019) Türkiye'de Yenilenebilir Enerji Kullanımının Mevcut Durumu Ve Sorunları. *Tarım Makinaları Bilimi Dergisi*, 15(2), 61-65

Kesbiç C. ve Şimşek H. (2001). Avrupa Birliği Ortak Enerji Politikası. *Muğla Üniversitesi SBE Dergisi*, 5.

Keskin, M. H. (2006). Stratejik Açından Avrupa Birliği Enerji Politikası ve Uluslararası Güvenlik Sistemine Etkisi.

Keskin, M. H. (2007). Genişleme ve Derinleşme Süreçlerinde Avrupa Birliği Enerji Politikaları. *Stratejik Araştırmalar Dergisi*, 67.

Kum, H. (2015). Yenilenebilir Enerji Kaynakları: Dünya Piyasalarındaki Son Geleşmeler ve Politikalar. *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, (33), 207-223.

Mutlu, A. (2002). Nükleer Demodelik mi, Sürdürülebilir Enerji mi. *Standart*, 41(487), 64-72.

Özdamar, A. (2000). Dünya ve Türkiye’de Rüzgar Enerjisinden Yararlanılması Üzerine Bir Araştırma. *Pamukkale University Journal of Engineering Sciences*, 6(2), 133-145.

Sevim C. (2019). Küresel Enerji Stratejileri ve Jeopolitik, Seçkin Yayıncılık.

Şaylıkay, M. (2010). Küresel Isınma, Enerji Senaryoları ve Türkiye’nin Rolü. *Akademik Bakış Dergisi*, (19) 1-22.

Şengül Ü., Tan S., Atak Ş., ve Şengül A. B. (2014). Türkiye gökçeada’da yenilenebilir enerji kaynaklarının potansiyeli: potential of renewable energy sources gökçeada in turkey. *Journal of Academic Researches and Studies*, 6(11), 41-55.

Yıldız, F. (2013). Avrupa Birliği Enerji Politikaları ve Enerji Arz Güvenliği Arayışları. *İnsan ve Toplum*, 3(5), 159-181.

Yorkan, A. (2009). Avrupa Birliği’nin Enerji Politikası ve Türkiye’ye Etkileri. *Bilge Strateji*. 1(1), 24-39.

Konferans – Sempozyum Etkinlikleri - Bildiriler – Raporlar - Diğer Kaynaklar

Altuntaşoğlu, Z. T. (2005). Yenilenebilir Enerji Avrupa Birliği ve Türkiye Müktesebatı. *TMMOB Türkiye ve Enerji Sempozyumu Bildirileri*, 249-261.

Bobat, A. (2013). Hes Projelerinde Çevresel Etkiler, TMMOB 9. Enerji Sempozyumu.

Çengel, Y. A. (2003). Dünyada ve Türkiye’de jeotermel, rüzgar ve diğer yenilenebilir enerjilerin kullanımı. *Yeni ve Yenilenebilir Enerji Kaynakları Sempozyumu*, TMMOB, 3-4.

Gezer E. H. (2013). Yenilenebilir Enerji Kaynakları ve Türkiye. *Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, yüksek Lisans Tezi*, Ankara.

Karaosmanoğlu, F. (2007). Türkiye’de Enerji ve Geleceği. *İTÜ Görüşü*, Nisan, İstanbul, 105-113.

Lyons, P. K. (1998). EU energy policies towards the 21st Century. Elstead (UK): *EC Inform*.

Sağlam M., Uyar T. S., (2005) Dalga Enerjisi ve Türkiye’nin Dalga Enerjisi Teknik Potansiyeli, III. *Yenilenebilir Enerji Kaynakları Sempozyumu ve Sergisi, Bildiriler Kitabı*, 19-21 Ekim 2005, TMMOB, TÜBİTAK, Mersin Üniversitesi, Mersin.

TEİAŞ Ekim 2020 Kurulu Güç Raporu 28.01.2021 tarihinde <https://www.teias.gov.tr/tr-TR/kurulu-guc-raporlari> adresinden erişilmiştir.

Topal, M. ve Arslan E. I. (2008). Biyokütle Enerjisi ve Türkiye. *VII. Ulusal Temiz Enerji Sempozyumu*, 17-19.

Uzunöğlu, M., Yüksel, R. ve Ok, M. (2001). Güneş Enerjisi ve Kullanım Alanları, *Yeni ve Yenilenebilir Enerji Kaynakları Sempozyumu*, TMMOB, 12-13 Ekim 2001, Kayseri, 89-95.

İnternet Kaynakları

Durmaz, T., (2015) Avrupabiliği Enerji Politikaları. 07.08.2020 tarihinde https://www.academia.edu/30973014/Avrupa_Birli%C4%9Fi_Enerji_Politikalar%C4%B1_I_Taner_Duramaz adresinden erişildi.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, (2009) 07.08.2020 tarihinde <https://enerji.gov.tr/enerji-isleri-genel-mudurlugu-kaynaklar> adresinden erişildi.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, (2019). *Kyoto Protokolü*. 07.08.2020 tarihinde <http://www.mfa.gov.tr/kyoto-protokolu.tr.mfa> adresinden erişildi.

European Commission (2000). Towards a European Strategy for the Security of Energy Supply, Green Paper. 07.08.2020 tarihinde <https://op.europa.eu/s/n77E> adresinden erişildi.

European Commission (2010). A Strategy For Competitive, Sustainable And Secure Energy. 07.08.2020 tarihinde <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0639:FIN:En:PDF> adresinden erişildi.

European Commission, (2009) 07.08.2020 tarihinde <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:140:0016:0062:en:PDF> adresinden erişildi.

Reuters, (2020). Denmark sources record 47% of power from wind in 2019. t.ly/MVBb

T.C Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, (2020). *Türkiye-AB İlişkilerinin Tarihçesi*. 07.08.2020 tarihinde https://www.ab.gov.tr/turkiye-ab-iliskilerinin-tarihcesi_111.html adresinden erişildi.

Solisch, (2020), Diesel-Fahrverbot in Deutschland: Diese Staedte sind betroffen. <https://hahn-rechtsanwaelte.de/abgasskandal/diesel-fahrverbote-staedte-liste/> 28.01.2021 tarihinde erişildi.

TMMOB Raporu, 08.08.2020 tarihinde <https://www.tmmob.org.tr/icerik/tmmob-11-enerji-sempozyumu-enerjinin-gelecegi-sonuc-bildirgesi-yayimlandi> adresinden erişildi.

“ KONUT YAPI KOOPERATİFLERİNİN BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN ZİLYETLİĞİNİ VE MÜLKİYETİNİ DEVRETME BORCUNUN İHLALİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİNDE EŞİTLİK İLKESİNİN İŞLEVLERİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

(CONSIDERATIONS ON THE COURT OF CASSATION'S JURISPRUDENCE REGARDING THE FUNCTION OF THE PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT IN COOPERATIVE CONSTRUCTION SOCIETIES' LIABILITY FOR OBLIGATION TO TRANSFER OF OWNERSHIP AND OF POSSESSION OF CONDOMINIUM)

Doç. Dr. Arzu Genç ARIDEMİR**

ÖZ

Konut yapı kooperatiflerinin ortaklara konut edindirme amacının sağlanması konusunda ortakların kooperatife karşı açtıkları davalarda kooperatifin borcunu ifa edip etmediğinin belirlenmesinde hangi ölçütlerin nazara alınması gerektiği Yargıtay içtihatlarıyla kabul edilmiştir. Yargıtay kararlarında, ortaklık ilişkisinden doğan bu münferit borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi bakımından doğan sorunların çözümlenmesinde hem Borçlar Hukuku hem de Kooperatif hukuku norm ve ilkelerinden yararlanılmaktadır. Borç ilişkisinden doğan bağımsız bölümün devredilmesi borcunun ifa yeri, zamanı, ifa edilmemesi halinde uygulanacak hukuki sonuçlar açısından Borçlar Hukuku norm ve prensipleri; borcun kapsamının ve ifa edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından ise Kooperatif hukukunun norm ve prensipleri uygulanmaktadır. KK md.23'te genel ve soyut bir norm olarak düzenlenen eşitlik ilkesi, konut yapı kooperatiflerinin keyfiliğe aykırı iş ve işlemlerine karşı ortaklarına koruma sağlamaktadır.

Bu çalışmada, Yargıtay kararları ışığında konut yapı kooperatiflerinin sorumluluğunun şartlarının belirlenmesinde eşitlik ilkesinin nasıl uygulandığı sorunu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Konut yapı kooperatifi, eşitlik ilkesi, borca aykırılık

ABSTRACT

The Court of Cassation has established a constant jurisprudence on the criteria to be taken into consideration in determination of whether a cooperative society for construction has filled its obligations arising out of the society's aim to provide housing. According to the Court of Cassation's jurisprudence, any dispute relating to breach of such

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 27.05.2019. İlk hakem raporu tarihi: 10.02.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 04.04.2021. Onaylanma Tarihi: 04.04.2021.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9481-6083

Esere Atıf Şekli: Arzu Genç Arıdemir, "Konut Yapı Kooperatiflerinin Bağımsız Bölümlerin Zilyetliğine ve Mülkiyetini Devretme Borcunun İhlalinden Doğan Sorumluluğunun Belirlenmesinde Eşitlik İlkesinin İşlevlerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.765-780.

obligation which arises out of partnership relation should be resolved under principles of both the Code of obligations and the Condominium code. The provisions of the Code of obligations shall prevail with respect to performance of obligation to transfer of ownership, i.e. maturity of obligation, place of performance or breach of contract; whereas the Condominium code is applied as to the extent of obligation and the conformity of performance. The principle of equal treatment set forth under Article 23 of the Condominium code grants partners protection against any arbitrary act and action of cooperative construction societies. In light of the jurisprudence, this paper examines the role of the principle of equal treatment with regards of liability of cooperative societies for construction.

Keywords: *Cooperative society for construction, principle of equal treatment, breach of contract*

Genel Olarak

Kooperatif, ortaklarının menfaatlerini korumak, sağlamak ve geliştirmek için var olmaktadır¹. Bu amaçları elde edebilmek için kooperatifler Kooperatifler Kanunu (“KK”) md.1’e göre, karşılıklı yardımlaşma, dayanışma ve kefalet araçlarını kullanırlar. Konut yapı kooperatifleri de ortaklarının konut edinme ihtiyacını sağlamak amacıyla kurulmaktadır². Bu kooperatifin her bir ortağı da bu amacı gerçekleştirmek için gereken aracı, karşılıklı yardımlaşmasıyla, dayanışmasıyla sağlamaktadır³.

Konut yapı kooperatiflerinin ortaklara konut edindirme amacının sağlanması konusunda ortakların kooperatife karşı açtıkları davalarda kooperatifin borcunu ifa edip etmediğinin belirlenmesinde hangi ölçütlerin nazara alınması gerektiği Yargıtay içtihatlarıyla kabul edilmiştir⁴.

Yargıtay bir kararında şöyle belirtilmiştir⁵: “*Mahkemece, (...) davacının kooperatif üyesi olup, kooperatife herhangi bir borcu bulunmadığı, davacıya kurada isabet eden konutun 31.07.2009 tarihinde teslim edilmesinin kararlaştırıldığı, davalı kooperatif genel kurulunca konutu teslim edilen ortaklar ile edilmeyenler arasındaki eşitsizliği sağlamaya yönelik alınmış bir karar bulunmadığı gibi yüklenici ile kooperatif arasındaki uyumsuzluğun davacı ile bir ilgisinin de bulunmadığı, eşitlik ilkesi gereğince davacının dava tarihine kadar teslim edilmeyen konut nedeniyle kira tazminatı talep edebileceği gerekçesiyle, davanın kabulüne ve 50.315,00 TL kira kaybının 2.500,00 TL’sinin dava tarihinden, bakiyesinin ise islah tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiştir.*”

¹ Ünal Tekinalp, Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sıfatının Kazanılması ve Yitirilmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s.12; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, C.II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, N.1753.

² Nazif Kaçak, Konut Yapı Kooperatifleri, Seçkin Yayıncılık s.33; Yusuf Üstün/Muhittin Aydın, Kooperatifler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2017, s.44. Genel olarak Kooperatifin amacı hakkında bkz. Tekinalp, s.8 vd.

³ Tekinalp, s.30-31.

⁴ Y.23.HD., 2015/859 E., 2016/2568 K., 21.04.2016 T. (www.lexpera.com), (E.T.:12.04.2019).

⁵ Y.23.HD., 2014/5577 E. 2014/8219 K., 17.12.2014 T. (www.lexpera.com), (E.T.:12.04.2019).

Yargıtay kararlarında, kooperatif ile ortak arasındaki hukuki ilişki sebebiyle kooperatifin konut teslimi borcunu ifa etmekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Ortaklık ilişkisinden doğan bu münferit borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi bakımından doğan sorunların çözümlenmesinde hem Borçlar Hukuku hem de Kooperatif hukuku norm ve ilkelerinden yararlanılmaktadır. Borç ilişkisinden doğan konut teslimi borcunun ifa yeri, zamanı, ifa edilmemesi halinde uygulanacak hukuki sonuçlar açısından Borçlar Hukuku norm ve prensipleri; borcun kapsamının ve ifa edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından ise Kooperatif hukukunun norm ve prensipleri uygulanmaktadır. Esasen borçların ifası ve ifa edilmemesine ilişkin Borçlar Kanunu'nun bu genel hükümleri, TMK md.5 gereği uygun düşüğü ölçüde Kooperatif ile ortağı arasındaki hukuki ilişkiden doğan borçların ifa edilmemesi hakkındaki sorunların çözümlenmesinde uygulanabilecektir⁶. Öte yandan, kooperatif ile ortağı arasındaki ortaklık ilişkisi tipik bir borç ilişkisi niteliğinde değildir. Burada, ticaret hukuku ile yakından bağlantılı bir ortaklık türü olan kooperatifin kendine özgü özelliklerinin de göz önüne alınması gerekmektedir. Kooperatiflerin, diğer tüzel kişiliklerden ayıran kıstas, amacıdır⁷. Ortaklarının ekonomik menfaatlerini sağlama amacı, kooperatiflerin içe dönük olmasını sağlamaktadır. Bu açıdan kooperatiflerin kural olarak sadece ortakları ile işlem yapması kabul edilmekte ve ortak dışı işlemlerin istisna olduğu belirtilmektedir. Diğer yandan içe dönük olma, kooperatifin menfaatlerinin sadece ortakları için olmasına da neden olmaktadır. Kooperatifin, ortaklarının ana sözleşmede belirlenmiş her türlü ekonomik ihtiyaçlarını sağlamak ve korumak için, yani ortağı için var olduğu kabul edilir. Kooperatifin, ortağının kişiliğine bağlı olması kişisellik ilkesi olarak ifade edilir. Öyle ki, ortaklık sıfatının kazanılması veya kaybı, ortakların hak ve yükümlülüklerinin kapsamı, eşitlik ilkesinin kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi gibi tüm konularda kişisellik ilkesinin izleri görülür⁸. İşte Yargıtay, ortaklık ilişkisinden doğan kooperatifin ortağa karşı konut teslim etme borcunun ifası ve ifa edilmemesine ilişkin sorunların çözümlenmesinde, borçlar hukukuna ve kooperatif hukukuna ilişkin ilke ve kuralları, özellikle kişisellik ilkesinin izlerinin olduğu eşitlik ilkesini, birlikte uygulayarak soruna ışık tutmaktadır.

Bu çalışmada, konut yapı kooperatiflerinde, kooperatifin, ortaklarına karşı, taahhüt edilen bağımsız bölümlerin zilyetliğini ve mülkiyetini devretme borcunun ihlalinde Kooperatifin⁹ sorumluluğuna ilişkin Yargıtay kararları ile getirilen bu ölçütler değerlendirilecektir.

⁶ Ortaklık payı dışındaki ödemelerde ortağın borçlu temerrüdüne düşmesi halinde, KK md.27 ile Kooperatif ortaklığının kendiliğinden sona ermesi yaptırımının düzenlendiği, böylece Borçlar Hukukuna ilişkin genel prensipler yönünden alacaklı kooperatife bir seçimlik hak daha tanıdığı yönünde bkz. E. Saba Özmen, "Kooperatifler Kanunu Değişikliği ve Yeni Örnek Anasözleşmeler Karşısında Türk Borçlar ve Ticaret Hukuku Açısından Konut Yapı Kooperatiflerinde Ortaklık Payı Dışındaki Ödemelerin Niteliği ile Bu Borçlarda Temerrüdün Hüküm ve Sonuçları", TBBB, 1990, S.4, s.535 vd. ("Ortaklık Payı Dışındaki Ödemeler" olarak kısaltılmıştır).

⁷ Abdülkadir Arpacı, İçtihatlı Kooperatifler Kanunu ve Açıklamaları, Temel Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 1995, s.9; Tekinalp, s.10 vd., 16.

⁸ Tekinalp, s.30 vd.

⁹ Yönetim Kurulu, kanun ve sözleşme hükümleri uyarınca kooperatif faaliyetini yöneten ve onu temsil eden icra organıdır (KK md.55/1). Yönetim kurulu, yönetim için gereken titizliği göstermek ve kooperatifin başarısı ve gelişmesi yolunda bütün gayreti sarf etmekle yükümlüdür (KK md.62/1). Yöneticilerin verdikleri zararlardan dolayı, yöneticiler ile kooperatif müteselsil olarak sorumludur (KK md.59/f.3). Zarar gören ortak, yöneticilere karşı sorumluluk davası açabileceği gibi (KK md.62/f.3), kooperatife karşı maddi ve /veya manevi tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır. (Erzurum BAM, 3. HD., 2017/217 E., 2017/252 K., 12.04.2017 T. (www.lexpera.com), (E.T. 12.04.2019). Buna göre ortaklar, uğradıkları doğrudan doğruya zararlar için Kooperatif yönetim kurulunun kusurlu üyelerinden tazminat talep edebilirler. (Üstün/Aydın, s.270 vd.). Bu sorumluluk, kusur esasına

I. Talepte Bulunan ile Konut Kooperatifi Arasında Ortaklık İlişkinin Bulunması

Yargıtay, ortak tarafından kooperatife karşı açılan bu tür davalarda, öncelikle, davacı ile davalı kooperatif arasında ortaklık ilişkisinin bulunması gerektiğini belirtmektedir¹⁰. Ortaklarının konut ihtiyacını sağlamak amacıyla kurulan konut yapı kooperatifi ile ortağı arasında kurulan hukuki ilişki, ortağa, bu hukuki ilişkiden doğan yükümlülüğünün ifa edilmesini talep etme yetkisi verir.

Ortaklık ilişkisi, kooperatif ile ortağı arasında bulunan ve tarafları için haklar ve yükümlülükler doğuran bir hukuki ilişkidir. Konut yapı kooperatifi ile ortak arasında kurulan ortaklık ilişkisi, hem ortaklar hem de kooperatif için haklar ve yükümlülükler kaynağı teşkil etmektedir.

Ortaklık, kooperatifi kurarken ortak olarak¹¹ (KK md.1); kurulmuş bir kooperatife sonradan ortak olarak (KK md.8); ortağa ait ortaklık payını devralmak suretiyle (KK md.14/f.3), miras yoluyla (KK md.14/f.2) veya taşınmaz mal veya işletme karşılığı ortak olarak (KK md.15/f.2) sağlanabilir¹².

Kooperatif hukukunda açık kapı ilkesi gereğince kanunda ve ana sözleşmede belirtilen ortak olma şartlarını gerçekleştiren ve ortak olma talebinin reddedilmesi için haklı bir sebep bulunmayan herkesin ortak sıfatını kazanabilmesi kural olarak mümkündür¹³. Ancak, KK md.8 ve 42.maddeleri uyarınca, konut yapı kooperatiflerinde konut, işyeri ve ortak sayısının genel kurulca belirlenmesi zorunlu olup, ortak sayısı bu sayıdan fazla olamaz¹⁴.

Eğer, ortaklıktan çıkma (KK md.10 vd.), ortağın ölümü (KK md.14), ortaklığın devri (KK md.14/f.3) veya kooperatif tarafından ortaklıktan çıkarma (KK md.27) veya ortaklığın KK md.27 şartlarıyla sona ermesi gibi hallerde, ortak ile kooperatif arasındaki hukuki ilişki sona ermişse, artık ortağın, inceleme konumuz açısından dava açma olanağı da sona ermiş-

dayanan bir sorumluluktur. Ortakların yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açabilmesi için bu konuda genel kurul kararı alınmasına gerek yoktur. KK md.98 yollamasıyla hukuki sorumluluk bakımından anonim şirketlerdeki yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin hükümleri kıyasen uygulanabilecektir. 6102 sayılı TTK md.553/f.1'e göre; "Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar." KK md.98'in atfıyla uygulanabilen TTK md.371 hükmü uyarınca kooperatifin sorumlu yönetim kurulu üyelerine rücu edebileceği kabul edilmektedir (Üstün/Aydın, s.269; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019 s.399 vd.; Kemal Özmen, Kooperatifler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.329 vd.). TTK md.371/f.5 uyarınca, "Temsile veya yönetime yetkili olanların, görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden şirket sorumludur. Şirketin rücu hakkı saklıdır."

¹⁰ Y.23.HD., 2014/5577E. 2014/8219 K., 17.12.2014 T. (www.lexpera.com), (E.T.:12.04.2019).

¹¹ Konut yapı kooperatifinin tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte, kurucular ortak sıfatını kazanır ve yeni ortak alınabilir (Üstün/Aydın, s.82-83).

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın/Üstün, s.85 vd.

¹³ Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N.1799; Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzman, Gesellschafts- und Handelsrecht, Begründet von Theo Guhl, 11. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2015, s.271.

¹⁴ Yönetim kurulu, genel kurul kararında belirtilen ortak sayısını aşacak şekilde ortak kaydetmişse, bu durum söz konusu yeni ortağın/ortaklarla kurulan hukuki ilişkinin geçersizliğine yol açmayıp, sadece bu karara aykırı davranan yönetim kurulunun sorumluluğunun doğmasına yol açar (KK Ek md.2/1). Ayrıca bkz. Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N.1801, 1814d.

tir. Ortaklık ilişkisi ileriye etkili olarak sona ermiş olan kimse, ortak sıfatını yitirmiş olacaktır¹⁵.

II. Eşitlik İlkesi Işığında Kooperatifin Ortaklarına Konut Teslim Etme Borcunu Tam ve Gereği Gibi İfa Edip Etmediğinin Tespit Edilmesi

A. Genel Olarak Eşitlik İlkesi

KK md.23 uyarınca “ortaklar bu kanunun kabul ettiği esaslar dâhilinde hak ve vecibelerinde eşittir.” Bu ilke ortaklarla ilgili her konuda kooperatif ile ortaklık ilişkisi açısından göz önünde bulundurulması gereken temel bir ilke olarak görülmektedir¹⁶.

Öğretide, eşitlik ilkesi, mutlak eşitlik ilkesi ve nisbi eşitlik ilkesi olarak ayrılmaktadır¹⁷. Ortağın kooperatifle ilişkisinin mahiyeti ve derecesi ne olursa olsun, her ortağın haklardan eşit şekilde yararlanmasını ve aynı borçlarla yükümlü olmasını ifade eden ilke, mutlak eşitlik ilkesidir¹⁸. Mutlak eşitlik, eşit durumda olmayanlara eşit işlem yapmak olarak ifade edilse de aslında burada eşitlikten ziyade eşit işleme tabi tutmak söz konusudur¹⁹. Böylece, ortakların durumunun ne olduğu, farklılıklarının hiç dikkate alınmadığı mutlak eşitlik ilkesi gereği, her bir ortak aynı oy hakkına, genel kurul kararına karşı iptal davası açabilme hakkına sahip olmaktadır. Mutlak eşitlik ilkesi, özellikle ortağın bir hakkını korumak amacıyla söz konusu olduğu durumlarda adaleti sağlamak için kabul edilmektedir.

Ortağın kooperatifle olan ilişkilerine göre farkı davranılması, ortakların çeşitli nedenlerden doğan farklı durumlarının göz önüne alarak değerlendirilmesi ve sonuçta eşit olacak biçimde bir ölçüt uygulaması ise nisbi eşitlik ilkesini ifade etmektedir²⁰. Aşağıda ele alınacak Yargıtay kararlarında da bahsedilen eşitlik ilkesi, nisbi eşitliktir.

Eşitlik ilkesi, kooperatifin hiçbir şekil ve şartta eşitsizlik ve keyfilik yaratmamasını sağlamak amacıyla kabul edilmiş; KK md.23’te genel ve soyut olarak düzenlenmiştir.

¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arpacı, s.65 vd.; Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N.1815 vd.; Aydın/Üstün, s.108 vd.; Samet Can Olgaç/Ahmet Cemal Ruhi, Kooperatif Ortaklığından İhraç ve İtiraz Usulü, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.10 vd.

¹⁶ İsviçre Hukukunda Art.854 OR, kanunda bir istisna bulunmadığı sürece ortakların aynı haklara ve borçlara sahip olduğunu düzenlemektedir. Bkz. Druey/Druey Just/Glanzman, s.276; Regina Natsch, Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, Art.854, N.1 vd.Yargıtay KK md.23 hükmünün emredici nitelikte olduğunu, talep edilmese dahi mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Bkz. HGK, 2017/1910 E., 2018/561 K., 28.3.2018 T. (www.lexpera.com) (E.T.:04.02.2019).

¹⁷ Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N.1856; Druey/Druey Just/Glanzman, s.276; Natsch, Art.854, N.2; Jean Nicolas Druey/Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2000, s.841; Tekinalp, s.38. HGK, 2017/1910 E., 2018/561 K., 28.3.2018 T. (www.lexpera.com) (E.T.:04.02.2019).

¹⁸ Arpacı, s.114; Üstün/Aydın, s.122; Druey/Druey Just/Glanzman, s.276; Druey/Guhl, s.841.

¹⁹ Tekinalp, s.39. HGK, 2017/1910 E., 2018/561 K., 28.3.2018 T. (www.lexpera.com) (E.T.:04.02.2019).

²⁰ Arpacı, s.114; Üstün/Aydın, s.122; Druey/Druey Just/Glanzman, s.276; Druey/Guhl, s.841. HGK, 2017/1910 E., 2018/561 K., 28.3.2018 T. (www.lexpera.com) (E.T.:04.02.2019).

B. Kooperatifin Ortaklarına Konut Teslim Etme Borcunu Tam ve Gereği Gibi İfa Edip Etmediğinin Tespit Edilmesinde Eşitlik İlkesi

1. Genel Olarak

Yargıtay'ın müstakar içtihatları ışığında eşitlik ilkesi, konut teslimine ilişkin farklı sorunların çözümlenmesine dikkate alınmaktadır. Bu çerçevede, Yargıtay da bu genel ilke-den yararlanarak, konut yapı kooperatifinin konutları ortağa teslim etme borcunu tam ve gereği gibi ifa edip etmediğini, eşit davranma ilkesi çerçevesinde incelenmesi gerektiğine içtihat etmektedir.

Yargıtay kararlarında değerlendirme yapılırken, hangi ölçütlerin esas alınması gerektiği konusunda yol gösterici şu tespitlere yer verilmektedir²¹: “ (...) eşitlik ilkesi gereği tüm ortaklara konut tesliminin aynı tarihte ve emsal üyelerin esas alınarak aynı nitelikte yapılmasını gerekir. Dairelerin teslim edildiği tarih ve teslim edilme anındaki niteliği eşitlik ilkesi uyarınca değerlendirilmeli, eşitlik ilkesine aykırı biçimde eksik ve kusurlu imalatın tespit edilmesi halinde bunun, kullanıma engel olup olmadığı, bu kapsamda kira kaybı isteminin yerinde olup olmadığı irdelenmelidir. Bu durumda, aynı statüdeki diğer üyelere teslim edilen bağımsız bölümlerin ne şekilde teslim edildiğinin eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğinin saptanması, eksik ve ayıplı imalatın tespiti halinde bunun kira kaybına yol açıp açmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Teslim tarihi yönünden ise kooperatif kayıtları inceletilerek, bağımsız bölümlerin teslim tarihine ilişkin genel kurullarda bir tarih kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı, bir tarih belirlenmemişse bağımsız bölümlerin diğer üyelere hangi tarihte teslim edildiğinin saptanması, dayandığı delilleri sunması için davalı kooperatife olanak tanınması icap etmektedir. Konutların tamamlanmamış olması halinde, davacının da beklemesi ve bu duruma katlanması gerekir. (...) Kooperatifin diğer üyelerinden davacı ile aynı konumda olup, kooperatife borcu olduğu halde dairesini teslim alıp yararlanmaya başlayan üyelerin varlığının tespiti halinde, eşitlik ilkesi uyarınca davacının da aynı süre zarfında kira bedeli talep hakkı doğacağına kabulü gerekir”.

2. Kooperatifin bağımsız bölümlerin zilyetliğini ve mülkiyetini devretme borcunun ifasında gecikme halinde eşitlik ilkesi

Kooperatifin, bağımsız bölümün zilyetliğini ve mülkiyetini devretme borcu, belirli veya belirsiz vadeye bağlıdır. Bir başka deyişle, kooperatifin bu borcu vadeye bağlı bir borçtur.

Yargıtay'a göre²², “Konutların tamamlanmamış olması halinde, davacının da beklemesi ve bu duruma katlanması gerekir.” Kanaatimizce, ortağın, bağımsız bölümlerin tamamlanmasını ve zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrini talep edebilmesi açısından, aşağıda yapacağımız açıklamalara göre, kooperatifin bu borcunun ne zaman muaccel olacağına göre değerlendirme yapmak gerekir. Buna göre, davacı ortağa karşı kooperatifin bağımsız bölümlerin zilyetliğini ve mülkiyetini devir borcu henüz muaccel olmamışsa, alacaklı ifayı talep edemeyecektir. Yargıtay'ın davacı ortağın tamamlanmamış konutların devredilmesini talep edemeyeceğine dair bu içtihadı, borcun henüz ifa zamanının yani alacaklı tarafından ifasının talep edilebileceği zamanın gelmediği şeklinde yorumlanmalıdır. Bir başka deyişle, davacı ortağın, borç henüz muaccel olmadan önce ifayı kural olarak talep etme yetkisi yok-

²¹ Y.23. HD. 2015/6469 E., 2015/6022 ve 28.9.2015 T. (Üstün/Aydın, s.123, dn.129). Benzer olarak Y.23. HD., 2013/1495 E., 2013/1831 K., 25.03.2013 T. (www.lexpera.com), (E.T.: 3.2.2019).

²² Y.23. HD. 2015/6469 E., 2015/6022 ve 28.9.2015 T. (Üstün/Aydın, s.123, dn.129).

tur. Ancak, TBK md.96 çerçevesinde edimini borcun muaccel olduğu zamandan önce ifa edebilen kooperatif, borcunu vadeden önce ifa edebilir. Eğer kooperatif bu yetkisinin kullanarak davacı ortak ile aynı konumda olan başka ortağına veya ortaklarına bağımsız bölümleri devretmişse, nisbi eşitlik ilkesine aykırı davrandığından davacı ortağa karşı sorumlu tutulabilecektir. Buna karşılık diğer ortaklarına bağımsız bölümleri devretmesinde eşitlik ilkesine aykırı bir durum söz konusu değilse, kooperatifin bağımsız bölümleri henüz devralmamış ortağa karşı sorumluluğu söz konusu değildir.

Kooperatif, muaccel ve ifası mümkün olduğu halde borcunu ifa etmemişse, ortağı, ifa davası ile dava konusu bağımsız bölümün mülkiyetinin nakline karar verilmesini talep edebilir. Konut yapı kooperatifleri, ortaklarına hangi bağımsız bölümün devredilebileceğini belirlemek için kura usulüne başvurmaktadır. Ferdileştirme işlemiyle kura sonucu belirlenen bağımsız bölümlerin mülkiyet hakkı –kat mülkiyeti kurularak- ortaklara devredilmektedir²³. Kooperatif, bağımsız bölümlerin mülkiyetini devretme borcunu yerine getirmemesi halinde Yargıtay, ortağın, kooperatife karşı taşınmaz mülkiyetinin devrine dair talepte bulunabileceğine içtihat etmektedir²⁴. Bu takdirde, mahkeme ilamının kesinleşmesiyle birlikte mülkiyet hakkı davacı ortağa geçmiş olacaktır (TMK md.705). Tescil, açıklayıcı nitelikte olacaktır²⁵.

Eğer davacı, geç ifa sebebiyle ayrıca zarara uğramışsa, borçlu temerrüdünün şartlarının gerçekleşmesi halinde bu zararın giderilmesi için gecikme tazminatı da talep edebilir (TBK md.118). Borcun ifasında gecikme sebebiyle borçlu temerrüdünün sonuçlarının uygulanabilmesi için, borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi, borcun ifasının mümkün olması, alacaklının ifayı kabule hazır olması ve kural olarak alacaklının borçluya temerrüt ihtarında bulunması gerekmektedir²⁶. Dolayısıyla, eğer ortak, borcun geç ifası sebebiyle aynen ifa ile birlikte veya ifadan sonra gecikme tazminatı talep etmekte ise, öncelikle borçlu temerrüdünün genel şartlarının somut olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Özellikle bağımsız bölümün geç teslim edilmesi sebebiyle ortağın uğramış olduğu kira bedeli kayıpları bu tazminat kapsamında değerlendirilmektedir.

Yargıtay’a göre eğer bağımsız bölümün zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri borcunu kooperatif geç de olsa ifa etmişse, davacı ortak, geç ifa sebebiyle uğramış olduğu zararların

²³ E. Saba Özmen/S. Cihan Ernas, “Yapı Kooperatifleri Tarafından Yönetilen Kat Mülkiyeti Oluşumlarına Yönelik Eleştiriler”, Legal Hukuk Dergisi, Y.2016, S.157, s.44 (“Yapı Kooperatifleri” olarak kısaltılmıştır). Uygulamada, konut yapı kooperatiflerinin kat irtifakı kurulduktan sonra fakat henüz kat mülkiyetine geçilmeden önce de ferdileştirmenin yapılabileceği kooperatif genel kurulunda bu konuda alınan karar üzerine kat irtifaklı tapunun verilerek ferdileştirmenin sağlanabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Saba Özmen, “Taşınmaz Hukuku Açısından Yapı Kooperatiflerinde Amaç Gerçekleşmeden Arsa Dağıtılabileceğine İlişkin Ana Sözleşme Hükümlerinin Değerlendirilmesi ve Kooperatifler Kanunu ile Kat Mülkiyeti Kanunu Hükümlerinin Çatışmasından Doğan Hukuki Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, Y.1990, S.4, s.526 vd.

²⁴ Y.23.HD., 2015/859 E., 2016/2568 K., 21.04.2016 T. (www.lexpera.com) (E.T.:12.3.2019); Y.23.HD. 2016/61 E., 2018/2669 K., 5.4.2018 T. (www.lexpera.com) (E.T.: 15.03.2019); Y.16.HD., 2008/8874 E., 2009/547 K., 10.02.2009 T. (www.lexpera.com) (E.T.:12.03.2019).

²⁵ Hüseyin Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s.481; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s.404, N.1495-1496; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.252; S. S. Tekinay/S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, Eşya Hukuku, C.1, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s.717

²⁶ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, 458 vd.; Halûk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.Bası, Beta, İstanbul 2018, s.369 vd.

tazmin edilmesini talep edebilecektir²⁷. Bu ihtimalde Yargıtay'a göre araştırılması gereken, davacı ortağa bağımsız bölümlerin devredildiği tarih ile diğer ortaklara bağımsız bölümlerinin devredildiği tarih karşılaştırılarak kooperatifin, davacıya karşı eşitlik ilkesini ihlal etmiş olup olmadığıdır.

Konut yapı kooperatifinin bağımsız bölümü, teslimi için belirlenen tarih veya tarih aralığında eşitlik ilkesine uygun olarak ortaklarına devretmesi gerekmektedir. Bu konuda bir ihtilaf ortaya çıktığı takdirde, bağımsız bölümlerin devir tarihine ilişkin olarak, kooperatif ana sözleşmesinde bir hüküm olup olmadığı veya genel kurul kararlarında bu konuda karar olup olmadığı hususlarının araştırılması gerekmektedir. Öte yandan bu konuya ilişkin ihtilafın çözümlenmesinde, ortaklık ilişkisini kuran hukuki işlem de rol oynayabilir. Hukuki işlem özgürlüğü çerçevesinde, kooperatif ile ortak arasında ortaklık ilişkisi kurulurken veya sonrasında, kooperatif, bağımsız bölümün ortağa hangi tarihte teslim edileceğine dair taahhütte bulunabilir²⁸. Gerek ana sözleşmede, gerek genel kurulun aldığı kararda, gerekse ortak ile yapılan ortaklık sözleşmesinde, kooperatifin bağımsız bölümlerin mülkiyetini devir borcunun ifa zamanı belirlenmişse, belirli vade söz konusu olacak ve ifa zamanının gelmesi halinde alacaklı ortak, borcun ifasını talep edebilecektir²⁹. Belirli vadede borçlu vadesi geldiği halde borcu yerine getirmemişse, ayrıca ihtara gerek kalmaksızın borçlu temerrüdüne düşecektir (TBK md.117/f.2)³⁰.

Borçlu temerrüdünde gecikme tazminatının talep edilebilmesi, borçlunun temerrüde düşmesine bağlıdır³¹. Yargıtay kararlarındaki bu inceleme de borcun muaccel olup olmadığının, muaccel olmasına rağmen borcun ifa edilip edilmediğinin ve temerrüt ihtarına gerek bulunmayan bir halin bulunup bulunmadığının tespit edilmesini sağlamaktadır. Esasen ortaklığı kuran hukuki işlemdeki, ortakları bağlayan ana sözleşmedeki veya genel kurul kararındaki bağımsız bölümün hangi tarihte teslim edileceği konusundaki hükümler, vadenin belirlenmiş olduğunu ortaya koymaktadır (TBK md.117/f.2). Burada belirlenen vade dolmasına rağmen, kooperatif, ifası mümkün olan borcunu ifa etmemiş ise, ayrıca temerrüt ihtarına gerek olmaksızın temerrüde düşmüş olacak ve alacaklı ortak, aynen ifa ile birlikte gecikme sebebiyle uğradığı zararların tazmin edilmesini talep edebilecektir.

Eğer ortaklarına bağımsız bölümlerini hangi tarihte teslim edeceğine dair kooperatif ana sözleşmesinde bir hüküm veya kooperatif genel kurulunda alınmış bir karar bulunmaktaysa, Yargıtay'a göre araştırılması gereken, kooperatifin diğer ortaklarına bağımsız bölümlerini hangi tarihte devretmiş olduğudur³². Kooperatifin ortaklarına aynı tarihte devir yapıp yapılmadığı hususunun eşitlik ilkesi çerçevesinde saptanması gereklidir. Buna göre, davacı ortakla aynı konumda olan diğer ortaklara konut tesliminin davacıdan daha önce yapılmış olup olmadığı araştırılır. Davacıyla aynı konumda olmaktan kasıt, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında şöyle ifade edilmiştir³³: “ortaklıktan kaynaklanan borçlarını yerine

²⁷ Y.23. HD. 2015/6469 E., 2015/6022 ve 28.9.2015 T. (Üstün/Aydın, s.123, dn.129). Benzer olarak Y.23. HD., 2013/1495 E., 2013/1831 K., 25.03.2013 T.; Y.23.HD., 2013/1495 E., 2013/1831 K., 25.03.2013 T. (Kararlar için bkz. www.lexpera.com), (E.T.: 3.2.2019).

²⁸ Y.23.HD., 2015/859 E., 2016/2568 K., 21.04.2016 T. (www.lexpera.com) (E.T.:12.3.2019).

²⁹ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, C.1, s.331.

³⁰ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, C.1, s.400

³¹ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, C.1, s.515.

³² Y.23.HD., 2013/1495 E., 2013/1831 K., 25.03.2013 T. (Kararlar için bkz. www.lexpera.com), (E.T.: 3.2.2019).

³³ YHGK, 2017/1910 E., 2018/561 K., 28.3.2018 T. (www.lexpera.com) (E.T.:04.02.2019).

getiren bir ortağın, eşit durumda bulunduğu, diğer ortaklara tanınan haklardan kendisinin de yararlandırılmasını istemeye hakkının bulunduğu tabiidir.” Bir başka kararında³⁴, “(...) bir yapı kooperatifinin ana amacı ortakların akçalı yükümlülüklerini yerine getirmeleri karşılığında ana sözleşmeye uygun, konut ya da işyeri teslim etmektir”, şeklinde içtihat edilmiştir. Böylece, ortakların ortaklı payı³⁵, ek ödeme³⁶, özellikle ortaklık payı dışındaki ödemeler³⁷ gibi kooperatife olan “akçalı” borçları³⁸ ile kooperatifin bağımsız bölümün mülkiyetini devretme borcu arasında adeta sinallagma ilişkisi kurulmakta ve mali yükümlülüklerini yerine getiren ortaklara karşı kooperatifin eşit davranması gerektiği vurgulanmaktadır. Öte yandan, kooperatife karşı henüz edimlerini yerine getirmemiş olan ortaklar arasında da eşitlik ilkesi gözetilmelidir. Bir başla deyişle, henüz edimlerini yerine getirmemiş olan ortaklarından birine veya birkaçına bağımsız bölümleri devretmişse kooperatif, eşitlik ilkesine uygun davranmamış olur. Nitekim Yargıtay³⁹, “Kooperatifin diğer üyelerinden davacı ile aynı konumda olup, kooperatife borcu olduğu halde dairesini teslim alıp yararlanmaya başlayan üyelerin varlığının tespiti halinde, eşitlik ilkesi uyarınca davacının da aynı süre zarfında kira bedeli talep hakkı doğacağı kabulü gerekir.” şeklindeki içtihadı ile bu duruma da işaret etmektedir. Buradaki ihtimallerde kast edilen, nisbi eşitlik ilkesidir.

Buna göre, MK md.2 ve somut olay göz önüne alınarak, davacıyla aynı konumda olan diğer ortaklara bağımsız bölümleri davacıyla birbirine yakın tarihlerde devredilmişse, Kooperatif, eşitlik ilkesine uygun davranmış olacağından davacıya karşı sorumlu tutulamayacaktır. Davacıyla aynı konumda olan ortaklara bağımsız bölümlerin devri davacıdan daha önce yapılmışsa Kooperatif eşitlik ilkesine uygun davranmamış olacağından davacıya karşı sorumlu tutulacaktır. Bu takdirde ise Yargıtay’a göre⁴⁰, bu devir tarihi ile bağımsız bölümün davacıya devredildiği tarih arasındaki dönem için geç ifa sebebiyle uğranılan zararın tazmini hesaplaması yapılabilecektir.

Eğer, belirli vade söz konusu değilse, esasen işin niteliği gereği (TBK md.90), kooperatifin ortaklarına konut niteliğindeki bağımsız bölümleri devretme borcunu ifa edebilmesi için borcun vadeye bağlı olması gerekir. Yargıtay, eşitlik ilkesini bağımsız bölümleri devretme borcunun işin niteliği gereği muaccel olacağı zamanı belirlemek için de kullanmaktadır. Ancak, gecikme tazminatı borçlu temerrüdünün bir sonucu olduğu için, temerrüde

³⁴ Y.23.HD., 2014/9816 E., 2015/3599 K., 13.05.2015 T. (www.lexpera.com) (E.T.:04.02.2019); Y.23.HD., 2013/1495 E., 2013/1831 K., 25.03.2013 T. (Kararlar için bkz. www.lexpera.com), (E.T.: 3.2.2019).

³⁵ Kooperatife giren her kişinin kural olarak bir miktar para ödeme şeklinde yerine getirmekle yükümlüdür. (KK md.19). Bugünkü inşaat maliyetleri karşısında ortaklık payı olarak ödenen miktarların yetersiz ve sembolik kaldığı yönünde Özmen, Ortaklık Payı Dışındaki Ödemeler, s.519-520.

³⁶ Ek ödemeler, kooperatif ana sözleşmesi ile düzenlendiği ve yalnızca bilanço açıklarını kapatmak amacıyla KK md.31 ve 52/f.1 çerçevesinde kabul edilebilen bir yükümlülüktür. Bkz. Tekinalp, s.73 vd.; Özmen, Ortaklık Payı Dışındaki Ödemeler, s.521.

³⁷ Ortaklı payı dışındaki ödemeler, kooperatiflerin amaçlarının gerçekleşmesini temin etmek için genel kurullarınca kararlaştırılacak miktarlardaki arsa, alt yapı, inşaat ve benzeri giderleri için düzenli veya düzensiz aralıklarla veya bir defada genellikle bir miktar paranın ödenmesi suretiyle yerine getirmekle yükümlü oldukları borçtur (KK md.21). Bkz. Özmen, Ortaklık Payı Dışındaki Ödemeler, s.524 vd.

³⁸ Ortakların kooperatife karşı borçları, para ile ilgili edimler, ayın ile yerine getirilen edimler, kabul yükümleri, hizmet yükümleri, yapmama yükümleri, karma nitelikli yükümler olarak öğretide sınıflandırılmaktadır. Bkz. Tekinalp, s.72 vd.

³⁹ Y.23. HD. 2015/6469 E., 2015/6022 ve 28.9.2015 T. (Üstün/Aydın, s.123, dn.129).

⁴⁰ Y.23.HD., 2013/1495 E., 2013/1831 K., 25.03.2013 T. (Kararlar için bkz. www.lexpera.com), (E.T.: 3.2.2019).

düşmüş olan borçlu, aksine bir düzenleme yoksa, ancak temerrüde düştükten sonraki gecikme süresi dikkate alınarak gecikme tazminatına mahkum edilebilecektir. Bir başka deyişle, somut olayda temerrüt ihtarına gerek olmayan hallerden birisi söz konusu değilse (TBK md.117/f.2), gecikme tazminatı hesaplanırken, kooperatifin temerrüt ihtarı ile temerrüde düştüğü andan sonraki gecikme süresi esas alınacak; muacceliyet tarihi esas alınmayacaktır⁴¹. Alacaklı ortak, kooperatifin temerrüde düştüğü tarih ile borcun ifa edildiği veya temerrüdün diğer bir sebeple sona erdiği ana kadar gecikme sebebiyle uğradığı zararların tazmin edilmesini talep edebilecektir⁴². Kanaatimizce, eşitlik ilkesinin yanında yapı kooperatifinin bağımsız bölümleri ortaklarına devretmesi açısından geçmesi gereken makul sürenin de somut olaya göre belirlenmesi gerekir.

Kooperatif ile arsa üzerinde bağımsız bölümleri meydana getirme ve teslim etme borcunu üstlenen Yüklenici arasındaki hukuki işlemlerin hükümleri, kooperatif ortağı açısından hüküm doğurmaz. Zira sözleşmenin nisbiliği ilkesi uyarınca, Kooperatif ile yüklenici arasındaki sözleşme, ancak tarafları için haklar ve borçlar doğurabilir; bu sözleşmeye taraf olmayan ortak, sözleşmedeki - bağımsız bölümlerin teslim edileceği tarihe ilişkin - hükmeye dayanarak Kooperatife başvuramaz. Bir başka deyişle, sözleşmenin nisbiliği ilkesi ve kooperatifin, ortaklarının şahsından bağımsız ayrı bir -tüzel- kişilik olması karşısında, ortakların tarafı olmadıkları bu sözleşmedeki hükümlere dayanarak, Kooperatifin ortaklarına karşı konut teslimi borcunun muaccel olacağı zamanı belirlemek mümkün değildir. Öte yandan, eşitlik ilkesi, borçlu temerrüdünün kusura bağlı olan sonuçlarından olan gecikme tazminatında kooperatifin borcun geç ifa edilmesinde kusurunun olup olmadığını tayininde de rol oynamaktadır. Borçlu kooperatif, borcun ifasında kusurunun bulunmadığını ispat ederse tazminat yükümlülüğünden kurtulmuş olacağından, eşitlik ilkesine aykırı davranmamış olduğunun ispat edilememesi halinde, bu durum başlı başına kusurlu davranmış olduğunu ortaya koyacaktır. Ayrıca eşitlik ilkesine uygun davranmakla birlikte, bağımsız bölümleri meydana getirme veya yüklenici tarafından meydana getirilme sürecinde özen borcuna aykırılık gibi diğer kusurlu davranışlar söz konusu olduğundan sırf eşitlik ilkesine uygun davranmak kanaatimizce kooperatifin sorumluluktan kurtulmasını sağlayamayacaktır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, kooperatifin sadece ortakları için var olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple ortağın kişiliğinden ayrı ve bağımsız kişiliği olan kooperatifin sorumluluğunun belirlenmesinde amacını gerçekleştirmek için yürüttüğü faaliyetlerde ortağın konut edinme menfaatinin gözetilmesinde gereken özeni gösterme yükümlülüğünün ayrı bir önemi bulunmaktadır.

3. Ayıplı İfada ve Özen Borcunun İfasında Eşitlik İlkesi

Bu başlık altında davacı ortağın, bağımsız bölüm ve ortak yerlerdeki ayıplı işler olması sebebiyle davalı kooperatiften tazminat talep etmiş olması halinde eşitlik ilkesinin nasıl uygulandığı konusu ele alınacaktır.

Yargıtay kararlarında ayıplı ifa bakımından da eşitlik ilkesi çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Buna göre, aynı statüdeki diğer ortaklara teslim edilen bağımsız bölümlerin onlara ne şekilde teslim edildiğini belirlemek ve davacının bağımsız bölümündeki ayıplı işler ile karşılaştırmak gerekmektedir. Yargıtay içtihatlarına göre, davacı ile aynı konumda olan ortaklara teslim edilen bağımsız bölümlerde davacının bağımsız bölümünde

⁴¹ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, C.1, s.515.

⁴² Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, C.1, s.515, dn.518.

olduğu belirlenen ayıplı işler yoksa Kooperatif, eşitlik ilkesine uygun davranmamış olacağından davacıya karşı sorumlu tutulacaktır⁴³. Eğer davacı ile aynı konumda olan ortaklara teslim edilen bağımsız bölümlerde de davacının bağımsız bölümünde ve ortak yerlerde olduğu belirlenen ayıplı işler varsa, Kooperatif eşitlik ilkesine uygun davranmış olacağından davacıya karşı sorumlu tutulamayacaktır.

Kooperatif Kanunu'nda, kooperatifin ayıptan doğan sorumluluğunu düzenleyen açık bir hüküm yoktur. Kanunda veya ana sözleşmede bu yönde hüküm olmadığı gerekçesiyle kooperatifin böyle bir sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılması, kooperatifin amacı ile bağdaşmaz. Kanaatimizce burada ikili bir ayırım yapılmalıdır. Eğer bağımsız bölümleri kooperatif inşa ederse sadece eşitlik ilkesine uygun davranılmış olması, kooperatifin sorumluluktan kurtulmasını sağlayamayacaktır. Burada kooperatif bağımsız bölümleri meydana getirme borcunun ifasında yüklenici gibi sorumlu tutulabilecektir. MK md.2'deki dürüstlük kuralı uyarınca⁴⁴, kooperatifin bağımsız bölümlerin mülkiyetini devir borcunun gereği gibi ifa edilmesi açısından, bağımsız bölümlerin ana sözleşmede belirtilen, orada hüküm bulunmadığı takdirde somut olay açısından olması gereken nitelikte, ayıpsız olarak ortağa teslim edilmiş olması gerekmektedir. Bu ihtimalde, satış veya eser sözleşmesine ilişkin ayıptan doğan sorumluluk hükümleri kıyasen uygulanarak sorumluluğun doğması açısından aranan şartlar tespit edilebilir. Bu takdirde ise davalı kooperatif, bu sebeple doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olabilecektir. Ayıptan doğan sorumluluk söz konusu olduğunda, TBK md.246'nın atfıyla satış sözleşmesine ilişkin TBK md.227/f.1 b.3 ve eser sözleşmesindeki 475/f.1 b.3 kıyasen uygulanarak, bedelsiz onarım da talep edilebilecektir.

Buna karşılık, konut yapı kooperatifi, bağımsız bölümleri meydana getirme borcunu başka bir yüklenici ile yaptığı/yapacağı sözleşme ile ifa edecek olabilir. Kooperatif, konut yapımını işini şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığı için konut yapım işini, kendi denetimi altında bir üçüncü kişiye bırakabilir. Bu takdirde, eşitlik ilkesine aykırı davranılması kooperatifin sorumluluğuna yol açacağı gibi, kooperatifin yükleniciye karşı sözleşmeden doğan haklarını kullanıp kullanmadığı, nasıl kullandığı, borçlarını gereği gibi ifa edip etmediği hususları da ön plana çıkacaktır. Kooperatifin, basiretli bir yüklenici ile kooperatifin amacının dolayısıyla ortaklarının menfaatlerinin esas alındığı bir sözleşme yapması, sözleşmenin ifası sürecinde yüklenicinin gereken özeni gösterip göstermediğinin sorgulanması, ifa engeli söz konusu olduğunda derhal önleyici ve koruyucu yaptırımların uygulanması, kooperatifin ortağa karşı sorumluluğunun belirlenmesinde önem taşıyacaktır. Yargıtay'a göre⁴⁵, eşitlik ilkesine uygun davranılmalı dahi yükleniciye karşı sözleşmeden doğan hakların kullanılmasında gerekeni yapmamak, yapmaktan kaçınmak da kooperatifin ortağına karşı sorumlu tutulmasına yol açabilecektir.

4. İfa İmkânsızlığında Eşitlik İlkesi

Konut yapı kooperatiflerinin çeşitli sebeplerle ortaklarına karşı bağımsız bölümün zilyetliğini ve mülkiyetini devir borcunun ifası imkânsızlaşabilir. Burada ele alınacak imkânsızlık, borcun ifasında borçlu kooperatifin sorumlu olduğu ifa imkânsızlığıdır (TBK md.112). Yargıtay⁴⁶, borçlu kooperatifin bağımsız bölümü devretme borcunun imkânsız-

⁴³ Y.23. HD. 2015/6469 E., 2015/6022 ve 28.9.2015 T. (Üstün/Aydın, s.123, dn.129).

⁴⁴ Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku C.I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s.234, N.1239.

⁴⁵ Y.11. H.D., 2005/4399 E., 2006/4406 K., 20.04.2006 T.; Y. 23. HD., 2015/875 E., 2015/2275 K., 3.4.2015 T. Kararlar için: (www.lexpera.com), (E.T.: 04.02.2019).

⁴⁶ Y.23.HD., 2014/9816 E., 2015/3599 K., 13.05.2015 T.; Y.23.HD., 2014/5493 E., 2014/5849 K., 22.09.2014 T. (kararlar için bkz. www.lexpera.com) (E.T.:04.02.2019)

laşması halinde, alacaklı ortağın, “uygun bir tazminat isteme hakkı” olduğuna içtihat etmektedir. Söz konusu kararda, kooperatifin, davacıya tahsis edilen fakat henüz devredilmeyen bağımsız bölümü borcu sebebiyle satması ve üçüncü kişiye olan borcunu ifa etmesi, bu sebeple de davacıya karşı edimini yerine getirmemesi, ayrıca davacıya benzer bir konutun verilebileceğinin savunulmaması, ifa imkânsızlığının borçlu kooperatifin kusurundan kaynaklandığını göstermiştir. Kararda, tazminat hesabında nisbi eşitlik ilkesinden yararlanılarak, davacının tazminatının nasıl hesap edilebileceği ihtimallere göre açıklanmıştır: “Normal ödemesini yapıp konut sahibi olan üyelerle eşit miktarda ödemesi bulunduğu tespit edilen, diğer anlatımla, eksik ödemesi bulunmadığı belirlenen, ancak kendisine konut tahsis ve teslimi yapılamayan ortağın ödemesi eksik olmayan diğer üyelere verilen emsal bir konutun dava tarihi itibarıyla rayiç değerini talep edebileceği”, buna karşılık “hiç ödemesi yok ise konut karşılığı tazminat isteminin reddi gerekeceği” belirtilmiştir. Eksik ödeme yapan ortağın ise, normal ödeme yağan ortağın elde edeceği yararlanma miktarı esas alınarak zararının nasıl belirleneceğine dair içtihat geliştirilmiştir⁴⁷.

III. Eşitlik İlkesi Işığında Ortağın Kooperatife Olan Edimlerini Yerine Getirmiş Olması Şartının Değerlendirilmesi

Yargıtay⁴⁸, “(...) bir yapı kooperatifinin ana amacının ortakların akçalı yükümlülüklerini yerine getirmeleri karşılığında ana sözleşmeye uygun, konut ya da işyeri teslim etmek” olduğunu belirtmektedir. Yukarıda da sıklıkla eşitlik ilkesinin uygulanmasında belirtildiği gibi, kararlarda, davacı ile diğer ortakların kooperatife olan “akçalı” borçları ile kooperatifin bağımsız bölümün mülkiyetini devretme borcu arasında adeta sinallagma ilişkisi kurulmakta ve mali yükümlülüklerini yerine getiren ortaklar arasında ya da henüz mali yükümlülüklerini tam ve gereği gibi ifa etmemiş ortaklar arasında kooperatifin eşitlik ilkesine uygun davranması gerektiği vurgulanmaktadır. Buna göre⁴⁹ davalı kooperatif davacıyla aynı durumda olan (yani borçlarını tam ve gereği gibi ifa etmemiş olan) ortaklarına karşı edimlerini ifa ettiği halde davacıya karşı edimlerini bu sebebi ileri sürerek ifa etmekten kaçınmakta ise ortaklarına karşı eşit davranma yükümlülüğünü ihlal etmiş olacak ve davacının talebi kabul edilecektir.

Esasen, davacı ortağın kooperatife karşı ifa isteminde bulunurken, davalı kooperatifin, davacının önce kendi edimlerini ifa etmiş veya ifasını önermiş olması gerektiğini ileri sürmesi, ödemezlik def'inin (TBK md.97) uygulandığını ifade etmektedir. Karşılıklı borç sözleşmelerine özgü bu kuralın kendine özgü yapısı olan –tipik bir borç ilişkisi olmayan ortaklık ilişkisini kuran bu tür sözleşmelerde kıyasen uygulanabilmesi için, söz konusu

⁴⁷ Kararda, eksik ödemesi olan ortaklara verilecek tazminat hesabının nasıl yapılacağı da belirtilmektedir. Buna göre, önce ortaklara tahsis edilen bağımsız bölümün dava tarihi itibarıyla rayiç değerinin hesaplanmalı, TEFE artış rakamları uygulanarak toplam kooperatife yapılması gereken ödemelerin dava tarihindeki güncel değeri belirlenmeli, rayiç değerden bu güncel ödenti değeri çıkarılarak normal ödeme yapan bir ortağın ne miktarda yararlanma elde ettiği belirlenmelidir. Bundan sonra ise, davacı ortağın TEFE artış rakamları uygulanarak dava tarihindeki güncel değerleri ile o güne kadar yaptığı eksik ödeme miktarı belirlenmelidir. Son olarak, normal ödeme yapan bir ortağın sağladığı yararlanma miktarı, o güne kadar yapılan eksik ödeme miktarı ile çarpılmalı, bulunan rakam normal üyenin yapması gereken güncel ödeme miktarına bölünmeli, bu miktara davacı ödemelerinin güncel değeri eklenmelidir. Bkz. Y.23.HD., 2014/9816 E., 2015/3599 K., 13.05.2015 T. (www.lexpera.com) (E.T.:04.02.2019).

⁴⁸ Y.23.HD., 2014/9816 E., 2015/3599 K., 13.05.2015 T. (www.lexpera.com) (E.T.:04.02.2019).

⁴⁹ Y.23.HD. 2016/61 E., 2018/2669 K., 5.4.2018 T. (www.lexpera.com) (E.T.: 12.03.2019).

borçlar arasında karşılık/değişim ilişkisine benzer bir ilişkinin bulunması gerekir⁵⁰. Bu sebeple, ortağın ortaklık payı, ek ödeme veya ortaklık payı dışındaki ödeme adı altında ortaklık ilişkisi kurulurken ve sonrasında düzenli veya düzensiz aralıklarla, belki de bir defada mali edimleri söz konusudur. Ancak bunlar, kooperatifin amacını gerçekleştirmek için kullanılan yardım ve dayanışma araçlarıdır. Ortaklar, karşılıklı sınırlamalara, yoksunluklara katlanarak, fedakârlıklar göstererek menfaatlerini kooperatif ile sağlamaya çalışmaktadır. Eşitlik ilkesi uyarınca, her ortak, aynı ölçüde karşılıklı yardımı ve dayanışmaya katılmakla yükümlüdür⁵¹. Karşılıklı dayanışma, ortağın, diğer ortakların da kendisi ile aynı şekilde hareket ettikleri, aynı davranış ve tutumu onların da göstereceği inancını ifade etmektedir⁵². Ortaklar, konut yapı kooperatiflerinde, bu dayanışma ve yardımlaşmayı sağlayacak araçları, bir miktar para ödemek suretiyle yerine getirmeyi taahhüt etmektedir. Ortağın söz konusu edimleri ile kooperatifin amacının gerçekleşmesi halinde ortağın sağlayacağı menfaat arasında bir başka deyişle edimler arasında karşılık/değişim ilişkisi bulunmamaktadır. Esasen kooperatifin kâr amacıyla değil, ortaklarının konut edinme ihtiyacını karşılama amacıyla oluşturulan bir tüzel kişilik olduğu göz önüne alındığında edimler arasında karşılıklılık ilişkisi bulunmayacağı sonucuna varılabilir. Bu sebeple, Yargıtay'ın bu ölçütünü ödemezlilik def'i değil, karşılıklı dayanışmanın ve eşitlik ilkesinin uygulanması açısından getirdiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Konut yapı kooperatiflerinin ortaklara konut edindirme amacının sağlanması konusunda ortakların kooperatife karşı açtıkları davalarda kooperatifin borcunu ifa edip etmediğinin belirlenmesinde Yargıtay kararlarında hangi ölçütlerin nazara alınması gerektiğine içtihat edilmektedir. Bu çalışmada, konut yapı kooperatiflerinin, ortaklarına karşı, taahhüt edilen bağımsız bölümlerin zilyetliğini ve mülkiyetini devretme borcunun ihlalinde sorumluluğuna ilişkin Yargıtay kararları ile getirilen bu ölçütler incelenmiştir.

Yargıtay, ortak tarafından kooperatife karşı açılan bu tür davalarda, öncelikle, davacı ile davalı kooperatif arasında ortaklık ilişkisinin bulunması gerektiğini belirtmektedir. Ortaklarının konut ihtiyacını sağlamak amacıyla kurulan konut yapı kooperatifi ile ortağı arasında kurulan hukuki ilişki, ortağa, bu hukuki ilişkiden doğan yükümlülüğünün ifa edilmesini talep etme yetkisi verir. Yargıtay ayrıca KK md.23'te ifade edilen eşitlik ilkesinden yararlanarak, konut yapı kooperatifinin konutları ortağa teslim etme borcunu tam ve gereği gibi ifa edip etmediğini, eşit davranma ilkesi çerçevesinde incelenmesi gerektiğine içtihat etmektedir. Yargıtay'a göre eğer bağımsız bölümün zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri borcunu kooperatif geç de olsa ifa etmişse, davacı ortak, geç ifa sebebiyle uğramış olduğu zararların tazmin edilmesini talep edebilecektir. Bu ihtimalde Yargıtay'a göre araştırılması gereken, davacı ortağa bağımsız bölümlerin devredildiği tarih ile diğer ortaklara bağımsız bölümlerinin devredildiği tarih karşılaştırılarak kooperatifin, davacıya karşı eşitlik ilkesini ihlal etmiş olup olmadığıdır. Eğer ortaklarına bağımsız bölümlerini hangi tarihte teslim edeceğine dair kooperatif ana sözleşmesinde bir hüküm veya kooperatif genel kurulunda alınmış bir karar bulunmamakta ise, Yargıtay'a göre araştırılması gereken, kooperatifin diğer ortaklarına bağımsız bölümlerini hangi tarihte devretmiş olduğudur. Kooperatifin ortaklarına aynı tarihte devir yapıp yapılmadığı hususunun eşitlik ilkesi çerçevesinde

⁵⁰ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, C.1, s.360 vd.; Nomer, s.333 vd.

⁵¹ Tekinalp, s.19.

⁵² Tekinalp, s.20.

saptanması gereklidir. Buna göre, davacı ortakla aynı konumda olan diğer ortaklara konut tesliminin davacıdan daha önce yapılmış olup olmadığı araştırılmalıdır.

Yargıtay kararlarında ayıplı ifa bakımından da eşitlik ilkesi çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Buna göre, aynı statüdeki diğer ortaklara teslim edilen bağımsız bölümlerin onlara ne şekilde teslim edildiğini belirlemek ve davacının bağımsız bölümündeki ayıplı işler ile karşılaştırmak gerekmektedir. Yargıtay içtihatlarına göre, davacı ile aynı konumda olan ortaklara teslim edilen bağımsız bölümlerde davacının bağımsız bölümünde olduğu belirlenen ayıplı işler yoksa Kooperatif, eşitlik ilkesine uygun davranmamış olacağından davacıya karşı sorumlu tutulacaktır. Eğer davacı ile aynı konumda olan ortaklara teslim edilen bağımsız bölümlerde de davacının bağımsız bölümünde ve ortak yerlerde olduğu belirlenen ayıplı işler varsa, Kooperatif eşitlik ilkesine uygun davranmış olacağından davacıya karşı sorumlu tutulamayacaktır.

Yargıtay, borçlu kooperatifin bağımsız bölümü devretme borcunun imkânsızlaşması halinde, alacaklı ortağın, “uygun bir tazminat isteme hakkı” olduğuna içtihat etmektedir. İfa imkânsızlığının borçlu kooperatifin kusurundan kaynaklandığını hallerde hükmedilecek tazminat hesabında nisbi eşitlik ilkesinden yararlanılarak, davacının tazminatının nasıl hesap edilebileceği ihtimallere göre belirtilmiştir.

Kararlarda, davacı ile diğer ortakların kooperatife olan “akçalı” borçları ile kooperatifin bağımsız bölümün mülkiyetini devretme borcu arasında adeta sinallagma ilişkisi kurulmakta ve mali yükümlülüklerini yerine getiren ortaklar arasında ya da henüz mali yükümlülüklerini tam ve gereği gibi ifa etmemiş ortaklar arasında kooperatifin eşitlik ilkesine uygun davranması gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre davalı kooperatif, davacıyla aynı durumda olan (yani borçlarını tam ve gereği gibi ifa etmemiş olan) ortaklarına karşı edimlerini ifa ettiği halde davacıya karşı edimlerini bu sebebi ileri sürerek ifa etmekten kaçınmakta ise ortaklarına karşı eşit davranma yükümlülüğünü ihlal etmiş olacak ve davacının talebi kabul edilecektir.

KAYNAKÇA

Arpacı, Abdülkadir: İçtihatlı Kooperatifler Kanunu ve Açıklamaları, Temel Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 1995.

Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta, İstanbul 2019.

Druey, Jean Nicolas / Guhl, Theo: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts) 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2000.

Druey, Jean Nicolas /Druey Just, Eva / Glanzman, Lukas: Gesellschafts- und Handelsrecht, Begründet von Theo Guhl,11. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2015.

Dural, Mustafa / Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku C.I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

Eren, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Hatemi, Hüseyin /Serozan, Rona /Arpacı, Abdülkadir: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.

Kaçak, Nazif: Konut Yapı Kooperatifleri, Seçkin Yayıncılık.

Natsch,,Regina: Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016.

Nomer, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.Bası, Beta, İstanbul 2018.

Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

Olgaç, Samet Can / Ruhi, Ahmet Cemal: Kooperatif Ortaklığından İhraç ve İtiraz Usulü, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Özmen, E. Saba: “Kooperatifler Kanunu Değişikliği ve Yeni Örnek Anasözleşmeler Karşısında Türk Borçlar ve Ticaret Hukuku Açısından Konut Yapı Kooperatiflerinde Ortaklık Payı Dışındaki Ödemelerin Niteliği ile Bu Borçlarda Temerrüdün Hüküm ve Sonuçları”, TBBD, 1990, S.4, s.315 vd. (“Ortaklık Payı Dışındaki Ödemeler” olarak kısaltılmıştır).

Özmen, E. Saba / Ernas, S. Cihan: “Yapı Kooperatifleri Tarafından Yönetilen Kat Mülkiyeti Oluşumlarına Yönelik Eleştiriler”, Legal Hukuk Dergisi, Y.2016, S.157, s.44 (“Yapı Kooperatifleri” olarak kısaltılmıştır).

Özmen, Saba: “Taşınmaz Hukuku Açısından Yapı Kooperatiflerinde Amaç Gerçekleşmeden Arsa Dağıtılabileceğine İlişkin Ana Sözleşme Hükümlerinin Değerlendirilmesi ve Kooperatifler Kanunu ile Kat Mülkiyeti Kanunu Hükümlerinin Çatışmasından Doğan Hukuki Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, Y.1990, S.4, s.526 vd.. (“Ana Sözleşme Hükümleri” olarak kısaltılmıştır).

Özmen, Kemal: Kooperatifler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, C.II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017. (“Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar” olarak kısaltılmıştır).

Tekinalp, Ünal: Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sınıfının Kazanılması ve Yitirilmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972.

Tekinay, S.S. / Akman, S./ Burcuoğlu, H. /Altop, A.: Eşya Hukuku, C.1, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

Üstün, Yusuf / Aydın, Muhittin: Kooperatifler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2017.

^{4f} ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ANAYASA MAHKEMESİ VE YARGITAY KARARLARIYLA YARATILAN “AVANS TAPU” KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

(EVALUATION OF THE “LAND REGISTER AS ADVANCE PAYMENT” CONCEPT IN CONSTRUCTION AGREEMENT IN RETURN FOR LAND SHARE, CREATED BY TURKISH CONSTITUTIONAL COURT AND TURKISH COURT OF CASSATION JURISPRUDENCE)

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN* **

ÖZ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin temelden arsa payı devredek inşaat için mali kaynak yaratması uygulamada sıklıkla görülmektedir. Bu uygulama bazı hallerde ciddi hukuki meselelere yol açmaktadır. Özellikle yüklenicinin temerrüdüne dayalı olarak arsa malikinin sözleşmeden dönmesi halinde, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay, arsa malikinin yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişilere karşı istihkak davası niteliğinde tapu iptali ve tescil davası açmasını kabul etmektedir. Bu kararın dayanağı olarak ileri sürülen “avans tapu” kavramı hem Türk Medeni Hukuku kurallarına hem de tapu sicil sistemine ters düşmektedir. Bu nedenlerle, söz konusu kararların isabetli olmadığı kanaatindeyiz. İşbu makale kapsamında görüşümüzü açıklamaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı karşılığı inşaat, avans tapu, tapu iptali ve tescil, sözleşmeden dönme

ABSTRACT

In construction agreement in return for land share, it is common practice for the contractor to sell the land shares to the third parties before the commencement of the construction in order to obtain financial support for the completion of the work. Some legal problems arise from this practice. Particularly in case the initial land owner rescind the contract due to the default of the contractor, Turkish Constitutional Court and Turkish Court of Cassation award to the initial landowner the right for restitution of the land shares given in advance. This jurisprudence contradicts the theory of rescission adopted by Turkish Court of Cassation and does not comply with the principles governing the Turkish Civil Law. Therefore, we believe that the aforementioned precedents are not accurate. Within the scope of this study, we will try to convey our arguments on the subject.

Keywords: Construction agreement in return for land share, land register as advance payment, restitution, and rescission.

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.12.2019. İlk hakem raporu tarihi:11.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 01.05.2021. Onaylanma Tarihi:01.05.2021.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9303-1062

Eserle Atıf Şekli: Zafer Kahraman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan “Avans Tapu” Kavramının Değerlendirilmesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.781-797.

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin, sözleşmeye uygun olarak işin bitiminde kendisine isabet edecek olan bağımsız bölüme ilişkin arsa paylarını “temelden”, diğer bir deyişle daha inşaat safhasındayken üçüncü kişilere satması, uygulamada sıklıkla rastlanan bir durumdur. Yüklenici bu sayede inşaatı tamamlamak için ihtiyaç duyduğu mali güce kavuşmaktadır. Ancak, bu durum, uygulamada bazı hukuki sorunlara yol açmaktadır. Özellikle yüklenicinin temerrüde düşmesi sebebiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, yükleniciden arsa payı devralmış olan üçüncü kişilere karşı, iş sahibinin (arsanın yükleniciden önceki malikinin) yönelttiği tapu iptali ve kendi adına tescilli talepli davaların Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında ve Anayasa Mahkemesi’nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Kararı’nda haklı bulunduğu görülmektedir.

Kanaatimizce, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarında yaratılan “Avans Tapu” kavramı ve buna dayanarak verilen tapu iptali kararları, Yargıtay’ın diğer tüm kararlarında kabul ettiği klasik sözleşmeden dönme teorisiyle çelişmekte, tapu siciline egemen olan ilkeler ile bağdaşmamakta ve Türk Medeni Kanunu m. 3 ve 1023 hükümlerine ters düşmektedir. Tüm bu nedenlerle, anılan içtihatların isabetli olmadığı görüşündeyiz. Bu çalışma kapsamında, konuya ilişkin açıklamalar yaparak görüşlerimizi aktarmaya çalışacağız.

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Eser sözleşmesi ile taşınmaz satımı sözleşmesinin unsurlarını taşıyan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; arsa sahibinin, arsasının belirli paylarının mülkiyetini, yüklenicinin arsa üzerinde inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında yükleniciye devretmeyi taahhüt etmesidir¹. Bu sözleşme uyarınca yüklenici, arsa (iş) sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmekte, buna karşılık inşaat bitince kendisine devir edilecek olan bazı daireleri (bağımsız bölümleri) bedel olarak almaktadır².

O halde, kural olarak, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, karşılıklı edimleri içeren iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edimi ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa satımı ve eser sözleşmesi (inşaat) sözleşmelerinin unsurlarını kanunda düzenlenmeyen bir tarzda biraraya getiren “çift tipli” bir karma sözleşme⁴ ya da diğer bir anlatımla karışık muhtevalı⁵ bir akitir. Bu durumda, bir

¹ ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2010, s. 1; YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 1066 vd.; KAYA, Özgür Katip, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Kazancı, İstanbul 1993, s. 5.

² Yarg. İBK. T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (Kazancı)

³ Yarg. HGK. T. 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752 (Kazancı). Ayrıca bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I-II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, C. II, s. 107; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1067 vd.; KAYA, s. 6 vd.

⁴ TANDOĞAN, Halük, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I-II, 5. Tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, C. I, s. 71; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1071; GÜMÜŞ, C. I, s. 9 ve C. II, s. 107; ERMAN, s. 4-6; KAYA, s. 16-17; ÖZ, M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçı-

karma sözleşmede ortaya çıkan hukuki sorunların hangi hükümlere başvurularak çözümlenmesi gerektiği öğretideki görüşler ve yargı içtihatları ile ortaya çıkacaktır⁶. Günümüzde kabul edilen kıyas teorisine göre, karma akitlerin kanunda düzenlenmemiş olmasından yola çıkılarak, bunlara diğer sözleşmelere ilişkin bir kanun hükmünün doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı; ancak, karma sözleşmenin amacı ve taraflar arasındaki sözleşme adaleti gözetilerek kanun hükümlerinin kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir⁷. Nitekim, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir kararında, “ilke olarak çift tipli karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden herbirinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. Şu var ki, değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar birbirine ters düşerse, karşılıklı çıkarların tartılmasına göre hakkaniyete uygun bir çözüme ulaştırılması gerekir.” yönünde hükme varmıştır⁸. Kanaatimizce, bu son görüş dikkate alınmalı ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanacak hükümler yaratma ve kıyas teorisi ile belirlenmelidir⁹.

II. YÜKLENİCİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEMELDEN SATIŞ YAPMASI-NIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BUNUN SONUÇLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, daha inşaat tamamlanmadan, bazı hallerde ise henüz inşaata dahi başlanmamışken, arsa sahibi yükleniciye arsa payının mülkiyetini devredebilmektedir. Bunun yegâne sebebi, inşaatı finanse edebilmektir. Zira, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici maliyeti kurtaracak bir finansman ihtiyacı duyar. Bunun için yüklenici, arsa malikinden devraldığı arsa paylarına denk gelecek bağımsız bölümleri, temelden yahut inşaat aşamasında üçüncü kişilere satar veya satış vaadinde bulunur¹⁰.

Oysaki, arsa payının devri, yüklenicinin inşaatı yapma ve teslim etme borçlarının karşı edimi olduğundan; burada henüz kendi borcunu yerine getirmemiş olan yükleniciye iş sahibinin (arsa malikinin) borcunu “peşin” ifa etmesi söz konusudur. Bunun sonucu olarak arsa payının mülkiyet hakkını elde eden yüklenici ise, arsa payını “temelden” üçüncü kişilere satıp devrederek hemen paraya dönüştürmek imkânına kavuşur¹¹.

lık, İstanbul 2013, s. 6; EREN, Fikret, “I. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri; II. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer Ankara, 18-29 Mart 1996), 2. tıpkı bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 57; KARATAŞ, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 44. Yarg. HGK. T. 9.6.1982, E. 1979/15-1613, K. 1982/565; Yarg. 15. HD. T. 25.12.1975, E. 1975/4714, K. 1975/5159; Yarg. 15 HD T. 4.12.1980, E. 1980/1990, K. 1980/2594 (Kazancı).

⁵ “Karışık muhtevalı akit tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitlerin esaslı unsurlarını kısmen veya tamamen kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleştiren tek bir akitir.” (KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013, s. 157 vd.).

⁶ Konuyla ilgili farklı teoriler ortaya atılmıştır. Bu teorilerin açıklamaları için bkz. TANDOĞAN, C.I, s. 73 vd.; GÜMÜŞ, C.I, s. 14 vd.

⁷ TANDOĞAN, C.I, s. 75; GÜMÜŞ, C.I, s. 16.

⁸ Yarg. 15. HD. T. 25.12.1975, E. 1975/4714, K. 1975/5159 [Kazancı İchtihat Bilgi Bankası].

⁹ Aynı yönde bkz. GÜMÜŞ, C. II, s.111.

¹⁰ Yarg. 14. HD. T. 29.11.2007, E. 2007/13130, K. 2007/15128 (Kazancı)

¹¹ Yüklenici, inşaatın finansman kaynağını oluşturmak amacıyla, sermaye oluşturmak için genellikle üçüncü kişilere bu arsa paylarını satar (YAŞAR, Halis, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:102, s. 300). Yargıtay’a göre, “Arsa sahiplerinin yükleniciye kat karşılığı sözleşme gereğince yapmış oldukları arsa payı temlikleri, ona finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapıldığından, yüklenildiği edimini ifa ettiği oran-

Arsa sahibinin yükleniciye tapuda "peşin" olarak devretmiş olduğu arsa payları, geçerli bir hukuki sebebe (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası amacına) dayanmaktadır. Bu halde, yüklenici adına yapılmış olan tescil geçerli bir tescildir. Yüklenici, yolsuz olarak değil, gerçekten tapuda malik olarak görünmektedir. Yükleniciden arsa payı satın ve devir almış üçüncü kişiler ise, gerçek malikten arsa payı devralan ve bunun sonucu olarak malik sıfatına kavuşan kişilerdir.

Bu durumda, sorun şurada karşımıza çıkar: Arsa payını peşinen devralmış olan yüklenici, söz konusu arsa payını üçüncü kişiye satıp devrederek arzu ettiği finansmana kavuştuktan sonra, inşaatı tamamlamaz ise, iş sahibi (arsanın ilk sahibi) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden TBK m. 117 vd. hükümleri uyarınca temerrüde dayalı olarak dönebilmektedir. Bu halde, arsa payını geri almayı isteyen arsa malikinin üçüncü kişilere karşı tapu iptali ve tescil davası yönelttiği görülmektedir. Aşağıda öncelikle sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçları ve ardından arsa sahibinin üçüncü kişilere yönelttiği tapu iptali ve tescil davasının akıbeti ele alınacaktır.

III. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME Sİ VE SONUÇLARI

A. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Hukuki Dayanağı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi, yüklenicinin temerrüdüne (TBK m.117 vd.) veya TBK m. 473 hükmünde düzenlenen erken dönme hakkının kullanılmasına yahut ayıplı ifaya (TBK m. 475) dayalı seçimlik haklardan dönmenin kullanılmasına bağlı olarak gerçekleşebileceği gibi, tam tazminatla fesih (TBK m. 484) halinde de iş sahibinin hiçbir gerekçe göstermeksizin sözleşmesel ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür.

Ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme, hakkaniyet gereğince iş sahibinin eseri kabul etmesinin kendinden beklenemeyeceği ölçüde önemli bir ayıp söz konusu ise mümkün olur (TBK m. 475)¹². Belirtmek gerekir ki, TBK. m.475/III hükmü uyarınca, inşaat arsa sahibinin arazisi üzerine yapılmış olduğundan; söz konusu bu inşaatın kaldırılması veya sökülmesi mahiyeti itibariyle fazla bir zarara yol açıyorsa arsa sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Diğer seçimlik haklarla yetinmek zorunda kalır.

Temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme ise, TBK m. 117 vd. hükümleri uyarınca gerçekleşir¹³. Zira, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borcunu ifa etmede temerrüde düşmesi hâlinde, eser sözleşmesine ilişkin özel hüküm bulunmadığından, iki

da arsa sahiplerine karşı alacak hakkı ve o oranda da kendisine temlik olunan paylar üzerinde mülkiyet hakkı doğar;" (Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470; Yarg. 15. HD, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360 [Kazancı]).

¹² ERMAN, s.143 vd.; TANDOĞAN, C.II, s. 177 vd.; ÖZ, İnşaat, s. 212 vd.; ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 104-105; GÜMÜŞ, C. II, s. 61; ZEVLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Kadir Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 521; ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 360; SELİMOĞLU, Yaşar Engin, İstisnâ (Eser) Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 125; KARATAŞ, s. 197 vd.; HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2006, § 22, s. 283. Bkz. Yarg. 14. HD. T. 16.1.2012, E. 2011/14460, K. 2012/257 (Kazancı).

¹³ TANDOĞAN, C.II, s. 130; GÜMÜŞ, C. II, s. 35; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 484 vd.; ÖZ, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı, İstanbul 1989, s. 153; Yarg. İBK. T.25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1 (Kazancı).

tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki temerrüde ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanmaktadır¹⁴. Buna göre arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi sona erdirebilecektir¹⁵.

Bunun yanında, eser sözleşmelerine özgü olarak borçlar kanununda yer alan bir diğer dönme sebebi de TBK. m. 473 hükmünde düzenlenmiştir. Her ne kadar bu hüküm esasen eser sözleşmeleri için düzenlenmiş olsa da, karma bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulur¹⁶. Öğretide bazı yazarlar tarafından bu hükmün temerrüde ilişkin TBK m. 117 vd. hükümlerinin bir tamamlayıcısı olduğu kabul edilmektedir¹⁷. Bu yazarlara göre hükümde söz konusu olan, eseri teslim borcunda değil, meydana getirme borcunda temerrüttür¹⁸. Bu görüşe göre, teslim süresinin bitmesini beklemeye gerek olmaksızın yüklenicinin “erken temerrüdü” söz konusu olur¹⁹. Her ne kadar bu nedenle söz konusu hüküm genellikle temerrüt başlığı altında incelenmekte ise de kanaatimizce, borçlu temerrüdü, henüz muaccel olmayan bir borç için söz konusu olamaz²⁰. Bizce burada, temerrüt ile ilgisi olmayan özel bir dönme sebebi düzenlenmiştir.

¹⁴ AYDIN, Gülşah Sinem, “*Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi Ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 141, 2019, s. 428; Yarg. İBK. T.25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1 (Kazancı).

¹⁵ Elbette ki temerrüdün koşulları burada da geçerlidir. İnşaatın teslimi edimi muaccel olmalı, edimin yerine getirilmesi imkânsız olmamalı ve edimin yerine getirilmemesi dolayısıyla (belirli vade söz konusu değil ise) ihtar yapılmalıdır. Ayrıca arsa sahibi, kesin vade belirlenmemişse ve ek süre vermenin faydasız kalacağı haller dışında (TBK. m. 124) yükleniciye ek süre tanımalıdır. (Bkz. TANDOĞAN, C. II, s. 141 vd.; GÜMÜŞ, C. II, s. 35 vd.; ERMAN, s. 61 vd.).

¹⁶ ERMAN, s. 76-77.

¹⁷ ERMAN, s. 77; TANDOĞAN, C. II, s. 119; DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, 3. Bastı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Anlara 2003, s. 107 vd.; GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Schulthess, 2011 (www.swisslex.ch), Nr. 675; ZİNDEL, Gaudenz G./ PULVER, Urs, Basler Kommentar (BaK) zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 5. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, Art. 366 OR, Nr. 13 vd.

¹⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 510 vd.; KARTAL, s. 141 vd.; KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 89 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 344; BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 83; DAYINLARLI, s. 100 vd.; PEDRAZZINI, Mario M., “*Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag*”, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel-Stuttgart 1977, Band VII/1, §85, s. 511-512; KOLLER, Alfred, Berner Kommentar (BK), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Heinz Hausheer (Hrsg.), Stämpfli, Bern 1998, Art. 366 OR, Nr. 3; GAUTSCHİ, Georg, Berner Kommentar (BK), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Stämpfli, Bern 1998, Art. 366 OR, Nr. 1d; REBER, Hans J., Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 3. Auflage, Baufachverlag, Zürich 1975, s. 40 vd. Karşıt görüş için bkz. ÖZ, Dönme, s. 49 vd.

¹⁹ BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Schulthess, Zürich 1988, s. 214.

²⁰ Aynı yönde bkz. ÖZ, Dönme, s. 49 vd.

Son olarak, TBK m. 484 hükmü uyarınca iş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi sona erdirebilecektir²¹.

B. İş Sahibinin Temerrüde Dayalı Olarak Dava Yoluyla Sözleşmeden Dönmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, Yargıtay içtihatlarında belirtildiği üzere, temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme; tarafların iradelerinin birleşmesiyle (ikale ile) veya karşı taraf bunu kabul etmediği takdirde dönmek isteyen tarafın mahkemede bu yolda bir karar almasıyla mümkündür²². Mahkemenin davayı reddetmesi halinde, taraflar arasındaki sözleşme yürürlükte kalacaktır²³. Dikkat edilecek olursa, Yargıtay kararlarına göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde “dönme”, tek taraflı kullanılabilen bir yenilik doğuran hak değil, karşı tarafın kabul etmemesi halinde dava yoluyla kullanılabilen bir hak haline gelmiştir²⁴.

Halbuki, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde iş sahibinin dava dışı yollarla sözleşmeyi feshetmesinin önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır. Bu bakımdan, Yargıtay’ın bu yöndeki görüşünün hukuki dayanaktan yoksun olduğu kanaatindeyiz.

C. İş Sahibinin Temerrüde Dayalı Olarak Sözleşmeden Dönmesinin Etkisi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin emeğe ve masrafa dayanan edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı bu sözleşmeler, Yargıtay’a göre ani edimli ve sürekli edimli ilişkiler karışımı bir özellik taşımaktadır²⁵. Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde her ne kadar edim fiili uzun süreye yayılmakta ise de; edim sonucu, yani alacaklının edime olan menfaati tek bir anda ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, burada ani edimli bir sözleşmenin varlığından bahsetmek gerekir²⁶.

Yine de bazı hallerde, arsa sahibi sözleşmeyi sona erdirdiği anda, yüklenicinin o ana kadar gerçekleştirmiş olduğu inşaatın değeri o derece yüksektir ki, sözleşmeden geriye etkili dönülmüş olduğunu iddia etmek dürüstlük kuralıyla bağdaşmayabilir. Sözleşmeden geriye etkili olarak (baştan itibaren sözleşmeyi hükümsüz kılacak biçimde) dönmek, işi büyük oranda tamamlamış yüklenici için orantısız derecede ağır sonuçlar doğurabilir²⁷.

Eğer bu halde iş sahibinin sözleşmeden dönmesine müsaade edilecek olursa, iş sahibi normal hallerde sağlayamayacağı bir imkâna (yüklenicinin temerrüdünden amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve yüklenici de sembolik bir karşılıkla yetin-

²¹ Konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. SEÇER, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016.

²² Yarg. 15. HD. T. 8.10.1998, E. 1998/2263, K. 1998/3752; Yarg. 15. HD. T. 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818 (Kazancı)

²³ Açıklamalar için bkz. ERMAN, s. 103 vd.

²⁴ GÜMÜŞ, C. II, s. 38.

²⁵ Yarg. İBK. T.25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1; Yarg. HGK. T. 6.10.1982, E. 1982/15-356, K. 1982/817 (Kazancı)

²⁶ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani edimli bir sözleşme olduğu yönde bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1072; KAYA, s. 22 vd. İnşaat sözleşmelerinin ani edimli olduğu yönünde bkz. ÖZ, İnşaat, s. 181. Öğretide Kartal’a göre ise, “arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesinin sürekli borç ilişkisini doğurduğunu kabul etmek gerekir.” (KARTAL, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 25).

²⁷ Bkz. TANDOĞAN, C.II, s. 142-143.

mek zorunda kalır. İşte bu durumda, sözleşmenin dürüstlük kuralı uyarınca ileriye etkili olarak feshedilmiş olduğunun kabulü gerekir²⁸. Bu halde, yükleniciye isabet edecek arsa payları, tamamlanan kısım ile orantılı olarak hesaplanacak; arsa sahibi kusurlu yükleniciden müspet zararının tazminini de talep edebilecektir²⁹.

Öğretide *Tandoğan*, inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönüldüğü takdirde bunun geriye etkili kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bunun sebebi olarak da, işi bitirmemiş olan yüklenicinin tıpkı işi bitirmiş bir yüklenici gibi orantılı bir ücret ve kâr payı almasının hakkaniyete aykırı olduğunu ileri sürmektedir³⁰. Bu görüş uyarınca, geriye etkili olarak sözleşmeden dönüldüğü takdirde, sadece akdi borç ilişkisi tasfiye edilir. Yapılmış olan tasarruf işlemlerinin aynı sonuçları etkilenmez³¹. Bu halde, arsa sahibi tarafından verilmiş olan arsa payının geri alınmasına ilişkin dava, şahsi bir davadır; aynı hakka dayanan bir istihkak davası değildir³². Yüklenici, arsa sahibini sebepsiz zenginleştirdiği miktarda veya yaptığı kısmın objektif değeri tutarında bir para isteyebilir.

Benzer görüşte olan *Seliçi* ise, amacın eski hale iade olduğunu belirtmekle birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde en adil çözümün yüklenicinin arsa sahibinden iktisap ettiği payları arsa sahibine geri vermesi, buna karşılık arsa sahibinin de inşaatın yapılan kısmının objektif yapım değerini yükleniciye vermesi olduğunu ileri sürmektedir³³.

Konuyla ilgili olarak; belirtmek isteriz ki Yargıtay, klasik dönme görüşünü savunmaktadır; buna göre, sözleşmeden dönmenin kural olarak geriye etkili sonuç doğurduğu ve iade borçlarının kapsamı bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması

²⁸ Yarg. İBK. T.25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1; Yarg. 15. HD. T. 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341 (Kazancı). Aynı yönde bkz. SUNGURBEY, İsmet, “*Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlananın Kusuruyla İş Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlanınca Bozulması Durumunda Uyuşmazlığın Kural Olarak BY. 106-108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2’deki İlke Gösterilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün 3/1 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Üstüne Birkaç Not*”, *Yasa Hukuk Dergisi*, 1984/VI, C.7, s. 781-795; ERMAN, s. 110 vd.; ERMAN, Hasan, “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri)*”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 58, S. 4-5-6, Nisan-Mayıs-Haziran 1984, s. 209-223; YAŞAR, s. 294; ARAL/AYRANCI, s. 350 vd. Kararın incelenmesi ve eleştirisi için bkz. TANDOĞAN, C.II, s. 153 vd.; ÖZ, Dönme, s. 220; KARTAL, s. 169 vd.; KAYA, s. 72-73.

²⁹ ERMAN, s. 112-113.

³⁰ TANDOĞAN, C.II, s.147 vd. Ayrıca bkz. TANDOĞAN, Halûk, “*Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler*”, *Batider*, Haziran 1981, s. 1-49. Karşıt görüşler için bkz. SUNGURBEY, İsmet, “*Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitirmeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’a Zorunlu Bir Yanıt)*”, *Yasa Hukuk Dergisi*, 1982/II, C.5, s.173-194; SEROZAN, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 175-176. Bu görüşlerin değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. ÖZ, Dönme, s. 210 vd.

³¹ Bkz. SUTER, Esther, *Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug*, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zurich zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft, Schulthess, Zurich 1991; SCHENKER, Franz, *Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht*, Universitätsverlag Freiburg, Schweiz, 1988. Karşıt görüş için bkz. BUZ, Vedat, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.

³² Bkz. TANDOĞAN, C.II, s.142.

³³ SELİÇİ, Özer, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978, s. 78.

gerektiği görüşündedir³⁴. Klasik dönme görüşünün uygulanması halinde, sözleşmeden geçmiş etkili olarak dönen arsa sahibi, yükleniciye peşinen mülkiyetini devretmiş olduğu arsa paylarını, istihkak talebiyle değil, sebepsiz zenginleşme esaslarına göre alacak davası açarak (sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebiyle) geri istemesi gerekecektir³⁵. İşbu alacak davası, kural olarak sadece iade borçlusuna (sebepsiz zenginleşen yükleniciye) karşı açılabilir.

Buna rağmen, Yargıtay’ın her nedense, klasik dönme görüşünü savunan yerleşik içtihadından saparak; sözleşmeden dönen arsa malikinin doğrudan üçüncü kişiye karşı tapu iptali ve tescil davası açmasını haklı bulduğunu ve bunu yıllara yayılan yerleşik içtihadında tekrar ettiğini görmekteyiz. Aşağıda, Yargıtay’ın ve Anayasa Mahkemesi’nin yarattıkları “Avans Tapu” kavramıyla bunu nasıl gerekçelendirdiğine değineceğiz.

IV. YARGITAY KARARLARINDA İYİNİYETİN ROLÜ VE AVANS TAPU KAVRAMI

Klasik dönme görüşünü savunan yazarlara göre; sözleşmeden dönme, dönme öncesinde sözleşmeye uygun olarak yapılan kazandırmaların geçerliliğini, bu kazandırmalar sebebe bağlı olsalar dahi etkilemeyecektir³⁶. Bu görüş uyarınca, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin temerrüde dayalı olarak sözleşmeden dönmesi, yüklenici adına dönme tarihi öncesinde yapılmış olan tapudaki kaydın “yolsuz tescil” olmasına yol açmaz³⁷. Sözleşmeden geçmiş etkili olarak dönen arsa sahibi, yükleniciye peşinen mülkiyetini devretmiş olduğu arsa paylarını, istihkak talebiyle değil, sebepsiz zenginleşme esaslarına göre şahsi dava yoluyla geri isteyecektir³⁸.

Halbuki, diğer tüm konularda klasik dönme görüşünü kabul eden Yargıtay’ın, sadece bu konuyla ilgili olarak yerleşik içtihatlarına bakıldığında; sözleşmeden dönme halinde, (dönme sözleşmeyi baştan itibaren hükümsüz kılacağından) sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumlarının sözleşme öncesine döneceği ve yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik artık sebepsiz kalacağı, diğer bir ifade ile tescilin baştan itibaren yolsuz tescil sayılması gerektiği görüşünün kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay’a göre³⁹, “geriye etkili dönme halinde, sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumları sözleşme öncesine döneceğinden, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik artık sebepsiz kalır. Diğer bir ifade ile tescil baştan itibaren yolsuz tescil sayılır.” Esasen sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından, iade borcunun sebepsiz zenginleşmeye dayandığına dair klasik dönme teorisini

³⁴ Yarg. 15. HD. T. 10.3.2003, E. 2003/492, K. 2003/1152; Yarg. 15. HD. T. 6.11.2003, E. 2003/1903, K. 2003/5288; Yarg. 15. HD. T. 14.5.2012, E. 2011/6559, K. 2012/3377; Yarg. 15. HD. T. 9.12.2004, E. 2003/7040, K. 2004/6389 (Kazancı).

³⁵ TANDOĞAN, C. II, s.142; ERMAN, s. 177; KARATAŞ, s. 153 ve 173.

³⁶ OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Auflage, Zürich 1929, OR Art. 109, N. 2-4; VON TUHR, Andreas/ ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Bd. II, Schultess, Zurich 1974, §73, s. 155-156; REİSOĞLU, Seza, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961, s. 36; TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 504; Von BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 380 dn. 82. Açıklamalar için bkz. SCHENKER, Nr. 700 vd.; SUTER, s. 110 vd.

³⁷ ERMAN, s. 177.

³⁸ TANDOĞAN, C. II, s.142; ERMAN, s. 177; KARATAŞ, s. 153 ve 173.

³⁹ Yarg. HGK. T. 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 1. HD. T. 5.3.2003, E. 2003/1487, K. 2003/2356 (Kazancı).

kabul eden Yargıtay'ın, bu tarz olayların tamamında tescilin kendiliğinden yolsuz hale geldiğini (mülkiyetin geçmemiş olduğunu) kabul etmesi ilginçtir.

Öte yandan, Yargıtay'ın bu görüşü kabul edilecek olsa bile, tapuda malik olarak görülen yükleniciden iyiniyetle aynı hak edinmiş olan üçüncü kişilerin bu kazanımının, tapu kaydına güven ilkesi (TMK m.1023) gereğince korunması beklenirdi⁴⁰. Ancak, Yargıtay, burada temelden arsa payı satın alan veya inşaatın başında kat satın alan üçüncü kişilerin iyiniyetinden bahsedilemeyeceğini bu konuda görülen tüm davalarda kabul etmiş, adeta bir kötünüyet karinesi yaratmıştır⁴¹. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, yükleniciye yapılan devir, avans niteliğindedir⁴² ve yüklenici de kendisine avans niteliğinde devredilmiş olan bu tapuyu üçüncü kişiye devretmiş ise, “*arsa sahipleri yüklenicinin hak etmediği halde üçüncü kişilere verdiği bu tapularında iptal ve adına tescilini isteyebilir. Hayatın olağan akışı ve TMK m. 3 hükmü bu sonucu gerektirir. İnşaat halindeki yerden tapu devralan üçüncü kişilerde iyiniyet iddiasında bulunamayacağından (TMK m.3) onlar üzerindeki tapuların iadesi de istenebilir. Zira, bu durumdaki kişiler TMK m. 1023 hükmünden yararlanamaz*”⁴³.

Görüldüğü üzere Yargıtay⁴⁴, yükleniciye devredilen taşınmaz paylarının aslında devrolmadığı, tapu kaydının gerçek mülkiyet durumunu göstermediği kanaatindedir.

Yargıtay'a göre⁴⁵, yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişiler bu payları taşınmazda yapılacak binadan bağımsız bölümlere karşılık almışlardır. Bu haliyle alıcı üçüncü kişiler, yüklenicinin arsa malikine karşı hakkını ancak kendi edimini yerine getirmesi halinde alacağını bilecek durumdadır. Buna göre, “*Topraktan satış*”, “*temelden satış*” şeklinde

⁴⁰ ERMAN, s. 178.

⁴¹ “*Henüz inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyiniyetli oldukları kabul edilemez.*” (Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779; Yarg. 23. HD, 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593; Yarg. 23. HD, 22.6.2017, E. 2016/5026, K. 2017/1923; Yarg. 15. HD, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360; Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 23. HD, 18.3.2016, E. 2015/925, K. 2016/1721; Yarg. 23. HD, 12.9.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588; Yarg. 23. HD, 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544; Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; Yarg. 23. HD, 18.9.2013, E. 2013/3436, K. 2013/5497; Yarg. 15. HD, 14.5.2012, E. 2011/6559, K. 2012/3377; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 15. HD, 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 15. HD, 7.3.2008, E. 2007/1709, K. 2008/1486; Yarg. 15. HD, 16.3.2005, E. 2005/534, K. 2005/1536; Yarg. 15. HD, 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 1. HD, 26.10.2000, E. 2000/12433, K. 2000/13094 [Kazancı]).

⁴² Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470; Yarg. 23. HD, 31.03.2014, E. 2013/8737, K. 2014/2416; Yarg. 23. HD, 22.6.2017, E. 2016/5026, K. 2017/1923; Yarg. 23. HD, 15.11.2017, E. 2015/2663, K. 2017/3246; Yarg. 23. HD, 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593; Yarg. 23. HD, 23.3.2017, E. 2015/8179, K. 2017/908; Yarg. 23. HD, 31.3.2016, E. 2015/3455, K. 2016/2029; Yarg. 23. HD, 18.3.2016, E. 2015/925, K. 2016/1721; Yarg. 14. HD, 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824; Yarg. 23. HD, 19.6.2015, E. 2015/3400, K. 2015/4746; Yarg. 23. HD, 26.11.2014, E. 2014/5616, K. 2014/7583; Yarg. 23. HD, 12.9.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588; Yarg. 23. HD, 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544; Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; Yarg. 23. HD, 18.9.2013, E. 2013/3436, K. 2013/5497; Yarg. 15. HD, 14.5.2012, E. 2011/6559, K. 2012/3377; Yarg. 15. HD, 31.5.2011, E. 2011/1819, K. 2011/3203; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 15. HD, 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. 15. HD, 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779 (Kazancı).

⁴³ Yarg. 15. HD, 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. 15. HD, T. 10.3.2003, E. 2003/492, K. 2003/1152; Yarg. 15. HD, T. 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341 (Kazancı).

⁴⁴ Yarg. 14. HD, 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847 (Kazancı).

⁴⁵ Yarg. 1. HD, T. 5.3.2003, E. 2003/1487, K. 2003/2356 (Kazancı).

isimlendirilen bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendilerine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında haklarının doğmayacağını bilmekte ve dolayısıyla arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadırlar." Yargıtay'a göre, tapu üzerinde arsa payı devralan üçüncü kişiler, ancak yüklenici tüm edimlerini yerine getirdikten sonra mülkiyete hak kazanabileceklerini bilmekte ve kabul etmektedirler⁴⁶.

Yargıtay'ın benimsediği bu görüşe göre⁴⁷, davacı arsa sahibi ile yüklenici arasında tapuda tanzim edilen akit tablosunda bu durum açık seçik yazılmıştır. Bu nedenle, TMK m.1023 hükmünden yararlanmaları mümkün değildir.

Halbuki, bilindiği üzere, arsa payı satın alan üçüncü kişilerin tescilin dayanağını oluşturan belgeleri inceleme zorunluluğu yoktur⁴⁸. Yargıtay burada üçüncü kişilerden sicil kaydı dışındaki bir olguyu (esas borç ilişkisinden doğan sorunları) bilmesini beklemekte, buna göre iyiniyetli olmadıklarını adeta bir kötüniyet karinesi yaratarak ileri sürmektedir⁴⁹. Oysaki, TMK. m.1023 hükmü uyarınca, iyiniyetle taşınmaz üzerinde aynı hak edinen üçüncü kişilerin tapu siciline olan güveni korunmalıdır⁵⁰. Burada kanunkoyucu yolsuz tescile rağmen üçüncü kişiyi korumakla; hukuki işlem güvenliğini, tapu siciline güven duyulması amacıyla gerçek hak sahipliğine tercih etmiştir⁵¹. Bu tercih, elbette ki belirli ölçütlere (tapu siciline iyiniyetle güvene) dayalı olarak geçerli olacaktır. Bu kriterlerin araştırılmadan bir kenara bırakılması birze yerinde değildir. Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciden arsa payı satın almış olan kişilerin kötüniyetli olduklarının peşinen kabul edilmesi doğru değildir. Her olayda bunun ayrıca araştırılması birze gereklidir⁵². Aksi yöndeki uygulama, tapu sicilinin güvenilirliğini zedeler.

V. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINDA AVANS TAPU

Anayasa mahkemesi kararında görüldüğü üzere; Anayasa'nın 35. maddesi kapsamındaki mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuru, böyle bir hakkın varlığını kanıtlamak zorundadır⁵³.

Anayasa Mahkemesinin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı'nda ise, başvuru sahiplerinin arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kapsamında yükleniciye devredilen uyumsuzluk konusu taşınmazda bulunan altı adet arsa payını, tapuda temelden satın aldıkları görülmektedir. İlgili arsa payları, tapuda başvuru sahiplerinin adlarına

⁴⁶ "Henüz inşaat aşamasında bağımsız bölüm satın alan davalı üçüncü kişiler, inşaatın yüklenici tarafından bitirilmesi halinde hak sahibi olacaklarını bilmeleri gerekir." (Yarg. 15. HD. 25.10.2007, E. 2006/3246, K. 2007/6600 [Kazancı]).

⁴⁷ Yarg. HGK. T. 30.11.1994, E. 1994/15-552, K. 1994/779; Yarg. 15. HD. T. 15.11.1993, E. 1992/6469, K. 1993/4599 (Kazancı).

⁴⁸ KIRCA, Çiğdem, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmeyen Üçüncü Kişilere Etkisi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007, s. 90-91; COŞKUN, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara 2010, s. 142.

⁴⁹ AYDIN, s. 439.

⁵⁰ Yarg. 14. HD. T. 15.1.2008, E. 2007/12325, K. 2008/52; Yarg. 14. HD. T. 4.3.2008, E. 2008/1597, K. 2008/2683 (Kazancı). Ayrıntılı açıklama için bkz. YAKUPPUR, Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016; ÖZÇELİK, Barış, Tapu Siciline Güvenin Korunması, Ankara 2016.

⁵¹ KIRCA, s. 88 vd.

⁵² ERMAN, s. 177; Yarg. 14. HD. T. 17.5.2011, E. 2011/2714, K. 2011/6459 (Kazancı).

⁵³ Anayasa Mahkemesi Kararı, Cemile Ünlü, Başvuru No: 2013/382, 16.04.2013, § 26.

tescil edilmişse de, Yargıtay içtihatlarına göre yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin gerektirdiği edimleri ifa etmemesi nedeniyle arsa malikinin geri alma hakkının doğduğu Anayasa Mahkemesince kabul edilmiştir⁵⁴. Nitekim, yukarıda açıkladığımız üzere Yargıtay, üçüncü kişilere satılan bağımsız bölümler üzerinde üçüncü kişilerin malik olabilmelerinin halef oldukları yüklenicinin sözleşmeden doğan tüm yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı olduğunu kabul etmektedir.

Anayasa mahkemesine göre⁵⁵, “başvurucular satın alırken inşaatın henüz tamamlanmadığını ve ileride inşa edilecek bir bağımsız bölüme ait arsa payını satın aldıklarını bilebilecek durumdadırlar. Başka bir deyişle inşaat halinde olan bir yapının bağımsız bölümlerini satın alan başvurucuların inşaatın tamamlanamaması durumunda yükleniciden satın alınan arsa paylarının iade edilmesini öngörmesi gerektiği kabul edilmektedir. Gerçekten de başvurucuların inşa edilecek bağımsız bölümlere ait arsa paylarını satın aldıkları tapu kaydından açıkça anlaşılmalıdır. Bu nitelikteki arsa paylarını satın alan başvurucular, yüklenicinin halefi olduklarından taşınmaz maliklerine karşı, düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin haklarına da sahip olmuşlar ancak yine bu sözleşme kapsamında yüklenicinin edimlerinden de sorumlu tutulmuşlardır.”

Karara göre, sonuç olarak, tüm bu hususlar birlikte gözetildiğinde yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan başvurucuların, halefi oldukları yüklenici tarafından sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle tapu kayıtlarının iptal edilmesi suretiyle yapılan müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığına açık olduğu anlaşılmalıdır⁵⁶.

VI. DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi kararınca da benimsenen⁵⁷ Yargıtay’ın yerleşik içtihatları uyarınca⁵⁸, daha işin başında, yapılacak inşaatla karşılık ileride devrine hak kazanılacak tapular (eser bedeli) peşin olarak yükleniciye geçirilmiş ise bu “avans” niteliğindedir. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme nedeniyle tapu devri sebepsiz kalmışsa, arsa sahipleri “avans” olarak devredilen bu tapuların iadesini talep edebilir⁵⁹. Yükleniciye peşin devredilen tapular onun tarafından üçüncü kişilere temlik edilmişse, inşaat halindeki yerden tapu devralan

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, *Faik Tari ve Sultan Tari*, Başvuru No: 2014/12321, 20.07.2017, § 39.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı, *Faik Tari ve Sultan Tari*, Başvuru No: 2014/12321, 20.07.2017, § 53 vd.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, *Faik Tari ve Sultan Tari*, Başvuru No: 2014/12321, 20.07.2017, § 55.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, *Faik Tari ve Sultan Tari*, Başvuru No: 2014/12321, 20.07.2017, § 53 vd.

⁵⁸ Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470; Yarg. 23. HD, 31.03.2014, E. 2013/8737, K. 2014/2416; Yarg. 23. HD, 22.6.2017, E. 2016/5026, K. 2017/1923; Yarg. 23. HD, 15.11.2017, E. 2015/2663, K. 2017/3246; Yarg. 23. HD, 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593; Yarg. 23. HD, 23.3.2017, E. 2015/8179, K. 2017/908; Yarg. 23. HD, 31.3.2016, E. 2015/3455, K. 2016/2029; Yarg. 23. HD, 18.3.2016, E. 2015/925, K. 2016/1721; Yarg. 14. HD, 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824; Yarg. 23. HD, 19.6.2015, E. 2015/3400, K. 2015/4746; Yarg. 23. HD, 26.11.2014, E. 2014/5616, K. 2014/7583; Yarg. 23. HD, 12.9.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588; Yarg. 23. HD, 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544; Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; Yarg. 23. HD, 18.9.2013, E. 2013/3436, K. 2013/5497; Yarg. 15. HD, 14.5.2012, E. 2011/6559, K. 2012/3377; Yarg. 15. HD, 31.5.2011, E. 2011/1819, K. 2011/3203; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 15. HD, 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. 15. HD, 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779 (Kazancı).

⁵⁹ Yarg. 15. HD, T. 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341 (Kazancı).

üçüncü kişiler iyiniyet iddiasında bulunamayacak, TMK m.1023 hükmünden faydalanamayacaktır. Bu nedenle arsa sahibi, arsa payını yükleniciden devralmış olan üçüncü kişiler üzerindeki tapuların iadesini isteyebilir⁶⁰. Yargıtay hatta bu üçüncü kişilerden de söz konusu arsa payını satın almış daha başka kişiler varsa, bunların da iyiniyet korumasından faydalanamayacaklarını kararlarında belirtmiştir⁶¹.

Görüldüğü üzere, Yargıtay kararları uyarınca yükleniciden asaleten pay satın almış olan üçüncü kişilerin iyiniyetleri tartışma konusu dahi olmamaktadır. Buna göre, yükleniciden arsa payı satın almış olan üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılması imkânı yoktur; tersine kötü niyetli sayılması lâzım gelir; bu durum karşısında arsa sahibinin üçüncü kişilerin kötü niyetli olduğunu iddia ve ispat etmesi bile gerekli değildir⁶². Yargıtay burada hayatın olağan akışına dayanarak üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını genel geçer bir kural gibi kabul etmiş, adeta bir "kötüniyet karinesi" öngörmüştür⁶³. Kanaatimizce içtihatlar yoluyla kanuni bir karinenin, özellikle iyiniyet karinesinin böylesine tersine çevrilmesi yerinde değildir. Özellikle tapu kütüğündeki kayda olan güveni koruyan bir hükmün, üçüncü kişilerin inancının korunması ilkesinin bu kadar kolaylıkla uygulanamaz kılınması kanaatimizce yerinde değildir.

Üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadıklarını bu kadar kolay kabul etmekte amaç arsa sahibini korumak ise, söz konusu arsa sahibinin ticari bir risk alarak güvendiği yükleniciye arsanın mülkiyetini geçirdiği unutulmamalıdır. Arsa sahibi, edimini baştan, peşin olarak ifa etmek suretiyle bu riski üstlenmiştir⁶⁴. Yüklenici seçiminde gerekli özeni göstermemiş olan, yükleniciden alabileceği teminatları almamış olan, edimini başta peşinen ifa etmek gibi bir yükümlülüğü olmadığı halde arsa paylarını peşinen devretmiş olan ve yüklenicinin finansman sağlamak amacıyla bu arsa paylarını üçüncü kişilere devredeceğini bilen arsa sahibi bizce tapu siciline güvenmiş olan üçüncü kişiler karşısında korunmaya layık değildir⁶⁵. Bize göre, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ve konuya ilişkin bireysel başvuru üzerine verilmiş

⁶⁰ Yarg. 15. HD. T. 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 15. HD. T. 16.3.2005, E. 2005/534, K. 2005/1536 (Kazancı).

⁶¹ "Henüz inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların, bu kuralı bilmedikleri ve iyiniyetli oldukları kabul edilemez." (Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779; Yarg. 23. HD, 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593; Yarg. 23. HD, 22.6.2017, E. 2016/5026, K. 2017/1923; Yarg. 15. HD, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360; Yarg. 23. HD, 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; Yarg. 23. HD, 18.3.2016, E. 2015/925, K. 2016/1721; Yarg. 23. HD, 12.9.2014, E. 2014/2487, K. 2014/5588; Yarg. 23. HD, 3.3.2014, E. 2013/7927, K. 2014/1544; Yarg. 23. HD, 27.9.2013, E. 2013/3213, K. 2013/5831; Yarg. 23. HD, 18.9.2013, E. 2013/3436, K. 2013/5497; Yarg. 15. HD, 14.5.2012, E. 2011/6559, K. 2012/3377; Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 15. HD, 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 15. HD, 7.3.2008, E. 2007/1709, K. 2008/1486; Yarg. 15. HD, 16.3.2005, E. 2005/534, K. 2005/1536; Yarg. 15. HD, 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341; Yarg. 1. HD, 26.10.2000, E. 2000/12433, K. 2000/13094 [Kazancı]).

⁶² Yarg. 1. HD. T. 29.12.1978, E. 1978/13105, K. 1978/13941 (Kazancı). Not etmek isteriz ki, 14.02.1951 tarih ve 1949/17-1951/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, vakia ve karinelere olayda kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötüniyetinin diğer tarafa ispat ettirilmesine artık sebep kalmayacağı ilkesi kabul edilmiştir (Yarg. İBK. T. 14.02.1951, E. 1949/17 K.1951/1 [Kazancı]).

⁶³ Yarg. HGK. T. 15.2.1995, E. 1995/1-15, K. 1995/70; Yarg. HGK. T. 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 15. HD. T. 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. 15. HD. T. 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. 15. HD. T. 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847 (Kazancı).

⁶⁴ COŞKUN, s. 146.

⁶⁵ Aynı yönde bkz. COŞKUN, s. 142 vd.

olan Anayasa Mahkemesi kararı, üçüncü kişilerin güvenle bağımsız bölüm almaya devam etmesini tamamen olumsuz yönde etkileyecek, tapuya güven ilkesini zedeleyecek kararlardır⁶⁶.

Ayrıca bu kararlarda göze çarpan bir diğer husus ise, avans olarak verilen arsa paylarının mülkiyetinin yükleniciye geçmiş sayılıp sayılmayacağı konusundadır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'a göre, edimini yerine getirmeyen yüklenici, kendisine hâlihazırda avans olarak devredilmiş olan arsa payının mülkiyetini edinemeyecektir⁶⁷. Burada Yargıtay, adını zikretmese de, aynı etkili dönme görüşüne⁶⁸ yakın görünmektedir; zira sebepsiz zenginleşmeye değil, istihkak davasına dayalı olarak tapu iptali ve tescile karar vermektedir⁶⁹. Buna rağmen, sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından Yargıtay'ın görüşü, aynı etkili dönme görüşünün de amacını aşan bir görüş olarak nitelendirilmelidir; zira, aynı etkili dönme görüşünde bile, dönmeden önce iyiniyetle hak kazanan üçüncü kişilerin kazanımları korunmalıdır⁷⁰.

Öte yandan, tapudaki devrin "avans" niteliğinde olduğu ve ancak borcun ifası tamamlanınca mülkiyetin geçeceğine ilişkin görüş⁷¹ de bize göre isabetli değildir. Kanaatimizce, bu hususta, payın devredilmiş ve tapuya tescilin yapılmış olmasına rağmen, yüklenicinin mülkiyeti kazanmasının hâlâ ifanın gerçekleşmesi şartına tâbi olduğunun kabulü tapu sicil sistemine uygun değildir. Bilindiği gibi, taşınmaz mülkiyetinin devrinde, tapu kütüğüne yapılan tescilin herhangi bir şarta bağlanması mümkün değildir⁷². Dolayısıyla, arsa sahibinin yükleniciye tapuda usulüne uygun olarak yaptığı devir işleminin de yüklenicinin

⁶⁶ Aynı yönde bkz. AYDIN, s. 427.

⁶⁷ Yarg. 15. HD. T. 7.3.2008, E. 2007/1709, K. 2008/1486; Yarg. 15. HD. T. 16.3.2005, E. 2005/534, K. 2005/1536; Yarg. 15. HD. T. 17.6.2010, E. 2009/1989, K. 2010/3468; Yarg. 15. HD. T. 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. 1. HD. T. 26.10.2000, E. 2000/12433, K. 2000/13094 (Kazancı).

⁶⁸ Bu görüş için bkz. BUZ, Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998; AYAN, Serkan İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 269; ŞAHİN, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara 2012, s. 282; ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014, s. 187; KELLER, Max/ SCHÖBL, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988, s. 277-278; EHRAT, Felix R. Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich 1990, N. 479 vd.

⁶⁹ Bkz. KIRCA, s. 87.

⁷⁰ BUZ, s. 141; ÖZ, Dönme, s. 259-260; AYAN, s. 274; KIRCA, s. 87; AYDIN, s. 433.

⁷¹ "Yüklenici ediminin kural olarak tamamen ifası sonucu sözleşme konusu kendisine bırakan tapulu taşınmaz ya da bağımsız bölümün aynı hak sahibi olabilir." (Yarg. 23. HD, 28.11.2017, E. 2015/8887, K. 2017/3470 [Kazancı]). "Sözleşmenin tamamen ifayla sonuçlanması ya da sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurur şekilde feshi durumunda ancak yüklenicinin şahsi hakları aynı hakka dönüşebilir." (Yarg. 15. HD, 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847; Yarg. 23. HD, 15.11.2017, E. 2015/2663, K. 2017/3246; Yarg. 14. HD, 21.12.2015, E. 2015/11545, K. 2015/11824; Yarg. HGK, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360; Yarg. 15. HD, 31.5.2011, E. 2011/1819, K. 2011/3203; Yarg. 15. HD, 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818; Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 15. HD, 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779 [Kazancı]).

⁷² OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012, s. 206; AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 295; SİRMEN, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 202 vd.; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008, s. 125; AYDIN, s. 437-438.

edimini yerine getirmesi şartına bağlandığının (avans tapu olarak verildiğinin) kabulü bizce yerinde değildir⁷³.

Kaldı ki, burada TMK m.1023 hükmüne başvurmak dahi gerekmez⁷⁴; zira, arsa sahibi, yükleniciye arsa paylarının mülkiyetini geçerli bir şekilde devretmiş bulunduğundan yüklenici gerçek malik konumuna geçmiştir ve tasarruf yetkisini haizdir⁷⁵. Dolayısıyla ondan mülkiyet hakkı satın alan üçüncü kişiler, taşınmaz mülkiyetini gerçek malik olan yükleniciden devralmışlardır. Diğer bir deyişle, bu durumda yolsuz tescil söz konusu olmadığından⁷⁶, yolsuz tescile iyiniyetle güvenin tartışılmasına ihtiyaç yoktur. Burada, gerçek malikten yapılan, sebebi belli, yolsuz olmayan, geçerli bir tescil söz konusudur⁷⁷.

SONUÇ

Yukarıda açıkladığımız gerekçeler bize göstermektedir ki, üçüncü kişinin arsa payını yükleniciden satın aldığı sırada, yüklenici ile asıl arsa sahibi arasındaki sözleşmesel ilişki geçerli ve ayakta. Üçüncü kişinin, sözleşmenin ne de olsa ifa edilmeyeceğini yahut ifa edilemeyeceğini bilerek arsa payı devralmış olduğunu gösteren bir delil olmaksızın onu kötüniyetli saymak, adeta bir kötüniyet karinesi yaratmak anlamına gelir. Oysa ki, Türk Medeni Kanunu’na göre, kişilerin iyiniyetli oldukları asıldır, kötüniyet ispata muhtaçtır.

Öte yandan, tapuda şarta bağlı devir yapılamayacağından dolayı, bir arsa payının yükleniciye “avans” olarak verilmesi ve mülkiyetin sadece borç ifa edildiğinde geçeceğinin şart edilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, yükleniciye yapılan mülkiyet devri, tescil ile gerçekleşmiştir ve avans niteliği taşımaz.

O halde, yüklenici kendisine devredilen arsa paylarının malikidir. Bu halde, üçüncü kişi; gerçek malikten, sebebi belli, yolsuzluktan arı tescile dayalı bir hak iktisap etmiştir. Diğer bir deyişle, üçüncü kişi yolsuz tescile iyiniyetle güvenerek aynı hak iktisap etmeye çalışan bir şahıs değildir; doğrudan malikten taşınmaz satın alan bir şahıstır. Bu bakımdan, söz konusu üçüncü kişinin iyiniyeti araştırılmaz.

Aynı sebeplerle, arsa payı üzerindeki mülkiyet hakkını devralan üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanımı, yüklenicinin üstlendiği edimi ifası koşuluna bağlı tutulamaz. Zira, onun mülkiyeti kazanması da, iyiniyetli olmasına yahut yüklenicinin inşaat borcunu ifa etmesine bağlı değildir.

Tüm bu gerekçelerle, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatlarının kabul edilen avans tapu kavramının ve buna bağlanan sonuçların isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

⁷³ Aynı yönde bkz. ÖZMEN, Saba/ ÜREM, Müge, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/1, s.13-31; ÖZMEN, Saba, 2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hata Kararı’nın Eleştirisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2018, Yıl:30, Sayı: 135, s. 491-516.

⁷⁴ Aynı yönde bkz. AYDIN, s. 436.

⁷⁵ Bkz. KIRCA, s. 93.

⁷⁶ “Yolsuz tescil, haklı bir sebebe dayanmayan veya geçerli olmayan bir hukuki sebebe dayanılarak yapılan tescildir.” (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 264; ESENER/GÜVEN, s. 134; SİRMEN, s. 249; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 291). “Yolsuz tescil, gerçek hak durumunu yansıtmayan sadece görünürdeki tescildir.” (Yarg. 14. HD. T. 15.1.2008, E. 2007/12325, K. 2008/52 [Kazancı]). Oysa arsa sahibi, görünürde değil, gerçekten arsa paylarını yükleniciye devretmiştir.

⁷⁷ Aynı yönde bkz. KIRCA, s. 94.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara 2012.
- ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014.
- AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
- AYDIN, Gülşah Sinem, “*Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi Ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 141, 2019, s. 417-453.
- BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Schulthess, Zürich 1988.
- BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara 2013.
- COŞKUN, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara 2010.
- DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, 3. Bası, Ankara 2003.
- EHRAT, Felix R. Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich 1990.
- EREN, Fikret, “*I. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri; II. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi*”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer Ankara, 18-29 Mart 1996), 2. tıpkı bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 45-103.
- ERMAN, Hasan, “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İctihadi Birleştirme Kararının Düşündürdükleri)*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 58, S. 4-5-6, Nisan-Mayıs-Haziran 1984, s. 209-223.
- ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Bası, İstanbul 2010.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008.
- GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Schulthess, 2011 (www.swisslex.ch)
- GAUTSCHİ, Georg, Berner Kommentar (BK), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Stämpfli, Bern 1998.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I-II, İstanbul 2012.
- HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2006.
- KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013.
- KARATAŞ, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2009.
- KARTAL, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.
- KAYA, Özgür Katip, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İstanbul 1993.

KIRCA, Çiğdem, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.

KELLER, Max/ SCHÖBI, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988.

KOLLER, Alfred, Berner Kommentar (BK), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Heinz Hausheer (Hrsg.), Stämpfli, Bern 1998.

KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 11. Bası ve C. II, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Auflage, Zürich 1929.

ÖZ, M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013 (İnşaat).

ÖZ, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Dönme).

ÖZÇELİK, Barış, Tapu Siciline Güvenin Korunması, Ankara 2016.

ÖZMEN, Saba, "2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararı'nın Eleştirisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2018, Yıl:30, Sayı: 135, s. 491-516.

ÖZMEN, Saba/ ÜREM, Müge, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/1, s.13-31.

PEDRAZZINI, Mario M., "Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag", Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel-Stuttgart 1977, Band VII/1.

REBER, Hans J., Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 3. Auflage, Baufachverlag, Zürich 1975.

REİSOĞLU, Seza, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961.

SCHENKER, Franz, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Universitätsverlag Freiburg, Schweiz, 1988.

SEÇER, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2016.

SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.

SELİMOĞLU, Yaşar Engin, İstisnâ (Eser) Sözleşmesi, Ankara 2010.

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007.

SİRMEN, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013.

SUNGURBEY, İsmet, "Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitirmeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt)", Yasa Hukuk Dergisi, 1982/II, C.5, s.173-194.

SUNGURBEY, İsmet, “Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlananın Kusuruyla İş Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlayanca Bozulması Durumunda Uyuşmazlığın Kural Olarak BY. 106-108 Çerçevesinde Çözülmesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2’deki İlke Gösterilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün 3/1 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Üstüne Birkaç Not”, Yasa Hukuk Dergisi. 1984/VI, C.7, s. 781-795.

SUTER, Esther, Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zurich zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft, Schultess, Zurich 1991.

ŞAHİN, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012.

ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.

TANDOĞAN, Halûk, “Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Brakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler”, Batider, Haziran 1981, s. 1-49.

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I-II, 5. Tıpkı bası, İstanbul 2010.

TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010.

Von BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

Von TUHR, Andreas/ ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Bd. II, Schultess, Zurich 1974.

YAKUPPUR, Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016.

YAŞAR, Halis, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:102, s. 289-322.

YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Kadir Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013.

ZİNDEL, Gaudenz G./ PULVER, Urs, Basler Kommentar (BaK) zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 5. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.

^HTAŞINMAZ SATIŞ VAADI SÖZLEŞMELERİNDE ÖNCELİK İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

(APPLICABILITY PROBLEM OF THE PRIORITY PRINCIPLE TO THE PRELIMINARY
CONTRACTS FOR REAL ESTATE SALE)

Doç. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK* **

ÖZ

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taşınmaz mallara ilişkin sıklıkla akdedilen sözleşmelerden birisidir. Bu sözleşme ile taraflar, ileride bir taşınmaz satış sözleşmesi yapılması taahhütünü içeren bir hukuki ilişki içine girerler. Bu yönüyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, vaat alacaklısı lehine kişisel hak, vaat borçlusu aleyhine yapma borcu doğuran bir sözleşmedir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin uygulamadaki yeri, bu sözleşmeye ilişkin birçok hukuki uyumsuzluğun doğmasına neden olmaktadır.

Bu çalışmanın temel amacı taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde ortaya çıkan hukuki uyumsuzlukların TMK m.4'e göre hukuk ve hakkaniyet kapsamında çözülmesini sağlamak için katkıda bulunmaktır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin hukuki niteliğini ortaya koyarak, bu hususa ilişkin hatalı değerlendirmelere dikkat çekmektir. Özellikle de tasarruf işlemlerinde geçerli olan "öncelik ilkesinin" borçlandırıcı işlemlerde, dolayısıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde uygulanamayacağını bilimsel olarak kanıtlamaktır.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, ön sözleşme, borçlandırıcı işlem, tasarruf işlemi, öncelik ilkesi

ABSTRACT

The preliminary contract for real estate sale is one of the frequently concluded contracts regarding immovable properties. With this contract, the parties enter into a legal relationship, which includes a commitment to make a real estate sales contract in the future. In this aspect, a preliminary contract for real estate sale is a contract that gives rise to personal rights in favor of the creditor of the promise and a debt to the debtor of the promise. The place of the preliminary contract for real estate sale in practice causes many legal disputes regarding this contract. The main purpose of this study is to contribute to the resolution of legal disputes arising from the preliminary contracts for real estate sale within the scope of law and equity, according to Article 4 of the Turkish Civil Code. It aims to draw attention to erroneous assessments on this issue by revealing the legal nature of the contracts. It is to scientifically prove that the "priority principle", which is especially valid

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 19.04.2019. İlk hakem raporu tarihi: 14.10.2019. İkinci hakem raporu tarihi:12.11.2019. Onaylanma Tarihi:12.11.2019.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8138-8849

Esere Atıf Şekli: İpek Yücer Aktürk, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmelerinde Öncelik İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.799-812.

in the disposition transactions, cannot be applied in binding transactions, therefore in preliminary contracts for real estate sale.

Keywords: *Preliminary Contracts for real estate sale, preliminary contracts, binding transactions, disposition transactions, priority principle*

I. GENEL OLARAK

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, TBK m.237/II’de “Taşınmaz satışı ve satış ilişkisi doğuran haklar” başlığı altında hükme bağlanmış olan ve vaat alacaklısı ile vaat borçlusunu arasında ileride satış ilişkisinin kurulmasına yönelik edimler içeren bir sözleşmedir. Kaynağını TBK m.29’da düzenlenen “ön sözleşme” müessesesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, “ tarafların ileride bir taşınmaz satış sözleşmesi kurmaları” amacıyla yapılan bir taahhüt işlemidir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi sıklıkla akdedilen, tipik bir ön sözleşme niteliğindedir. Borçlandırıcı nitelik arz eden her sözleşme için ön sözleşme yapılması TBK m.29’a göre mümkündür. Ancak, diğer malvarlığı değerleri ile kıyaslandığında bir taşınmaz satın almak isteyen alıcının satış bedelini derhal ödeme imkanına sahip olması çoğunlukla güçtür. Böyle bir halde, taşınmazı satın almak isteyen alıcının rayiç satış bedelini ödeme imkanını elde edene kadar satıcının taşınmazı bir başkasına devretmemesi amacıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapması onun menfaatinde. Yine, satıcının taşınmazı satın almak isteyen alıcıyı hiçbir hukuki dayanağı olmadan satış ilişkisi kurulması için belirli ya da belirsiz süre beklemesi de olağan dışıdır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, bir taşınmazı ileride satın almak isteyen alıcı ile bu taşınmazı ileride satmak isteyen satıcı arasındaki ilişkinin hukuki bir temele bağlanmasını sağlar. Böylece vaat alacaklısı ve vaat borçlusunu, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde taahhüt edilen edimlerin ileride yerine getirilmemesi halinde aynen ifa ve/veya zararın tazminine yönelik taleplerini dava yoluyla ileri sürme imkanını elde ederler.

Sıklıkla uygulama alanı bulan bu tipik sözleşmenin, hukuki niteliğinin doğru ve eksiksiz olarak bilinmesi, hukuk ve hakkaniyete uygun kararlar alınması için zaruridir. Zira, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine yönelik birçok mahkeme kararı, bu sözleşmenin hukuki niteliğini “sözde bir ön sözleşme” haline getirmiş bulunmaktadır. Bu da, hukuka ve hakkaniyete aykırı kararlar verilmesi ve tarafların bu sözleşmeden doğan haklarının yok sayılması gibi hatalı sonuçlara neden olmaktadır.

Bu genel açıklamalar doğrultusunda, bu çalışmada ilk olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hukuki niteliği ve özellikleri üzerinde durulacaktır. Bu incelemenin ardından, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hukuki niteliği ile çelişen, özellikle de bu sözleşmelere kıdemde öncelik ilkesinin uygulanmasına ilişkin yargı kararları ele alınarak, ayrıntılı şekilde değerlendirilecektir.

II. TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİ

A. TANIMI ve İLGİLİ KANUNİ DÜZENLEMELER

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, tarafların yaptığı sözleşmeyle taraflardan birinin diğer tarafa veya üçüncü bir kişi ile belirli veya belirlenebilir olan bir veya birden fazla taşınmaza ilişkin ileride taşınmaz satış sözleşmesi akdetmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir. Bu sözleşmede ileride taşınmazı satmak için diğer taraf ya da üçüncü kişiyle taşınmaz satış sözleşmesi yapma taahhütünde bulunan tarafa, vaat borçlusunu, vaat borçlusundan taşınmaz

satış sözleşmesinin yapılmasını talep etme hakkına sahip olan tarafa ise vaat alacaklısı denir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin kanuni düzenlemeler ele alınacak olursa, ilk olarak TBK m. 237/II'de "taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin...resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmayacağı" hükmü karşımıza çıkmaktadır. Anılan hükümde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, alım, önalm ve geri alım hakları ile birlikte satış ilişkisi doğuran haklar başlığı altında ele alınmıştır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi için öngörülen resmi şekil ise detayları ile birlikte Noterlik Kanunu m.60 ve 89'da düzenlenmiştir. Noterlik Kanunu'nun "düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler" başlığını taşıyan m.89'a göre; "gayrimenkul satış vaadi...ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir".

Söz konusu sözleşmeye ilişkin diğer bir hüküm, kişisel hakların şerhini düzenleyen TMK m.1009'da yer almaktadır. Anılan hükme göre; "..taşınmaz satış vaadi...sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhedilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir". Bu düzenleme ile de taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden vaat alacaklısı lehine doğan hakkın, kişisel bir hak olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakka ilişkin şerh imkanı ve şerhin süresi Tapu Kanunu m. 26/7 ve 8'de de hüküm altına alınmıştır. Nitekim bu hükme göre; "Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir. Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse işbu şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin olunur".

B. GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile vaat borçlusu vaat alacaklısına karşı taşınmazın mülkiyetini devrini değil, bir taşınmazın devri borcunu üstlenen kişinin borcu taşınmazın mülkiyetini doğrudan doğruya karşı tarafa geçirmek değil, mülkiyeti devir borcu doğuran asıl sözleşmeyi, yani taşınmaz satış sözleşmesi yapmayı üstlenir. TMK m. 705 uyarınca taşınmaz mülkiyeti istisnalar hariç kural olarak tapu siciline tescil ile iktisap edilebilir. Tescilin hukuki sebebi de mülkiyeti devir borcu doğuran bir borçlandırıcı işlemidir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, mülkiyetinin devri borcu güden bir sözleşme değildir. Aksine, satış vaadi sözleşmesi sadece tescilin hukuki sebebinin oluşturduğu taşınmaz satış sözleşmesinin yapılması için bir ön basamak oluşturur¹.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri nitelikleri itibariyle birer ön sözleşmedir. Bu anlamdaki ön sözleşmeler vaat konusu taşınmazların mülkiyeti devir borcu doğurmazlar; taraflara sadece daha sonra gerçekleştirilecek olan ve mülkiyeti devir borcu doğuran asıl satış sözleşmesini yapma yükümlülüğünü yüklerler. Bu bakımdan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri de borçlandırıcı sözleşmeler kategorisine dahildirler. Bunların asıl borçlandırıcı sözleşmelerden farkı, edim konusu itibariyle görülür. Asıl satış sözleşmesindeki edimin konusu mülkiyeti devir borcu olduğu halde, satış vaadi sözleşmelerindeki edimin konusu asıl sözleşmeyi yapma yükümlülüğüdür.

¹ TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul 2008, sh. 243 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, sh. 67 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.Bası, Ankara 2018, sh. 195 vd.; YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 13.Baskı, İstanbul 2014, sh. 126 vd.; GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013, sh. 156-157.

Bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin açıklanan edim sonucunu doğurabilmesi için her şeyden önce onun geçerlilik şartlarını haiz olması gerekir. Bunlar;

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, bir borç sözleşmesine ilişkin olması, taşınmaz satış sözleşmesinin konusu yeterli derecede belirli veya belirlenebilir olması, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şekle uygun olarak yapılmış olması ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin konusunun imkansız hukuka veya ahlaka aykırı olmaması olarak sıralanmaktadır².

- Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, bir borç sözleşmesine ilişkin olmalıdır. Nitekim, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile amaçlanan tarafların birbirlerine karşı ileride borçlandırıcı işlem niteliğindeki taşınmaz satış sözleşmesini yapma taahhüdünde bulunmalarıdır. Bu bakımdan, tasarruf işlemlerinin yapılması taahhüdünü içeren işlemler, bir ön sözleşme olmayıp, asıl sözleşme sayılırlar.

- Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin konusunun yeterli derecede belirli veya belirlenebilir olması şartına gelince, bu sözleşme ile ileride taşınmaz satış sözleşmesi yapılması amaçlandığından, hem ön sözleşme hem asıl satış sözleşmenin konusunu oluşturan taşınmazların yeterli derecede belirli veya belirlenebilir olmaları gerekir. Aranacak belirlilik veya belirlenebilirliğin taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı anda bulunması gerekir. Kaynak İsviçre Hukukunda da durum böyledir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında³; “taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından birisi olan vaat konusu taşınmazların sözleşmenin resmen yapıldığı anda belirli veya belirlenebilir olmasına” hükmetmiştir. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi bir başka kararında⁴, belirli veya belirlenebilir olma unsurunu; “ vaat konusu taşınmazın resmi senette parsel durumu ile yer alması gerektiğini; vaat konusu taşınmazın genel ifadelerle yer almasının yeterli olmadığını” belirtmiştir. Yargıtay’ın bu görüşlere aykırı olan tutumunda isabet bulunmamaktadır⁵.

- Bir ön sözleşme olan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin konusu da asıl sözleşmelerdeki gibi, imkansız olmamalıdır (TBK m.27).

Türk Borçlar Kanunu m.27 anlamındaki imkansızlık, başlangıçtaki imkansızlık olmalıdır ve edimin objektif ve sürekli olarak hiç kimse tarafından ifasının mümkün olmamasıdır. Bu anlamdaki imkansızlık, hukuki işlemlerin butlan yaptırımı ile geçersiz olması sonucunu doğurur.

C. HUKUKİ NİTELİĞİ

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, hukuki temeli TBK m.29’ a dayanır. Zira, anılan hüküm, taşınmaz satış sözleşmesi gibi her borçlandırıcı sözleşme için bir ön sözleşme yapılabilmesi imkanını sunmaktadır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de bir önsözleşme niteliğindedir. Bu sözleşme ile taraflardan biri diğeri ile ya da her ikisi bir üçüncü kişi ile ileride asıl sözleşme olan taşınmaz satış sözleşmesini yapma borcu altına girerler. TBK m. 237/II’ de, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerektiği hükmüne bağlanmak suretiyle, her borç sözleşmesi için yapılabilecek olan ön sözleşmenin, taşınmaz satış sözleşmesi için de yapılabileceği açıkça ifade edilmiştir. Böylece, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, bir önsözleşme niteliğinde olduğu ve dolayısıyla önsözleşmenin hukuki niteliğine tabi olduğu açıktır. Önsözleşme, borçlandırıcı bir işleme, bir borç sözleşmesine ilişkin olan, ileride bir borç sözleşmesi yapma taahhüdü içeren borçlandırıcı bir işlemdir. O

² EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Bası, Ankara 2017, sh. 327; HONSELL, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern, 2006, sh. 159 vd.

³ BGE 106 II 146.

⁴ BGE 127 III 248.

⁵ Yargıtay 14.Hukuk Dairesi 06.05.2003 T., 2003/2243 E., 2003/3673 K.

halde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de bir önsözleşme olarak borçlandırıcı bir işlem niteliğindedir⁶.

Açılanan gerekçelerle, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hukuki niteliğinin ve bu kapsamda tarafların bu sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin tespiti, ön sözleşme müessesinin ayrıntılı olarak ele alınmasını gerektirir.

1. Ön Sözleşme Kavramı

Ön sözleşme en genel tanımı ile, ileride belirli bir sözleşme yapma taahhütü içeren borç doğuran bir akittir. Bu sözleşme ile ileride akdedilmesi taahhüt edilen sözleşme asıl sözleşme olarak adlandırılır. Asıl sözleşme de niteliği itibariyle borç doğuran bir sözleşmedir. Bu sebeple, ileride akdedilmesi taahhüt edilen sözleşme bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Bu sebeple, ileride akdedilmesi taahhüt edilen sözleşme bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Zira, TBK m.29'da, yalnız borçlandırıcı sözleşmeler için ön sözleşme yapılabileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, ileride akdedilmesi taahhüt edilen sözleşme borçlandırıcı sözleşme niteliğinde değilse, böyle bir taahhüt ancak asıl sözleşmenin konusunu oluşturabilir. Örneğin, alacağın devri bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Tarafların adı yazılı şekilde yaptıkları devir sözleşmesi ile sözleşmeye konu olan alacak, devralanın malvarlığının aktifini doğrudan etkiler. Bu durumda, alacağın devri işleminin yapılması taahhütü içeren bir sözleşmenin TBK m.29 uyarınca ön sözleşme olarak nitelenmesi mümkün değildir.

Doktrinde ön sözleşme müessesesinin gerekliliğine ilişkin farklı görüşler vardır. Ön sözleşme müessesesinin gerekli olmadığını savunan yazarlara göre⁷, ön sözleşme reel sözleşmelerin egemen olduğu sistemlerde işlerlik kazanabilen bir kurumdur. Zira, reel sözleşmeler, taahhüt edilen edimin ifasını, yani teslimini gerektiren sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde, tarafların ifaya ilişkin taahhütleri yeterli olmadığından, ön sözleşme yararlı ve gerekli bir kurum olarak değerlendirilebilir. Ancak, borçlandırıcı sözleşmelerin hakim olduğu ve böylece tarafların edim konusunu teslim etmeden, ifaya yönelik taahhütleri ile hukuka bağlı oldukları sistemlerde ön sözleşme herhangi bir işleve sahip olmadığından, uygulama alanı sınırlı ve gereksiz niteliktedir. Ön sözleşmenin gerekli ve yararlı bir kurum olduğunu savunan yazarlara göre ise⁸, her ne kadar borçlandırıcı sözleşmelerin hakim olduğu ve bu nedenle de ön sözleşmenin sınırlı olarak uygulama alanı bulduğu hususları doğru olsa da, ön sözleşmenin yararlı etkileri de inkar edilmemelidir. Türk Hukukunda özellikle taşınmaz

⁶ EREN, sh. 324; TEKİNAY, Sulhi/ AKMAN, / BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993, sh. 142; OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018, sh. 199 vd.; TANDOĞAN, sh.240; KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU,Necip, sh.46; DOĞAN, Gül: Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006, sh. 51 vd.; KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Volume 1, Bern 2009, sh. 361; HONSELL, sh.159; GUHL/MERZ/KOLLER: Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, sh.107; SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrechts Allgemeiner Teil, Bern 2012, sh. 176; BUCHER, Eugen/ SALADIN, Peter: Der Verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrags, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag Bern/Stuttgart 1979, sh.169; SCHMID, Jörg/STOCKLI, Huber. Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Freiburg 2010, sh.77.

⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sh. 49 vd.; SUNGURBEY, İsmet:Medeni Hukuk Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, Ankara 1972 sh. 43; Von BUREN, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, sh. 213 vd; Von TUHR/PETER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1979, sh. 275 vd.

⁸ EREN, sh. 325-326.

satış vaadi ve kefalet vaadi sözleşmeleri ile sınırlı olarak uygulanan ön sözleşme kurumu, birçok pratik sonuç doğurmaktadır.

2. Ön Sözleşme Türleri

Ön sözleşme, herşeyden önce vaat borçlusunun karşı tarafa ya da üçüncü kişiye asıl sözleşmeyi yapma taahhütünde bulunmasına göre iki şekilde akdedilebilir. Şayet, ön sözleşmede taraflardan biri sözleşmenin diğer tarafı ile ileride belirli bir borçlandırıcı sözleşme yapmayı taahhüt ederse, bu halde klasik anlamda bir ön sözleşme söz konusu olur. Örneğin, bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde, taraflardan biri diğer taraf lehine sözleşmeye konu olan taşınmaza ilişkin ileride onunla taşınmaz satış sözleşmesi yapmayı ve bu suretle taşınmazı ona satmayı taahhüt ederse, klasik bir ön sözleşme akdedilmiş olur. Ancak, bir ön sözleşmede, taraflardan biri sözleşmenin diğer tarafına karşı, ileride belirli bir üçüncü kişiyle borçlandırıcı bir sözleşme yapmayı taahhüt ederse, üçüncü kişi lehine ön sözleşme söz konusu olur. Örneğin, bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde, ileride yapılması taahhüt edilen taşınmaz satış sözleşmesinin, karşı tarafla değil de, üçüncü bir kişiyle yapılması borcu üstlenilmişse, üçüncü kişi lehine taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmış olur⁹. Üçüncü kişi lehine ön sözleşme, TBK m.129 kapsamında değerlendirilir. Böylece, TBK m.129/II gereği “Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez”.

Öte yandan ön sözleşme, tek taraflı ve iki taraflı ön sözleşme olarak da ikiye ayrılır. Gerçekten, taraflardan yalnız birinin ileride asıl sözleşmeyi yapma taahhüdünde bulunması halinde, tek taraflı ön sözleşme söz konusu olur. Örneğin, arsa sahibinin eser sözleşmesinin ifası halinde, taşınmazın tamamı ya da bir bölümüne ilişkin karşı taraf veya üçüncü kişiyle taşınmaz satış sözleşmesi yapacağına ilişkin vaatte bulunması halinde, tek taraflı ön sözleşme akdedilmiş olur. Şayet, ön sözleşmede her iki taraf da birbirlerine karşı ileride asıl sözleşmeyi yapma taahhütünde bulunmuşlarsa, iki taraflı ön sözleşme vücut bulur. Zira, taraflardan birinin ileride taşınmazını diğer tarafa satmayı, diğer tarafın da bu taşınmazı satın almayı taahhüt etmiş olduğu haller böyledir¹⁰.

3. Ön Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Ön sözleşme, taraflardan birine veya her ikisine ileride asıl sözleşmeyi akdetme borcu yükleyen bir borç sözleşmesidir. Ön sözleşmede vaat borçlusu olan taraf, edim borcunu vaat alacaklının talebini kabul ederek yerine getirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde, borcun ifa edilmemesinden dolayı TBK m. 112'ye göre sorumlu olur. Ancak, ön sözleşme vaat alacaklısına tek taraflı irade beyanı ile asıl sözleşmeyi kurma imkanı vermez. Zira, ön sözleşmede vaat alacaklının, karşı tarafın kabulüne ihtiyaç olmadan asıl sözleşmenin kurulmasını sağlayacak nitelikte herhangi bir yenilik doğuran bir hakkı yoktur¹¹.

Ön sözleşme, tarafların ileride asıl sözleşme olarak adlandırılan bir borç sözleşmesini yapma taahhütlerinden oluşur. Bu bakımdan, bir hukuki işlemin ön sözleşme olarak nitelendirilebilmesi, asıl sözleşme gibi bir borçlandırıcı işlem (taahhüt işlemi) olmasına

⁹ GUHL/MERZ/KOLLER, sh. 108-109; KOLLER, sh. 361-362.

¹⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, sh.148; EREN, Borçlar Özel, sh. 193; AYRANCI, Hasan: Ön Sözleşme, Ankara 2006, sh. 40 vd.; KOLLER, sh. 362; BUCHER, sh. 169; GUHL/MERZ/KOLLER, sh. 107.

¹¹ GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9.Auflage, Band I, Zürich 2008, N. 1082; GUHL/MERZ/KOLLER, sh. 107-108.

bağlıdır. O halde, borçlandırıcı işlemlerin tüm özellikleri, ön sözleşmeler, dolayısıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmelerin için geçerlidir.

Hukuki işlem yapan kişinin malvarlığının pasif kısmını artıran işlemlere borçlandırıcı işlemler denir. Bu işlemler ile borçlu alacaklıya karşı taahhüdüne uygun olarak belirli bir edimde bulunmayı, maddi veya manevi bir yarar sağlamayı üstlenir. Borçlandırıcı işlemlerle, asli edim yükümlülüğü içeren bir borç ilişkisi kurulmuş olur. Borçlandırıcı işlemler, bir hakka veya hukuki ilişkiye doğrudan değil ancak dolaylı olarak etkide bulunabilirler. Bu suretle, bunlar sadece borçlanılan edime konu olan hakkın devri, sınırlanması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması taahhüdünü içerirler¹².

Bir hukuki işlemin borçlandırıcı işlem niteliğinde olup olmadığı, o işlemin kişinin malvarlığına olan etkisine göre takdir edilir. Tasarruf işlemleri, her zaman malvarlığının aktif kısmını doğrudan etkiler. Gerçekten, bir taşınır veya taşınmaz mülkiyetinin ya da alacak hakkının devri, devreden malvarlığının aktif kısmını doğrudan azaltırken, devralanın malvarlığında doğrudan bir artış sağlar. Borçlandırıcı işlemlerde ise, malvarlığının aktif kısmında herhangi bir değişiklik olmaz. Bu işlemlerde, alacaklı borçluya karşı onun malvarlığının pasif kısmını dolaylı olarak etkileyen ve kendi malvarlığı lehine olan bir talep hakkına sahip olur. Çoğunlukla, borçlandırıcı işlemler ileride yapılacak tasarruf işlemlerinin kaynağını oluşturur ve borçlandırıcı işlemlere konu olan edimler tasarruf işlemleri ile ifa edilir. Örneğin, TBK m.282'ye göre, bir mal değişim sözleşmesi yapan taraflar ileride bu sözleşmeye konu olan malların zilyetlik ve mülkiyetini birbirlerine devretmeyi borçlanırlar. Bu bakımdan, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurdukları mal değişim sözleşmesi, borçlandırıcı bir işlemdir. Taraflar, sözleşmeye konu olan malların zilyetlik ve mülkiyetini birbirlerine devretmek suretiyle hem borçlandırıcı işleme konu olan borçlarını ifa etmiş hem de tasarruf işlemi yapmış olurlar. Bazı hallerde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminin aynı anda gerçekleşmesi de mümkündür¹³. Örneğin, TBK m. 289'a göre, bağışlayanın bir taşınırı bağışlanana vermesiyle kurulan elden bağışlama ya da elden satış (peşin satış) bu iki işlemin aynı anda gerçekleştiği hukuki işlemlerdir¹⁴.

Genellikle, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemleri arasındaki farkın çok net ve kesin olduğu söylenebilir. Nitekim, borçlandırıcı işlemler bir veya birden fazla borcun doğumuna neden olurken, tasarruf işlemlerinde herhangi bir borç doğmaz. Bu işlemlerde, borçlandırıcı işlemlerin aksine bir hakkın devri, ortadan kaldırılması, değiştirilmesi ve sınırlandırılması söz konusu olur¹⁵.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda borçlandırıcı işlemlerin özellikleri şöyle sıralanabilir¹⁶;

¹² EREN, sh. 171; ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2015, sh. 114 vd.; KELLER/SCHÖBL: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Lehren des Vertragsrechts, Basel/Frankfurt 1988, sh. 12; KOLLER, sh. 41

¹³ EREN, sh. 178; GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID, N. 265 vd.; GUHL/MERZ/KOLLER, sh. 97; KELLER/SCHÖBL, sh.12 vd.; Von TUHR/PETER, sh.194 vd.; KOLLER, sh. 48 vd.

¹⁴ Bazı yazarlara göre, elden bağışlama gibi elden yapılan işlemler, yalnız tasarruf işleminden oluşur. Bu tür hukuki işlemler içinde borçlandırıcı işlem barındırmayan saf tasarruf işlemleridir. Bkz. KOLLER, sh. 49.

¹⁵ Von TUHR/PETER, sh.195; KOLLER, sh. 48; GUHL/MERZ/KOLLER, sh. 96; GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID, N. 136-137; BUCHER, sh.42 vd.

¹⁶ EREN, sh. 171 vd.; OĞUZMAN/ ÖZ, sh.; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, sh.; ANTALYA, sh. 114; GUHL/MERZ/KOLLER, sh. 96-97; KOLLER, sh. 48-49; GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID, N. 136-137; KELLER/SCHÖBL, sh.12 vd.; Von TUHR/PETER, sh.194 vd.; BUCHER, sh.42 vd.

- Malvarlığının pasif kısmını arttıran işlemlerdir: borçlandırıcı işlemlerin bu özelliği, taahhüt işlemi olmalarının doğal bir sonucudur. Nitekim, borçlu borçlandırıcı işlem yapmak suretiyle ileride malvarlığının aktifinde doğrudan azalma sağlayacak bir tasarruf işlemi yapma taahhüdü altına girer. Bu taahhüt de, borçluyu işleme konu olan bir ve birden fazla edimin ifası ile yükümlü tutarak, borçlunun malvarlığının pasif kısmının artmasına sebep olur.

- Bir hakkı veya hukuki ilişkiye dolaylı olarak etkilerler; borçlandırıcı işlemler, tasarruf işlemlerinden farklı olarak malvarlığının aktifini üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildirler. Bunun sonucu olarak, borçlunun, borçlandırıcı işlem yoluyla bir hakkı ya da hukuki ilişkiyi devretmesi, ortadan kaldırması, değiştirmesi ya da sınırlaması mümkün değildir. Zira, anılan hukuki sonuçlara yalnız tasarruf işlemleri ulaşılabilir. Borçlandırıcı işlemler, ancak bu hukuki sonuçları doğurmaya elverişli olan tasarruf işlemlerinin ileride yapılmasına yönelik taahhütlerden oluşabilir.

- Tasarruf işlemleri ile karşılaştırıldığında, çoğunlukla tasarruf işlemlerinin ilk basamağını oluşturup, zaman olarak tasarruf işlemlerinden önce yapılırlar; elden yapılan işlemler dışında, borçlandırıcı işlemler kural olarak tasarruf işlemlerinden önce yapılan işlemlerdir. Borçlandırıcı işlemler, borç ilişkilerinin kurulması ve borçların doğmasına hizmet ederler. Borçlandırıcı işlemlerle doğan borçların ifası ise çoğunlukla tasarruf işlemlerinin yapılması ile gerçekleşir. Bu nedenle, birçok halde borçlandırıcı işlem tasarruf işleminden önce yapılır ve onun ilk basamağını oluşturur. Örneğin, bir taşınır malın kiralanması taahhütünü içeren bir kira sözleşmesi borçlandırıcı işlem niteliğindedir, kullanım hakkı tesisi için taşınırın zilyetliğinin devredilmesi tasarruf işlemi niteliğindedir.

- Malvarlığına doğrudan doğruya değil, dolaylı olarak etkide bulduklarından, aynı borç konusu edim birden fazla borçlandırıcı işlemin konusunu teşkil edebilir; borçlandırıcı işlemlerin bu özelliği taahhüt işlemi niteliğinde olmalarından kaynaklanmaktadır. Gerçekten borçlandırıcı işlemler borçlunun malvarlığı üzerinde dolaylı bir etki yaratmaktan öteye gitmeyen, borçlanılan edimin ifası taahhüdü ile müstakbel bir tasarruf işlemi yapma vaadi öngören işlemlerdir. Bu işlem sonucunda borçlunun malvarlığının aktifinde hiçbir azalma olmadığı için işleme konu olan hakka ilişkin birden çok kişiye taahhütte bulunması mümkündür. Bu taahhütler malvarlığı üzerinde doğrudan doğruya bir etki yaratmadıklarından, aynı edim konusuna ilişkin birden çok borçlandırıcı işlem yapılması TBK m.27 anlamında imkansızlık oluşturmaz.

- Borçlandırıcı işlemlerde, borçlunun edim konusu üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekmez; borçlandırıcı işlemler ile bir hak ya da hukuki ilişkinin devri, ortadan kaldırılması, değiştirilmesi veya sınırlanması mümkün olmadığından, borçlunun bu işlemleri yaparken tasarruf ehliyetine sahip olmasını gerektirmez. Böylece, bir kişinin, başkasının mülkiyetinde olan bir malın devrine ya da henüz sahip olmadığı bir haktan vazgeçmeye ilişkin borçlandırıcı işlem yapması caizdir.

- Borçlandırıcı işlemin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, borçlunun TBK m.112'ye göre sorumluluğunu doğurur; bir hak veya hukuki ilişki üzerinde doğrudan doğruya etki yaratma kabiliyeti bulunmayan ve alacak hakkı doğuran borçlandırıcı işlemlerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, borçlunun TBK m.112 vd. uyarınca sorumlu olmasına neden olur. Bu halde, alacaklı borçlandırıcı işleme konu olan edimin aynen ifasını talep edebilir. Ancak, özellikle aynı edime ilişkin birden çok kez taahhütte bulunup, bunların içinden birine ifada bulunan borçludan aynen ifa talep etmek mümkün değildir. Çünkü bu halde, edim TBK m.136'ya göre borçlunun kusuruyla sonradan imkansız hale gelmiştir. Bu gibi durumlarda, diğer alacaklılar ancak TBK m.112'ye göre zararlarının tazminini talep edebilirler. Diğer taraftan, borçlandırıcı işleme konu olan edim alacaklı için TMK m.1009'da anılan kişisel haklardan birisini oluşturmaktaysa ve bu hak tapu kütüğüne şerh

edilmişse, kuvvetlendirilmiş kişisel hak haline gelir. Bu durumda, şerhe konu hakkın sahibi, şerhin munzam etkisi ile bu hakkını üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilir.

III. ÖNCELİK İLKESİ

Öncelik ilkesi, tasarruf işlemlerinde geçerli olan önemli ilkelere birisini teşkil eder. Bu ilke, “kimse hakkından fazlasını devredemez” ilkesinin doğal sonucudur. Nitekim, bir kişi bir hakkın devri veya ortadan kaldırılması sonucunu doğuran tasarruf işlemlerini ancak bir defa yapabilir. Bu nedenle, tasarruf işlemlerinde, zaman itibarıyla önce yapılan tasarruf işleminin önceliği vardır; zira ancak bu işlem geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurur. Böylece, bir hakka ilişkin birden fazla tasarruf işlemi yapılmışsa, zaman itibarıyla ilk yapılan tasarruf işlemi geçerli olur; daha sonra yapılan tasarruf işlemleri TBK m.27’ye göre başlangıçtaki imkansızlık sebebiyle kesin hükümsüzdür¹⁷.

Öncelik ilkesinin temeli, tasarruf işlemlerinin niteliğine dayanır. Zira, borçlandırıcı işlemlerden farklı olarak tasarruf işlemleri malvarlığının aktifine doğrudan doğruya etki eden işlemlerdir. Bir hakkın devri ya da ortadan kaldırılması sonucunu doğuran tasarruf işlemlerinde, işlemin tamamlanması ile o hak ilgili kişinin malvarlığından tamamen çıkar. Hakkı devreden ya da ortadan kaldıran kişinin artık bu hakka ilişkin başka bir tasarruf işlemi yapması hukuken geçerli sonuçlar doğuramaz. Çünkü, “kimse hakkından fazlasını devredemez”. Her nasılsa, malvarlığında bulunmayan bir hakka ilişkin tasarruf işlemi yapılsa da, bu işlem kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur. Zira, sahip olunmayan bir hakkın devri ya da ortadan kaldırılması TBK m.27 uyarınca objektif olarak imkansızdır. Ancak, bunun yanında bir kişinin sahip olmadığı bir hakka ilişkin borçlandırıcı işlemler yapması mümkündür. Çünkü, borçlandırıcı işlemler malvarlığını dolaylı olarak etkileyen taahhüt işlemlerdir. Bu nedenle, borçlandırıcı işlemler tasarruf yetkisine sahip olursa da olunmasa da geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmaya elverişlidirler. Ancak, borçlandırıcı işlemlerle taahhüt edilen tasarruf işleminin yapılması, tasarruf yetkisinin varlığına bağlıdır. Tasarruf yetkisi mevcut değilse, borçlandırıcı işlem yapan borçlu karşı tarafın zararını TBK m.112 vd.’na göre karşılamakla yükümlü olur¹⁸.

Görüldüğü gibi, öncelik ilkesi, tasarruf işlemlerinin malvarlığına doğrudan etkisi ve tasarruf yetkisi gerektirmesi özelliklerinin vazgeçilmez sonucudur. Zira, hiç kimse mevcut olmayan ya da sahip olmadığı bir hakka ilişkin tasarruf işlemi yapamaz.

Buna karşılık borçlandırıcı işlemlerde öncelik ilkesi geçerli değildir. Malvarlığına dolaylı olarak etki eden bu işlemlerde, borçlu yalnız bir hak ya da hukuki ilişkiye yönelik ileride gerçekleşecek başka bir borçlandırıcı işlem veya tasarruf işlemi yapmayı taahhüt etmektedir. Başka bir deyişle, borçlandırıcı işlemlerde hakkın malvarlığından çıkması ve tükenmesi söz konusu değildir. Bu nedenle, tasarruf yetkisine sahip olunmayan bir hak üzerinde borçlandırıcı işlem yapmak mümkün ve geçerlidir. Bir kişinin sahip olduğu ya da olmadığı bir hakka ilişkin birden fazla borçlandırıcı işlem yapması, bu işlemlerin geçerliliğini etkilemez. Aksine, her bir borçlandırıcı işlem, alacaklılara eşit talep hakları sunar. Bu işlemlerden birinin diğerine önceliği yoktur. Nitekim TMK m.1009 kapsamında şahsi hakkın şerhi de, şerhe konu hakkın sahibine öncelik hakkı vermez. Bu halde de tasarruf işlemi

¹⁷ EREN, sh. 175; ANTALYA, sh.115; BUCHER, sh. 46; GUHL/MERZ/KOLLER, sh. 97; KOLLER, sh.50; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 137; SCHWENZER, sh.17.

¹⁸ EREN, sh. 175; BUCHER, sh. 46; SCHWENZER, sh.17; GUHL/MERZ/KOLLER, sh. 97

bir üçüncü kişiyle yapılsa da geçerli olur. Ancak, şerhe konu hakkın sahibi, hakkı devralan üçüncü kişiden hakkın kendisine devrini talep ve dava etme yetkisine sahiptir¹⁹.

1. Yargıtay'ın Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmelerinde Öncelik İlkesinin Uygulanmasına Yönelik Görüşü

Ön sözleşme niteliğinde olan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin, bu niteliklerinden dolayı borçlandırıci işlem teşkil ettikleri kuşkusuzdur. Bunun sonucu olarak, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, borçlandırıci işlemler için geçerli olan tüm özelliklere sahip ve tüm ilkelere tabidirler. Bu durum, borçlandırıci işlemler için uygulama kabiliyeti olmayan “öncelik ilkesi” için de geçerlidir. Dolayısıyla, borçlandırıci işlemlerde uygulama kabiliyeti olmayan “öncelik ilkesi” nin taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde uygulanması söz konusu olmamalıdır. Ancak, Yargıtay borçlandırıci işlemlerde geçerli olmayan bu ilkeyi taşınmaz satış vaadi sözleşmelerine uygulayarak, zaman itibarıyla önce yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerine diğerlerine nazaran üstünlük tanımaktadır.

Nitekim Yargıtay'ın 2017 yılında verdiği güncel bir kararına göre²⁰; “malikin, satış vaadi sözleşmesine konu yaptığı bir taşınmazı sonradan bir başka kişiye satış vaadinde bulunması da mümkündür. Böylesine durumlarda şahsi hakların yarışması söz konusu olur. Kural olarak da geçersiz olmadıkça veya sözleşme feshedilmedikçe yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olanına değer tanınır. Yukarıda vurgulandığı üzere, burada satış işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden birine veya bir kaçına resmi biçimde (noterde satış vaadi sözleşmesi ile), diğerlerine adi yazılı sözleşme ile yapmış olmasının önemi yoktur. Önem arz eden husus, şahsi hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yapılan temlikin taşıdığı tarihtir.

Somut olayda; davacı... 14.10.2005 tarihli temlik sözleşmesine, birleştirilen davanın davacısı... ise 23.09.2010 tarihli satış vaadi sözleşmesine dayandığına göre yarışan şahsi haklarda önceki tarihli olan davacı...'in dayanağı olan sözleşmeye değer tanınmalıdır. Böyle olunca davacı...'in satış bedelinden kalan borcu saptanarak davalı yükleniciye ödenmek üzere mahkeme veznesine depo ettirilerek birlikte ifa kuralı doğrultusunda asıl davadaki mülkiyet aktarımı isteminin kabulüne, birleştirilen davanın reddine karar verilmesi gerekirken asıl davadaki istemin birlikte ifa kuralı göz önüne alınmaksızın reddi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir”.

Yargıtay bu görüşünü uzun zamandır istikrarlı olarak savunmakta ve bu görüşe göre hüküm kurmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın 1990 yılında verdiği başka bir kararına göre de²¹; “... davacıya 28.1.1986 tarihli sözleşme ile satış vaadinde bulunmuştur. Davalının satış vaadi sözleşmesi öncelik taşıdığı için iki sözleşmeden öncelik taşıyan davalı sözleşmesine itibar gerekir. Davacının kendi sözleşmesini tapuya şerh ettirmesi bundan sonra taşınmazı alacak olanlara uyarımağa yöneliktir. Yoksa bu şerh daha önce şahsi hak elde eden davalıyı etkilemez. Davalının daha sonra kendi sözleşmesi doğrultusunda taşınmazı tapuda iktisap etmesi durumu değiştirmez. O halde bu hususlar gözönünde tutularak, davanın reddi gerekirken davacının dayandığı sözleşmenin tapuya şerhine bakılarak yazılı şekilde sonuca gidilmesi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılamaya sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosya-

¹⁹ EREN, sh. 172; Von TUHR/ PETER, sh. 195; BUCHER, sh.45; SCHWENZER, sh.17-18; GUHL/ MERZ/ KOLLER, sh. 96.

²⁰ Yargıtay HGK, 22.11.2017 T., 2017/14-2265 E., 2017/ 1435 K.

²¹ Yargıtay HGK, 06.02.1991 T., 1990/14-632 E., 1991/41 K.

daki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır”.

2. Değerlendirme

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde öncelik ilkesini uygulayan Yargıtay'ın bu huku-ka aykırı tutumu, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakkın şerh edilmiş olup olmamasına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

a. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Şerh Edilmemiş Olması Halinde:

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi borçlandırıcı bir işlem olarak, vaat alacaklısına kişisel bir talep hakkı verir. Bu hak, vaat alacaklısının vaat borçlusuna karşı taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmasını talep etme hakkından ibarettir. Bu halde, vaat borçlusu, taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına yönelik şekilde uygun irade beyanında bulunmakla yükümlüdür. Aksi takdirde, vaat alacaklısı vaat borçlusuna karşı TBK m.112 vd.'na göre aynen ifa talebi veya tazminat talebini ileri sürülebilir.

Bir ön sözleşme ve dolayısıyla borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğundan, vaat borçlusunun aynı taşınmaza ilişkin birden fazla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapması mümkündür. Zira, borçlandırıcı işlemler ancak malvarlığının pasifini arttırıp, dolaylı etkiye sahip olduklarından, bir kişi aynı edim konusuna ilişkin farklı kişilere karşı birden fazla taahhütte bulunabilir. Hatta, henüz ya da hiç tasarruf yetkisine sahip olmadığı bir malvarlığı değerini devretme borcu altına dahi girebilir. Çünkü, borçlandırıcı işlemlerde sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık, TBK m.112 vd.'da düzenlenen borca aykırılık hükümlerine tabidir. Bu hükümlere göre de, alacaklı kişisel hakkına dayanarak aynen ifa talebinde bulunabileceği gibi, aynen ifanın mümkün olmadığı hallerde kusurlu borca aykırılıktan dolayı zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Ancak, şerh edilmiş olmaları haricinde, kişisel haklar hak sahibine hiç bir zaman hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürme hakkı vermez. Dolayısıyla, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde de, vaat alacaklısı borca aykırı davranan vaat borçlusuna taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmasına ilişkin aynen ifa talebinde bulunabilir. Ancak, vaat borçlusu sözleşmeye konu olan taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine sahip değilse, taşınmaz satış sözleşmesini yapsa da, borcu ifa edemeyeceğinden, borca aykırılıktan doğan zararı tazmin etmek zorunda kalır. Çünkü, tasarruf yetkisine sahip olunmayan bir taşınmaz devri taahhüdü ifa edilemez, ifa edilemeyen borç da borçlunun sorumluluğunu doğurur.

Türk Borçlar Hukuku sisteminde, borçlandırıcı işlemler malvarlığını doğrudan doğruya etkilemeyen, tasarruf yetkisi gerektirmeyen ancak borcun ifa edilmemesi halinde borca aykırılık hükümlerine göre sorumluluk doğuran işlemlerdir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de borçlandırıcı bir işlem olduğundan, anılan niteliklerin hepsine haizdir. O halde, bir kişinin borca aykırılıktan doğacak sorumluluğu göze alarak, aynı taşınmaza ilişkin birden fazla kişiyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapması mümkündür. Bu sözleşmelerin hepsi de geçerlilik şartlarına haiz olması şartıyla hukuken muteberdir. Yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden her biri, vaat alacaklılarına aynı hakkı verir, ki bu hak da; vaat borçlusundan taşınmaz satış sözleşmesi yapılmasını talep etmeye yönelik kişisel bir haktır. O halde, her bir vaat alacaklısının sahip olduğu kişisel hak hem kapsamı hem de hukuki sonuçları bakımından birbirine mutlak olarak eşittir.

Bu mutlak eşitliğin en doğal sonucu da, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden doğan kişisel haklar arasında, bir öncelik ve sıra ilişkisinin bulunmamasıdır²². Bir başka deyişle, zaman itibarıyla önce yapılmış bir borçlandırıcı işlemin zaman itibarıyla daha sonra yapıldan önce geleceğine ilişkin “öncelik ilkesi” borçlandırıcı işlemler ve bu işlemlerden doğan kişisel haklarda uygulanamaz. Önce yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesine sırada öncelik tanımak söz konusu sözleşmeye aynı etkinlik kazandırmak demektir. Böyle bir sonuç, hukukumuzun benimsediği temel ilkelerden birisi olan kişisel hakların nisbiliği ilkesine aykırılık oluşturur; bu yüzden, hukuk tekniği itibarıyla kabul edilemez. Bu nedenle, Yargıtay’ın aksine olan tutum ve uygulamasını hukuka uygun görmek mümkün değildir.

b. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Şerh Edilmiş Olması Halinde:

TMK m.1009’a göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hak tapu kütüğüne şerh edilebilir. Bu halde, şerh edilen bu kişisel hak kuvvetlenerek, diğer kişisel haklardan farklı olarak vaat alacaklısına temel olarak iki yetki verir²³;

Şerhin ilk etkisi eşyaya bağlı borç etkidir. Buna göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde ileride taşınmaz satış sözleşmesi yapılması taahhüdüne rağmen, vaat borçlusu anılan taşınmaza ilişkin bir başkasıyla taşınmaz satış sözleşmesi yapar ve taşınmazı tapuda onun adına tescil ettirirse, şerh edilmiş hakka sahip olan vaat alacaklısı, bu hakkını devralan üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir. Şerhin bu etkisi ile her taşınmaz maliki taşınmaz üzerinde kendi mülkiyet hakkı bulunduğu sürece, vaat borcunun muhatabı haline gelmektedir. Bu etki, borçlandırıcı işlem niteliğinde olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tabi olduğu nisbilik ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Ancak, TMK m.1009’da öngörülen kişisel haklarla sınırlı olan şerh imkanı, şerhedilmiş kişisel hakları hiçbir zaman aynı hak haline dönüştürmez. Aksine, alacaklının korunması için ona aynı hakların sağladığı mutlak yetkileri tanımadan; kişisel hakkı taşınmazın mülkiyetine sahip olma olgusuna bağlayarak, eşyaya bağlı borç haline getirir. O halde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilmesi halinde de, ne bu sözleşmenin borçlandırıcı işlem niteliği ne de bu sözleşmeden doğan kişisel hakkın niteliği değişir. Yalnızca, şerh edilmemiş kişisel hakkından farklı olarak, vaat borçlusu bu hakkını sözleşmenin karşı tarafı haricinde taşınmazın diğer maliklerine karşı da ileri sürme hakkı elde eder.

Şerhin ikinci etkisi ise, munzam etkisidir. Bu etki ise, kişisel hakkın şerhinden sonra taşınmaz üzerinde şerhe konu kişisel hakla bağdaşmayan ve kullanılmasını engelleyen sınırlı aynı hakların ve şerhedilmiş diğer kişisel hakların etkisiz kalmasını sağlar. Nitekim TMK m.1009/II’ye göre; “ Bunlar şerh verilmekle, o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir”. O halde, munzam etkinin de yalnız şerhten sonra tapuya tescil edilmiş aynı haklar ve şerh edilmiş kişisel haklar üzerinde etkili olduğu açıktır. Başka bir deyişle, munzam etki ancak kişisel hakkın şerhinden sonra doğan sınırlı aynı haklar ve şerh edilmiş diğer kişisel haklar karşısında öncelik sağlar. Ancak, tapuya şerh edilmiş olup olmasından bağımsız olarak daha önce doğan diğer kişisel haklar ve önceki tarihlerde tescil edilmiş sınırlı aynı haklar üzerinde tamamen etkisizdir. Bu durumda, birden fazla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması halinde, sonraki tarihli olandan doğan kişisel hakkın tapuya şerh edilmiş olmasının, önceki tarihli vaat alacaklısının kişisel hakkını

²² İsviçre Federal Mahkemesi de borçlandırıcı işlemlerde öncelik ilkesinin uygulanamayacağını savunmaktadır. Bkz.BGE 75 II 136; BGE 83 II 12; 110 II 128.

²³ OĞUZMAN, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2018, sh.213 vd.; SIRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 6.Bası, Ankara 2018, sh. 211-212.

munzam etki kapsamında etkileyemeyeceği açıktır. Çünkü munzam etki ile uygulama alanı bulabilen öncelik ilkesi ancak kişisel hakların şerhinden sonra doğan haklar için geçerlidir.

Açıklanan gerekçelerle, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakların şerhi, ancak şerhten sonra doğan sınırlı aynı haklar ve kuvvetlendirilmiş kişisel haklar karşısında etkilidir. Ancak, şerhin aynı etkisi, şerh süresince kişisel hakkın her taşınmaz malikine karşı ileri sürülmesini sağlar. O halde, şerhin aynı etkisi göz önüne alınmadan, kişisel haklarda geçerli olmayan öncelik ilkesine göre hareket edip, önceki tarihli kişisel hakka üstünlük tanımak, hukuken caiz değildir. Bununla birlikte, sonraki tarihli taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan ve tapuya şerh edilmiş olan kişisel hakkın, şerh edilmemiş önceki tarihli kişisel haktan önce geleceğine yönelik bir görüşün de, TMK m.1009/II çerçevesinde kabul edilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakkın şerhi halinde de, şerhedilmiş bu hakkın diğer vaat alacaklarının haklarından önce geleceğine ilişkin bir kural koyulamaz. Şerhin aynı etkisinin taşınmaz malikine karşı ileri sürülebilmesi, munzam etkisinin ise şerhten sonra doğan hakları etkisiz kılabilmesi, şerhin kişisel haklara diğerlerine nazaran bir öncelik hakkı vermediğini açıkça göstermektedir.

SONUÇ

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taşınmaz satış sözleşmesinin yapılması taahhüdünü içeren bir ön sözleşmedir. Her ön sözleşme gibi taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de bu niteliğinden dolayı borçlandırıcı bir işlemdir. Borçlandırıcı bir işlem olarak da malvarlığını dolaylı olarak etkileyen, bir hakkın veya hukuki ilişkinin devri, sona ermesi, değiştirilmesi ve sınırlanması sonucunu doğurmaya elverişli olmayan, yalnız kişisel hak doğuran bir sözleşmedir. Bu sebeple, bir taşınmaza ilişkin birden fazla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması mümkündür. Bu sözleşmelerin her biri vaat alacaklılarına eşit derecede talep hakkı sağlarken, vaat borçlusunu da aynı borcun ifası ile yükümlü tutar. Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden doğan kişisel haklar, ne vaat alacaklıları arasında bir sıraya tabidir ne de vaat borçlusu karşısında bir öncelik hakkına sahiptir. İster önceki ister sonraki tarihli olsun, her bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi vaat borçlusunu bağlar. Dolayısıyla, önceki tarihli taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin sonraki tarihliyi geçersiz kılması ya da geçerliliğini etkilememekle birlikte talep hakkını zayıflatması mümkün değildir. Sözleşmeden doğan kişisel hakkın şerhi de, ancak sonradan kurulan hakları etkiler. Açıklanan gerekçeler göz önüne alınarak, taşınmaz satış sözleşmelerinde öncelik ilkesini uygulamak, yani eski tarihli sözleşmeye sonrakine nazaran üstünlük tanımak hukukla bağdaştırılamaz.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri uygulamada çok sık karşılaşılan borçlandırıcı işlemlerden birisini oluşturmaktadır. Özellikle konusu aynı olan birden fazla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdedilmesi de birçok hukuki uyuşmazlığın kaynağını oluşturmaktadır. Ne yazık ki, yukarıda zikredilen mahkeme kararları, bu hukuki uyuşmazlıkların kanun hükümlerinden uzak yalnız vicdani kanaatlara göre verildiğini göstermektedir. Borçlandırıcı işlemlerle tasarruf işlemlerini ve hatta kişisel haklarla aynı hakları eş anlamlı olarak nitelendirmeye elverişli olan bu mahkeme kararlarının, hukuk sistemimiz ve hukuk mantığımızı göre kabul edilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2015.
 AYRANCI, Hasan: Ön Sözleşme, Ankara 2006.
 BUCHER, Eugen/ SALADIN, Peter: Der Verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrags, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag Bern/Stuttgart 1979.
 DOĞAN, Gül: Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006.

- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.Bası, Ankara 2018.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Bası, Ankara 2017.
- GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9.Auflage, Band I, Zürich 2008.
- GUHL/MERZ/KOLLER: Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991.
- GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013.
- HONSELL, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8.Auflage, Bern 2006.
- KELLER/SCHÖBİ: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Lehren des Vertragsrechts, Basel/Frankfurt 1988.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959.
- KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Volume 1, Bern 2009.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2018.
- SCHMID, Jörg/STOCKLI, Huber. Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Feiburg 2010.
- SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2012.
- SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 6.Bası, Ankara 2018.
- SUNGURBEY, İlhan: Medeni Hukuk Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, Ankara 1972.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul 2008.
- TEKİNAY, Sulhi/ AKMAN, / BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993.
- Von BUREN, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- Von TUHR/PETER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1979.
- YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 13.Baskı İstanbul 2014.

**4 İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK
TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ İÇERİĞİNİN İNCELENMESİ**
(COMPARATIVE ANALYSIS OF CONTENT OF PREDIAL SERVITUDES WITH SWISS LAW
AND GERMAN LAW)

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE AKMAN**
Dr. Öğr. Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN****

ÖZ

Sınırlı bir aynı hak olan ve ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilen taşınmaz lehine irtifak hakları, nispi etkisi olan sözleşmelerle kıyaslandığında büyük avantajları bünyesinde barındırmaktadır. Roma hukukunda ortaya çıkan ve o zamandan beri uygulama alanı bulan taşınmaz lehine irtifak hakları, günümüzde yalnızca tarım toplumlarında değil, sanayi toplumlarında da önemli bir rol oynamaktadır. Bunun nedeni, son yıllarda özellikle klasik anlayışın ötesinde farklı içeriklerde taşınmaz lehine irtifak haklarının söz konusu olmasıdır. Örneğin; enerji borularının geçirilmesi, garaj ve park yerlerinin verilmesi, belirli bir bölgede fabrikaların kurulmaması, rekabet etmeme gibi içeriklerde irtifak hakları kurulabilmektedir. Esasen anılan içeriklerde taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulabilmesi, İsviçre Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'nda, taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi hususunda, taşınmaz lehine irtifak hakkını kuran taşınmaz maliklerine tanınan serbesti sayesinde. Bu çalışmada Türk, İsviçre ve Alman hukukunda taşınmaz lehine irtifakların içeriği öğretideki görüşler ve mahkeme kararları çerçevesinde ele alınacaktır. Nitekim taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi, bir taşınmaz lehine irtifak hakkının geçerli olarak kurulup kurulmadığı, tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespiti ve taşınmaz lehine irtifak hakkının terkininin istenip istenmeyeceği gibi birçok hususun tespiti bakımından önemi arz etmektedir. Bu çalışmada ayrıca taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi konusunda taraflara tanınan serbestinin sınırları tespit edilmek suretiyle, uygulamada ve öğretide tartışmalı olan rekabet etmeme irtifakı gibi irtifaklar inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sınırlı aynı haklar, Taşınmaz lehine irtifak hakları, Taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriği, Olumlu irtifaklar, Olumsuz irtifaklar

⁴ Eserin Dergimize geliş tarihi: 10.01.2020. İlk hakem raporu: 31.01.2020. İkinci hakem raporu: 04.02.2020. Onaylanma tarihi: 08.04.2021.

* Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8674-3221.

*** Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim

**** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9106-8286.

Esere Atf Şekli: Nurten İnce Akman, Bahar Öcal Apaydın, "İsviçre ve Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının İçeriğinin İncelenmesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.813-842.

ABSTRACT

Predial servitudes are limited rights in rem which have existed since Roman law. Given the fact that predial servitudes can be asserted against whom violates the right therefore they have great advantages in comparison with the contracts which have a relative effect. Nowadays predial servitudes play an important role not only in agricultural societies but also in industrial societies. The reason for this is that in recent years, predial servitudes have been established with different contents beyond the classical understanding. For example; easement rights are frequently encountered in the context of passing energy pipes, providing garages and parking spaces, not establishing factories in a certain region and not competing. Because of the fact that, according to the Swiss Civil Code, the Turkish Civil Code and the German Civil Code, contents of predial servitudes can be freely determined by the proprietors of the servient and dominant estates. In this study, the contents of predial servitudes will be discussed within the framework of the opinions in the doctrine and court decisions in comparison with Turkish, Swiss and German legal systems. The determination of the content of predial servitudes is important in terms of specifying whether the predial servitude is validly established or not; identifying the rights and obligations of the parties and also considering whether the cancellation of the predial servitude can be asked for or not. Moreover, another aim of this study is to analyse certain predial servitudes such as non-competition easement which are controversial not only in doctrine but also in practice examining the limits of the freedom of the parties in order to determine the content of predial servitudes.

Keywords: *Limited rights in rem, predial servitudes, contents of predial servitudes, affirmative predial servitudes, negative predial servitudes*

GİRİŞ

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde kullanma veya yararlanma sağlayan bir sınırlı ayni haktır. Bu hak yüklü taşınmaz malikini, mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanana taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar.

Taşınmaz lehine irtifak hakları gerek sanayi gerekse de tarım toplumlarında son derece önemli bir rol oynamaktadır. Son yıllarda özellikle klasik anlayışın ötesinde farklı içeriklerde taşınmaz lehine irtifak hakları kurulmaktadır. Örneğin; enerji borularının geçirilmesi, garaj ve park yerlerinin verilmesi, belirli bir bölgede fabrikaların kurulmaması, rekabet etmeme gibi içeriklerde irtifak hakları kurulabilmektedir. Zira gerek Türk Medeni Kanunu ile İsviçre Medeni Kanunu'nda gerekse Alman Medeni Kanunu'nda, taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulurken bu hakkın içeriğinin belirlenmesi konusunda yararlanan taşınmaz maliki ile yüklü taşınmaz malikine bir serbesti tanınmıştır. Ne var ki, bu serbesti sınırsız değildir.

Taşınmaz lehine irtifakların yeniden önem kazanması sonucunda taşınmaz lehine irtifaklarının içeriğinin belirlenmesi de güncel bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, tarafların rekabet etmeme gibi bir konuda taşınmaz lehine irtifak hakkı kurup kuramayacağı hususunun ele alınıp incelenmesi gerekmektedir. Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi, ayrıca taşınmaz lehine irtifak hakkının nasıl kullanılacağı veya yüklü taşınmazdan nasıl yararlanılacağı belirlenmesi bakımından da önemlidir. Bu sayede yararlanan taşınmaz malikinin yetkileri ve yüklü taşınmaz malikinin yükümlülükleri somut-

laştırılabilir. Ayrıca yararlanan taşınmaz malikinin bir yararının kalmamış olması, taşınmaz lehine irtifak hakkının sona ermesine neden olabilmektedir. Bu kapsamda yararlanan taşınmaz malikinin bir yararının kalıp kalmadığının belirlenmesi için de taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi önem arz eder.

Bu çalışmanın amacı, Alman, Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi bakımından taraflara tanınan serbestinin sınırlarını ve taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin uyumsuzluk konusu olması halinde içeriğinin belirlenmesi konusundaki kısıtları ortaya koymaktır.

I. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkı Kavramı

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde kullanma veya yararlanma sağlayan bir sınırlı ayni hak¹. Türk Medeni Kanunu (TMK) m.779/f.1 ve İsviçre Medeni Kanunu (İsv.MK) m.730/f.1 hükmünde taşınmaz lehine irtifak hakkı, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı üzerindeki etkisi göz önüne alınarak ifade edilmiştir. Bu hükme göre taşınmaz lehine irtifak hakkı, *yüklü taşınmaz malikini, mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanılan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar*. Taşınmaz lehine irtifak hakkı, yararlanan taşınmaz malikine ise yüklü taşınmazdan yararlanma ya da yüklü taşınmazı kullanma yetkisi vermektedir. İşte yararlanan taşınmaz malikine tanınan bu yetkiler, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturur. Diğer bir deyişle, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini, taşınmazdan yararlanma ya da taşınmazı kullanma oluşturmaktadır².

Türk Medeni Kanunu'nun dördüncü kitabının başlığını "ayni haklar" oluşturmaktadır. Dördüncü kitabın birinci kısmında "mülkiyet", ikinci kısmında ise "sınırlı ayni haklar" ele alınmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca metninde "diğer ayni haklar" ifadesi yer almaktayken³ Almanca ve İtalyanca metninde "sınırlı ayni haklar" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Buradaki "sınırlı" ifadesi, hakkın sınırlı olması anlamında değil; hakkın içeriğini oluşturan eşya üzerindeki hâkimiyetin sınırlı olması anlamındadır⁴. Örneğin, taşınmaz lehine irtifak hakları sahibine, yüklü taşınmaz üzerinde belirli ve sınırlı yetkiler sağlar⁵.

Alman Medeni Kanunu (Al.MK) § 1018 hükmünde, taşınmaz lehine irtifak hakkı içeriğindeki yetkiler üzerinden tanımlanmıştır. Bu hükme göre, *bir taşınmazın malikinin*

¹ Piotet, Paul, Les droits réels limités en general, les servitudes et les charges foncières, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse 1978, s. 29; Steinauer, Paul-Henri, Les droits réels, C. II, Bern, Editions Staempfli & Cie SA Bern 2012, N. 2195; Göksu, Tarkan, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016 [CHK-ZGB], Art. 730, 1; Kähr, Michel, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar, 2016 [OFK-ZGB], Art. 730, N. 8.

² Esener, Turhan/Güven, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 389.

³ Fransız hukukunda sınırlı ayni haklar kavramı yerine mülkiyeten farklı ayni hak yani diğer ayni haklar kavramının kullanıldığına dair bkz. Baetge, Dietmar, "Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten in Europa. Ein rechtsvergleichender Überblick", RabelsZ (59) 1995, s. 649 vd.

⁴ Steinauer, N. 2134.

⁵ Bu yönüyle taşınmaz lehine irtifak hakları, intifa hakkından ayrılmaktadır. Zira intifa hakkı sahibine, hakka konu olan eşya üzerinde tam bir yararlanma ve kullanma yetkisi bahşetmektedir (Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul, Fakülteleler Matbaası, 1982-1983, s. 4; Steinauer, N. 2208; Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Basım Yayın A.Ş. 2009, s. 621-622; Esener/Güven, s. 390; Ünal, Mehmet: Taşınmaza Bağlı İrtifak Kavramı ve Muhtevası, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Ankara 2015, s. 1749 [Muhtevası]).

mülkiyetten doğan haklarının diğer bir taşınmazın malikinin yararına bu taşınmazdan belirli şekilde yararlanma ya da bu taşınmazda belirli davranışların yapılmasından kaçınma veya yüklü taşınmazın mülkiyetinin verdiği yetkilerin diğer taşınmaz lehine kullanılmasının kaldırılması şeklinde kısıtlanmalıdır (taşınmaz lehine irtifaklar). Alman Medeni Kanunu'nun üçüncü kitabının üçüncü kısmında mülkiyet düzenlenmiş olup mülkiyetten sonra gelen dördüncü kısımda irtifaklar düzenlenmiştir. Söz konusu irtifaklar düzenlenirken Roma hukukundaki ayırmadan yararlanılmıştır⁶. Eşya hukukundaki bu dördüncü kısımda taşınmaz lehine irtifaklar, intifa hakkı ve kişi lehine irtifaklar düzenlenmiştir. Alman kanun koyucusunun özellikle farklara vurgu yaparak sınırlı aynı hakları düzenlediği görülmektedir⁷. Örneğin, taşınmaz lehine irtifaklarda kanun koyucu yararlanan taşınmazın bir yararı olması kıstasını getirip taşınmaz lehine irtifakların devrine ve intikaline imkân tanımışken, intifa hakkının devrine (1059a hükmü dışında) ve mirasçılara intikaline imkân tanımamıştır⁸. Alman hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkının sınırlı aynı hak olduğu ve buradaki sınırlı kelimesinin eşya üzerindeki hâkimiyetin sınırlı olması anlamına geldiği kabul edilmektedir⁹.

İsviçre Medeni Kanunu m. 730, TMK m. 779 ve A1.MK § 1018 hükümlerinde açıkça yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı kapsamındaki "bazı" yetkileri kullanmaktan kaçınması ya da yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı "belirli şekilde" kullanmasına katlanmasından bahsedilmektedir. Dolayısıyla yukarıda da ifade edildiği üzere, taşınmaz lehine irtifak hakkı sahibine sınırlı ve belirli yetkiler bahşetmek suretiyle taşınmazdan kısmi bir yararlanma sağlar¹⁰.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, yararlanan taşınmazın mülkiyetine ayrılmaz bir biçimde bağlıdır¹¹. O nedenle yararlanan taşınmazın mülkiyetinin nakli ile birlikte irtifak hakkı da yeni malike geçer¹². Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının, yararlanan taşınmazın mülkiyetinden ayrı olarak kazanılması mümkün değildir¹³.

II. Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Türleri

Türk Medeni Kanunu m. 779/f.1 ve İsv.MK m. 730/f.1 hükümlerindeki tanımdan hareketle taşınmaz lehine irtifak hakları, olumlu ve olumsuz irtifak hakları şeklinde ikiye

⁶ Ulshöfer, Judith, Das sogenannte gesetzliche Begleitschuldverhältnis, Duncker & Humblot Berlin 2015, s. 31 vd.

⁷ Mugdan, Benno, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band 3, Sachenrecht Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Aalen 1979, s. 265; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 4.

⁸ Ulshöfer, s. 38; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 4.

⁹ Ulshöfer, s. 52; Mugdan, s. 1 vd; Bormann, Jens, Wettbewerbsbeschränkungen durch Grundstücksrechte, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 2003, s. 146 vd.

¹⁰ Wieland, Carl (Çev. Bovay, Henri), Les droits réels dans le Code Civil Suisse, C.I, Paris M. Girard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1993, s. 478-479; Steinauer, N. 2208; Argul, CR-CC, Art. 730, N. 8; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, N. 2772; Esener/Güven, s. 389-390.

¹¹ Steinauer, N. 2198-2199; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 13; Köprülü/Kaneti, s. 51; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2770; Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 517; Ünal, Muhtevası, s. 1744.

¹² Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 13; Ulshöfer, s. 38.

¹³ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 13; Akipek/Akintürk, s. 651.

ayrılmaktadır¹⁴. Belirtmek gerekir ki, bu ayrım, irtifak hakkının içeriği dikkate alınarak yapılmaktadır¹⁵. Eğer irtifak hakkı sahibi, taşınmazı kullanmak suretiyle yüklü taşınmazdan yararlanma hakkına sahipse olumlu bir irtifak hakkı söz konusu olmaktadır¹⁶. Örneğin, geçit irtifakında hak sahibi, yüklü taşınmazdan geçerek taşınmazdan yararlanmaktadır. Bu suretle olumlu irtifaklarda yüklü taşınmaz maliki, yararlanan taşınmaz malikinin belirli faaliyetlerine katlanmaktadır¹⁷. Örneğin, geçit irtifakında yüklü taşınmaz maliki, kendi taşınmazından geçilmesine katlanmaktadır. Olumlu irtifaklar TMK m. 779/f.1 ve İsv.Mk m. 730/f.1 hükümlerinde ifadesini bulan ikinci ihtimale karşılık gelmektedir.

Olumsuz irtifak haklarında ise yüklü taşınmaz malikinin kendi taşınmazını belirli bir tarzda kullanmaması suretiyle, yararlanan taşınmaz maliki yüklü taşınmazdan yararlanmaktadır¹⁸. Bu halde yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazdan yararlanması doğrudan değil dolaylı bir şekilde olmaktadır¹⁹. Böylece yüklü taşınmaz maliki mülkiyet hakkı kapsamında yapmaya yetkili olduğu belirli bazı faaliyetleri yapmaktan kaçınmaktadır²⁰. Örneğin, manzara irtifakında komşu taşınmazın manzarasını kapatacak şekilde inşaat yapmaktan, bina yükseltmeme irtifakında belirli yükseklikten fazla inşaat yapmaktan yüklü taşınmaz maliki kaçınmaktadır²¹. Olumsuz irtifaklar ise TMK m. 779/f.1 ve İsv.Mk m. 730/f.1 hükümlerinde ifadesini bulan ilk ihtimale karşılık gelmektedir.

Alman hukukunda ise § 1018 hükmündeki tanımdan yola çıkarak taşınmaz lehine irtifak hakları, üç gruba ayrılmaktadır. Yukarıda da ifade edilen bu tanıma göre, bir taşınmazın diğer bir taşınmazın malikinin yararına bu taşınmazdan belli şekilde yararlanması; bu taşınmazda belirli davranışların yapılmasından kaçınması veya yüklü taşınmaz mülkiyeti kapsamındaki yetkilerin yararlanan taşınmaz lehine kullanılmasının kaldırılması söz konusu olmaktadır²². Bu üç grup yüklü taşınmaz malikinin yetkilerini farklı şekillerde kısıtlayıp yararlanan taşınmaz malikine yüklü taşınmazdan farklı şekillerde yararlanma imkânı tanımaktadır. Konunun daha kolay anlaşılabilmesi bakımından bu üç grup aşağıdaki tabloda daha detaylı açıklanacaktır.

Dayanak	Kısıtlama/ Yüklenme Şekli	Kullanma Şekli
§ 1018 hükmündeki birinci hal	Yüklü taşınmazın belirli bir şekilde kullanılmasına izin verilmektedir.	Yararlanan taşınmazın maliki yüklü taşınmazı belirli bir şekilde kullanarak kendi taşınmazının sağlamış olduğu yetkileri genişletmektedir ²³ . Örneğin; yüklü taşınmazdan geçme, yüklü taşınmazı park yeri olarak kullanma gibi.

¹⁴ Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984, s. 752; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2771; Esener/Güven, s. 388; Sirmen, s. 515.

¹⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 752.

¹⁶ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 16.

¹⁷ Steinauer, N. 2203; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 16; Göksu, CHK, ZGB, Art. 730, N. 5.

¹⁸ Göksu, CHK, ZGB, Art. 730, N. 5.

¹⁹ Steinauer, N. 2204.

²⁰ Steinauer, N. 2204; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 17.

²¹ Piotet, s. 29; Steinauer, N. 2204.

²² Ulshöfer, s. 46 vd; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 75.

²³ Ulshöfer, s. 44; Weber, N. 1, s. 270; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 75.

§ 1018 hükmündeki ikinci hal	Yüklü taşınmazda belli davranışların yapılmasının yasaklanması şeklinde olmaktadır.	Yararlanan taşınmazın maliki doğrudan bir kullanıma sahip olmamaktadır; ancak yüklü taşınmazın maliki yüklü taşınmaz üzerinde bazı davranışlardan kaçınarak yararlanan taşınmazın malikinin yetkilerini genişletmektedir ²⁴ . Örneğin; duvar örmeme, yüklü taşınmazda fabrika vs. gibi bazı işletmelerin açılmamasını isteme gibi.
§ 1018 hükmündeki üçüncü hal	Yüklü taşınmaz malikinin yetkilerinin tanıdığı yetkilerden bazıları yararlanan taşınmaz lehine kısıtlanmakta, kaldırılmaktadır.	Yüklü taşınmaz malikinin yetkilerinin kısıtlanması ve bunun yararlanan taşınmaz malikine verilmesi söz konusudur. Bu da yararlanan taşınmazın malikinin yetkilerini doğrudan genişletmektedir ²⁵ . Örneğin komşuluk hukukundan doğan bazı haklarından yahut tazminat talebinden vazgeçme gibi.

Hemen belirtelim ki, Alman hukukunda bu üç çeşidin birleştirilerek bir araya getirilmesi mümkündür; başka bir ifadeyle bir taşınmaz lehine irtifak hakkı bu çeşitlerin bir araya getirilmesi ile oluşturulabilir²⁶.

III. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının Kazanılması

İsviçre hukuku ve Türk hukukunda kural, taşınmaz lehine irtifak hakkının tescille kazanılmasıdır (TMK m. 780/f.1; İsv.MK m. 731/f.1)²⁷.

²⁴ Ulshöfer, s. 45 vd; Göz, s. 44 vd; Weber, N. 1, s. 270, Möller, Cosmia, Die *Servituten*. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB, Wallstein Verlag, Göttingen 2010, s. 387.

²⁵ Ulshöfer, s. 51; Weber, N. 1, s. 270; Möller, s. 389.

²⁶ Mohr, Jochen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 7 Sachenrecht §§ 854-1296 WEG ErbbauRG (Herausgegeben von: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Betina Limperg) 7. Auflage Verlag C.H. Beck München, 2017, § 1018 BGB N. 27; Adamezyk, Silvia, "Dienstbarkeiten in der notariellen Praxis", MittRhNotK 1998, s. 113; Stürner, Rolf, "Dienstbarkeit heute", AcP 1994 (194), s. 266; Ertl, Rudolf, "Dienstbarkeit oder Nießbrauch- was ist zulässig?", MittBayNot 1988, s. 55.

²⁷ İnşaat yapmama ya da manzara kapatmama gibi olumsuz irtifak haklarının kurulması mümkündür. Ancak resmi şekilde yapılmış irtifak hakkı sözleşmesine yüklü taşınmaz malikinden borcunu yerine getirmesini isteyebilmek için irtifak hakkının kütük sayfasında ayrılan özel sütuna tescili zorunludur. Tescil sağlanıp, irtifak hakkı herkese karşı ileri sürülebilir hale gelmeden bu hakka dayanarak,

Türk Medeni Kanunu m. 780/f.2 ve İsv.MK m. 731/f.2 hükmü uyarınca, aksi öngörülmedikçe taşınmaz lehine irtifak haklarının kazanılmasında, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması hakkındaki hükümler uygulanır. Buna göre tescille kazanma için geçerli bir kazanma nedeni, tescil talebi ve tescil gereklidir²⁸. Geçerli kazanma sebebi bakımından, taşınmaz malikine bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kurma borcu yükleyen hukuki bir işlem söz konusudur²⁹. Bu hukuki işlem, irtifak hakkını kuran bir sözleşme ya da ölüme bağlı tasarruf³⁰ olabilir³¹. İrtifak hakkı kamulaştırma işlemine dayanılarak da kurulabilir³². TMK m. 781 hükmü uyarınca irtifak sözleşmesi resmi şekle bağlıdır³³ ve resmi senedin tapu memurunca düzenlenmesi gerekir³⁴. Usulüne uygun bir taşınmaz satım sözleşmesinde, satılan taşınmaz üzerinde satıcının bir başka taşınmazı lehine irtifak hakkı kurulacağına dair hüküm bulunması halinde irtifak hakkının kazanılması bakımından bu sözleşme hükmü tescil sebebi teşkil eder³⁵. Ayrıca satıcının kendi taşınmazı üzerinde sattığı diğer taşınmaz lehine irtifak

taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını kullanırken söz konusu hakkının sınırlandırılması mümkün değildir (Yarg. 14. HD., T. 19.11.2007, 2007/12924E.-2007/14519K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 02.05.2019).

²⁸ İsv.MK m. 968 ve TMK m. 1018 uyarınca taşınmaz lehine irtifakların tescil ve terkinin hem yüklü hem de yararlanan taşınmazların sayfalarına kaydedilir. Ancak öğretilde, taşınmaz lehine irtifak hakkının yüklü taşınmazın sayfasına yapılmasının kurucu etkiyi haiz olduğu; yararlanan taşınmazın sayfasındaki tescilin beyan hükmünde olduğu ittifakla kabul edilmektedir (Piotet, s. 48; Steinauer, N. 2234; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2794; Akipek/Akıntürk, s. 652; Esener/Güven, s. 392; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 696; Ünal, Mehmet, “Taşınmaz Bağlı İrtifakın Kurulması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 22 (3), 2016, s. 2849-2850). Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Mohr, Münchener Kommentar, § 1018 BGB N. 65 vd. Buna karşılık irtifak hakkının geçerli bir biçimde kurulması için hem yüklü hem de yararlanan taşınmazın sayfasına yapılacak kayıtların tescil niteliğinde olduğu yönünde bkz. Sirmen, s. 519-520.

²⁹ Köprülü/Kaneti, s. 58; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2790; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 696; Ünal, s. 2842; Sirmen, s. 519.

³⁰ Steinauer, N. 2224; Argul, CR-CC, Art. 731, N. 4; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2790; Ünal, s. 2842; Sirmen, s. 519; Esener/Güven, s. 390-391.

³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2800 vd.; Ünal, s. 2860-2862; Esener/Güven, s. 394-395.

³² Yarg. HGK T. 9.2.2005, 2004/5-749E.-2005/44K.; Yarg. HGK T. 16.04.2008, 2008/18-316E.-2008/331K., (www.Lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.12. 2019) Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazın kamulaştırmayı yapan idare adına tescili yasadaki düzenlenmiştir. Söz konusu yasa irtifak hakkının tesisi bakımından da uygulama alanı bulur. İrtifak hakkının tapuya tescil edilebilmesi için taşınmazın tapuya kayıtlı olması zorunludur. İrtifakla ilgili kamulaştırma, taşınmazın zemininin mülkiyetine ilişkin bulunmadığından idarenin zilyet adına hareketle mülkiyeti tapu siciline onun lehine tescil ettirip, üzerine irtifak hakkı tesisi imkânı da yoktur (Yarg. 18 HD. T. 28.06.2004, 2004/4406E.-2004/5461K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 02.05.2019). Kamulaştırma işlemi idari ve adli aşamadan oluşan karma bir işlem olarak tanımlanmaktadır (Kutlu Gürsel, Meltem: Kamulaştırma Hukuku, Ankara 2012, s. 23).

³³ 1907 İsviçre kanun koyucusu, irtifak hakkı kurulmasını kolaylaştırmak açısından irtifak sözleşmesinde yazılı şekli yeterli görmekteydi. 1 Ocak 2012’de yürürlüğe giren değişiklikle birlikte İsv.MK m. 731 hükmüne yapılan ekleme ile resmi şekil öngörülmüştür (Steinauer, N. 2231; Argul, CR-CC, Art. 732, N. 1).

³⁴ Yarg. 14. HD. 15.05.2012, 2012/6038 E.-2012/6967 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 02.05.2019); Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2792; Akipek/Akıntürk, s. 651; Ünal, s. 2844; Sirmen, s. 519; Esener/Güven, s. 391.

³⁵ BGE 93/1967 II 185=JdT 1968 I 191; BGE 122/1996 III 150/158=JdT 1997 I 665/672. Bu halde *deductio servitutibus* şeklinde taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması söz konusudur (Steinauer, N. 2225; Ünal, s. 2842-2).

hakkı kuracağına dair hüküm bulunması halinde, söz konusu sözleşme hükmü tescilin sebebi oluşturur³⁶. Her iki halde de taşınmaz satış sözleşmesi ile irtifak sözleşmesi birleştirilmektedir. Birinci ihtimalde satılan taşınmaz satıcının bir başka taşınmazı lehine irtifak hakkı ile yüklü; ikinci ihtimalde ise satılan taşınmaz lehine satıcının başka bir taşınmazı irtifak hakkı ile yüklü olarak satış sözleşmesinde irtifak hakkı kurulması yönünde hüküm bulunmaktadır.

Taşınmaz lehine irtifak hakkını kuran sözleşmede yüklü ve yararlanan taşınmaz açık bir biçimde belirtilmeli; yüklü taşınmaz üzerindeki yük, diğer bir anlatımla irtifak hakkının içeriği, tüm unsurları ile tespit edilmelidir³⁷. Ayrıca geçit irtifakında olduğu gibi, irtifak hakkının taşınmazın belirli bir yerinde kullanılması söz konusu ise irtifak hakkı sözleşmesinde irtifak hakkının yüklü taşınmazın hangi kısmında kullanılacağı da belirtilmelidir³⁸. Şayet geçit açıkça belirtilmemişse o takdirde İsviçre hukukunda 2012 yılında yürürlüğe giren değişiklikle birlikte, irtifak sözleşmesinin ekinde yüklü taşınmaz üzerinde geçidin yerinin tespit edildiği planın tapu müdürlüğüne verilebileceği kabul edilmiştir³⁹. Eğer yüklü taşınmaz maliki bir yan yükümlülük altına sokulmuşsa, sözleşmede söz konusu yükümlülük açıkça tarif edilmelidir⁴⁰. Malikin kendi taşınmazı lehine malik olduğu diğer bir taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kurması halinde, tescil talebi ve tescil yeterlidir⁴¹. Taşınmaz lehine irtifak hakkı genellikle belirsiz bir süre için söz konusu olmaktadır; ancak irtifak hakkı için belirli bir süre öngörülmesi de mümkündür⁴².

Alman hukukunda da taşınmaz lehine irtifak hakkı kural olarak, tescille kazanılmaktadır (Al. MK § 873, 1018)⁴³. Taraflar arasında taşınmaz lehine irtifaklar hususunda bir anlaşma yapılması ardından da tescil talebinde bulunulması gerekir. Bu aynı sözleşme herhangi bir şekle bağlı değildir⁴⁴. Alman hukukunda aynı hakkın kazanılması bakımından, sebepten mücerretlik (sebebe bağlı olmama) ilkesi taşınmazlar için de kabul edilmektedir⁴⁵. Dolayısıyla Alman hukukunda daha çok tescil talebi üzerinde durulmuştur⁴⁶. Tescil talebinin noterde ve noter tarafından onaylanmış bir formda olması gerekir. Buna göre tescil talebinde tarafların irtifak hakkının ne olduğunu belirtmesi gerekir, sadece taşınmaz lehine irtifak hakkı gibi genel bir ifade kullanılması doğru değildir⁴⁷. Örneğin geçit irtifakı⁴⁸, benzinlik irtifakı⁴⁹, park irtifakı⁵⁰ gibi açık ifadelerin tescil talebinde yer alması gerekir⁵¹. Yine

³⁶ Bu halde *additis servitutibus* söz konusu olur (Steinauer, N. 2225; Ünal, s. 2842).

³⁷ Steinauer, N. 2227; Liver, Peter, Die Grunddienstbarkeiten Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730-792) ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2a/1, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1980 [ZK-ZGB], Art. 732, N. 16 vd.; Argul, CR-CC, Art. 732, N. 5 vd.; Kähr, OFK-ZGB, Art. 731, N. 5; Göksu, CHK-ZGB, Art. 732, N. 2; Akipek/Akıntürk, s. 651; Ünal, s. 2843; Sirmen, s. 519.

³⁸ Steinauer, N. 2228; Ünal, s. 2843.

³⁹ Steinauer, N. 2228; Argul, CR-CC, Art. 732, N. 12 vd.

⁴⁰ Steinauer, 2227; Piotet, s. 40; Argul, CR-CC, Art. 732, N. 9; Köprülü/Kaneti, s. 59; Sirmen, s. 519.

⁴¹ Steinauer, N. 2235; Ünal, s. 2850.

⁴² Steinauer, N. 2197.

⁴³ Weber, N. 8, s. 271.

⁴⁴ Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 13.

⁴⁵ Eschmann, s. 145 vd.

⁴⁶ Eschmann, s. 145.

⁴⁷ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 236; Eschmann, s. 145; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 24.

⁴⁸ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 194.

⁴⁹ BayObLGZ 1973, s.184.

bu talepte yüklü taşınmaz ve yararlanan taşınmazın, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin ve varsa eğer, bu taşınmaz lehine irtifak hakkına ilişkin şart ya da sürenin belirtilmesi gerekir⁵².

İsviçre ve Türk hukuklarında, tescil dışında mahkeme kararıyla ya da kazandırıcı zamanışı yoluyla taşınmaz lehine irtifak hakkı kazanılabilir. İrtifak hakkı kurma borcu doğuran geçerli bir kazanma sebebine rağmen yüklü taşınmaz maliki borcunu yerine getirmiyorsa, diğer bir deyişle tescil gerçekleşmediyse, irtifak hakkı sahibi mahkemeden kendi lehine irtifak hakkının kurulmasını talep edebilir⁵³. Bu durumda mahkeme kararı ile irtifak hakkı kurulmuş olur ve tescilin işlevi kurucu değil açıklayıcıdır⁵⁴.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının zamanışı ile kazanılması, mülkiyetinin bu yolla kazanılması mümkün olan taşınmazlarda⁵⁵ söz konusudur (TMK m. 780/f.3; İsv.MK m. 731/f.3). Taşınmaz lehine irtifak hakkının olağan zamanışı yoluyla kazanılması bakımından İsv.MK m. 661 ve TMK m.712 hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Bu doğrultuda lehine yolsuz olarak irtifak hakkı tescilli yapılan taşınmazın hâlihazırdaki maliki tarafından⁵⁶, gerek olumlu irtifaklar bakımından gerekse olumsuz irtifaklar bakımından, irtifak hakkı davasız, aralıksız ve iyiniyetle on yıl süre ile yüklü taşınmaz üzerinde kullanılırsa, yararlanan taşınmaz lehine irtifak hakkı kazanılır⁵⁷. İrtifak hakkının yolsuz olarak tescilli durumunda, yüklü taşınmaz maliki, kural olarak, *actio negatoria* yani el atmanın önlenmesi davası yoluyla mülkiyet hakkına yapılan saldırıya son verilmesini ya da tescilin düzeltilmesi davası yoluyla taşınmaz lehine irtifak hakkının terkinini talep edebilecektir⁵⁸. Ancak söz konusu davalar ile yolsuz tescil düzeltilmediyse ya da irtifak hakkı terkin edilmediyse olağan zamanışı yolu ile irtifak hakkı kazanılabilecektir. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının, bu yolla kazanılabilmesi için, on yıllık süre içinde davasız ve aralıksız olarak yüklü taşınmaz üzerinde kullanılması gerekmektedir⁵⁹.

⁵⁰ LG München II, MittBayNot 2006, s. 503.

⁵¹ Tapu Sicil Uygulama Yönetmeliği'nin (GBV) 10. maddesi uyarınca yüklü taşınmazın tapu kütüğünde ve Tapu Sicil Tüzüğü'nün 9. maddesi uyarınca yararlanan taşınmazın tapu kütüğüne taşınmaz lehine irtifak tescil edilir (Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 214-217). Yararlanan taşınmazın tapu kütüğünde taşınmaz lehine irtifaka yer verilmesi açıklayıcı bir nitelik taşır. Başka bir deyişle yararlanan taşınmazın tapu kütüğünde bu tescile yer verilmese de taşınmaz lehine irtifaklar kurulmuş olur (Mohr, Münchener Kommentar, § 1018 BGB N. 69).

⁵² Weber, N. 8, s. 272; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 33.

⁵³ Steinauer, N. 2243e; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2803; Ünal, s. 2862-2863; Sirmen, s. 520; Esener/Güven, s. 394.

⁵⁴ Köprülü/Kaneti, s. 64; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2803; Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 258; Ünal, s. 2863; Sirmen, s. 520; Esener/Güven, s. 394.

⁵⁵ Taşınmazın tapuya kayıtlı olması gereklidir (Steinauer, N. 2241a; Argul, CR-CC, Art. 731, N. 12; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 347).

⁵⁶ Hâlihazırdaki malikin yanı sıra intifa hakkı sahibi, üst hakkı sahibi yahut kiracı gibi bir ayni yahut şahsi hakka dayanarak, yararlanan taşınmazı kullanma yetkisi olan kişi tarafından da taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılması mümkündür (Argul, CC-CR, Art. 730, N. 5; Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 13).

⁵⁷ Steinauer, N. 2241a-2241e; Argul, CR-CC, Art. 731, N. 12; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2807; Akipek/Akıntürk, s. 653; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 698; Esener/Güven, s. 395; Ünal, s. 2853-2854.; Sirmen, s. 521.

⁵⁸ Steinauer, N. 2241c.

⁵⁹ Akipek/Akıntürk, s. 653.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılmasının, kazandırıcı zamanaşımı ile kazanma bakımından zilyetliğe karşılık geldiği kabul edilmektedir⁶⁰. Diğer bir deyişle, taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından hak zilyetliği söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda, eşya üzerinde fiili hâkimiyet hakkın fiilen kullanılmasına karşılık gelir (TMK m. 973/f.2 ve İsv.MK m. 919/f.2). Olumlu irtifak hakkının kullanılmasına karşılık için, yüklü taşınmaz üzerinde fiili hâkimiyet söz konusu olmaktadır⁶¹. Örneğin geçit irtifakında, yüklü taşınmaz üzerinde geçme faaliyetinin gerçekleştirilmesi için yüklü taşınmazın belirli bir bölümünde fiili hâkimiyet kurulmaktadır. Olumsuz irtifak hakları bakımından ise hakkın kullanımı, yüklü taşınmaz üzerinde fiili bir hâkimiyet gerektirmez⁶². Örneğin manzara irtifakında yüklü taşınmaz üzerinde fiili bir hâkimiyetten söz edilemez. Bu halde zilyetlik, hakka ilişkin tapuda görünen tescil yahut tescile kaynaklık eden geçerli kazanma sebebi ile söz konusu olmaktadır⁶³. Dolayısıyla yolsuz olarak tescil edilmiş olumlu bir irtifak hakkının kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılmasında zilyetlik unsuru bakımından, irtifak hakkı olumlu bir faaliyetle gerçekleştiğinden söz konusu faaliyetin sürdürülmesi yeterlidir⁶⁴. Olumsuz irtifaklar bakımından ise yolsuz tescil zilyetlik unsuru olarak kabul edilerek, on yıllık süre içerisinde yolsuz olarak tescil edilmiş olan irtifak hakkının engellenmemiş olması halinde, irtifak hakkı kullanılabilir olmaktadır⁶⁵. Bu sayede zilyetlik koşulu sağlanmış olur⁶⁶.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması bakımından İsv.MK m. 663 ile TMK m.713 hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Bu doğrultuda taşınmaz lehine irtifak hakkının olağanüstü zamanaşımı ile kazanılabilmesi için olağanüstü zamanaşımı ile kazanmaya elverişli bir taşınmaz söz konusu olmalıdır⁶⁷. İsviçre Hukukunda, taşınmaz lehine irtifak hakkının davasız ve aralıksız otuz yıl fiilen kullanılması gerekmektedir⁶⁸. Ancak bu kazanma yolunda, taşınmaz lehine irtifak hakkının iyiniyetle kullanılması koşulu aranmaz⁶⁹. Tüm koşulların sağlanması halinde taşınmaz lehine irtifak hakkının tapuya tescilli mahkemeden talep edilebilir⁷⁰. Türk hukukunda ise olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılmaya elverişli bir taşınmaz üzerinde davasız, aralıksız yirmi yıl süreyle irtifak hakkını fiilen kullanan kişi, mahkemeden söz konusu taşınmazda kullanmakta olduğu irtifak hakkını tescilini talep edebilir⁷¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, yararlanan taşınmazın zamanaşımı yoluyla kazanılması halinde taşınmaz mülkiyetinin kazanılması anında irtifak hakkı kayıtlı ise taşınmaz bu hakla

⁶⁰ Steinauer, N. 2241d.; Ünal, s. 2853; Sirmen, s. 520.

⁶¹ Piotet, s. 74.

⁶² Köprülü/Kaneti, s. 46.

⁶³ Piotet, s. 74.

⁶⁴ Steinauer, N. 2241d; Ünal, s. 2853.

⁶⁵ Ünal, s. 2853-2854.

⁶⁶ Steinauer, N. 2241d.

⁶⁷ Ünal, s. 2856.

⁶⁸ Steinauer, N. 2242d; Taşınmaz lehine irtifak hakkının aralıksız kullanılması ile ilgili olağan zamanaşımına ilişkin açıklamalar burada da geçerlidir.

⁶⁹ Steinauer, N. 2242d.

⁷⁰ Steinauer, N. 2242e.

⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2809; Ünal, s. 2857; 2858; Sirmen, s. 521; Esener/Güven, s. 395. Olumsuz irtifakların da olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılabileceği öğretide kabul edilmektedir bkz. Köprülü/Kaneti, s. 63; Ünal, s. 2857. Ne var ki benimsediğimiz görüş uyarınca olumsuz irtifaklar bakımından olağanüstü zamanaşımı yoluyla irtifak hakkının kazanılması mümkün değildir. Zira olumsuz irtifaklarda zilyetlik, tapuda görünen kayıt yahut geçerli bir kazanma sebebi ile gerçekleşmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2810; Sirmen, s. 521).

birlikte kazanılmaktadır⁷². Yüklü taşınmazın zamanaşımı yoluyla kazanılması halinde ise taşınmaz mevcut irtifak hakkı ile yüklü olmaya devam eder⁷³.

Alman hukukunda taşınmaz lehine irtifakların zamanaşımıyla kazanılması da mümkündür. Taşınmaz lehine irtifak hakkının zamanaşımı ile kazanılması bakımından Al.MK § 900 hükmünün 2. fıkrası uygulama alanı bulacaktır. Bu madde uyarınca kişi tapuda taşınmaz lehine irtifak hakkının sahibi olarak görünmelidir. Ayrıca irtifak hakkının davasız, aralıksız ve iyiniyetle otuz yıl süre ile irtifak hakkı sahibi tarafından kullanılması durumunda irtifak hakkı kazanılmış olur. Al.MK §1029 hükmü uyarınca, zamanaşımıyla bir irtifakın kazanılabilmesi için irtifak hakkının kullanımına bir yıldan fazla ara verilmemelidir⁷⁴.

Alman hukukunda kanunda düzenlenmiş olan zamanaşımı dışında “ezelden beri zamanaşımı (*unvordenkliche Verjährung*)” kurumu bulunmaktadır. “Ezelden beri zamanaşımı (*unvordenkliche Verjährung*)⁷⁵” Alman Medeni Kanunu’nda düzenlenmemiş olsa da gerek doktrin⁷⁶ gerekse mahkeme kararları⁷⁷ tarafından kabul edilmiştir. “Ezelden beri zamanaşımı” kurumuyla nasıl ve ne zaman kurulduğu bilinmeyen bir hakkın uzun süre kullanımla⁷⁸ varlığı kabul edilmektedir⁷⁹. Bu durumda bir hakkın uzun bir süreden beri doğduğu hususu, aksi ispat edilebilir bir karinedir. Bu yolla ancak çok istisnai durumlarda taşınmaz lehine irtifakların kullanılacağı kabul edilmektedir⁸⁰. Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi 1854 yılından beri geçit hakkının kullanılması durumunda “ezelden beri zamanaşımıyla” bu hakkın kazanıldığını kabul etmiştir⁸¹.

Alman hukukunda idari bir işlemle (örneğin kamulaştırmayla) taşınmaz lehine irtifakların kurulabileceği kabul edilmektedir⁸². İdari işlemler bir idare için taşınmaz lehine irtifakların kurulması halinde, taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi bakımından söz konusu olan sınırlamalara dikkat edilmesi gerekmektedir. İdare lehine kurulmuş olan bir taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından Medeni Kanun’daki hükümler ve tipe bağlılığın aşamayacağı kabul edilmektedir⁸³.

⁷² Bu durum, taşınmaz lehine irtifak hakkının, yararlanılan taşınmazın mülkiyetine ayrılmaz bir şekilde bağlı olmasının sonucudur.

⁷³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1585 ve N. 1675.

⁷⁴ OLG Zweibrücken, MittRhNotK 2000, s. 119; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 259.

⁷⁵ Türkçesi için bkz: Köbler, Gerhard, Rechtstürkisch - Deutsch-türkisches und türkisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann, Vahlen, Franz Verlag, 2. Auflage, <http://www.koeblergerhard.de/rechtstuerkisch2-deutsch-tuerkisch.pdf>, (Erişim: 29.02.2020).

⁷⁶ Sözlük anlamı için bkz. Fuchs, Julian, Creifelds Rechtswörterbuch, 23. Edition C.H. Beck, München, 2019. Konuya dair detaylı bilgi için bkz: Pützenbacher, Stefan/Potstada, Lukas, “Alte Wege: Das Rechtsinstitut der unvordenklichen Verjährung im Straßenrecht” NVwZ 2016, s. 1615 vd; Weichsel, F. F., *Die erwerbende Verjährung*. Magdeburg, 1825, s. 126 vd.

⁷⁷ VGH Mannheim, Urteil vom 30.04.2008 - 5 S 2858/06, BeckRS 2008, 35742; OLG Frankfurt, OLGZ 1989, s. 91; OLG Hamm (5. Zivilsenat), Urteil vom 19.06.2017 - 5 U 20/16 BeckRS 2017, 126663; BVerfG, NVwZ 2009, s. 1158.

⁷⁸ Uzun sürenin 40 yıl olarak değerlendirilmesi hususunda bkz. Pützenbacher/ Potstada, NVwZ 2016, s. 1616.

⁷⁹ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 261.

⁸⁰ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 262.

⁸¹ OLG Frankfurt, OLGZ 1989, s. 91.

⁸² Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 265.

⁸³ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 266.

IV. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriği

A. Aynı Hakların Sınırlı Sayıda ve Tipe Bağlı Olması İlkesi Karşısında Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının İçeriğinin Serbestçe Belirlenmesi

İsviçre Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'nda, aynı hakların sınırlı sayıda (*numerus clausus*) ve tipe bağlı olması ilkesi benimsenmiştir. Türk Medeni Kanunu ve İsviçre Medeni Kanunu'nda intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı ve kaynak hakkı içerik yönünden ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁸⁴. Buna karşılık taşınmaz lehine irtifak hakları ve diğer irtifakların içeriği bakımından kanunda bir sınırlama getirilmemiştir⁸⁵. Diğer bir deyişle, taşınmaz lehine irtifak hakkından tarafların ne şekilde yararlanacağına belirlenmesi taraflara bırakılmıştır⁸⁶. Bu suretle, taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi konusunda taraflara bir serbesti tanınmıştır⁸⁷. O nedenle taşınmaz lehine irtifak haklarının yalnız tip bakımından sınırlı olduğu ve fakat içerik yönünden sınırlı sayıda olmadıkları kabul edilmektedir⁸⁸. Alman hukukunda ise bu durum, “eşya hukukunun borçlar hukukuna yaklaşması” olarak değerlendirilmektedir⁸⁹. Buna karşılık Alman hukuk öğretisinde, taraflara taşınmaz lehine irtifakların içeriğini belirleme hususunda daha geniş yetki verilmesinin yanlış yorumlanmaması gerektiği ve taşınmaz lehine irtifakların sınırlı sayıda olduğu ileri sürülmüştür⁹⁰. Ayrıca eşya hukukunda yer alan tipe bağlılık sebebiyle tarafların kanunda yer alan sınırlı aynı hakları birleştiremeyeceği kabul edilmektedir⁹¹. Örneğin Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıkta, yüklü taşınmaz maliki olan kardeşin yararlanan taşınmaz maliki olan kardeşine üst ve çatı katında yer alan iki odanın kullanım hakkını vermesini taşınmaz lehine irtifak olarak değerlendirmemiştir. Mahkemeye göre, yüklü taşınmazın bir bölümünün örneğin odanın, balkonun kullanılması her ne kadar mümkünse de burada kullanmanın somutlaştırılması gerekmektedir. Söz konusu odaların hobi odası mı, spor odası mı, büro vs. mi olarak kullanıldığının belirlenmemesi halinde, tarafların eşya hukukunda yer alan tipe bağlılığı ortadan kaldırdığını ve oturma hakkı ile taşınmaz lehine irtifakları birbiriyle birleştirdiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, taşınmaz lehine irtifakın sınırlı bir aynı hak olduğu ve malikler değişse de bu sınırlı hakkın devam edeceğine vurgu yaparak özellikle kullanımın somutlaştırılmasının doğru olacağını

⁸⁴ Köprülü/Kaneti, s. 14; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 711; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2719.

⁸⁵ Köprülü/Kaneti, s. 14.

⁸⁶ Köprülü/Kaneti, s. 14; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2719.

⁸⁷ Steinauer, N. 2209; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 19; Argul, CC-CR, Art. 730, N. 7; Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 167vd.; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 712; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2838; Sirmen, s. 510; Ünal, Muhtevası, s. 1750; Ulshöfer, s. 72 vd.

⁸⁸ Düzensiz irtifaklar (diğer irtifaklar) bakımından da aynı yaklaşım kabul edilmektedir (bkz. Köprülü/Kaneti, s. 14; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 712).

⁸⁹ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Weber, Johannes, J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 3 Sachenrecht ErbbauRG §§ 1018-1112 (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten) Berlin Sellier de Gruyter 2017, § 1018 N. 2 ve 3.

⁹⁰ Weber, Staudinger BGB, § 1018 N. 4.

⁹¹ Weber, Staudinger BGB, § 1018 N. 4. Hemen belirtelim ki tipe bağlılık ve taşınmaz lehine irtifakların sınırlı sayıda olması öğretide eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, gelişen toplumlarda ekonomik ihtiyaçların karşılanabilmesi için eşya hukukundaki “sınırlı sayı” ilkesinde değişiklik yapılmalıdır (bkz. Schmolke, Klaus Ulrich, “Das Servitutenrecht des BGB aus rechtsökonomischer Sicht” WM 2010, s. 742 vd.).

belirtmiştir⁹². Görülüyor ki, mahkeme tarafından Alman hukukunda bir diğer sınırlı ayni hak olan oturma hakkı ile taşınmaz lehine irtifak hakkının taraf iradeleri ile birleştirilemeyeceği, bu suretle tipe bağlılık ilkesinin aşılamayacağı sonucuna varılmıştır.

Taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi bakımından taraflara tanınan serbesti sayesinde, yüklü taşınmaz malikinin kaçınması yahut katlanması gereken ve taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturan ve yararlanan taşınmaz malikine tanınan yetkiler yüklü taşınmaz maliki ile yararlanan taşınmaz maliki tarafından serbestçe kararlaştırılabilir. Örneğin yürüyerek yahut araçla geçme, hayvan otlatma, su geçirme; balık tutma, su, elektrik, gaz vb. hat geçirme; kısmen ya da tamamen inşaat yapmayı yasaklama, bitki dikmeyi yasaklama, araç park etme, restoran işletilmesinin yasaklanması, fabrika işletilmesinin yasaklanması, güdültü yapılmaması, bazı maddelere ilişkin emisyon salınımlarının yasaklanması şeklinde taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması mümkündür⁹³.

B. Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının İçeriğinin Belirlenmesi Bakımından Taraflara Tanınan Serbestinin Sınırları

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu, İsviçre Medeni Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'nda her ne kadar yüklü ve yararlanan taşınmaz maliklerine taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini belirleme konusunda bir serbesti tanınmış olsa da bu serbesti sınırsız değildir. Nitekim tarafların, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini tamamen ortadan kaldıracak şekilde bir taşınmaz lehine irtifak kuramayacağı kabul edilmektedir⁹⁴. Federal Alman Mahkemesi, 2015 yılında önüne gelen uyuşmazlıkta yüklü taşınmazın A, B, C, D, olarak bölümlere ayrıldığını ve söz konusu yüklü taşınmazın D ve C bölümünde yararlanan taşınmaz lehine “D ve C bölümleri oyun alanı, yeşil alan, park alanı ya da idarenin ve kanunların uygun gördüğü her şekilde kullanılabilmesi” şeklinde kurulmuş olan taşınmaz lehine irtifak hakkını kabul etmemiştir. Mahkemeye göre, taşınmaz lehine irtifakın içeriği belirlenirken, tarafların tescil talebi dikkate alınır. Taraflara taşınmaz lehine irtifakın içeriğini belirleme hususunda serbesti tanınmış olsa da yüklü taşınmazın tamamı ya da bir kısmı üzerinde yüklü taşınmaz malikine mülkiyet hakkının verdiği yetkileri ortadan kaldıracak şekilde, yararlanan taşınmaz malikine belirlenmemiş ve somutlaştırılmamış bir kullanma hakkı verilemez⁹⁵.

⁹² OLG München, Beschluss vom 22.2.2010 - 34 Wx 3/10. Bu karar değerlendirmesi için Demharter, Johann, “Zulässiger Inhalt von Benutzungsdienstbarkeiten“, Anmerkung OLG München, MittBayNot 2010, s. 390 vd.

⁹³ Steinauer, N. 2210; Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 167 vd.; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 9; Ulshöfer, s. 76 vd; Möller, s. 389.

⁹⁴ Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 7; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 28; Göksu, CHK, ZGB, Art. 730, N. 9; BGE 116 II 281 E. 4.c; BGE 116 II 275 E. 3.b; Kazele, Nobert, Beckonline Grosskommentar, (Herausgegeben von: Beate Gsell/ Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann) Verlag C.H München, 2019, § 1018 N. 279; BGH, DNotZ 2015, s. 113 Nr. 14; Köprülü/Kaneti, s. 57.

⁹⁵ BGH, DNotZ 2015, s. 113 Nr. 14. Benzer yönde mahkeme kararları için. Bkz. BayObLG, BayObLGZ 1989, s. 442; KG, DNotZ 1992, s. 674; OLG Celle, NJW-RR 2005, s. 102; Lemke, Reiner, “Zur Abgrenzung von eingeschränktem Grundstücksnießbrauch und Benutzungsdienstbarkeit“, Festschrift für Joachim Wenzel Herausgegeben von: Werner Merle/Wolfgang Krüger/Achim Krämer/Heinrich Kreuzer) Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 2005, s. 398.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olamaz⁹⁶. Bu kapsamda, tarafların anlaşması ile kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet hakkı kısıtlamaları değiştirilemez ve kaldırılmaz. Mülkiyet hakkının kanuni kısıtlamalarından yarar sağlayan çevrenin belirsiz olduğu hallerde, taraf iradeleri ile söz konusu kısıtlamalar değiştirilemez ve kaldırılmaz⁹⁷. Diğer bir deyişle, kanuni düzenlemeler nedeniyle malikin kullanamayacağı yetkiler taşınmaz lehine irtifakın konusu olamayacağı gibi zaten komşuluk hukukundan doğan katlanma vb. yükümlülükler de taşınmaz lehine irtifak hakkının konusu olamaz⁹⁸. Ayrıca kanunda aynı haklarla ilgili olarak benimsenen ilkeler taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi bakımından taraflara tanınan serbesti ile aşılamaz⁹⁹. Örneğin, taraflar taşınmazdan bağımsız olarak irtifak hakkının devredilebileceğini yahut miras bırakılabileceğini kararlaştıramaz.

Türk Medeni Kanunu'nda ve İsviçre Medeni Kanunu'nda mülkiyet hakkının kısıtlanması şeklinde ele alınan irtifaklar mecra, su hakkı ve geçit hakkı olarak sayılmıştır. Bu irtifakların içeriği, kanun tarafından belirlenmiştir¹⁰⁰. Ne var ki, tarafların kanuna dayalı mecra, su hakkı ya da geçit hakkı irtifaklarından birini iradi irtifak olarak kurabilmesi mümkündür¹⁰¹. Bu halde zorunluluk unsurunun ortadan kalkması sonucunda irtifak hakkının kendiliğinden sona erme riski, aynı içerikte iradi irtifak hakkı tesis edilmek suretiyle aşılmaktadır¹⁰².

Alman hukukunda bir bölgedeki imar planına rağmen tarafların, imar planının konusunu teşkil eden hususları taşınmaz lehine irtifak hakkının konusu yapabileceği kabul edilmektedir¹⁰³. Zira söz konusu planların ileride değişmesi mümkündür. Örneğin, imar planında yer alan bir yerde dört kattan fazla bina yapılmayacağı hususu taşınmaz lehine irtifak hakkının konusu olabilir¹⁰⁴. Daha sonra imar planının değişmesi halinde, mağduriyet yaşanmaması için taraflar taşınmaz lehine irtifak kurulmasını kararlaştırabilir.

2. Yarar Ölçütü ile Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Serbestçe Belirlenmesinin Sınırlandırılması

a) İsviçre Hukuku ve Türk Hukukunda Benimsenen Sübjektif Yarar Ölçütü ile Serbestinin Sınırlandırılması

İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği, taraflardan birinin yahut yalnızca yararlanan taşınmaz malikinin ihtiyacına göre belirlenebilir¹⁰⁵.

⁹⁶ Steinauer, N. 2212; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 21; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 286; Ünal, Muhtevası, s. 1750.

⁹⁷ Tek, Gülen Sinem, Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s. 178; Kazele, Beckonline Grosskommentar 1018 N. 286.

⁹⁸ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 21; BGE 99 II 28 E. 4; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 284; Köprülü/Kaneti, s. 56; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 762. Bu yöndeki karar örnekleri için bkz. BayObLG, NJW1982, s. 1056; BayObLGZ, BAYOBLGZ 1980, s. 239.

⁹⁹ Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 10; Argul, CR-CC, Art. 730, N. 9.

¹⁰⁰ Bu değerlendirme Alman Hukuku kökenlidir. Alman hukukunda irtifak hakları iradidir. Bunun yanı sıra mülkiyet hakkını kısıtlayan haller söz konusudur (Möller, s. 376 vd.).

¹⁰¹ Liver, ZK-ZGB, Art. 732, N. 39-40; Akipek/Akıntürk, s. 657; Tek, s. 173 vd.

¹⁰² Tek, s. 17.

¹⁰³ OLG Hamm, MittBayNot 1996, s. 379; Stürner, AcP 1994 (194), s. 267. Türk hukuku bakımından mümkün olmadığı yönünde bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 762.

¹⁰⁴ OLG Hamm, MittBayNot 1996, s. 379; Stürner, AcP 1994 (194), s. 267.

¹⁰⁵ Steinauer, N. 2210a.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin, yararlanan taşınmazın hâlihazırdaki ihtiyacı yahut ileride ortaya çıkması muhtemel ihtiyacı dikkate alınarak da belirlenmesi mümkündür¹⁰⁶. Ne var ki, yararın makul olması gerektiği öğretisi ve uygulamada ifade edilmiştir¹⁰⁷. Buna karşılık hukuki açıdan korunmaya değer bir yararın, irtifak hakkının kurulması bakımından yeterli olduğu da ileri sürülmüştür¹⁰⁸. Diğer yandan taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması bakımından, irtifak hakkı sahibinin haklı menfaatinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁹. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin, taşınmaz lehine irtifak hakkı ile taşınmaz malikinin bir ihtiyacının ya da isteğinin karşılanması amacıyla yönelik olması mümkündür¹¹⁰. Burada subjektif bir değerlendirme söz konusudur¹¹¹. Taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulma anında yararlanan taşınmaz malikinin kişisel ihtiyacını karşılamaya yönelik bir yararının bulunması, irtifak hakkının kurulması için yeterlidir¹¹². Ne var ki, farazi veya hayali bir menfaat için irtifak hakkının kurulması mümkün değildir¹¹³. Örneğin, maddi olarak suyu olmayan ve su çıkması mümkün olmayan bir taşınmaz üzerinde kaynak irtifakı kurulması mümkün değildir¹¹⁴. Ancak gelecekteki bir yarar için taşınmaz lehine irtifak kurabileceği kabul edilmektedir¹¹⁵. Örneğin, yararlanacak taşınmaz üzerinde bir fabrika kurulacak olması ve şimdiden fabrika için faydalı olacak bir taşınmaz lehine irtifak kurulması mümkündür.

İsviçre ve Türk hukuk öğretisinde irtifak hakkı sahibinin keyfi bir menfaatinin olması halinde irtifak hakkının kurulması kabul edilse dahi, bu durumla uygulamada pek karşılaşımla ihtimali olmadığı ifade edilmektedir¹¹⁶. Dolayısıyla benimsediğimiz görüş uyarınca, irtifak hakkı sahibinin korunmaya değer bir menfaati bulunduğu takdirde irtifak hakkının kullanım tarzı ile bağdaşan her türlü yararlanma, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini teşkil edebilir¹¹⁷. Bu kapsamda irtifak hakkından bir yararın kalmaması halinde yüklü taşınmaz maliki, mahkmeden irtifak hakkının terkinini talep edebilecektir (TMK m.785/f.1).

Öğretide ve uygulamada, irtifak hakkı sahibinin menfaati bakımından iki önemli ölçüt getirilmiştir. Birinci ölçüte göre, yararlanan taşınmaz malikinin irtifak hakkı kurmakta

¹⁰⁶ Steinauer, N. 2210a; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2777.

¹⁰⁷ Piotet, s. 36; Steinauer, N. 2214; Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 10; Ünal, Muhtevası, s. 1751; BGE 123 III 337 E. 4.b; BGE 121 III 52 E. 2.a; BGE 108 II 39 E. 3.

¹⁰⁸ Wieland, s. 478; BGE 78 II 21 E 11.

¹⁰⁹ Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 87-88; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 22.

¹¹⁰ Rossel, Virgile/Mentha, Fritz Henri, Manuel du Droit Civil Suisse, C.II, Lozan, Librairie Payot & Cie, 1922, s. 112; Piotet, s. 31; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 753-754; Ünal, Muhtevası, s. 1751; BGE 70 II 96 E. 3.

¹¹¹ Galland, Cyril, Le contenu des servitudes foncières, Schulthess Juristische Medien AG, 2013, N. 202, s. 58; Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 10; Ünal, Muhtevası, s. 1751. İsviçre kanun koyucusu, Roma hukukundan beri süregelen objektif yarar esasından ayrılmayı tercih etmiştir (bkz. Öcal-Apaydın, Bahar, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 264-265; Tek, 142 vd.).

¹¹² Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 7 vd.; Köprülü/Kaneti, s. 53; BGE 108/1982 II 39=JdT 1985 I 190.

¹¹³ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 22; Tek, s. 166.

¹¹⁴ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 22; Tek, s. 166.

¹¹⁵ BGH, NJW 1984, s. 2158; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 58.

¹¹⁶ Tek, s. 168.

¹¹⁷ Yarg. 14. HD. 27.09.2004, 2004/6343 E., 2004/6310 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 02.05.2019); Gürsoy/Eren/Cansel, s. 760-761; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2777.

menfaati bir kereye mahsus olmamalı ve devamlılığı olmalıdır¹¹⁸. İkinci ölçüte göre ise kanun gereği mevcut bir kısıtlamanın, yararlanan taşınmaz malikinin menfaati olduğu gerekçesi ile taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturması mümkün değildir¹¹⁹. Örneğin, belirli bir mesafede yapılaşma için kanuni bir düzenleme varsa, artık bu konuda taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmasına ihtiyaç yoktur¹²⁰. Ancak bu değerlendirme yapılırken kanuni düzenlemenin açık olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Şayet genel nitelikli ve belirsiz bir kısıtlama söz konusu ise, kısıtlama ile aynı içerikte irtifak hakkı kurulmasında irtifak hakkı sahibinin menfaati olduğu kabul edilmelidir¹²¹. Ayrıca kanun değişiklikleri göz önüne alınarak, bu konu değerlendirilmelidir¹²².

b) Alman Hukukunda Benimsenen Objektif Yarar Ölçütü ile Serbestinin Sınırlandırılması

Alman Medeni Kanunu § 1019 hükmünde taşınmaz lehine irtifak hakkının, ancak yararlanan taşınmazın kullanımı için bir yarar sağladığında kurulabileceği açıkça kaleme alınmıştır¹²³. Bu düzenlemenin emredici olduğu ve taraflarca aksinin kararlaştırılamayacağı savunulmaktadır¹²⁴. Başka bir deyişle, taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması bakımından yararlanan taşınmazın bir yararının olmasına gerek olmadığı ya da yararlanan taşınmazın yararının ortadan kalkmasına rağmen taşınmaz lehine irtifakların devam edeceği hususunda taraflar anlaşma yapamazlar¹²⁵.

Federal Alman Yüksek Mahkemesi, vermiş olduğu kararlarda taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından yararın doğrudan ya da dolaylı olarak ekonomik bir değer olması gerektiğini kabul etmiştir¹²⁶. Örneğin, mahkeme yerleşme alanı olan bir yerde yapılaşmanın kısıtlanmasına ilişkin taşınmaz lehine irtifak hakkının yararlanan taşınmazın ekonomik değerini artırdığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre, bir bölgede yapılaşmanın olmaması ya da orada sınai faaliyetlerin yasaklanması yararlanan taşınmaza ekonomik bir menfaat sağlamaktadır¹²⁷. Ancak öğretilde, bu kararlar eleştirilmiştir. Yararın her halde, yararlanan taşınmazın

¹¹⁸ Piotet, s. 36; Steinauer, N. 2214a; Ünal, Muhtevası, s. 1751; Tek, s. 190. Öğretilde bir görüşe göre, bu sonuç aynı hakkın özündeki mutlak yetkiden yani herkese karşı ileri sürülebilmesinden kaynaklanmaktadır. Bir defaya mahsus olmak üzere yararlanma için irtifak hakkı kurulmasını mutlak olarak yasaklayan bir kanun hükmü yoktur. Dolayısıyla taşınmazdan bir defaya mahsus yararlanma amacıyla da irtifak hakkı kurulabilir. Bu durumda irtifak hakkı bir kez kullanıldıktan sonra yüklü taşınmaz maliki, yararlanan taşınmaz malikinin yararı kalmadığı gerekçesiyle irtifak hakkının terkinini talep edebilir (Gürsoy/Eren/Cansel, s. 762).

¹¹⁹ Steinauer, N. 2214a; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 29; Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 94; Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 10; Ünal, Muhtevası, s. 1751; BGE 99 II 28 E 4.

¹²⁰ BGE 106/1980 II 315=JdT 1981 I 306; 99/1973 II 28/33=JdT 1973 I 581/582.

¹²¹ BGE 106 II 315 E. 2.c; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 29; Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 10; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 763; Ünal, Muhtevası, s. 1751; Tek, s. 172.

¹²² Piotet, s. 36; Steinauer, N. 2214a.

¹²³ Ulshöfer, s. 59 vd; Berger, Christian, Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO, Herausgegeben von Prof. Dr. Des. h.c. Rolf Stürner, 17. Auflage, C. H. Beck, München 2018; § 1019 N. 1; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 4.

¹²⁴ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 14.

¹²⁵ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 14; Ulshöfer, s. 64; Weber, N. 4, s. 272.

¹²⁶ BGH, NJW 1983, s. 116.

¹²⁷ BGH, NJW 1983, s. 116 benzer yönde kararlar için bkz. BGH, WM 1967, s. 584. Daha eski kararlar için RGZ 61, s. 341.

ekonomik değerini artırma şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir¹²⁸. Öncelikle yararlanan taşınmazın bir yararı olması gerektiğini düzenleyen Al.MK §1019 hükmünde, kanun koyucunun sadece yarardan bahsettiği buna karşılık ekonomik bir yarardan bahsetmediği belirtilmiştir¹²⁹. Ayrıca taşınmaz lehine irtifak haklarını düzenleyen diğer hükümlerde de yüklü taşınmazın kullanımından bahsedildiği; ancak bu kullanma kavramının geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür¹³⁰. Mahkemenin bir yandan ekonomik yarar arayıp diğer yandan ekonomik yarar kavramını geniş yorumlaması ve dolaylı ekonomik yararı kabul etmesinin de çelişkili olduğu ifade edilmiştir¹³¹. Diğer yandan, taşınmaz lehine irtifak haklarının amacının yola çıktığında yararın sadece ekonomik olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığı ileri sürülmüştür¹³². Ne var ki, aslında mahkemenin sadece ekonomik değerden bahsedip sonra bunu geniş yorumlamasının öğretideki eleştirilerin kabul edilmesi anlamına geldiği ve uygulamada bir farklılık yaratmadığı ileri sürülmüştür¹³³.

Alman hukuk öğretisinde, eşyaya bağlı irtifakların kişisel irtifaklardan farklı olduğu ve bu nedenle yararın olup olmadığına taşınmaz malikinin kişisel ihtiyaçlarından bağımsız bir şekilde karar verilmesi gerektiği vurgulanmıştır¹³⁴. Bu doğrultuda yararın objektif olması gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu yararın objektif olup olmadığının tespitinde tarafların anlaşması, taşınmazların yeri ve taşınmazların özellikleri gibi hususların dikkate alınacağı ifade edilmektedir¹³⁵.

Bu hukuk düzeninde objektif yarar ölçütü kabul edilmekle birlikte, estetik açıdan hareket edilmesi, manzaranın bozulmaması için belirli yüksekliği aşan duvarın yapılmaması, daha sakin bir yerde oturma isteğiyle yüklü taşınmazda belirli faaliyetlerin yapılmasının yasaklanmasının da objektif bir yarar sağladığı, dolayısıyla bu hallerde de taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulabileceği ileri sürülmüştür¹³⁶. Ayrıca yararlanan taşınmazın yararının her zaman doğrudan olmayacağı, o nedenle dolaylı yarar sağlanan hallerde de taşınmaz lehine irtifakların kurulabileceği kabul edilmiştir¹³⁷. Taşınmazın kendisinin kullanılması doğrudan yarar olarak nitelendirilirken taşınmaz üzerinde bulunan garaj vb. yapılardan yararlanılması dolaylı yarar olarak nitelendirilmiştir¹³⁸.

Yararlanan taşınmazın yararını kabul eden Alman hukukunda, Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, söz konusu yararın devamlı olmasını aramış ancak bu devamlılığın kesintisiz olmasına gerek olmadığını belirtmiştir¹³⁹. Federal Alman Mahkemesi de su, elektrik ve telefon hattı çekmek için kurulan taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından yararlanan taşınmaz malikinin elektrik ve telefon kablolarını kamu arazisinden geçirdiği ve suyun da yararlanan taşınmazdan çıkarılması halinde taşınmaz lehine irtifakın terkin talebini incelemiştir. Mahkemeye göre, irtifakın uzun süre kullanılmaması yararın

¹²⁸ Mohr, Münchener Kommentar, § 1019 N. 2; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 4.

¹²⁹ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 36; Berger, Jauernig, § 1019 N. 4.

¹³⁰ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 36; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 4.

¹³¹ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 36.

¹³² Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 36; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 4.

¹³³ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 37; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 4.

¹³⁴ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 36; Ulshöfer, s. 64 vd; Berger, Jauernig, § 1019 N. 2.

¹³⁵ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 36.

¹³⁶ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 40 vd.; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 4

¹³⁷ BGH, WM 1967, s. 584; BGH, DNotZ 1956, s. 41 OLG Nürnberg, NJOZ 2013, s. 2085; Reimann, *Wolfgang*, "Zulässiger Inhalt von Unterlassungsdienstbarkeiten", MittBayNot 1972, s. 66; Mohr, Münchener Kommentar, § 1019 N. 3.

¹³⁸ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 51.

¹³⁹ OLG Frankfurt, FGPrax 2009, s. 254.

ortadan kalktığını göstermez. Kaldı ki, taşınmaz lehine irtifak gelecekteki bir yarar için de kurulabilir. Ne var ki, mahkeme tarafından bu menfaatin ne olduğunun ve kullanma imkânının yeniden ortaya çıkacağına somut olarak davalı olan yararlanan taşınmaz maliki tarafından ispat edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁰. Nitekim gelecekteki bir fayda için taşınmaz lehine irtifak kurulması mümkünse de bu beklentilerin de farazi ve hayal olmaması gerekir¹⁴¹. Objektif ve hayatın olağan akışına göre gerçekleşmesi beklenen bir yarar bulunmalıdır. Gelecekteki yararın gerçekleşmesinin kesin olmasına gerek yoktur, somut olaylar değerlendirildiğinde gerçekleşmesinin muhtemel olması yeterlidir¹⁴².

3. Yüklü Taşınmazda Ticari veya Sınai Bir Faaliyetin Yasaklanmasının Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğini Oluşturup Oluşturamayacağı Meselesi

Taşınmaz lehine irtifak hakkının, yüklü taşınmaz malikinin kendisinin fiil ve davranış serbestisini ortadan kaldıracak ya da sınırlandıracak şekilde olamayacağı kabul edilmektedir¹⁴³. Bu ölçüt, özellikle olumsuz irtifaklar bakımından önem arz etmektedir. Zira olumsuz irtifaklarda yüklü taşınmaz maliki, kendi taşınmazını mülkiyet hakkı kapsamında olmasına rağmen belirli bir tarzda kullanmaktan kaçınmaktadır.

İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde yüklü taşınmaz malikinin, taşınmazının fiziksel durumunu ya da ekonomik değerini etkileyecek şekilde herhangi bir faaliyeti yerine getirmekten kaçınması şeklinde irtifak hakkı kurulabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁴. Bina yükseltmeme yahut garaj yapmama, depo yapmama gibi belirli bir amaca yönelik inşaat yapmama irtifakları bakımından bu ölçütü belirlemek zorluk arz etmez¹⁴⁵. Zira söz konusu irtifaklar, yüklü taşınmazın fiziksel durumu ya da ekonomik değeri üzerinde etkisini göstermektedir. Ne var ki, yüklü taşınmaz üzerinde belirli bir ticari ya da sınai faaliyetin yürütülmesinin yasaklanması şeklinde bir irtifak hakkı kurulması bakımından bu ölçütü tespit etmek zorlaşır¹⁴⁶. Bu halde rekabet etmeme irtifakının söz konusu olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁷. Rekabet etmeme irtifakı bakımından ise yüklü taşınmazın fiziksel durumunu, dış görünüşünü ya da ekonomik yahut içtimai yönden niteliğini değiştirmeyi amaçlayan taşınmaz lehine irtifak haklarının kurulabileceği ifade edilmektedir¹⁴⁸. Diğer bir deyişle irtifak hakkının içeriği olarak belirlenen ticari yahut sınai faaliyeti yasaklama, aynı zamanda yüklü taşınmazın fiziksel, ekonomik, içtimai özellikleri üzerinde etkisini gösteriyorsa taşınmaz lehine irtifak

¹⁴⁰ BGH, NJW 1984, s. 2158.

¹⁴¹ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 59.

¹⁴² OLG München, RNotZ 2012, s. 123; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 59; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 10-11; Mohr, Münchener Kommentar, § 1019 N. 3.

¹⁴³ Piotet, s. 34; Steinauer, N. 2216; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 24; Göksu, CHK, ZGB, Art. 730, N. 7; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 739; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 692; Ünal, Muhtevası, s. 1751; BGE 131 III 414 E. 2.3; BGE 123 III 337 E. 2.c; BGE 108 II 39 E. 3; BGE 106 II 315 E. 2. d.

¹⁴⁴ Steinauer, N. 2216; Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 110; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 25; Stürner, AcP 1994 (194), s. 267; Esener/Güven, s. 388; Ünal, Muhtevası, s. 1751; Tek, s. 43 ve 57-78.

¹⁴⁵ Steinauer, N. 2216.

¹⁴⁶ Steinauer, N. 2217.

¹⁴⁷ Galland, Cyril: Les servitudes de concurrence – un instrument à manier avec précaution, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR), 95/2014, s. 149; Akipek/Akıntürk, s. 649; Tek, s. 157.

¹⁴⁸ Piotet, s. 34; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 24; Argül, CR-CC, Art. 730, N. 15; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 769.

hakkı olarak kabul edilebilir¹⁴⁹. Zira rekabet etmeme irtifaklarında amaç, rekabetin önlenmesi olmamalı ve fakat taşınmazdan yararlanma olmalıdır¹⁵⁰.

Rekabet etmeme irtifakı farklı şekillerde karşımıza çıkabilir¹⁵¹ ve her somut olayın ayrı ayrı değerlendirilerek böyle bir irtifakın kurulup kurulmayacağına karar verilmesi gerekir.¹⁵² Öncelikle yüklü taşınmazın bir ticari işletme olarak kullanılmasının tamamen yasaklanması ve bu yönde bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması mümkündür¹⁵³. Örneğin, bir coğrafi bölgenin tamamen oturma ve yerleşmeye inhisar edilmesi ile o bölgede ses, gürültü ve hava kirliliğinin önlenmesinin yanı sıra çeşitli atıklardan o bölgenin korunması istenebilir. Böyle durumlarda yüklü taşınmaz üzerinde fabrika kurulamayacağı şeklinde irtifak hakkı kurulması halinde, yararlanan taşınmaz malikinin o bölgenin sırf yerleşim yeri olarak kalmasını menfaati bulunmaktadır. Bu halde bir bölgenin sadece oturma alanı olarak kalmasının dışında o bölgede daha önce bulunan ya da o bölgeye yakın bulunan ticari işletmeler dışında işletmelerin kurulmaması da geniş açıdan bakıldığında rekabet etmeme olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁴.

Rekabet etmeme yasağının bir diğer halinde ise yüklü taşınmazın bir işletme olarak kullanılması yasaklanmamakta; ancak yüklü taşınmaz üzerinde bazı faaliyetlerin yerine getirilmesi yasaklanmaktadır. Örneğin, yararlanan taşınmazda bir fırın olması nedeniyle yüklü taşınmazda bir fırın kurulmaması hususunda bir taşınmaz lehine irtifak kurulması mümkündür¹⁵⁵. Ne var ki, tarafların yüklü taşınmazdan yararlanma amacı ile içeriği belirlediği hallerde taşınmaz lehine irtifak hakkının söz konusu olduğu; buna karşılık rekabet hukuku kurallarını dolanmak amacıyla içeriği belirlediği hallerde taşınmaz lehine irtifak hakkından söz edilemeyeceği kabul edilmelidir¹⁵⁶. Bu kapsamda yüklü taşınmazda fırın yahut pastane işletilmemesi yahut tütün ürünü satan herhangi bir işletme açılmayacağı şeklinde taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁷. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi, yüklü taşınmazda marangozhane haricinde bir işletmenin açılmayacağı şeklinde taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesinin mümkün olduğuna da hükmetmiştir¹⁵⁸. Bu içerikte bir irtifak hakkının yüklü taşınmazın fiziksel, ekonomik ve içtimai niteliğini etkilemeye yönelik olduğu gerekçesiyle öğretide de böyle bir irtifak hakkının kurulabileceği kabul edilmiştir¹⁵⁹. İsviçre Federal Mahkemesi ayrıca, bir taşınmaz

¹⁴⁹ Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 110; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 25; Göksu, CHK, ZGB, Art. 730, N. 7; Argul, CR-CC, Art. 730, N. 15; Ünal, Muhtevası, s. 1751; Tek, s. 158; BGE 123 III 337 E. 2.c; BGE 114 II 314 E. 3.

¹⁵⁰ Tek, s. 157.

¹⁵¹ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Baetge, Dietmar, "Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten in Europa. Ein rechtsvergleichender Überblick", *RabelsZ* (59) 1995, s. 647 vd; Stürner, *AcP* 1994 (194), s. 267; Bormann, s. 153 vd; Göz, s. 57-78.

¹⁵² Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 411-417 vd; Stürner, *AcP* 1994 (194), s. 267; Freudling, Gabriele, "Die Reichweite wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten am Beispiel eines Wettbewerbsverbots über „Baustoffe“", *BB* 1990, s. 940 vd.

¹⁵³ Taşınmazın fiziksel, ekonomik ve içtimai özelliklerini etkilediğinden, yüklü taşınmazda pastane ve fırın işletilmemesi şeklinde irtifak hakkı kurulabileceği kabul edilmiştir (BGE 114 II 314 E. 3).

¹⁵⁴ Grziwotz, Herbert, "Risiken bei der zivilrechtlichen Lösung von Immissionskonflikten", *KommJur* 2008 Heft 5, s. 174; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 108.

¹⁵⁵ Bormann, s. 169 vd; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 108.

¹⁵⁶ Tek, s. 158; Walter/Maier, *NJW* 1988, s. 388.

¹⁵⁷ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 26; Tek, s. 161; Baetge, *RabelsZ* (59) 1995, s. 663; Stürner, *AcP* 1994 (194), s. 267.

¹⁵⁸ BGE 123 III 337.

¹⁵⁹ Steinauer, N. 2217a; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 26.

üzerinde mesleki bir faaliyetin yürütülmesinin yahut bir ticari işletme açılmasının yasaklanmasının her somut olaya göre, taşınmazın ekonomik ve içtimai niteliğini etkileyip etkilememesi yönünden, değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁶⁰.

Dolaylı olarak rekabeti etkilemeye yönelik bir amaçla irtifak hakkının kurulması, yüklü taşınmaz malikinin kendi mülkiyet hakkı kapsamında sahip olduğu taşınmazı üzerinde yürüteceği ekonomik faaliyeti seçme özgürlüğünü etkilemektedir¹⁶¹. O nedenle bu içerikte bir irtifak hakkı kurulmasının, yalnızca yüklü taşınmaz malikinin kendisini etkilediği ve fakat taşınmazın durumunu etkilemediği hallerde kabul etmemek gerektiği belirtilmektedir¹⁶². Yüklü taşınmazda yalnızca yararlanan taşınmaz malikinin ürettiği biranın satılacağı¹⁶³; diğerlerinin satılmayacağı yahut yüklü taşınmazda yalnızca belirli marka otomatın koyulabileceği diğerlerinin koyulamayacağı şeklinde irtifak hakkı kurulmasının mümkün olduğu İsviçre’de kabul edilmektedir¹⁶⁴. Buna karşılık öğretilde, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin bu şekilde belirlenmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir¹⁶⁵. Taşınmazda hangi biranın tüketileceğine yahut hangi otomatın bulunacağına ilişkin yapılan belirlemenin taşınmazın haricinde bir durum olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca akaryakıt istasyonunda belirli bir akaryakıt firmasının ürününün satılacağı şeklinde irtifak hakkı kurulmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹⁶⁶. Zira belirli bir ürünün satılması yahut satılmaması şeklindeki kısıtlamaların; taşınmazın fiziksel, ekonomik ve içtimai özellikleri yahut taşınmazın dış görünüşü bakımından bir etkiye sahip olmadığı ifade edilmektedir¹⁶⁷. Buna karşılık komşuların rahatsızlığını engelleme amacı taşıdığı takdirde, yüklü taşınmazda alkol satılmasının yasaklanması şeklinde irtifak hakkının kurulmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir¹⁶⁸.

Alman hukukunda Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak, yararlanan taşınmazın yararı, Al. MK. § 1019 hükmünde açıkça aranan bir koşuldur. Bu nedenle taşınmazların niteliği ekonomik ve içtimai özelliğiyle ilgili olmayan rekabet etmeme irtifaklarının kurulmasının mümkün olmadığı görülmektedir¹⁶⁹. Yeni kurulan bir işletmenin örneğin benzinliğin belirli bir firmanın ürünlerini satacağına ilişkin taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulup kurulmayacağı Alman hukukunda daha sıklıkla tartışılan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Federal Alman Mahkemesi, bir benzinlikte belirli marka benzinin satışının yapılacağı hususunda yapılan anlaşmanın taşınmaz lehine irtifak hakkının konusu olamayacağına hükmetmiştir. Zira mahkeme, söz konusu yasaklamanın taşınmazın durumuyla ilgili

¹⁶⁰ BGE 123/1197 III 337/341; Bormann, s. 169.

¹⁶¹ Steinauer, N. 2217a.

¹⁶² Steinauer, N. 2217a.

¹⁶³ Steinauer, N. 2217a; Tek, s. 160.

¹⁶⁴ Tapu Sicili Denetim Makamı’nın 07/06/2000 Tarihli kararı, RFJ 2000 257/259.

¹⁶⁵ Steinauer, N. 2217a; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 25; Baetge, RabelsZ (59) 1995, s. 659; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 765; Ünal, Muhtevası, s. 1752. Öğretildeki görüşlere uygun bir karar Federal Alman Mahkemesi tarafından da verilmiştir (bkz. BGH, NJW 1959, s. 671).

¹⁶⁶ Steinauer, N. 2217a; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 25; Ünal, Muhtevası, s. 1753.

¹⁶⁷ Galland, Contenu, N. 283-284, s. 82-83; Gürzumar, Osman Berat, İrtifak Hakları ve Rekabet Hukuku, Medeni Kanunu’nun ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Sempozyumu, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 602.

¹⁶⁸ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 25.

¹⁶⁹ Göz, s. 78.

olmadığı gibi yüklü taşınmaz malikinin tasarruf ve hareket özgürlüğünü kısıtladığını ifade etmektedir¹⁷⁰.

Alman hukukunda öğretilerde ve mahkeme kararlarında belirli bir marka içeceğin veya ürünün yüklü taşınmazda satılamayacağı yönünde taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulamayacağı kabul edilmektedir¹⁷¹. Bu tarzda kısıtlamaların taşınmazın fiziksel, ekonomik ve içtimai özellikleri yahut taşınmazın dış görünüşü bakımından bir etkiye sahip olmadığı¹⁷², ayrıca Eşit Davranma Kanunu ve Federal Alman Anayasası'nın eşitlik ilkesini düzenleyen normlara aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür¹⁷³. Keza Avrupa Birliği'nin üyesi olan Almanya'nın Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 101. maddesini¹⁷⁴ dikkate alması gerektiği ve bu maddeye aykırı taşınmaz lehine irtifak haklarının kurulamayacağı, kurulması halinde bu irtifakların hükümsüz olacağı kabul edilmektedir¹⁷⁵.

4. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Yapma Borcundan Oluşması

Türk Medeni Kanunu m. 779/f.2 ve İsviçre Medeni Kanunu m. 730/f.2 ve Al. MK. § 1018 hükümleri uyarınca yapma borçları, başlı başına irtifak hakkını konusu olamaz; ancak ona bir yan edim olarak bağlanabilir¹⁷⁶. Dolayısıyla yüklü taşınmaz malikinin olumlu

¹⁷⁰ BGH, NJW 1959, s. 671; Bormann, s. 171 vd; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 77.

¹⁷¹ Joost, Detlev, "Sachenrechtliche Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten.," NJW 1981, s. 309 vd; Adamczyk, MittRhNotK 1998, s. 1113; Amann, Hermann, "Steuerung des Bierab-satzes durch Dienstbarkeiten. Ein Beitrag zur Lehre von der Sicherungsdienstbarkeit", DNotZ 1986, s. 578 vd; Baetge, RabelsZ (59) 1995, s. 663 vd; Stürner, AcP 1994 (194), s. 267; Walter/Maier" NJW 1988, s. 383; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 111, 113; BGH, DNotZ 1972, s. 350; BGH, DNotZ 1959, s. 191; Baetge, RabelsZ (59) 1995, s. 663 vd; Stürner, AcP 1994 (194), s. 267.

¹⁷² Ushöfer, s. 48; Bormann, s. 168 ve 171; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 113.

¹⁷³ Alman hukukunda yüklü taşınmazın sadece Alman'a satılacağına dair ya da o köydeki kişilere ya da o şirkette çalışanlara, kamu çalışanı (KG, NJW 1954 s. 1245) satılacağına dair taşınmaz lehine irtifakların geçerli olup olmayacağı Alman Mahkemelerine konu olmuştur. Başlangıçta mahkemeler bu tarz taşınmaz lehine irtifakları geçerli kabul edip bu tür irtifaklarda yararlanan taşınmazın yararı olduğu kabul edilirken (RGZ 111, s. 387; RGZ 117, s. 323 KG, NJW 1954, s. 1245; OLG Stuttgart, MDR 1956, s. 679) daha sonraki kararlarda bu gibi konuların taşınmaz lehine irtifakın konusu olamayacağı belirtilmiştir. Örneğin bir dairenin ücretsiz olarak sadece kapıcı dairesi olacağı şekilde bir taşınmaz lehine irtifak kurulamayacağı kabul edilmiştir (BayObLG, BayObLGZ 1979, s. 444). Doktrininde de taşınmazın özellikleriyle ilgili olmayan bu gibi hususların irtifakın konusu olamayacağı belirtilmiştir Walter/Maier, NJW 1988, s. 383.

¹⁷⁴ 1. Üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır: a) doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleyen, b) üretimi, piyasaları, teknik gelişmeyi veya yatırımları sınırlandıran veya kontrol eden, c) piyasaları veya arz kaynaklarını paylaştıran, d) ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokan, e) sözleşmelerin yapılmasını, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilgili olmayan ek yükümlülüklerin sözleşmenin diğer taraflarınca kabulü şartına bağlayan. 2. Bu madde uyarınca yasaklanan anlaşmalar veya kararlar kendiliğinden geçersizdir.

¹⁷⁵ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 423; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 119a.

¹⁷⁶ Türk hukuk öğretisinde Arpacı, kat irtifakını yeni ve özel bir irtifak hakkı olarak kabul etmektedir. Kat irtifakının içeriği ise yapılmakta olan ya da ileride yapılacak yapı bakımından yapının inşa edilmesi ve yapı tamamlandıktan sonra kat mülkiyetine geçme şeklinde bir yapma ediminden oluşmaktadır (Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 220). Bir başka görüşe göre kat irtifakı, kendine özgü bir ku-

bir davranışının, diğer bir deyişle yapma ya da verme ediminin, başlı başına taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturması mümkün değildir¹⁷⁷. Zira taşınmaz lehine irtifak hakkı, yüklü taşınmaz malikinin “katlanma” ya da “kaçınma” şeklinde pasif bir davranışta bulunmasını gerektirir¹⁷⁸. Dolayısıyla yüklü taşınmaz maliki kendi taşınmazından su alınmasına katlanmak durumundadır, ne var ki yüklü taşınmaz malikinin kendisinin suyu taşıması söz konusu olmaz¹⁷⁹. Ne var ki, yapma borçları irtifak hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak ya da teminat altına almak amacıyla bir yan edim olarak irtifak hakkına bağlanabilir; yoksa yüklü taşınmaz malikine irtifak hakkından daha ağır bir yük getiremez¹⁸⁰. Diğer bir deyişle yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının yerine getirilmesi için zorunlu olan hallerde bir yapma borcu altına sokulabilir. TMK m. 779/f.2 hükmünde bahsi geçen bu yan edim borcu irtifak hakkına bağlı bir borç olmasının yanı sıra eşyaya bağlı bir borç niteliğindedir¹⁸¹. Örneğin, irtifak hakkı kurulurken yüklü taşınmaz malikine bir yapma borcu yüklenmişse, yüklü taşınmaz el değiştirdikçe bu borç yeni malike geçecektir. Ancak irtifak hakkı sona erdiği takdirde, bu yan borç da sona erecektir. Benzer şekilde yan edim borcunun, irtifak hakkından bağımsız olarak el değiştirmesi de mümkün değildir¹⁸².

11 Aralık 2009 tarih FF 2007/4845 sayılı kanun ile ve 1 Ocak 2012’de yürürlüğe girmek üzere İsv.MK m.730/f.2 hükmüne yeni bir cümle eklenmiştir. Buna göre söz konusu yan yükümlülük, yalnızca Tapu Kütüğüne tescil edilmişse, yüklü ve yararlanan taşınmaz maliklerini bağlar. Bu düzenlemeden kasıt, söz konusu yükümlülüğün ancak tapuya tescil edilmesi halinde eşyaya bağlı borç olma özelliği göstereceğidir¹⁸³. Taşınmaz lehine irtifak hakkından feragat edilirse, irtifak hakkına bağlı bu borç da sona erecektir¹⁸⁴. Bu durumda

rum ve aynı haktır (Köprülü/Kaneti, s. 196). Bir diğer görüş ise kat irtifakını kendine özgü bir taşınmaz lehine irtifak hakkı olarak kabul etmektedir (Gürsoy/Eren/Cansel, s. 917). Buna karşılık öğretilde, kat irtifakının irtifak hakkı olmadığı ve fakat eşyaya bağlı bir borç olduğu ileri sürülmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2150 vd.; Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2017, s. 185; Sirmen, s. 455; Özmen, Etem Sabâ/Vardar-Hamamcıoğlu, Kat İrtifakı, İstanbul 2015, s. 202 vd.).

¹⁷⁷ Piotet, s. 40; Steinauer, N. 2218; Köprülü/Kaneti, s. 55; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 745; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2773; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 687; Sirmen, s. 514; Ünal, Muhtevası, s. 1753; BGE 108 II 39 E. 3; BGE 106 II 315 E. 2.e; Joost, NJW 1981, s. 313; Kazele, Beckon-line Grosskommentar, § 1018 N. 305 vd; Baetge, RabelsZ (59) 1995, s. 665; Stürner, AcP 1994 (194), s. 271 vd; BGH, NJW 1985, s. 2474; Weber, N. 2, s. 271; Möller, s. 391 vd. Aslında bu prensibin Roma hukukundan geldiği ve bu prensibin çok dar yorumlanmaması gerektiğine dair bkz. Walter/Maier, NJW 1988, s. 388.

¹⁷⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2773; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 691; Ünal, Muhtevası, s. 1748.

¹⁷⁹ Bu halde koşulları varsa taşınmaz yükü söz konusu olabilir (bkz. BGE 131/2005 I 321/326; BGE 93/1967 II 290; Piotet, s. 40; Steinauer, N. 2218; Köprülü/Kaneti, s. 55-56; Sirmen, s. 514).

¹⁸⁰ BGE 122 III 10 E. 1; BGE 108 II 39 E. 3; BGE 106 II 315 E. 2.e; Wieland, s. 481; Piotet, s. 40; Steinauer, N. 2219a; Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 203 vd.; Argul, CR-CC, Art. 730, N. 11; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 32; Ayiter, s. 159; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 746; Köprülü/Kaneti, s. 56; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2774; Ünal, Muhtevası, s. 1753; Tek, s. 65-66; Kazele, Beckon-line Grosskommentar, § 1018 N. 302; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 80.

¹⁸¹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 746; Köprülü/Kaneti, s. 56; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2774; Ünal, Muhtevası, s. 1753.

¹⁸² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2773.

¹⁸³ Steinauer, N. 2220; Revizyona ilişkin tartışmalar için bkz. Tek, s. 68 vd.

¹⁸⁴ Piotet, s. 40.

söz konusu yan yükümlülüğün eşyaya bağlı borç olma özelliğini yitireceği; ancak taraflar arasında aynı içerikte normal bir borca dönüşebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁵.

Almanya Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında yan edim borcunun sadece yüklü taşınmazın maliki açısından söz konusu olmayacağını Alman Medeni Kanunu'nun § 1020 ve devamı maddeleri uyarınca yararlanan taşınmaz malikinin de yan edim borcu altına girebileceğini belirtmiştir. Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkta, bir taşınmaz üzerinden teleferik geçirilmesi hususunda taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmuştur. Taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulduğunda yüklü taşınmaz kısmen tarım arazisi kısmen de çorak bir alan olmakla birlikte, daha sonra yüklü taşınmazdan yol geçmiştir. Yüklü taşınmazın maliki teleferikten yola bir şeyler düşüp kazaya sebebiyet verilmesinin önüne geçilmesi için yararlanan taşınmaz malikinden koruyucu köprülerin yapılmasını istemiştir, böylelikle teleferikten düşecek eşyaların kazaya sebebiyet vermesinin önüne geçilecektir. Alman Federal Mahkemesi de Alman Medeni Kanunu'nun § 1020 ve dürüstlük kuralını düzenleyen § 242 hükümleri uyarınca yararlanan taşınmazın malikinin masrafları kendisine ait olmakla birlikte koruyucu köprüleri yapmasına karar vermiştir¹⁸⁶.

C. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Tespiti

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin tespiti önem arz eder. Zira bu sayede irtifak hakkından doğan yetki ve yükümlülükler belirlenmiş olur¹⁸⁷.

İsviçre ve Türk ve Alman hukuklarında Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği tapu sicilindeki kayda göre belirlenir (TMK m. 787/f.1; İsv.MK m. 738/f.1 Al. MK. § 873/f.1). Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi bakımından tapu kütüğüne yapılan tescilin önceliği vardır¹⁸⁸. Bu kayıt geçit irtifakı, kaynak irtifakı gibi genel bir isimden ibaret olabilir¹⁸⁹. Diğer bir deyişle tescilde irtifak hakkının kapsamı, genel hatları ile ortaya koyulmuş olabilir. Buna karşılık, tescilden taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanım tarzını, irtifak hakkından doğan hak ve yükümlülükleri belirleme konusunda yeterli açıklığa sahipse, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi bakımından tescil ile yetinilir¹⁹⁰. Örneğin, yürüyerek geçme hakkı yahut motosikletle geçme hakkı şeklinde tapu sicilinde ifade edilen irtifak haklarının içeriği açıktır¹⁹¹. Bu hallerde TMK m.787/f.2 ve İsv.MK m. 738/f.2 hükümlerinde ifade edilen diğer yollara başvurulmaz¹⁹².

Tescilden taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği yeterli açıklıkta anlaşılabilir ise TMK m. 787/f.2 ve İsv.MK m. 738/f.2 hükümleri uyarınca diğer tamamlayıcı unsurlara başvurmak suretiyle yorum yapılmalıdır¹⁹³. Buna göre öncelikle tescilin sınırları içinde, kazanma sebebine bakılmalıdır¹⁹⁴. Zira kazanma sebebine ancak tescilin aydınlatılması

¹⁸⁵ ATF 50 II 234 ss=JdT 1924 I 549; ATF 85 I 261 ss=JdT 1960 I 76 ss.

¹⁸⁶ BGH, DNotZ 1959, s. 240 Benzer kararlar için bkz. BGH, NJW 1989, s. 1608.

¹⁸⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2840; Mohr, Münchener Kommentar, § 1018 N. 65.

¹⁸⁸ Steinauer, N. 2289; Pellascio, OFK-ZGB, Art. 738, N. 8.

¹⁸⁹ Steinauer, N. 2290; Pellascio, OFK-ZGB, Art. 738, N. 10; Göksu, CHK, ZGB, Art. 738, N. 2; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2840; Esener/Güven, s. 396.

¹⁹⁰ Steinauer, N. 2291; Pellascio, OFK-ZGB, Art. 738, N. 8; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2840; Eschmann, s. 27 vd.

¹⁹¹ BGE 123 III 461; BGE 107 II 331; BGE 86 II 243.

¹⁹² Steinauer, N. 2291.

¹⁹³ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 699; Eschmann, s. 21 vd.

¹⁹⁴ Steinauer, N. 2291; Argul, CC-CR, Art. 738, N.7-8; Pellascio, OFK-ZGB, Art. 738, N. 12; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2841; Sirmen, s. 525; Esener/Güven, s. 397.

bakımından başvurulabilir¹⁹⁵. Kazanma sebebi tapu sicilinin unsurlarındandır ve tescilin dayanağı olan belgeler arasında saklanır¹⁹⁶. Kazanma sebebinin yorumunda, tarafların irtifak hakkının tesisi ile izlediği amaç dikkate alınmalıdır¹⁹⁷. Zira taşınmaz lehine irtifak hakkının, kuruluşundaki amaçtan başka bir amaca hizmet edemeyeceği kabul edilmektedir¹⁹⁸. Kuruluştaki amacın tespit edilebilmesi için kazanma sebebi bir sözleşme ise sözleşme taraflarının, bir vasiyetname ise düzenleyenin gerçek iradesi araştırılmalıdır¹⁹⁹. Bu araştırma, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği bakımından yarar unsurunun tespitine yöneliktir. Bu kapsamda irtifak hakkı sahibinin yararı ortaya çıkarılabilir ve taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği buna göre belirlenir. Ne var ki, kazanma sebebinden taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulma amacı tespit edilemiyorsa o takdirde, taşınmaz lehine irtifak hakkının yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarına hizmet etmek amacıyla (*utilitas fundi*) kurulduğu kabul edilmektedir²⁰⁰.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği kazanma sebebinden de yeterli açıklıkta anlaşılamiyorsa o takdirde, irtifak hakkı uzun süreden beri davasız bir biçimde ve iyiniyetle ne şekilde kullanılmaktaysa ona göre içeriği belirlenmelidir²⁰¹. Bu suretle taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulmasından sonra, irtifak hakkı sahibinin yahut yüklü taşınmaz malikinin davranışlarının yorumu ile taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği tayin edilmektedir. Olumlu irtifaklar bakımından irtifak hakkı sahibinin belirli bir tarzda irtifak hakkını kullanmasına yüklü taşınmaz malikinin katlanması söz konusu olur. Bu şekilde irtifak hakkını iyiniyetle kullanan irtifak hakkı sahibinde bir güven yaratılmışsa, irtifak hakkının içeriği bu kullanım tarzına göre belirlenir²⁰². Olumsuz irtifaklar bakımından ise yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı kapsamında sahip olduğu bir yetkiyi kullanmaması ve bu suretle iyiniyetli irtifak hakkı sahibinde güven uyandırması gerekir. Her halde tescille sınırlı olarak değerlendirme yapılmalıdır²⁰³.

TMK m. 789 hükmü uyarınca içeriğin belirlenmesinde tarafların anlaşması yahut kanun hükmü yoksa yerel âdete bakılır.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin uyumsuzluk konusu olması halinde İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Medeni Kanunu (İsv.MK) m. 738/f. 2 hükmündeki sıralamadan hareketle standart bir çözüm şekli belirlemiştir²⁰⁴.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Türk ve İsviçre hukukunda tescilden taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği yeterli açıklıkta anlaşılamiyor ise TMK m. 787/f.2 ve İsv.MK m. 738/f.2 hükümleri uyarınca diğer tamamlayıcı unsurlara başvurmak suretiyle irtifak hakkının içeriği belirlenmektedir. Alman hukukunda kanunda irtifakların nasıl yorumlanacağına

¹⁹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2841.

¹⁹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2841.

¹⁹⁷ Steinauer, N. 2292; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2841; Tek, s. 194.

¹⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2843.

¹⁹⁹ Tek, s. 194.

²⁰⁰ Liver, ZK-ZGB, Art. 738, N. 52; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2843; Tek, s. 195.

²⁰¹ Steinauer, N. 2295; Argul, CC-CR, Art. 738, N. 14; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2844; Esener/Güven, s. 397; Eschmann, s. 62 vd.

²⁰² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2845; Esener/Güven, s. 397; Eschmann, s. 65 vd.

²⁰³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2845.

²⁰⁴ BGE 5C.137/2004; BGE 5C.282/2005; BGE 131/2005 III 345/347 (JdT 2005 I 567/569); BGE 130/2004 III 554 /556 (JdT 2004 I 245/247); TF 5C.240/2004; TF 5C.199/2002; TF 5C.82/2002; BGE 128/2002 III 169/172(JdT 2003 I 118/121); TF 5C.38/2001 (RFJ 2002/53/54; 5C.107/2001); TF 5C.21/2001.

dair açık bir hükme rastlanmamaktadır²⁰⁵. Ancak Alman hukukunda taşınmaz lehine irtifaklar yorumlanırken, tapu sicilinin öncelikle dikkate alınacağı kabul edilmektedir²⁰⁶. Mahkeme kararları²⁰⁷ da dikkate alındığında taşınmaz lehine irtifakların yorumlanmasında tapu sicili ve tescile dayanak olan belgelere büyük bir önem atfedildiği görülmektedir. Tescile dayanak olan belgeler dışındaki unsurlar herkes için açık ve belirli ise ancak taşınmaz lehine irtifakların içeriğinin yorumlanmasında dikkate alınır²⁰⁸. Taşınmaz lehine irtifakların içeriği yorumlanırken bu irtifakın kullanım şekli²⁰⁹, kullanım zamanı²¹⁰ gibi objektif durumlara dikkate alınır. Taraflar arasındaki yazışmalar²¹¹, taşınmaz lehine irtifakın tescil belgelerinde anlaşılmayan kurulma gerekçeleri dikkate alınmaz²¹². Taşınmaz lehine irtifak hakkı yorumlanırken taşınmaz lehine irtifakın uygulamada kullanılması gibi hususlar da dikkate alınır²¹³. Taşınmaz lehine irtifaklar Alman hukukunda idari bir işlem de kurulabileceği için bu durum da yine aynı kıstaslar taşınmaz lehine irtifakların içeriği yorumlanır²¹⁴. Alman hukukunda tescile sebebiyet veren aynı nitelikte anlaşma şekle bağlı olmadan yapılabildiği için taşınmaz lehine irtifak sözleşmesinin ne kadar dikkate alınacağı, bu sözleşmenin taşınmaz lehine irtifakın içeriğini yorumlamada yeterince yardımcı olup olmayacağı hususu tartışmalıdır²¹⁵.

SONUÇ

Taşınmaz lehine irtifak hakları, nüfusa oranla taşınmaz sayısının az olduğu İsviçre gibi ülkelerde etkin bir şekilde kullanılmaktadır. Almanya'da ise tabiri caizse, ikinci baharını yaşamakta ve yeniden gündeme gelmektedir. İmkân olduğu ölçüde taraflar, nispi bir borç ilişkisi doğuran işlemlerden ziyade sınırlı bir aynı hak olan taşınmaz lehine irtifak hakları tesisini tercih etmektedirler.

İnceleme konusu yapılan Alman, İsviçre ve Türk hukuk düzenleri arasında taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği bakımından birtakım benzerlikler olduğu gibi birtakım farklılıklar da bulunmaktadır. İncelenen hukuk düzenlerinde, aynı haklar bakımından sınırlı sayıda olma ve tipe bağlılık ilkesi benimsenmiş olmasına karşın, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi konusunda taraflara serbesti tanınmıştır. Bu suretle taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından tip bakımından sınırlı sayıda olma ilkesi varlığını korurken, içerik bakımından önemini yitirmiştir.

Taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi bakımından taraflara tanıyan bu serbesti sayesinde, birçok konuda taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması mümkün hale gelmiştir. Örneğin yürüyerek yahut araçla geçme, hayvan otlatma, balık tutma, inşaat yapmama, su geçirme gibi tarihsel süreçte ortaya çıkmış ve uygulama alanı bulmuş klasik

²⁰⁵ Eschmann, s. 146.

²⁰⁶ Eschmann, s. 147; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 320 vd.

²⁰⁷ BGH, DNotZ 2015, s. 113; BGH, NJW 2014, s. 311.

²⁰⁸ Eschmann, s. 147; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 318 vd.

²⁰⁹ BGH, NJW-RR 1988, s. 1230; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 324; Eschmann, s. 147.

²¹⁰ BGH NJW-RR 2003, s. 1236; BGH, NJW 2002, s. 1798; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 324; Eschmann, s. 147.

²¹¹ BGH, WM 1962, s. 628; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 325.

²¹² BGH, WM 1978, s. 1131; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 325.

²¹³ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 328.

²¹⁴ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 333.

²¹⁵ Eschmann, s. 148.

irtifak hakları kurulabilir. Bunların yanı sıra elektrik, gaz vb. hat geçirme, araç park etme, restoran işletilmesinin yasaklanması, fabrika işletilmesinin yasaklanması, gürültü yapılması, bazı maddelere ilişkin emisyon salınımlarının yasaklanması şeklinde de irtifak hakları kurulabilmektedir.

Alman hukuk düzeninin yanı sıra İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi hususunda taraflara tanınan bu serbesti sınırsız değildir. Her şeyden önce kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı içerikte bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulamaz. Ayrıca yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini tamamen ortadan kaldıracak içerikte bir taşınma lehine irtifak hakkı söz konusu olamaz.

İsviçre kanun koyucusu ve Türk kanun koyucusu, taşınmaz lehine irtifak haklarına tekrar işlerlik kazandırmak adına objektif yarar ölçünü benimsememiştir. Bu doğrultuda yararlanan taşınmaz malikin ihtiyaçları ve menfaatleri esas alınarak, subjektif bir değerlendirme yapılması irtifak hakkı bakımından yeterli görülmüştür. Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde yararlanan taşınmazın değil de yararlanan taşınmaz malikinin korunmaya değer menfaatinin aranması, klasik irtifak haklarından farklı irtifak haklarının kurulmasını kolaylaştırmaktadır.

Türk hukuku ve İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda yararlanan taşınmazın bir yararının olması gerektiği Alman Medeni Kanunu'nun § 1019 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, Alman Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından Romalıların *utilitas fundi* yani objektif yarar ölçütü varlığını korumaktadır. Ancak taşınmazın yararı kavramı, Alman hukukunda geniş yorumlanmaktadır. Örneğin, estetik amaçlarla bir manzara kapatmama irtifakının kurulması mümkündür. Bu doğrultuda Alman hukukunda da klasik irtifaklardan farklı irtifak hakları kurulabilmektedir.

Gerek Türk ve İsviçre hukukunda gerekse Alman hukukunda, yüklü taşınmazda ticari veya sınıai bir faaliyetin yasaklanması şeklinde irtifak hakkının kurulabileceği kabul edilmektedir. Bu irtifaklar, rekabet etmeme irtifakı olarak ifade edilmektedir. İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde, rekabet etmeme tarzında irtifak hakkı kurulup kurulamayacağı meselesi yalnızca öğretiyi değil; aynı zamanda uygulamayı da meşgul etmektedir. Tarafların rekabet yasağını, sözleşmenin değil de taşınmaz lehine irtifak hakkının konusu etmeleri çok daha avantajlıdır. Zira taşınmaz lehine irtifak hakkı bir sınırlı aynı olduğundan, herkese karşı ve özellikle yüklü taşınmazın malikinin değişmesi halinde yeni malike karşı da ileri sürülebilmektedir. Bu avantajları nedeniyle Türk hukukunda da rekabet etmeme irtifakı kurulması gündeme gelebilir. Rekabet etmeme irtifakı bakımından Alman ve İsviçre hukuk düzenlerinin öğretisi ve uygulamadaki birikimleri, Türk hukuku bakımından da yol gösterici olabilir.

Öncelikle rekabet etmeme içeriğine sahip bir taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulup kurulamayacağının tespitinde, somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. İkinci olarak, tarafların yüklü taşınmazdan yararlanma amacı ile içeriği belirlediği hallerde taşınmaz lehine irtifak hakkının söz konusu olduğu; buna karşılık rekabet hukuku kurallarını dolanmak amacıyla içeriği belirlediği hallerde taşınmaz lehine irtifak hakkından söz edilemeyeceği kabul edilmelidir. Ayrıca bu içerikte taşınmaz lehine irtifak hakları, taşınmazın fiziksel, ekonomik ve içtimai özellikleri yahut taşınmazın dış görünüşü bakımından bir etkiye sahip olması halinde kurulabilmelidir. Son olarak, tarafların taşınmazın özelliğiyle ilgili olmayan kendi aralarında yapmış olduğu sözleşmelerin (sadece belirli bir marka ürünün satılması, satılmaması gibi) etki alanını genişletmek adına, yüklü taşınmaz malikinin kendisinin fiil ve davranış özgürlüğünü ortadan kaldıracak nitelikte taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması mümkün olmamalıdır.

İsviçre Medeni Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nun yanı sıra Alman Medeni Kanunu'nda da, yapma ediminin başlı başına taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini teşkil edemeyeceği yönünde açık hükümler sevk edilmiştir. Dolayısıyla yüklü taşınmaz malikinin olumlu bir davranışta bulunması, diğer bir deyişle yapma edimi, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturamaz. Her ne kadar yapma ediminin başlı başına taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturamayacağı düzenlenmiş olsa da yapma ediminin taşınmaz lehine irtifak hakkına bağlı bir borç olarak kararlaştırılabileceği incelenen hukuk düzenlerinde kabul edilmektedir. Örneğin, geçit irtifakında yararlanan taşınmaz malikinin geçilen yeri temiz tutması, yine yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkı sahibine taşınmaza girme imkânını örneğin taşınmaza girmesi için kapının anahtarını vermesi bu kapsamda değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Adamczyk, Silvia, "Dienstbarkeiten in der notariellen Praxis", MittRhNotK 1998, s. 105-117.

Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Basım Yayım A.Ş. 2009.

Amann, Hermann, "Leistungspflichten und Leistungsansprüche aus Dienstbarkeiten. Ein Beitrag zur Lehre vom Begleitschuldverhältnis", DNotZ 1989, s. 531-562.

Amann, Hermann, "Steuerung des Bierabsatzes durch Dienstbarkeiten. Ein Beitrag zur Lehre von der Sicherungsdienstbarkeit", DNotZ 1986, s. 578 -596.

Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Baetge, Dietmar, "Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten in Europa. Ein rechtsvergleichender Überblick", RabelsZ (59) 1995, s. 645-669.

Berger, Christian, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I-, Rom-II-VO, Eu-UnthVO/HUntProt und EuErbVO, Herausgegeben von Prof. Dr. Des. h.c. Rolf Stürner, 17. Auflage, C. H. Beck, München 2018.

Bormann, Jens, Wettbewerbsbeschränkungen durch Grundstücksrechte, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 2003.

Demharter, Johann, "Zulässiger Inhalt von Benutzungsdienstbarkeiten", Anmerkung OLG München, MittBayNot 2010, s. 388-392.

Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 201.

Ertl, Rudolf, "Dienstbarkeit oder Nießbrauch- was ist zulässig?", MittBayNot 1988, s. 53-64.

Esener, Turhan/Güven, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

Eschmann, Beat, Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten, Schulthess Zürich, Basel, Genf, 2005.

Farian, Matthias, Dingliche Nutzungsrechte an fremden Grundstücken im russischen Recht, Peter Lang u. a. Frankfurt am Main 2010.

Freudling, Gabriele, "Die Reichweite wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten am Beispiel eines Wettbewerbsverbots über „Baustoffe"", BB 1990, s. 940-943.

Fuchs, Julian, Creifelds Rechtswörterbuch, 23. Edition C.H. Beck, München, 2019.

Galland, Cyril, Le contenu des servitudes foncières, Schulthess Juristische Medien AG, 2013 [Contenu].

Galland, Cyril, Les servitudes de concurrence – un instrument à manier avec précaution, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR), 95/2014, s. 145-156.

Germann, Martin, Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit, Stämpfli Verlag AG Bern, 2008.

Göz, Philipp, Die beschränkte persönliche Verbotsdienstbarkeit, Peter Lang u. a Frankfurt am Main 1997.

Göksu, Tarkan, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016 [CHK-ZGB].

Grziwotz, Herbert, “Risiken bei der zivilrechtlichen Lösung von Immissionskonflikten”, KommJur 20 08 Heft 5, s. 172-176.

Grziwotz, Herbert, Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar mit AGG EGBGB ErbbauRG LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VBVG, VersAusglG und WEG herausgegeben von Harm Peter Westermann/ Barbara Grunewald/ Georg Maier- Reimer 13. Neu bearbeitete Auflage 2011.

Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1980.

Gürzumar, Osman Berat, İrtifak Hakları ve Rekabet Hukuku, Medeni Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Sempozyumu, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.

Joost, Detlev, “Sachenrechtliche Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten“, NJW 1981, s. 308-313.

Joost, Detlev, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7 Sachenrecht §§ 854-1296 WEG ErbbauRG (Herausgegeben von: Franz Jürgen Säcker/ Roland Rixecker/ Hartmut Oetker/ Betina Limperg), 6. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2012.

Kazele, Nobert, Beckonline Grosskommentar, (Herausgegeben von: Beate Gsell/ Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann), Verlag C.H München, 2019.

Kähr, Michel, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar, Orell Füssli Verlag AG 2016 (OFK-ZGB).

Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982-1983.

Kuntze, Joachim/Ertl, Rudolf/Hermann, Hans/Eickmann, Dieter, Grundbuchrecht Kommentar 6. Auflage, Berlin 2006.

Kutlu Gürsel, Meltem, Kamulaştırma Hukuku, Ankara 2012.

Lemke, Reiner, “Zur Abgrenzung von eingeschränktem Grundstücksnießbrauch und Benutzungsdienstbarkeit“, Festschrift für Joachim Wenzel Herausgegeben von: Werner Merle/ Wolfgang Krüger/ Achim Krämer/ Heinrich Kreuzer) Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 2005, s. 391-408.

Mohr, Jochen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 7 Sachenrecht §§ 854-1296 WEG ErbbauRG (Herausgegeben von: Franz Jürgen Säcker/ Roland Rixecker/ Hartmut Oetker/ Betina Limperg) 7. Auflage Verlag C.H. Beck München, 2017.

Möller, Cosima, Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB, Wallstein Verlag, Göttingen 2010.

Liver, Peter, Die Grunddienstbarkeiten Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730-792) ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2a/1, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1980 [ZK-ZGB].

Lühmann, Tobias B., “Der Anspruch auf Verlegung der Ausübung einer Grunddienstbarkeit“ NJW 2016, s. 2454-2459.

Mugdan, Benno, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 3, Sachenrecht Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Aalen 1979.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 12. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi 2018.

Öcal-Apaydın, Bahar, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Özmen, Etem Sabâ/Vardar-Hamamcıoğlu, Kat İrtifakı, İstanbul 2015.

Pellascio, Michel, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar Orell Füssli Verlag AG 2016 [OFK-ZGB].

Piotet, Paul, Les droits réels limités en général, Les servitudes et Les charges foncières, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse 1978.

Pützenbacher, Stefan/Potstada, Lukas, “Alte Wege: Das Rechtsinstitut der unvorzählbaren Verjährung im Straßenrecht” NVwZ 2016, s. 1615-1617.

Rothe, Gerhard, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes. Berlin und New York. De Gruyter 12. Neubearbeitete Auflage 1974.

Rossel, Virgile/Mentha, Fritz Henri, Manuel du Droit Civil Suisse, C.II, Lozan, Librairie Payot & Cie, 1922.

Schmolke, Klaus Ulrich, “Das Servitutenrecht des BGB aus rechtsökonomischer Sicht” WM 2010, s. 740-748.

Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

Steinauer, Paul-Henri, Les droits réels, C. II, Bern, Editions Staempfli & Cie SA Bern 2012.

Stürner, Rolf, “Dienstbarkeit heute“, AcP 1994 (194), s. 265-294.

Tek, Gülen Sinem, Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017.

Ulhöfer, Judith, Das sogenannte gesetzliche Begleitschuldverhältnis, Duncker § Humblot Berlin 2015.

Ünal, Mehmet, Taşınmaza Bağlı İrtifakın Kurulması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 22 (3), 2016, s. 2839-2865.

Ünal, Mehmet, Taşınmaza Bağlı İrtifak Kavramı ve Muhtevası, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Ankara 2015, s. 1743-1754 [Muhtevası].

Walter, Gerhard/Maier, Axel, “Die Sicherung von Bezugs- und Abnahmeverpflichtungen durch Dienstbarkeiten” NJW 1988, s. 377-388.

Weber, Johannes, J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht ErbbauRG §§ 1018-1112 (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten), Berlin, Sellier de Gruyter 2017.

Weber, Ralph, Sachenrecht II, 2. Auflage Nomos Verlag, Baden-Baden 2008.

Wechsel, F. F., *Die erwerbende Verjährung*. Magdeburg, 1825.

Wieland, Carl (Çev. Bovay, Henri), *Les droits réels dans le Code Civil Suisse*, C.I, Paris M. Girard & E. Brière Libraires-Editeurs, 1993.

**^{4f} NÜFUS KAYDININ DÜZELTİLMESİ DAVASI MI, SOYBAĞININ
KURULMASINA İTİRAZ DAVASI MI?
(SUIT FOR RECTIFICATION OF CIVIL REGISTRATION OR SUIT FOR CHALLENGING
PATERNITY?)**

Dr. Öğr. Üyesi Cihan AVCI BRAUN* **

ÖZ

Uygulamada nüfus kaydının düzeltilmesi davası ile soybağının kurulmasına itiraz davası birbirine çok karıştırılan, fakat içerik ve yargılama kuralları açısından birbirinden tamamen farklı iki dava türüdür. Soybağının kurulmasına itiraz davası, evlilik dışı doğan çocuk ile bu çocuğun annesinin sonradan evlendiği erkek arasında nüfus dairesinde yapılan bildirim üzerine geçerli olarak kurulan soybağının ortadan kaldırılmasına yönelik yenilik doğuran bir davadır. Soybağının kurulmasına itiraz davası sadece kanunda sınırlı sayıda belirtilen kimseler tarafından, yine kanunda belirtilen hak düşürücü süreler içerisinde açılabilir. Buna karşın nüfus kaydının düzeltilmesi davası, nüfus sicilinin gerçek durumu yansıtmaması sebebiyle nüfus siciline yer alan maddi bir hatanın düzeltilmesi amacıyla açılan bir tespit davasıdır. Bu nedenle nüfus kaydının düzeltilmesi davası, her ilgili tarafından herhangi bir süre sınırlamasına tâbi olmadan her zaman açılabilen bir dava türüdür. Yargıtay'ın farklı daireleri bu konuda farklı içtihatlar geliştirmiş olup, dosyanın temyiz aşamasında hangi dairenin önüne geleceğine bağlı olarak davanın hukuki kaderi de değişmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sonradan evlenme, nüfus kaydının düzeltilmesi davası, soybağının kurulmasına itiraz davası, soybağı, evlilik dışı doğan çocuk

ABSTRACT

Although suit for rectification of civil registration and suit for challenging to establish paternity (or "suit for challenging paternity") are different type of suitcases as substantially and as judgment proceedings, the practice use them interchangeably. Suit for challenging to establish paternity ("suit for challenging paternity") is a formative action for revoking the paternity between the illegitimate child and the husband of the mother who is married after the child is born, established with a valid notice to the civil registry. Suit for challenging to establish paternity ("suit for challenging paternity") may only be brought by limited number ("numerus clausus") of individuals in prescription periods demonstrated by law. On the other hand, suit for rectification of civil registration is a declaratory action which is brought when the actual status is not reflected on the civil registry and the error of fact is to be corrected. That is why, suit for rectification of civil registration is not subject to

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 14.05.2019. İlk hakem raporu tarihi: 11.09.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 13.09.2019. Onaylanma Tarihi:05.11.2019.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-1350-6468

Eser Atf Şekli: Cihan Avcı Braun, "Nüfus Kaydının Düzeltilmesi Davası mı, Soybağının Kurulmasına İtiraz Davası Mı?", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.843-859.

any prescription periods and may be brought any time. Divisions of the Supreme Court adopt different jurisprudence regarding the issue which means judicial fate of the case will differ depending on its appellate division.

Keywords: *Subsequent marriage, suit for rectification of civil registration, suit for challenging to establish paternity (“suit for challenging paternity”), paternity, illegitimate child*

A. Giriş

Nüfus kaydının düzeltilmesi davası ile soybağının kurulmasına itiraz davası uygulamada birbirine çok karıştırılan iki dava türüdür. Bu nedenle hâkimin, önüne gelen uyumsuzlukta öncelikle bu nitelendirmeyi doğru olarak yapması, sonrasında taraf teşkili yapılarak işin esasının araştırılması gerekmektedir¹.

Uygulamada nüfus kaydının düzeltilmesi istemiyle açılan birçok davanın konusunu gerçeği yansıtmayan nüfus kaydının düzeltilmesi oluşturmayıp, sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz oluşturmaktadır. Soybağının reddi davası ile kayıt düzeltme davası, sonuçları bakımından benzerlik göstermekte ise de, içerik ve yargılama kuralları açısından kendi özel hükümlerine bağlıdır.

Çalışmamızda TMK m. 292’deki düzenleme, Yargıtay’ın iki farklı dairesinin evlilik dışı doğan çocukların, ana ile baba olduğunu iddia eden kimse tarafından sonradan evlenme üzerine TMK m. 293/f.1 uyarınca nüfus memuruna bildirilmesi halinde, bu bildirimde bulunan babaya soybağı ile bağlanıp bağlanmayacağı konusundaki farklı kararları üzerinden açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır. Zira Yargıtay’ın farklı dairelerinin bu konuda geliştirmiş oldukları farklı içtihatları, hukuk güvenliğini derinden sarsmaktadır. Makale konusunun seçiminde, bu içtihat ayrılığının giderilmesine katkıda bulunma amacı etkili olmuştur.

B. Karar Metinleri

I. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 2017/6331/ E., 2017/7304 K., 18.05.2017 Tarihli Kararı

“Taraflar arasında görülen ve yukarıda açıklanan davada yapılan yargılama sonucunda Mahkemece verilen davanın reddine dair kararın davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine (Kapatılan) 18. Hukuk Dairesi’nin 19.04.2016 gün ve 2016/3740 Esas, 2016/6213 Karar sayılı ilamı ile gerekçesi değiştirilerek onanmasına karar verilmişti. Davacı vekili tarafından süresinde kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla dosya incelendi gereği düşünüldü:

KARAR: Dava dilekçesinde, davalılar... ve...’nın, davacı...’ün çocuğu olmadıkları, nüfus kaydına yolsuz olarak tescil edildiklerinden nüfus kayıtlarının düzeltilmesi istenmiş, mahkemece dava soybağının reddi davası olarak nitelendirilerek hakdüşürücü süreden reddine karar verilmiştir. Hüküm, süresinde davacı... vekili tarafından temyiz edilmiş, (Kapatılan) 18. Hukuk Dairesince 19.04.2016 gün ve 2016/3740-2016/6213 Esas ve Karar sayılı ilamla “...davanın soybağının reddi değil sonradan evlenme yoluyla soybağının düzeltilmesine itiraz niteliğinde (TMK. m. 294/1) olduğu anlaşıldığından; davanın bu şekilde vasıflandırılması yerine, soybağının reddi olarak nitelendirilip hak düşürücü süre geçti-

¹ Ömer Uğur GENÇCAN, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi, Nüfus Davaları Genel Hükümler, Ankara 2000, s. 115, 116.

ğinden davanın reddine karar verilmesi doğru değil ise de; TMK 294/1. maddesine göre de davacı babanın sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz davası açma hakkı bulunmadığından davanın aktif husumet ehliyeti yokluğundan reddi gerekip sonucu itibariyle doğru olan red kararının yukarıda açıklanan gerekçeyle gerekçe değiştirilmesi suretiyle...” denilmek suretiyle hükmün gerekçesi değiştirilerek onanmıştır. Davacı vekili 23.06.2016 tarihli dilekçesi ile karar düzeltme isteğinde bulunarak, davanın soybağı davası değil, yolsuz tescilin düzeltilmesi olduğu, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesini istemiştir.

04.06.1958 ve 15/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı gereğince, maddi olayları açıklamak taraflara ve ileri sürülen olayları hukukten nitelemek ve uygulanacak Kanun hükümlerini tesbit etmek ve uygulamak görevi hakime aittir.

Öncelikle çözümlenmesi gereken husus; davanın soybağının reddi-sonradan evlenme yoluyla soybağının düzeltilmesine itiraz veya nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davası olup olmadığıdır. Bilindiği üzere, soybağı birbirinin soyundan gelen kişiler arasındaki ilişkiyi ifade ettiğinden bu kavram içerisinde kan bağıının yanında hukuki münasebetin de bulunması, diğer bir ifadeyle kan bağıının hukuk düzeninin aradığı koşullar içerisinde oluşması zorunludur. Türk Medeni Kanunu'nun 282. maddesi uyarınca, çocuk ile ana arasında soybağı doğumla, baba ile arasında soybağı ise ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur, ayrıca, kısaca af kanunları olarak nitelendirilen bir evlenme aktine dayanmayan birleşmelerden doğan çocukların neseplerinin düzeltilmesine ilişkin kanunlara göre de soybağı düzeltilir. (HGK 30.01.2008 gün 2008/2-36-47 sayılı kararı)

Öte yandan Türk Medeni Kanunu'nun 36/1. maddesine göre, kişisel durum, bu amaçla tutulan resmi sicille belirlenir. Aynı Kanunun 39. ve Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 35/1. maddeleri uyarınca, kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiç bir kaydı düzeltilmez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz, ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddi hatalar nüfus müdürlüğüne dayanak belgesine uygun olarak düzeltilir.

Kayıt düzeltilmesi, aile kütüğüne işlenmiş kaydın bir kısmının düzeltilmesi veya değiştirilmesidir. Nüfus kütüklerindeki doğru olmayan kayıtların düzeltilmesi için mahkemeden karar alınması zorunludur. İşte bu noktada, nüfus kütüğünde yer alan doğru olmayan kayıtlar, ilgilileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından açılacak olan kayıt düzeltme davası ile gerçek durumuna uygun hale getirilebilir ki, bu dava uygulamada nüfus kaydının düzeltilmesi davası olarak adlandırılmakta olup zamanaşımı ve hak düşürücü süreye bağlı olmayan nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin davalarda, her türlü kanuta başvurulabilir (YHGK, 11.02.1998, 2-87/77 sayılı kararı) Soybağının reddi davası ile kayıt düzeltme davası, sonuçları (hane dışına çıkarmak) bakımından benzerlik göstermekte ise de, içerik ve yargılama kuralları açısından kendi özel hükümlerine bağlıdır. Soybağının reddinde, kişisel duruma ilişkin nüfus kaydında yer alan bilgi doğru olarak meydana gelmiş ve kütüğe tescil edilmiştir. Ancak bu doğru daha sonra soybağının reddi davası ile teknik anlamda bir yanlışlığa dönüştürülmüştür. Nüfus kaydının düzeltilmesi davasında ise, nüfus kaydının gerçek durumu yansıtmadığı, baştan yanlış olarak kütüğe geçirildiği söz konusudur. (HGK 30.01.2008 gün 2008/2-36-47 sayılı kararı)

Somut olayda; davalı... 20/05/1958 doğumlu olarak, diğer davalı... ise 10/02/1961 doğumlu olarak 17/10/1966 tarihinde davacı... ve davalı...'nın çocukları olarak nüfusa tescil edilmişlerdir.

Davada, baba yönünden nüfus kaydının düzeltilmesi istenilmiştir. İddianın kabulü halinde, yukarıda da açıklandığı gibi;... ve...'nın kayden babası görünen davacı... yönünden

nüfus kaydının gerçek durumu yansıtmadığı, baştan yanlış olarak kütüğe kaydedildiğinden ve tarafların bundan haberdar olduklarından söz edilmesi gereklidir. Bu yönden davanın soybağı ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden davalı... ve...'nın davacı... ile davalı... evlenmeden ve birliktelik yaşamadan önce...'nın başka bir erkek ile birlikteliğinden doğdukları, nitekim 25/02/2012 havale tarihli cevap dilekçesi ile davalılar vekilinin bu durumu kabul ederek davacının evlenmek için çocukları nüfusuna tescil ettireceğini taahhüt ettiği, evlendikten sonrada taahhüdünü yerine getirdiği, davalı... ve...'nın davacı ile bir bağlarının olmadığı beyan etmiş, davacı iddiaları ile davalıların babul beyanlarını alınan DNA raporu da doğrulanmış olup raporlara göre, davacı...'nın davalılar... ve... yönünden biyolojik babalığı reddedilmiştir. Tüm maddi gerçek bu şekilde ortada iken sadece davacının, davalı...'nın iki çocuğunu evlendikten sonra nüfusuna kendi çocuğu gibi kaydetmesi, başlangıçtan itibaren tarafların bildiği ve baştan yanlış kütüğe geçirilen çocuklar ile kayden baba olan davacı arasında soybağı tesis etmeyecektir.

Yukarıda açıklanan hususlar dikkate alındığında soybağı davaları ile nüfus düzeltme davaları arasında davanın tarafları dava açması süresi ve ispat kuralları bakımından ciddi ayrımlar bulunduğu açıktır. Bir davada olayları açıklamak taraflara, hukuki niteleme hakime aittir. Dava, gerçeğe aykırı olarak nüfus kütüğünde gerçek annesi ve babası yerine, davacı...'nın nüfusuna onun çocukları olarak hatalı şekilde tescil edilen... ve...'ün, bu hatalı kayıtlarının düzeltilmesi istemine ilişkin olup, 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 36/1-a maddesinde, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davalarının düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmi dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet Savcılığı tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılacağı hükme bağlandığından; mahkemece, davada asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, davanın hakedüşürü süreden reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin karar düzeltme itirazlarının kabulü ile, (Kapatılan) 18.Hukuk Dairesine ait 19.04.2016 gün ve 2016/3740 Esas 2016/6213 Karar sayılı gerekçesi değiştirilerek onama ilamının KALDIRILMASINA, yerel mahkeme hükmünün açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK.nun Geçici 3.maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca BOZULMASINA, bozma nedenine göre sair karar düzeltme itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, yasa gereğince aynı mahkeme ilamı ile ilgili bir defadan fazla karar düzeltme isteğinde bulunulamayacağından ilama karşı karar düzeltme yolu kapalı olduğuna, peşin alınan harcın istek halinde düzeltme isteyene iadesine, 18.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi"².

II. Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2015/18479 E., 2015/17022 K., 23.11.2015 Tarihli Kararı

"Dava dilekçesinde, soybağının reddine karar verilmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacılar vekili dava dilekçesinde, davalı Asiye'nin gerçek babasının dava dışı Şenol olmasına rağmen davacının murisi R.. Ö.. tarafından kendi çocuğuymuş gibi nüfusa tescil edildiğini, bu nedenle davalının nüfus kaydında Rahmi olarak görünen baba kaydının

² Yarg. 8. HD., 18.05.2017, 6331/7304; Yargıtay'ın benzer kararları için bkz. Yarg. 8. HD., 14.09.2017, 2487/10778; Yarg. 8. HD., 28.05.2018, 7360/13281 (legalbank.net).

iptali ile nüfus kayıtlarının düzeltilmesine karar verilmesini talep etmiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Davalının, dosyada mevcut doğum tutanağına göre, nüfus kayıtlarında babası görünen R.. Ö.. tarafından, 04.05.1981 tarihindeki beyanına göre 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 24. maddesi ve 4721 sayılı TMK.nun 293. maddesine göre nüfusa tescil edildiği anlaşılmıştır.

Bir davada maddi olguları ileri sürmek taraflara, ileri sürülen maddi olguların nitelendirilmesi hakime aittir. Davacı bu dava ile davalının gerçek babasının Şenol olduğu halde nüfus kaydında R.. Ö.. 'ün çocuğu imiş gibi tescil edildiğini bildirerek, davalının nüfus kaydındaki baba adının iptali ile nüfus kayıtlarının düzeltilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Görüldüğü gibi davacının buradaki talebi sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz niteliğindedir.

Bilindiği üzere, çocukla ana arasındaki soybağı doğumla; baba arasındaki soybağı ise, ana ile evlilik, tanıma ve hakim hükmü ile kurulur. (TMK.nun 282/1-2 md.) Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi halinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olur. (TMK.nun 292. md.) Eşler, evlilik dışında doğmuş olan ortak çocuklarını, evlenme sırasında veya evlenmeden sonra, yerleşim yerlerindeki veya evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna bildirmek zorundadırlar.(TMK.nun 293. md.) Ana ve babanın yasal mirasçıları, çocuk ve Cumhuriyet Savcısı sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz edebilirler. İtiraz eden, kocanın baba olmadığını ispatla yükümlüdür. Çocuğun altsoyu da, çocuğun ölmüş ya da ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmiş olması halinde itiraz hakkına sahiptir. Tanımanın iptaline ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.(TMK.nun 294. md.)

Bu halde, çocukla baba arasındaki soybağı, ana ile evlenmeyle kendiliğinden kurulur. Bu durumda ana ve babanın yasal mirasçıları, çocuk ve Cumhuriyet Savcısı sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz edebilirler. İşte davacının açtığı dava budur.

Soybağına ilişkin hükümler 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 282. maddesi ve devamında düzenlenmiş olduğundan, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4. maddesine göre, görevli mahkeme, aile mahkemesidir.

Bu durumda, görevli mahkeme aile mahkemesi olduğundan aile mahkemesi kurulmayan yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemelerinde davanın aile mahkemesi sıfatıyla görülüp karara bağlanması gerekirken asliye hukuk mahkemesi olarak yargılamaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, teyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile şimdilik diğer yönleri incelenmaksızın hükmün HUMK.nun 428.maddesi gereğince BOZULMASINA, teyiz peşin harcının istek halinde teyiz edene iadesine, 23.11.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi. ”³

³ Yarg. 18. HD., 23.11.2015, 18479/17022; Yargıtay'ın benzer kararları için bkz. Yarg. 20. HD., 22.01.2018, 42/389; Yarg. 2. HD., 28.02.2002, 1734/2497; Yarg. 2. HD., 05.11.2003, 13353/14905; Yarg. 2. HD., 31.01.2005, 15122/953; Yarg. 2. HD., 09.10.2000, 10249/11873; Yarg. 2. HD., 26.12.1994, 12317/13014; Yarg. 2. HD., 22.02.2005, 1142/2563 (legalbank.net).

C. Karara Konu Teşkil Eden Somut Olay ve Yargı Mercilerinin Çözümü

I. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 2017/6331/ E., 2017/7304 K., 18.05.2017 Tarihli Kararı

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin ilgili kararının yayınlanmış metninden anlaşılabilirdiği kadarıyla, uyumsuzluk konusu olayda nüfus kütüğünde baba olarak kayıtlı olan davacı, davalı çocukların, çocukların annesi olan diğer davalı kadın ile evlenmeden ve birliktelik yaşamadan önce çocukların annesinin başka bir erkek ile birlikteliğinden doğduklarını, bu çocukların kendisinin çocuğu olmadıkları halde, 17/10/1966 tarihinde kendisinin ve davalı annenin çocukları olarak nüfusa yolsuz olarak tescil edildiklerini iddia ederek nüfus kayıtlarının düzeltilmesi için dava açmıştır. Davalılar vekili cevap dilekçesinde bu durumu kabul ederek, davacının evlenmek için çocukları nüfusuna tescil ettireceğini taahhüt ettiğini, evlendikten sonrada taahhüdünü yerine getirdiğini ve davalı çocukların davacı ile bir bağlarının olmadığını beyan etmiştir. Davacının iddiaları ile davalıların kabul beyanlarını alınan DNA raporu da doğrulamıştır.

İlk derece mahkemesi, yapılan yargılama sonunda; davayı soybağının reddi davası olarak nitelendirilerek hak düşürücü süreden davanın reddine karar vermiştir.

Davacı vekili, ilk derece mahkemesi kararını süresinde temyiz etmiştir. Yargıtay (Kapatılan) 18. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesinin kararının gerekçesini, davanın soybağının reddi değil sonradan evlenme yoluyla soybağının düzeltilmesine itiraz niteliğinde olduğu ve TMK 294/1. maddesine göre de davacı babanın sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz davası açma hakkı bulunmadığından davanın aktif husumet ehliyeti yokluğundan reddi gerektiği şeklinde değiştirerek onanmıştır.

Davacı vekili karar düzeltme isteğinde bulunarak, davanın soybağı davası değil, nüfus kaydındaki yolsuz tescilin düzeltilmesi davası olduğunu iddia ederek yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, davacının, davalı annenin iki çocuğunu evlendikten sonra nüfusuna kendi çocuğu gibi kaydettirmesinin, başlangıçtan itibaren tarafların bildiği ve baştan yanlış kütüğe geçirilen çocuklar ile kayden baba olan davacı arasında soybağı tesis etmeyeceğine, bu nedenle somut olaydaki davanın nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davası olduğu gerekçesiyle (Kapatılan) 18.Hukuk Dairesinin verdiği gerekçesi değiştirilerek onama ilamının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

II. Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2015/18479 E., 2015/17022 K., 23.11.2015 Tarihli Kararı

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin ilgili kararının yayınlanmış metninden anlaşılabilirdiği kadarıyla, uyumsuzluk konusu olayda davalının, dosyada mevcut doğum tutanağına göre, nüfus kayıtlarında babası görünen Rahmi tarafından, 04.05.1981 tarihindeki beyanına göre 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 24. maddesi ve 4721 sayılı TMK m.293'e göre nüfusa tescil edildiği anlaşılmaktadır.

Davacılar vekili dava dilekçesinde, davalı Asiye'nin gerçek babasının dava dışı Şenol olmasına rağmen davacının murisi Rahmi tarafından kendi çocuğuymuş gibi nüfusa tescil edildiğini, bu nedenle davalının nüfus kaydında Rahmi olarak görünen baba kaydının iptali ile nüfus kayıtlarının düzeltilmesine karar verilmesini talep etmiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm davacılar vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, somut olayda çocukla baba arasındaki soybağının, ana ile evlenmeyle kendiliğinden kurulduğunu ve davacının talebinin sonradan evlenme yoluyla

kurulan soybağına itiraz niteliğinde olduğunu, bu nedenle bu davada görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğu⁴ halde ilk derece mahkemesinin asliye hukuk mahkemesi olarak yargılamaya devam ederek yazılı şekilde karar vermesi sebebiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir.

D. Çözümlemesi Gereken Hukukî Problemler

Uyuşmazlık konusu iki olay da, evlilik dışı doğan çocukların annelerinin, biyolojik babaları olmayan biriyle evlenmelerini ve bu çocukların evlilik sonrasında TMK m. 293'e göre nüfusa tescil edilmesini konu edinmektedir. Bu gibi durumlarda nüfus kayıtlarında, biyolojik babalarından başka birinin baba olarak kayıtlı olmasının evlilik dışı doğan çocuklar açısından ne anlama geldiği, bu duruma karşı kimlerin, hangi süre(ler) içerisinde, hangi mahkemede, hangi davayı açabilecekleri çözümlenmesi gereken problemlerdir.

E. Soruna İlişkin Görüş ve Kararın Değerlendirilmesi

I. Sonradan Evlenmenin Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Soybağına Etkisi

Türk Medeni Kanunu, evlilik dışında doğmuş bile olsa, çocuk ile ana arasında soybağının doğumla kurulacağını hükme bağlarken (TMK m. 282/f.1), baba ile çocuk arasında soybağının doğumla kendiliğinden kurulmasını sadece baba ile ananın doğum sırasında evli olmaları şartına bağlamıştır (TMK m. 285). Evlilik dışında doğan çocukların babaları ile aralarında soybağı ise, ana ile evlilik, tanıma veya babalık davası sonucunda verilecek hâkim hükmüyle kurulabilmektedir (TMK m. 292 vd.). Böylece kanun koyucu, eski Medeni Kanundaki evlilik dışında doğan bir çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisi kurulmasını kolaylaştıran imkânı aynen muhafaza ederek evlilik dışında doğan çocukları korumak istemiştir⁵.

TMK'nun 292. maddesi uyarınca evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babanın evlenmesiyle kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur. Dolayısıyla TMK'nun 282. maddesinin 2. fıkrasına göre, baba ile evlilik dışında doğan çocuk arasındaki soybağı, babanın çocuğun annesi ile evlenmesiyle kendiliğinden kurulur. Evlenmenin gerçekleşmesiyle, ana ve babanın ortak çocuklarının soybağı doğum anından itibaren, geriye etkili olarak kendiliğinden kurulmuş olur⁶. Bunun için ayrıca bir mahkeme kararına gerek yoktur⁷.

Bu durumun kanun koyucu tarafından da bu şekilde istendiğinin en önemli göstergesi, mehzaz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m. 259/f.1 deki düzenlemenin 1 Ocak 1978'de yürürlüğe giren değişikliğinin Türk Medeni Kanunu'na alınmamasıdır⁸. İsviçre Medeni Kanunu m. 259/f.1 "Heiraten die Eltern einander, so finden auf das vorher geborene Kind die Bestimmungen über das während der Ehe geborene entsprechende Anwendung,

⁴ Kemal AKAR, Soybağı Tespiti, Ankara 2015, s.80.

⁵ Turgut AKINTÜRK/Derya ATEŞ, Aile Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2017, s. 333.

⁶ Mehmet Beşir ACABEY, Soybağı, İzmir 2002, s. 155; Bilâl KÖSEOĞLU/Köksal KOCAAĞA, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011, s. 533; Cem BAYGIN, Kan Bağına Dayanan Soybağı, AÜHF, C. VI, s. 1-4 (2002), s. 255-284, s. 267; Feyzi Necmeddin FEYZİOĞLU/Cumhur ÖZAKMAN/Enis SARIAL, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, s. 451; AKAR, s.34.

⁷ Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 900; ACABEY, s. 155; Ömer Uğur GENÇCAN, Aile Mahkemesi Davaları, 2. Bası, Ankara 2016, s. 1158; Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 311.

⁸ Maddenin hem eski Medeni Kanundaki metinden hem de İsviçre Medeni Kanununun 259. maddesinden farklı biçimde kaleme alındığı madde gerekçesinde de belirtilmiştir.

sobald die Vaterschaft des Ehemannes durch Anerkennung oder Urteil festgestellt ist” hükmünün Türkçe karşılığı “Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının evlenmesi halinde, kocanın baba olduğu tanıma veya hâkim kararıyla tespit edilir edilmez, evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur” şeklindedir.

İsviçre Medeni Kanunu, evlilik dışında doğan çocuğun evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olması için ana ve babasının sonradan evlenmesini yeterli görmekte, bunun yanında babanın çocuğu tanımasını veya babalık hükmünün varlığını aramaktadır⁹. Görüldüğü üzere Türk kanun koyucusu evlilik dışında doğan çocuğun, ana ve babasının sonradan evlenmesiyle evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olacağını düşünürken, babanın çocuğu tanıması veya babalığa hükmedilmiş olması şartını aramamaktadır.

Ana ve babanın evlenmesiyle, bu kişilerin evlilik dışında doğmuş tüm sağ ve ölü çocukları ile baba arasındaki soybağı ilişkisi kanundan dolayı doğar¹⁰. Sonradan evlenen ana ve babanın bu hususu isteyip istemedikleri de önem taşımaz¹¹. Çocuğun ana ile soybağı doğumla kurulduğu için, ana ve babanın çocuğun doğumundan sonra evlenmesinin çocuğun anası ile soybağının kurulması bakımından bir etkisi olmaz¹².

Batıl veya iptal edilebilir nitelikteki bir evlenme, butlan kararına kadar geçerli bir evlenmenin tüm sonuçlarını doğurduğu için (TMK m. 156), ana ve babanın evliliklerinin butlanla sakat olmasının soybağının kurulmasına herhangi bir etkisi olmaz¹³. Ancak çocuğun ana ve babasının sonradan evlenmesiyle çocuğun babasına soybağı ile bağlanması, çocukla başka bir erkek arasında soybağının bulunmaması şartına bağlıdır¹⁴. Dolayısıyla evli bir kadının eşinden başka bir kimse ile cinsel ilişkide bulunması sonucunda doğan çocuğun hukuken babası, kadının kocası olacağı için, koca çocuğun soybağını reddetmediği sürece, kadının kocasından boşanıp çocuğun biyolojik babasıyla evlenmesi, TMK m. 292 uyarınca çocukla gerçek babası arasında soybağını kuramayacaktır¹⁵. Ancak soybağının

⁹ Claudia STEHLI, Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar- Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 259 N. 1; Cyril HEGNAUER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 1. Teilband, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Artikel 252-269c ZGB, 4. Aufl., Bern 1984, Art. 259 N. 9; Ingeborg SCHWENZER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Auflage, Basel 2010, Art. 259 N. 2-3.

¹⁰ ÖZTAN, s. 900; Kemal OĞUZMAN/Mustafa DURAL, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 226; FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 450; Selâhattin Sulhi TEKİNAY, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s. 433; Aydın ZEVLİLİLER/M. Beşir ACABEY/Emre GÖKYAYLA, Medeni Hukuk Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 1060.

¹¹ ÖZTAN, s. 900; OĞUZMAN/DURAL, s. 226; FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 450.

¹² Mustafa DURAL/Tufan ÖGÜZ/Mustafa Alper GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2018, N. 1409.

¹³ Cem BAYGIN, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 51-52; Ahmet M. KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2019, s. 428; ÖZTAN, s. 900; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, N. 1410; ACABEY, s. 155; KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s. 533; OĞUZMAN/DURAL, s. 226; FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 448; TEKİNAY, s. 432; SCHWENZER, Art. 259 N. 3; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1060; Murat UYUMAZ, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Ankara 2015, s. 23; HATEMİ/SEROZAN, s.311.

¹⁴ Yarg. 8. HD., 20.02.2018, 3017/2521; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 52; ÖZTAN, s. 900; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, N. 1409; OĞUZMAN/DURAL, s. 228; HEGNAUER, Art. 259 N. 16.

¹⁵ BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 52; ACABEY, s. 156; OĞUZMAN/DURAL, s. 228; FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 449; TEKİNAY, s. 432; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1060.

reddi kararı, ana ile gerçek babanın evlenmesinden sonra alınsa bile, çocukla gerçek baba arasında soybağı, ana ile gerçek babanın evlenmesiyle kurulmuş olacaktır¹⁶.

Ana ve babanın sonradan yaptıkları evliliğin kurucu unsurları eksikse, bu durumda evlenme yoklukla batıl olacak ve çocuklar yönünden de soybağının kurulması söz konusu olmayacaktır¹⁷.

Kanun, sonradan evlenmeyle soybağının kurulması için bir süre öngörmediği için, evlilik dışında doğan çocuğun ana ve babası doğumdan ne kadar süre sonra evlenmiş olurlarsa olsunlar, çocuğun babaya olan soybağı evlenmenin gerçekleşmesiyle kanun gereği kurulur¹⁸.

Bir kadının bir çocuk doğurduktan sonra bir erkekle evlenmesi halinde, çocuğun evlilik içi çocuk statüsünü kazanması, kocanın çocuğun babası olduğu hususundaki eşlerin beyanı ile belirlenir¹⁹. TMK m. 293/f.1 uyarınca eşler, evlilik dışında doğmuş olan ortak çocuklarını, evlenme sırasında veya evlenmeden sonra, yerleşim yerindeki veya evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna bildirmek zorundadır. Ancak bu bildirim kurucu nitelikte olmayıp, sadece idari bir mecburiyettir. Bu bildirim kurucu olmadığı, TMK m. 293/f.2'nin bildirim yapılmamış olmasının, çocuğun evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olmasını engellemeyeceğine ilişkin açık ifadesinden anlaşılmaktadır. Bu bildirim yükümü, nüfus kayıtlarının düzgün yürümesini ve savcıya tanınmış olan itiraz davasının açılmasını sağlamak amacıyla yöneliktir²⁰.

Nüfus memuruna bildirim eşler birlikte yapmak zorundadırlar (TMK m. 293/f.1). Evlenmeden çok sonra yapılan bildirim de dikkate alınması gerekir²¹. Evlenen kadın gerçek anne değilse, evlenme sonrası yapılan bildirim soybağının kurulmasını sağlamayacaktır²². Buna karşılık, çocuk, evlenen erkekten değilse, gerçeğe aykırı bildirim üzerine şeklen kurulan soybağı, iptal davası ile hükümsüz hale getirilebilecektir²³.

Bildirim yapılmamışsa, ana ve babanın evlenmesiyle baba ile çocuk arasında soybağının kurulduğu, mahkeme kararıyla da tespit edilebilir²⁴. Ancak bu durumda, ana ile evle-

¹⁶ OĞUZMAN/DURAL, s. 228; FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 449.

¹⁷ ACABEY, s. 155; KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s. 533; Cem BAYGIN, Kan Bağına Dayanan Soybağı, AÜHFD, C. VI, s. 1-4 (2002), s. 255-284, s. 268; FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 448.

¹⁸ BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 51; OĞUZMAN/DURAL, s. 227; TEKİNAY, s. 432-433; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1060.

¹⁹ OĞUZMAN/DURAL, s. 227.

²⁰ ÖZTAN, s. 901; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 52; BAYGIN, Kan Bağına Dayanan Soybağı, s. 268.

²¹ OĞUZMAN/DURAL, s. 227; Yarg. 8. HD., 14.09.2017, 2487/10778.

²² OĞUZMAN/DURAL, s. 226 dn. 488.

²³ BAYGIN, Kan Bağına Dayanan Soybağı, s. 268; OĞUZMAN/DURAL, s. 228, 226 dn. 488. Evlenen kişilerin kendilerinden olmayan çocuklara ilişkin bildirimde bulunması halinde, yapılan bildirim çocuğun soybağı üzerinde etkisi olmayacağı yönünde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1412. Gerek sonradan evlenme, gerek evlilik dışı doğan çocuğun tanınması hallerinde, sadece "beyan"ın yetmemesi gerektiği, biyolojik babalığın aile mahkemesinde bir tespit davası ikame edilerek ispat edilmesi ve bu ilam alındıktan sonra nüfus kütüğüne kayıt yapılmasının daha yerinde bir çözüm olacağı; böylece sorunların büyük çoğunluğunun çözüleceği ve savcının, mirasçıların, çocuğun ve diğer kişilerin sonradan dava açmalarına gerek kalmayacağı yönünde bkz. Hüseyin HATEMİ, Aile Hukuku, 7. Bastı, İstanbul 2019, s. 161.

²⁴ ÖZTAN, s. 901; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1411; OĞUZMAN/DURAL, s. 227.

nen erkeğin baba olduğunun tespiti gerekir²⁵. Bu dava bir tespit davası olup²⁶, mahkeme ilamı ana ve babanın beyanı yerine geçer²⁷. Bu karar kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir²⁸.

II. Sonradan Evlenme ile Soybağının Kurulmasına İtiraz ve İptal

TMK m. 294/f.1'e göre "*Ana ve babanın yasal mirasçıları, çocuk ve Cumhuriyet savcısı sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz edebilirler. İtiraz eden, kocanın baba olmadığı ispatla yükümlüdür.*"

Kanun koyucu, çocuğun gerçek babasından başkasına soybağı ile bağlanmasını istemediği için, ana ile baba olduğunu ileri süren kimselerin, evlenme yoluyla baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlamaları durumunda, kanunda sayılan ilgililer ile durumun kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle savcının, soybağının kurulmasına itiraz edebileceklerini düzenlemiştir²⁹. Böylece evlenen kadın ve erkeğin bildirimleri gerçeğe aykırı ise, şeklen kurulan soybağı iptal edilebilecektir³⁰. Burada açılacak dava, bozucu yenilik doğuran bir davadır³¹. Sonradan evlenme yoluyla çocuk ile baba arasında kurulan soybağının ortadan kaldırılmasına yönelik açılan bu iptal davası sonucunda mahkemenin verdiği iptal kararı, çocukla baba arasındaki soybağını geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır³².

TMK m. 294/f.1, c.2 ilgililerin itirazının sadece bir olguya dayanmasını öngörmektedir. Buna itiraz eden, kocanın baba olmadığını ispatla yükümlüdür. Açılacak davada, kocanın baba olma ihtimalinin başka bir erkeğe oranla daha zayıf olduğunun ispatlanması durumunda, ispat yükümlülüğü gerçekleşmiş sayılır³³. Ancak kocanın babalığının şüpheli olduğunun, ananın kritik dönemde başka erkeklerle de beraber olduğunun ispatı yeterli değildir³⁴.

Davayı açma yetkisine sahip olanlar TMK m. 294/f.1'de sınırlı şekilde belirtilmiştir. Bu hükme göre, sadece ana ve babanın yasal mirasçıları, çocuk ve Cumhuriyet savcısı iptal davası açabilir. Çocuğun altsoyu da, çocuğun ölmüş ya da ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmiş olması halinde iptal davasını açabilir (TMK m. 294/f.2). Gerçek babanın iptal davası açma hakkı bulunmamaktadır³⁵. Öğretide gerçek babanın, ananın evlenmesinden önce ve doğumdan hemen sonra çocuğu tanıma imkânının bulunması sebebiyle, gerçek babaya itiraz hakkının tanınmamış olması kural olarak yerinde bir düzenleme³⁶ olarak görülse de; doğumdan haberdar olamamış veya haklı bir sebeple tanıma beyanında bulun-

²⁵ BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 53; OĞUZMAN/DURAL, s. 227; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1411.

²⁶ ÖZTAN, s. 901; OĞUZMAN/DURAL, s. 227-228; TEKİNAY, s. 433; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 53.

²⁷ ÖZTAN, s. 901.

²⁸ TEKİNAY, s. 433; UYUMAZ, s. 26.

²⁹ ÖZTAN, s. 902.

³⁰ BAYGIN, Kan Bağına Dayanan Soybağı, s. 268; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 53; OĞUZMAN/DURAL, s. 228.

³¹ HATEMİ, s. 159; ÖZTAN, s. 902; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1413.

³² ÖZTAN, s. 902; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1413.

³³ ÖZTAN, s. 902; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 57.

³⁴ ÖZTAN, s. 902; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 57.

³⁵ Biyolojik babaya da itiraz hakkının tanınmasının yerinde olacağı yönünde bkz. BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 56.

³⁶ HATEMİ, s. 160.

mamış biyolojik babaya soybağının kurulmasına itiraz hakkının tanınmasının daha doğru bir düzenleme olabileceği de savunulmaktadır³⁷.

Yasal mirasçılara iptal davası açma hakkının tanınmasının nedeni, çocukla baba arasında kurulan soybağı nedeniyle miras menfaatlerinin zedelenmesinin önlenmesine imkân tanımaktır³⁸. Kanun sadece yasal mirasçılara dava hakkı tanıdığı için atanmış mirasçılar dava açamazlar³⁹. Onlar ancak savcıya ihbarda bulunarak savcının iptal davası açmasını sağlayabilirler⁴⁰.

Yasal mirasçıların iptal davası açabilmesi için, mirasçı oldukları ana veya babanın ölümünün gerçekleşmesini beklemeleri; bir başka deyişle mirasçılık sıfatlarının kesinleşmesi gerekmez⁴¹. TMK m. 294 herhangi bir ayırım yapmadan ana ve babanın bütün yasal mirasçılarına iptal davası açma hakkı tanıdığı için, mirasçıların iptal davası açabilmeleri için çocukla birlikte mirasçı olmaları veya çocuk yüzünden miras haklarının zedelenmesi aranmaz⁴².

Çocuğun altsoyu, sadece çocuğun ölümü veya ayırt etme gücünü sürekli kaybetmesi durumunda dava açma hakkına sahip olur⁴³.

III. Dava Açma Süresi ve Görevli Mahkeme

Soybağına ilişkin davaların hak düşürücü süreye bağlanması hukuk güvenliğine hizmet etmektedir⁴⁴. TMK. m. 294/f.3, sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına karşı açılacak iptal davasında, tanımanın iptaline ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını öngörmüştür. Bu sebeple, sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağının iptali davasının tâbi olduğu süre, tanımanın iptaline ilişkin davanın tâbi olduğu hak düşürücü süreleri belirleyen TMK m. 300 hükmüne göre belirlenecektir. Buna göre, ana ve babanın yasal mirasçıları ve Cumhuriyet savcısı, çocuğun soybağının kurulmasını sağlayan evliliğin gerçekleştiğini ve kocanın baba olmadığını öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde evlenmenin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmeden sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağının iptali davasını açmalıdır (TMK m. 300/f.2 kıyasen)⁴⁵. Böylece kanun koyucu

³⁷ HATEMİ, s. 160; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 56. İptal davası açma hakkının ana ve babaya tanınmamasının isabetli olmadığı yönünde bkz. ÖZTAN, s. 903.

³⁸ ÖZTAN, s. 903; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1416. Ana ve babanın sonradan evlenmesi sadece çocukla koca arasında soybağı kuracağı için, miras menfaatleri zedelenebilecek olanlar da sadece kocanın mirasçılarıdır. Bu nedenle iptal davası açma hakkının sadece kocanın mirasçılarına tanınması daha isabetli olurdu. Bu konudaki eleştiri için bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1416 dn. 90. Bir yandan ananın mirasçılarına dava hakkı veren düzenlemenin ratio legis'inin bulunup bulunmadığını sorgulanması gerektiği, diğer yandan ananın mirasçıların çocukla ilgi ve ilişkisi olmayan miras bırakanın çocuğu tanımasına karşı manevi menfaatleri gereği itiraz haklarının olması gerektiğinin düşünülebileceği yönünde bkz. HATEMİ, s. 160.

³⁹ ÖZTAN, s. 903; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1416; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 54.

⁴⁰ BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 54.

⁴¹ BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 54; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1416

⁴² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1417.

⁴³ ÖZTAN, s. 903; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 55.

⁴⁴ O. Gökhan ANTALYA, Soybağının Reddine İlişkin Dava Sürelerinin Haklı Sebeplerle Uzaması, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 3, Sayı 27, 2005, s. 1009-1013, s. 1009.

⁴⁵ Yarg. HGK., 13.11.2013, 18-354/1554 (legalbank.net); KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Kanun'unuzun Aile, Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 97; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1423; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 58. Tanımayı esas alan TMK m. 300'ün kıyasen uygulanmasıyla, burada da tanıma yerine bir nev'i tanıma beyanı olan bildirim

2002 yılında yaptığı Medeni Kanun değişikliğiyle, sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz için önceki Medeni Kanunda düzenlenmeyen beş yıllık zamansal bir üst sınır getirmiştir.

Çocuk ergin değilse, dava hakkı, TMK m. 300/f.3'ün kıyasen uygulanmasıyla, çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer⁴⁶. Çocuk ergin ise, çocuğun dava hakkı, soybağının kurulmasını sağlayan evliliğin gerçekleştiğini ve kocanın baba olmadığını öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde evlenmenin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşer (TMK m. 300/f.2 kıyasen)⁴⁷. Çocuğun altsoyunun dava hakkı ise, evlenmeyi, kocanın baba olmadığını ve çocuğun ölümünü veya ayırt etme gücünü kaybettiğini öğrendiği tarihten itibaren bir yıllık, evlenmenin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıllık hak düşürücü süreye tabidir⁴⁸.

Son olarak, TMK m. 300/f.4'ün kıyasen uygulanması sonucunda bir ve beş yıllık sürelerin geçmişi olmasına rağmen gecikmeyi haklı kılan bir sebebin varlığı halinde, bu sebebin ortadan kalkmasından itibaren 1 aylık ek süre içerisinde de dava açılabilecektir⁴⁹.

Soybağının sonradan evlenme yoluyla kurulmasına itiraz davası açısından görevli mahkeme aile mahkemeleridir (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4)⁵⁰.

IV. Nüfus Kaydının Düzeltilmesi Davası

Soybağın sonradan evlenme yoluyla kurulmuş olması durumunda, kişisel duruma ilişkin nüfus kaydında yer alan bilgi doğru olarak meydana gelmiş ve kütüğe tescil edilmiştir. Sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz davası sonucunda kişinin soybağında bir değişiklik meydana gelir. Bu değişikliğin nedeni nüfus sicilinin tutulmasına ilişkin maddi bir hatadan kaynaklı olmayıp; soybağı ilişkisinin yanlış tespitinden kaynaklanmaktadır⁵¹.

Nüfus kaydının düzeltilmesi davasında ise, nüfus kaydının gerçek durumu yansıtmaması, baştan yanlış olarak kütüğe geçirilmesi söz konusudur⁵². Çocuğun soybağı ancak kanunun aradığı şartlar gerçekleşince kurulur⁵³. Nüfus siciline kayıt idari bir işlem olduğu için nüfus siciline yanlış kayıt kanunen kurulmuş olan bir soybağını değiştirmez⁵⁴. Nüfus kaydının düzeltilmesi davası ile nüfus sicilinde yer alan maddi bir hatanın düzeltilmesi amacı güdülmektedir⁵⁵.

esas alınmasının daha doğru olacağı; dolayısıyla beş yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak evlenmenin değil, bildirim esas alınması gerektiği yönünde bkz. HATEMİ, s. 162.

⁴⁶ BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 58; ÖZTAN, s. 904; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1424.

⁴⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1424.

⁴⁸ ÖZTAN, s. 904; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1424.

⁴⁹ ÖZTAN, s. 905; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 430; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 58; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 97.

⁵⁰ Yarg. HGK, 13.11.2013, 18-354/1554 (legalbank.net).

⁵¹ Seda ÖKTEM ÇEVİK, Çocuğun Anne Ve/Veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt II, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 2105-2130, s. 2112.

⁵² Yarg. HGK 30.01.2008, 2-36/47.

⁵³ ÖKTEM ÇEVİK, s. 2113.

⁵⁴ ÖKTEM ÇEVİK, s. 2113.

⁵⁵ ÖKTEM ÇEVİK, s. 2112.

Soybağının kurulmasını kesin hükümsüz hale getiren olgulara dayanan itiraz, TMK m. 294 kapsamında iptal davasına konu teşkil etmez⁵⁶. Bu itirazlar herhangi bir hak düşürücü süre kısıtlamasına takılmadan her zaman açılabilir nüfus kaydının düzeltilmesi davası ile ileri sürülebilirler. Çocuğun evlenen kadının çocuğu olmadığı, çocuğun evlenme sırasında bir başka erkeğe soybağının bulunduğu durumlar böyledir⁵⁷. Bunun gibi sonradan evlenme halinde, koca baba olduğunu kabul etmemiş, soybağı sırf ananın bildiri üzerine kurulmuşsa her ilgili, bir süre sınırlamasına tâbi olmaksızın soybağının hükümsüzlüğünün tespiti için TMK m. 39 uyarınca dava açabilecektir⁵⁸. Bu hallerde açılacak dava, kişisel sicil durumunun düzeltilmesi davası⁵⁹ olmakla birlikte, uygulamada nüfus kaydının/sicilinin düzeltilmesi davası olarak bilinmektedir⁶⁰.

Nüfus kaydının düzeltilmesi davası tespit davası niteliğindedir⁶¹. Nüfus kaydının düzeltilmesi davası bakımından görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir⁶². Nüfus kaydının düzeltilmesi davası kamu düzeni ile ilgili olduğu için, hâkim gerçeği ortaya çıkarabilmek adına re'sen her türlü araştırmayı yapmaya yetkilidir⁶³. Sicildeki yanlış kaydın düzeltilmesi ile birlikte kanunen kurulmuş olan soybağı durumu sicile doğru bir şekilde aktarılmış olur⁶⁴.

V. Kararların Eleştirilmesi

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin kararına konu olan olayda davacı, davalı kadından olan diğer davalıların, kendisinin çocuğu olmadıkları halde davalı kadın ile yaptığı evlilik sonrasında kendisinin ve davalı annenin çocukları olarak nüfusa yolsuz olarak tescil edildikleri iddiasıyla nüfus kayıtlarının düzeltilmesi için dava açmıştır. Davalılar vekili bu iddiayı kabul etmiş ve alınan DNA raporu da bu iddiayı doğrulamıştır.

İlk derece mahkemesi, davanın nitelendirmesini yanlış yaparak, davayı soybağının reddi davası olarak nitelendirmiş ve hak düşürücü süreden davanın reddine karar vermiştir.

İlk derece mahkemesinin kararı, davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir. Yargıtay (Kapatılan) 18. Hukuk Dairesi ise, yerinde bir tespit ile ilk derece mahkemesinin kararının gerekçesini, davanın soybağının reddi değil sonradan evlenme yoluyla soybağının düzeltilmesine itiraz niteliğinde olduğu ve TMK 294/1. maddesine göre de davacı babanın sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz davası açma hakkı bulunmadığı için davanın aktif husumet ehliyeti yokluğundan reddi gerektiği şeklinde değiştirerek onamıştır.

Zira TMK. m. 294, kimlerin sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz edebileceklerini sınırlı sayı prensibi uyarınca belirlemiştir. Bu hükümde nüfusta baba olarak kayıtlı olan kimseye, soybağının iptalini dava etme yetkisi tanınmamıştır⁶⁵. Bu nedenle davacının aktif husumet ehliyeti bulunmamaktadır.

⁵⁶ ÖZTAN, s. 905; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1414; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 57-58.

⁵⁷ ÖZTAN, s. 905; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1414.

⁵⁸ BAYGIN, Kan Bağına Dayanan Soybağı, s. 268.

⁵⁹ BAYGIN, Kan Bağına Dayanan Soybağı, s. 268.

⁶⁰ Kişisel durum sicili ve nüfus sicilinin düzeltilmesi davası hakkında detaylı bilgi için bkz., ÖKTEM ÇEVİK, s. 2108 vd.

⁶¹ ACABEY, s. 118; ÖKTEM ÇEVİK, s. 2110.

⁶² Yarg. 2. HD., 15.12.2014, 17966/25724 (legalbank.net).

⁶³ Yarg. 18. HD., 26.6.2012, 6940/8170; Yarg. 18. HD., 09.07.2012, 6964/8902 (legalbank.net).

⁶⁴ ÖKTEM ÇEVİK, s. 2113.

⁶⁵ İsviçre Medeni Kanununun 259. maddesinin 2. fıkrasının 4. bendinde, nüfusta baba olarak kayıtlı olan eşe de sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz hakkı tanınmaktadır.

Davacının karar düzeltme talebi sonucunda Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, davacının, davalı annenin iki çocuğunu evlendikten sonra nüfusuna kendi çocuğu gibi kaydettirmesinin, çocuklar ile kayden baba olan davacı arasında soybağı tesis etmeyeceği, bu nedenle somut olaydaki davanın nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davası olduğu yönünde karar vermiştir.

Böylece bu davanın yanlış bir değerlendirme sonucunda nüfus kaydının düzeltilmesi davası olarak nitelendirilmesiyle, ilgili herkesin, dolayısıyla kayden baba olan davacının da hiçbir hak düşürücü süreye tabi olmadan dava açmasının önü açılmıştır.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin kararına konu olan ikinci olayda ise davacı, murisi Rahmi'nin davalı Asiye'nin biyolojik babası olmadığı halde, Asiye'nin annesi ile evlendikten sonra Asiye'yi kendi çocuğuymuş gibi nüfusa tescil ettirmiş olması nedeniyle, davalı Asiye'nin nüfus kaydında Rahmi olarak görünen baba kaydının iptali ile nüfus kayıtlarının düzeltilmesi için dava açmıştır. İlk derece mahkemesi davayı, sonuç itibarıyla doğru olan ancak karardan anlaşılamayan bir nedenle reddetmiştir. İlk derece mahkemesinin kararı, davacılar vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, yerinde bir tespit ile somut olayda çocuk ile baba arasındaki soybağının, ana ile evlenmeyle kendiliğinden kurulduğuna ve davacının talebinin sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz niteliğinde olduğuna, bu nedenle bu davada görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğu halde ilk derece mahkemesinin asliye hukuk mahkemesi sıfatıyla yargılamaya devam ederek yazılı şekilde karar vermesi sebebiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Görüldüğü üzere her iki davadaki uyumsuzluk, evlilik dışı doğan çocukların annelelerinin, çocukların biyolojik babaları olmayan biriyle evlenmeleri ve bu çocukların evlilik sonrası TMK m. 293/f.1'e göre nüfusa tescil edilmesinin hukuken ne anlama geleceği noktasında toplanmaktadır.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi bu durumda biyolojik baba olmayan koca ile evlilik dışında doğmuş olan çocuklar arasında soybağının kurulmadığına, bu nedenle açılan davanın nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davası olduğuna hükmetmiştir⁶⁶. Buna çok benzeyen ikinci davada Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, evlilik dışı doğan çocuğun annesiyle evlenen ve biyolojik baba olmayan erkek ile çocuk arasında sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulduğuna, bu nedenle bu davanın sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz niteliğinde olduğuna ve aile mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir⁶⁷.

Görüldüğü gibi, Yargıtay'ın farklı dairelerinin biyolojik babadan başka bir erkeğin anne ile evlenmesi ve TMK m. 293/f.1 uyarınca çocukların kocanın nüfusuna kaydedilmesi durumunda farklı içtihatları bulunmakta ve bu durum hukuk güvenliğini tehdit etmektedir.

TMK m. 292 vd. hükümleri uyarınca, kadının evlilik dışında doğan çocuklarının biyolojik babalarından başka bir erkekle evlenmesi üzerine, eşlerin evlilik dışında doğan çocukları nüfus memuruna bildirmesiyle, ananın eşi ile evlilik dışında doğmuş olan çocuk-

⁶⁶ Yarg. 8. HD., 18.05.2017, 6331/7304; Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin benzer kararları için bkz. Yarg. 8. HD., 14.09.2017, 2487/10778; Yarg. 8. HD., 28.05.2018, 7360/13281 (legalbank.net).

⁶⁷ Yarg. 18. HD., 23.11.2015, 18479/17022; Yargıtay'ın 2. ve 20. Hukuk Dairelerinin benzer kararları için bkz. Yarg. 20. HD., 22.01.2018, 42/389; Yarg. 2. HD., 28.02.2002, 1734/2497; Yarg. 2. HD., 05.11.2003, 13353/14905; Yarg. 2. HD., 31.01.2005, 15122/953; Yarg. 2. HD., 09.10.2000, 10249/11873; Yarg. 2. HD., 26.12.1994, 12317/13014; Yarg. 2. HD., 22.02.2005, 1142/2563 (legalbank.net).

lar arasında geçerli bir soybağı kurulmuş olur⁶⁸. Aslında buradaki bildirim bir nev’i tanıma beyanı şeklinde de değerlendirilebilir⁶⁹. Bu sonuca ise, tanıma beyanı şekil şartına tâbi ve kurucu nitelikte iken, TMK m. 293’teki bildirim sadece açıklayıcı nitelikte olduğu ve herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı için “çok aza tahvil edilir, az çoğa tahvil edilmez” kuralı gereği tahvil yoluyla değil, irade yorumu yoluyla varmak mümkün olacaktır. Bu durumda TMK m. 293’teki bildirim daima tanıma sayılacağı, böylece de TMK m. 293’ün gereksizleşeceği ileri sürülebilse de, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, ortada örtülü bir boşluk söz konusudur ve kanaatimizce bu boşluk TMK m. 293’teki bildirim – her ne kadar tanıma tek taraflı yapılırken bu bildirim eşler tarafından birlikte yapılırsa da-ananın eşi bakımından tanıma şeklinde değerlendirilmesiyle doldurulmalıdır.

Nasıl tanıma tek taraflı bir irade beyanıyla tanınan çocukla tanıyan kişi arasında soybağını kurmaya yetiyorsa ve tanıyanın çocuğun babası olmaması da tanımanın kesin hükümsüzlüğüne yol açmayıp, TMK m. 298 vd. hükümlerine göre bu husus tanımanın iptali sebebi teşkil ediyorsa⁷⁰, burada da aynı sonuca varmak mümkün olmalıdır.

Sonradan evlenme ve bildirim üzerine geçerli bir soybağının kurulmuş olması sebebiyle nüfus sicilindeki kaydın yanlış olduğundan da söz edilemeyecektir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda açılacak dava nüfus kaydının düzeltilmesi davası olmayıp, soybağının iptali davasıdır. Bunun sonucu olarak bu dava hak düşürücü sürelerle tabi olup, davayı açabilecek kişiler kanunda sınırlı sayıda belirtilmiştir. Bu davanın konusunu sadece kocanın baba olmadığı iddiası oluşturabilir. Ancak kanundaki hak düşürücü süreler geçtikten sonra ne soybağının kurulmasına itiraz edilebilir, ne de nüfus kaydının düzeltilmesi davası açılabilir. Bu durumda biyolojik babası olmayan bir kimseye soybağı ile bağlı olan çocuklar, bu kimsenin ölümü durumunda da ona yasal mirasçı olmaya hak kazanacaklardır.

⁶⁸ Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. E. I. Hatemi, kocanın babalığı karinesine girmeyen hallerde sadece nüfus kütüğüne bildirim için yeterli görüldüğü sorusunu sormakta; gerek sonradan evlenme, gerek evlilik dışı çocuğu tanıma hallerinde, sadece beyanın yetmemesi gerektiğini, biyolojik babalığın aile mahkemesinde bir tespit davası ikame edilerek ispat edilmesi ve bu ilam alındıktan sonra nüfus kütüğüne kayıt yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bu çözümün kabul edilmesi durumunda, sorunların büyük çoğunluğunun çözülmüş olacağını ve Cumhuriyet Savcısının, mirasçılarının, çocuğun ve ilgili diğer kişilerin sonradan dava açmalarına gerek kalmayacağını ileri sürmektedir. HATEMİ, s. 161.

⁶⁹ HATEMİ, s. 162. Evli bir erkeğin eşi haricinde birlikte yaşadığı kadından doğan çocuğunu eşinin üzerine kaydettirmesi durumunda açılan nüfus sicilinin düzeltilmesi davası sonucunda çocuğun biyolojik annesinin nüfus siciline kaydedilmesi üzerine çocuk evlilik içi doğmuş olmayacak ve baba ile soybağını kuran hallerden anne ile evlilik sebebi ile kurulan babalık karinesi gündeme gelmeyecektir. Bunun sonucunda çocuk ile biyolojik babası arasındaki soybağı ilişkisi de sona erecektir. Bu gibi hallerde çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisinin evlilik içi çocuk statüsündeyken “tanıma” ile kurulmuş soybağı statüsüne dönmesi gerektiği; babanın çocuğunu evlilik içinde doğmuş çocuğu gibi kadın eş üzerine Nüfus İdaresi’ne kaydettirmesinin tanıma sayılacağı yönünde bkz. ÖKTEM ÇEVİK, s. 2122.

⁷⁰ DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, N. 1450.

KISALTMALAR

Art.	Artikel (Madde)
Aufl.	Auflage (Baskı)
bkz.	bakınız
dn.	dipnot
E.	Esas
HD.	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
K.	Karar
m.	madde
N.	Numara
TMK	Türk Medeni Kanunu
s.	sayfa
S.	Sayı
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

KAYNAKÇA

- ACABEY**, Mehmet Beşir, Soybağı, İzmir 2002.
- AKINTÜRK**, Turgut/**ATES**, Derya, Aile Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2017.
- AKAR**, Kemal, Soybağı Tespiti, Ankara 2015.
- ANTALYA**, O. Gökhan, Soybağının Reddine İlişkin Dava Sürelerinin Haklı Sebeplerle Uzaması, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 3, Sayı 27, 2005, s. 1009-1013.
- BAYGIN**, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.
- BAYGIN**, Cem, Kan Bağına Dayanan Soybağı, AÜHFD, C. VI, s. 1-4 (2002), s. 255-284.
- ÇEVİK**, Seda Öktem, Çocuğun Anne Ve/Veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt II, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 2105-2130.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2018.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin/Özakman, Cumhuriyet, Enis, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986.
- GENÇCAN**, Ömer Uğur, Aile Mahkemesi Davaları, 2. Bası, Ankara 2016.
- GENÇCAN**, Ömer Uğur, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi, Nüfus Davaları Genel Hükümler, Ankara 2000.
- HATEMİ**, Hüseyin, Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019.
- HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- HEGNAUER**, Cyril, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 1. Teilband, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Artikel 252-269c ZGB, 4. Aufl., Bern 1984.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Kanun’umuzun Aile, Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2019.

KÖSEÖĞLU, Bilâl/**KOCAĞA**, Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011.

OĞUZMAN, Kemal/**DURAL**, Mustafa, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998.

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.

SCHWENZER, Ingeborg, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Auflage, Basel 2010.

STEHLI, Claudia, Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar - Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 2016.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.

UYUMAZ, Murat, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Ankara 2015.

ZEVLİLER, Aydın/**ACABEY**, M. Beşir/**GÖKYAYLA**, Emre, Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1999.

www.legalbank.net

^{4f} KAT MÜLKİYETİNDE ORTAK GİDERLERİN PAYLAŞILMASI SORUNU

(THE PROBLEM OF SHARING COMMON EXPENSES IN FLAT OWNERSHIP)

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet AYAR* **

ÖZ

Kat mülkiyeti düzeninde kat maliklerinin en temel borçlarından bir tanesi anagayrimenkulün ortak giderlerine katılma borcudur. Zira kat maliklerinin ortak gider ve avans borçlarını yerine getirmeleri, kat mülkiyeti düzeninin sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi için oldukça önemlidir. Bu hususta kanun koyucu KMK. 20/I hükmü ile bir yedek hukuk kuralı getirmiştir. Dolayısıyla, kat maliklerinin aksine anlaşmalar yapmaları her zaman mümkündür. Uygulamada sıklıkla, kat maliklerinin, ortak gider ve avanslarının ne şekilde pay edileceğini yönetim planında belirlemiş olduklarını veya kat malikleri kurulu kararıyla bu hususta düzenlemeler yaptıklarını görüyoruz. Ne var ki, kat maliklerinin ortak giderlerin paylaşılması hususunda karar almadıkları veya alamadıkları durumlarda KMK. 20/I hükmünde yer alan ortak giderlere katılma payına ilişkin düzenleme, günümüz şartlarında ihtiyaçları tam olarak karşılamamaktadır. Bu çalışmada hem KMK. 20/I, a, b, ve c bentlerindeki düzenlemeler incelenecek, hem de kat maliklerinin bu hususta aksine yapacakları anlaşmalara ilişkin kararların ne şekilde alınması gerektiğine ilişkin görüşler sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kat Mülkiyeti, Ortak Giderler, Ortak Giderlerin Paylaşılması, Yönetim Planı, Kat Malikleri Kurulu Kararı.

ABSTRACT

One of the fundamental obligations of the flat owners under the flat ownership regime is contribution to the common expenses of the main immovable. Because flat owners' contributions to the common expenses are essential for maintaining an efficient flat ownership regime. In this regard, lawmaker brought a nonbinding stipulation under KMK Art. 20/I (Turkish Code of Flat Ownership). Because of its nonbinding nature, the flat owners can always conduct agreements contrary to this regulation. In the practice, the flat owners often stipulate the way of sharing of common expenses in administration plan or regulate this matter by taking decisions in the board of flat owners. However, in the event that flat owners cannot reach an agreement upon sharing of common expenses, the mechanism put forward in KMK Art. 20/I is quite far from satisfying today's needs. In this study, KMK Art. 20/I (subparagraphs a,b and c) will be examined. Furthermore we will present our opinions regarding the kind of agreements that should be made by flat owners if they wish to go beyond Art. 20/I of KMK.

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 31.03.2020. İlk hakem raporu: 19.08.2020. İkinci hakem raporu: 24.08.2020. Onaylanma tarihi: 24.08.2020.

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-5623-3418.

Eserin Atf Şekli: Ahmet Ayar, "Kat Mülkiyetinde Ortak Giderlerin Paylaşılması Sorunu", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 861-873.

Keywords: *Flat Ownership, Common Expenses, Sharing of Common Expenses, Administration Plan, Decision of Board of Flat Owners.*

I. Genel olarak

Kat mülkiyeti düzeni, bilhassa büyük şehirlerde çok sayıda kişinin birlikte yaşadıkları ve ortak yerleri birlikte kullandıkları bir yaşam alanıdır. Bu sebeple kat maliklerinin ortak gider ve avansları ödeme yükümlülüğü, kat mülkiyeti düzeninin devamı için oldukça önem arz eden konulardan bir tanesidir. Gerçekten de ortak yaşamın istenilen şekilde sürdürülebilmesi için çeşitli ortak harcamaların yapılması bir zorunluluk teşkil etmektedir.

Bilhassa günümüzde, kendi sosyal alanlarını, otoparkını, sağlık hizmetlerini, güvenliğini, çevre düzenini, temizlik hizmetlerini, açık ve kapalı spor alanları gibi pek çok hizmeti barındıran site yaşamı, bir yandan yaşam konforunu artırırken, buna bağlı olarak da ortak giderleri oldukça artırmaktadır¹. İşte bu ortak giderlerin yapılabilmesi için kural olarak paranın önceden toplanması gerekir ki, buna da “ortak gider avansı” denilmektedir (KMK. 20)².

Ne var ki, hem KMK. 20’deki kanuni düzenleme, hem de apartman veya sitelerin yönetim planlarındaki düzenlemelere rağmen uygulamada kat malikleri arasında en fazla uyuşmazlık konusu olan mesele, ortak giderlerin ne şekilde pay edileceği meselesidir. Zira Türkiye’de kat maliklerinin veya kiracılarının büyük bir çoğunluğu ödediği ortak gider payından, halk dilinde “aidattan”³ memnun değildir. Bu memnuniyetsizliğin altında çoğu kez güvensizlik, bilgisizlik ve yapılan yanlış uygulamalar yatmaktadır. Gerçekten de günlük yaşamda birçok yerde (apartmanda veya sitede) ortak giderlerin bilgisizlikten veya art niyetten yanlış uygulamalara konu olduğu görülmektedir. Biz bu çalışmada meselenin bir güven meselesi olması ötesinde hukuk kuralları çerçevesinde çözümlenebileceğini açıklamaya çalışacağız. Tabi bunun için vatandaşlarımızın yöneticisinden, kat malikine ve kiracısına kadar asgari şartlarda kat mülkiyeti hukuku bilgisine sahip olması gerekmektedir.

II. Ortak giderlere ilişkin düzenlemenin uygulama alanı, hukukî niteliği ve kaynağı

Kat mülkiyeti düzeni birlikte yaşamayı kolaylaştırıcı bir takım düzenlemeler içermektedir. Bunlardan en önemlisi ortak giderlerin kat malikleri⁴ tarafından paylaşılması ve ödenmesini sağlayıcı önlemlerdir (KMK. 20 vd.)⁵. Bu önlemler henüz kat mülkiyetine

¹ KURT, Ekrem: Kat Maliklerinin Ortak Giderlere Katılma Yükümlülüğünün Özellikleri, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 4, Sayı 14, Ankara 2013, s. 300.

² KURT: s. 300.

³ Kat Mülkiyeti Kanununda aidat terimine yer verilmemiştir. Biz de çalışmamızda bu doğrultuda KMK. 20’de belirtildiği gibi ortak gider payı ve ortak gider avansı ibarelerini kullanacağız.

⁴ Bağımsız bölüm intifa hakkı sahibinin yararlanması altında bulunduğundan, yönetim giderlerinden bu kimsenin sorumlu tutulması gerekirken çıplak mülkiyet sahibi davalıdan yönetim giderlerinin alınması doğru değildir. Bu yönde Yarg. 5 HD. 30.11.1981 tarih ve 11106/11836 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

⁵ KURT: s. 301.

geçilmemiş olsa da bazı durumlarda kat irtifakında da uygulama alanı bulurlar (KMK. 17/III)⁶.

Diğer taraftan bu ödeme yükümlülüğünün temelini müşterek borçluluk⁷ oluşturmaktadır. Tüzel kişiliği olmasa da, bir hukuki birliktelik oluşturan kat malikleri birliğinin alacağı karar ile kat malikleri alacaklı-borçlu olabilmektedirler. Her bir kat maliki kendisi dışında kat malikleri birliğini oluşturan tüm hak sahiplerine karşı gider ve avanslarla ilgili olarak borçlu durumdadır⁸.

Burada düzenlenen borç, bir kaçınmayı değil, müspet bir davranışı (verme borcunu) içermektedir. Bu borcun asıl olarak bir para borcu olması gerekir. Kural kat malikinin bir miktar parayı ödemesi olmakla birlikte, ilgililerin anlaşmasına göre, paradan başka bir şeyle ödeme de mümkündür. Örneğin, kat maliklerinden birinin, para yerine, anagayrimenkulün ısıtılmasını taahhüt ederek, bu borcun yerine getirilmesi kabul edilmiş olabilir. Bu hususta, KMK. 40/III'deki düzenlemeye göre, yöneticinin para yerine "hizmet edimi" karşılığı da bu borcunu yerine getirmiş sayılacağı anlaşılmaktadır⁹.

Yine, ortak giderlere katılma yükümlülüğünün, her kat maliki açısından kendi mülkiyet dönemiyle¹⁰ sınırlı olmak kaydıyla "eşyaya bağlı bir borç" niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹¹.

⁶ Üzerinde kat irtifakı kurulmuş olan bina tamamlanmış ve oturma izni alınmış bulunduğuna göre, bu yerdeki kat irtifakı sahipleri yönetim giderine katılırlar. Bu yönde Yarg. 5. HD. 10.11.1980 tarih ve 7634/7763 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

⁷ Müsterek (paylı, kısmi) borçluluk kavramı için bkz. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul 2018, s. 464; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 1341; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 935.

⁸ ÖZMEN, E. Sabâ/KIR, Hafize: Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010, s. 61-62.

⁹ AYBAY, Aydın/SANAL, Nezihi: Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 1985, s. 111; ŞAKAR, Müjdat: Kat Mülkiyeti Kanunu ve Devre Mülk Hakkı, İstanbul 1988, s. 67.

¹⁰ KMK. 20 hükmüne göre ortak giderlerin ödenmesinden yönetime karşı kat maliki sorumludur. Bu sorumluluğun başlaması için mülkiyetin kazanılmış olması yeterli olup tescil gerekmez. Dosyadaki tapu kaydındaki açıklamaya göre davaya konu teşkil eden bağımsız bölümün cebri icra yoluyla 18.01.2001 tarihinde gerçekleşen satışında ihale davalıya yapılmış ve bu yerin mülkiyeti davalıya geçmiştir. Dosyada bulunan 15.01.2002 tarihli kira sözleşmesine göre de aynı yerin davalı tarafından kiraya verilmiş olması da bu yerin mülkiyetinin davalıda olduğuna göstermektedir. Hal böyle iken salt tapu kaydında davalının malik gözükmemesi esas alınarak pasif husumet ehliyetinin yokluğu gerekçesi ile red kararı verilmiş olması doğru görülmemiştir. Bu yönde Yarg. 18. HD. 25.10.2004 tarih ve 6600/7716 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

¹¹ ARPACI, Abdülkadir: Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984, s. 74; KURT: s. 301; Her kat malikinin kendi döneminde yaptığı ödemelerden sorumlu olacağı, bu itibarla taşınmazı satın alan yeni maliklerin ancak, taşınmazı satın aldıkları tarihten itibaren ortak giderlerden sorumlu olacakları hususunda Yarg. 18. HD. 9.9.2013 tarih ve 10272/10987 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com; Bağımsız bölüm malikinin kiracısı ile yaptığı kira sözleşmesinde ortak giderlerin kiracı tarafından ödeneceğinin kararlaştırılmış olması aralarındaki ilişkiyi düzenlemeye yönelik olup yönetime karşı ortak giderleri ödemekle yükümlü olan kat maliki sıfatıyla bağımsız bölüm malikidir. Bu yönde Yarg. 18 HD. 17.9.2003 tarih ve 5873/6533 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com; Kiracı, kira sözleşmesine göre fazla bir ödemede bulunmuş ise veya sözleşmeye göre ödemesi gereken bir ortak gideri ödemiş ise onun iadesini ancak kiralayan bağımsız bölüm malikinden isteyebilir. Bu yönde Yarg. 18. HD. 26.2.1998 tarih ve 12665/1804 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com; Ortak gider ve

Giderlerin hukuki kaynağı ise, KMK. 16 hükmü uyarınca kat maliklerinin, KMK. 15 hükmü kapsamındaki bağımsız bölüm mülkiyetinin konusu dışında kalan ortak yer ve tesislere, arsa payları oranında ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olmalarıdır. KMK. 16'da her ne kadar kat maliklerinin tüm ortak yer ve tesisler üzerindeki hakları "ortak mülkiyet" olarak adlandırılrsa da hukuki kavram olarak burada söz edilen, "arsa payına bağlı mülkiyet ilkesince aynı hak sahipliği"dir¹².

III. Ortak giderlerin kat maliklerine paylaştırılması hususundaki yasal düzenleme

Kat Mülkiyeti Kanununun 20. maddesi "Anagayrimenkulün genel giderlerine katılma" başlığı altında, kat maliklerinden her birinin, aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça, kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak (KMK. 20/I, a); anagayrimenkulün sigorta primlerine¹³ ve bütün ortak yerlerin¹⁴ bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri¹⁵ ile yönetici aylığı¹⁶ gibi diğer giderlere ve ortak

aidat borcundan kural olarak kat maliki sorumludur. Kiracı ise kat maliki ile birlikte söz konusu borçlardan kira miktarı kadar her ay için müteselsil sorumlu bulunmaktadır. Bu yönde Yarg. 20. HD. 2.5.2017 tarih ve 1981/3785 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com; Davalının davaya konu bağımsız bölümde 1/2 hisse sahibi olmasının yanı sıra bu bağımsız bölümde yararlanan konumunda olduğundan mahkemece bağımsız bölümün ortak gider ve aidat borcunun tamamına hükmedilmesi gerekir. Bu yönde Yarg. 18. HD. 8.9.2014 tarih ve 11148/12316 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com; Dava konusu anataşınmazın tamamlayıcı parçası olan kalorifer kazanının tümünden değiştirilmesi ile ilgili giderlerin kiracı tarafından değil, doğrudan kat maliki tarafından karşılanması gerekir. Bu yönde Yarg. 18. HD. 25.12.2008 tarih ve 9018/13197 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

¹² SİRMEN, Lâle: Eşya Hukuku, Ankara 2019, s. 474; ÖZMEN/KIR: s. 231; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Ankara 2019, s. 332; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2018, s. 645; AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Eşya Hukuku, İstanbul 2018, s. 424; EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2016, s. 155.

¹³ Kat Mülkiyeti Kanunu, kat maliklerine anagayrimenkulü sigorta ettirme yükümlülüğü yüklememiştir. KMK. 21/VI emredici hükümlerin saklı olduğunu belirttiğinden, Zorunlu Deprem Sigortası Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye göre bağımsız bölümlerin sigorta yaptırılması yükümlülüğü olmasına rağmen, ortak yerler konusunda böyle bir yükümlülük yoktur. Ancak kat malikleri kurulu anagayrimenkulün belirlenecek bir değer üzerinden sigorta ettirilmesine karar verebilir (KMK. 21). Anagayrimenkulün sigorta ettirilmesi, bütün kat maliklerinin yararına anagayrimenkulün yönetimi ile ilgili bir iş kabul edilerek, karar için KMK. 30'a göre kat malikleri kurulunun oy çokluğunu yeterli görmek gerekir. Bu karar üzerine yaptırılacak sigortanın primlerine bütün kat malikleri katılmak mecburiyetindedirler. Alman Kat Mülkiyeti Kanunu, § 21/V, Bent 3'de, anagayrimenkulü sigorta ettirme normal yönetim işleminde sayılmıştır. Aynı yönde İsviçre Medeni Kanunu m. 712/I-III'te de hüküm vardır. Bu hususta bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 662; REİSOĞLU, Safa: Uygulamada Kat Mülkiyeti, Ankara 1979, s. 88; PRUTTING, Hanns/WEGEN, Gerhard/WEINREICH, Gerd: Luchterhand Kommentare, BGB Kommentar, 13. Auflage, Köln 2018, s. 3575; HERRLER, Sebastian/WICKE, Hartmut: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Auflage, München 2017, s. 3039.

¹⁴ Bağımsız bölüm içerisinde kalan ve ortak tesis niteliği kazanmayan kanalizasyon ve su tesislerinin o bağımsız bölüm maliki tarafından onarılması gerekir. Bu yönde Yarg. 5. HD. 28.2.1983 tarih ve 1646/1719 sayılı kararı; Yarg. 5. HD. 1.5.1989 tarih ve 20606/9368 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

¹⁵ KMK. 20 gereğince kat malikleri anagayrimenkulün onarım giderlerine aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça arsa payı oranında katılmakla yükümlüdürler. Bu yönde Yarg. HGK. 26.3.2014 tarih ve 18-740/392 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

tesislerin işletme giderlerine¹⁷ ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payları oranında (KMK. 20/I, b) katılmakla yükümlü olduklarını belirtmiştir¹⁸. Hemen ifade edelim ki, bu giderler hükümdeki “gibi” ibaresinden de anlaşılacağı üzere sınırlı sayıda değildir. Yine, hükümde belirtilen gider ve avans payından maksat, ortak giderler (genel giderler) ve bunlara ilişkin avanslardır¹⁹.

KMK. 20/I hükmü emredici bir hukuk kuralı değildir. Dolayısıyla kat maliklerinin bu kuralın aksini kararlaştırmaları her zaman mümkündür.

Diğer taraftan KMK. 20/I’de 2814 sayılı Kanun²⁰ ile yapılan değişikliğe kadar, ortak giderler, bir ayırım yapılmaksızın tamamen arsa paylarına göre paylaştırılan bir yedek hukuk kuralı olarak yer almaktaydı²¹. Maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, bu yeni düzenlemeye göre, kat malikleri, işin doğası gereği eşit olarak hizmet aldıkları, kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi (günümüz şartlarında bekçiyi özel güvenlik görevlisi olarak anlamak gerekir) giderlerine ve bu giderler için toplanacak avansa eşit olarak katlanacaklar, bunun dışındaki bütün ortak giderlere arsa payı oranında katılmak zorunda olacaklardır²².

Kanun değişikliğinin yapıldığı 1983 yılında bu çözüm makul kabul edilebilirken, günümüzde binlerce kişinin yaşadığı bilhassa toplu yapılarda bu düzenleme tam anlamıyla ihtiyaçları karşılamamaktadır. Kanunda bu yedek hukuk kuralının kat maliklerinin anlaşmasıyla değiştirilebileceği belirtilmiş olsa da, uzlaşma konusunda son derece zayıf olan toplu-mumuzda kat maliklerinin bu düzenlemenin aksini kararlaştırmaları hiç de kolay değildir.

Bize göre, KMK. 20/I hükmünde günümüz şartları dikkat alınarak yeni bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Bu düzenleme yapılırken dikkate alınması gereken temel ölçüt, kullanım esası, yatırım esası ölçütü olabilir. Örneğin bir toplu yapının ortak tesisi olan spor tesislerinde görev yapan spor eğitmenlerinin ücreti KMK. 20/I, b bendine göre (KMK. 74 atfı ile) işletme gideridir ve kural olarak kat malikleri bu gidere arsa payları oranında

¹⁶ Kat Mülkiyeti Kanununun 40. maddesinin son fıkrasında; yöneticinin ücretiyle ilgili olarak kat malikleri arasında atanmış yöneticinin normal yönetim giderlerine katılıp katılmayacağı, katılacaksa ne oranda katılacağını kararlaştırır. Bu yolda bir karar alınmamış ise, yönetici yönetim süresince kendisine düşen normal yönetim giderlerinin yarısına katılmayacağı, aynı Kanunun 20. maddesinde ise tüm kat maliklerinin anagayrimenkulün bakım, onarım, aidat gibi ortak giderlerinden sorumlu olacakları düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu yönde bkz. Yarg. 18. HD. 10.9.2013 tarih ve 10122/11165 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

¹⁷ Örneğin ortak tesis olan havuzun ve spor salonunun su, elektrik, ısınma sarfıyatı gibi giderler.

¹⁸ Baca ve çatıdaki zarar ve rahatsızlığın kat maliklerinden bir veya birkaçının eyleminden meydana geldiği anlaşılırsa bu kat maliklerince çatı ve bacanın onarımına, çatı ve bacada zaman içinde oluşan eskime, çürüme vs. den kaynaklanan bir zarar varsa bundan davacı da dâhil tüm kat malikleri arsa payları oranında sorumludur. Bu yönde Yarg. 18. HD. 13.6.2013 tarih ve 8847/10341 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

¹⁹ ARPACI: Yönetim, s. 260.

²⁰ RG. 14.4.1983 tarih, Sayı 18018.

²¹ İsviçre Medeni Kanunu’nda (ZGB) ortak giderlerin paylaşılması için kural olarak arsa payı ölçütü benimsenmekle birlikte, bir binanın bazı kısımları ve tesisleri bir kısım kat maliklerine hizmet sağlamıyor yahut çok az hizmet sağlıyorsa bu hususun giderlerin paylaşılmasında dikkate alınacağı öngörülmüştür (ZGB. 712/ h).

²² 2814 sayılı Kanun ile getirilen değişikliğin gerekçesi şu şekildedir: Kat Mülkiyeti Kanununun 20. Maddesinde bağımsız bölüm maliklerinin bütün yönetim giderlerine arsa payları oranında iştirak etmeleri hükme bağlanmıştır. Ancak kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçilerin bütün maliklere aynı derecede hizmet götürdükleri de bir gerçektir. Maddede yapılan değişiklikle bu giderlerin kat malikleri tarafından eşit olarak diğer giderlerin ise eskiden olduğu gibi arsa payı oranında karşılanması kuralı benimsenmektedir. Bkz. ŞAKAR: s. 67.

katılırlar. Ne var ki, spor eğitmenleri kat maliklerine hizmet verirken bu hizmeti tüm kat maliklerine eşit vermekte, onların arsa paylarına göre bir muamele yapmamaktadır. Bu sebeple bu giderlerin kat malikleri tarafından eşit olarak karşılanması kural olmalıdır. Keza uygulamada ortak havuzun, saunanın, hamamın kullanımı da kural olarak arsa payına uygun gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla kullanım esasına göre yine bu giderlere de kat maliklerinin kural olarak eşit katılmalarına ilişkin bir kanuni düzenleme isabetli olacaktır.

Diğer taraftan, eğer anagayrimenkule yatırım şeklinde bir ortak gider yapılıyorsa, örneğin, ortak havuzun seramikleri değiştiriliyor veya ortak tesisin akan çatısı aktarılıyorsa burada kat maliklerinin söz konusu giderlere arsa payları oranında katılmaları makuldür. Bu sebeple mevcut düzenlemeyi bu yönüyle uygun buluyoruz.

Bir kat maliki, ortak yer veya tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya kendi bağımsız bölümünün durumundan dolayı bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyacının bulunmadığını ileri sürerek bu gider ve avans payını ödemekten kaçınamaz (KMK. 20/I, c). Örneğin bir kat maliki, zemin katta oturduğu gerekçesiyle çatıda yapılan masraflara ve asansör masraflarına²³ katılmayacağını ileri süremeyeceği gibi, bir başkası da kış aylarında evde oturmadığından²⁴ bahisle ortak ısınma giderlerine katılmayacağını ileri süremez²⁵. Yine sosyal alanların olduğu bir toplu yapıda, kat maliklerinden biri ortak alan olan spor tesislerini hiç kullanmadığı için işletme giderlerine katılmayacağını ileri süremez. Keza, bağımsız bölümün kiraya verilmeyip boş kalması, giderlerden bağışıklığı gerektirmez²⁶.

Ancak, böyle durumlarda, kat maliklerinin anlaşmaları ile ortak yerlerdeki ve tesislerdeki kullanma hakkından vazgeçen veya bağımsız bölümünün konumu itibarıyla kullanma imkânı sınırlı veya hiç olmayan kat malikinin, bu yerler dolayısıyla yapılacak genel giderlere katılma payının tamamen kaldırılabilmesi veya azaltılabileceği öğretideki yazarlar tarafından kabul edilmektedir²⁷. Hüküm sözünden de açıkça anlaşılacağı üzere, KMK. 20/I, c hükmü emredici değildir. Gerçekten de kanun, “başka türlü anlaşma olmadıkça” diyerek bu hususu dile getirmiştir (KMK. 20/I). Dolayısıyla, kat maliklerinin KMK. 20/I, c hükmünün aksine düzenlemeler yapmaları mümkündür²⁸.

²³ Yarg. HGK. 20.12.1972 tarih ve 1243/1494 sayılı kararın özeti için bkz. SİRMEN: s. 480, dn. 783.

²⁴ Bağımsız bölümün malikleri tarafından kullanılmıyor olmasının, ortak giderlerden sorumlu tutulmamaları sonucunu doğurmayacağı hakkında Yarg. 18. HD. 22.1.2015 tarih ve 12082/996 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

²⁵ Buna karşılık Yargıtay bir kararında, bağımsız bölümün ısıtılması anayapınınkinden ayrı bir tesisatla sağlanıyorsa, bunun malikini ısıtma giderlerinden muaf tutmuştur. Yarg. 5. HD. 7.4.1975 tarih ve 3410/8110 sayılı kararın özeti için bkz. ARPACI: Yönetim, s. 260; Ancak, kat malikleri kurulu kararı uyarınca merkezi sistemle ısınan anapıda, bir malikin bu sistemden ayrılarak bağımsız bölümüne kombi taktırıp bireysel ısınmaya geçmiş olması, onu merkezi ısınma sistemine ilişkin gider ve avans payını ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz. Bu yönde Yarg. 18. HD. 21.6.2010 tarih ve 1974/9323 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

²⁶ ARPACI: Yönetim, s. 260.

²⁷ AYBAY/SANAL: s. 113-114; EREN: Mülkiyet, s. 164; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 666; ARPACI: Yönetim, s. 260-263; REİSOĞLU: Uygulamada Kat Mülkiyeti, s. 85-86; KURT: s. 302; ARPACI, Abdülkadir: Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990, s. 167; GÖKNAR, Hikmet: Örnekleriyle Kat Mülkiyeti Hukuku, Ankara 1983, s. 120; YALÇIN, Ayhan: En Son Değişiklikleri ile Atıflı-İçtihatlı-İndeksli 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 1997, s. 42; REİSOĞLU, Safa: Yeni Kanuna Göre Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı, Ankara 1966, s. 46-47; REİSOĞLU, Safa: Kat Mülkiyeti, Ankara 1967, s. 95.

²⁸ Bu yönde bkz. ARPACI: Yönetim, s. 262.

Buna rağmen, Kat Mülkiyeti Kanunumuzda, mehz İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi (ZGB. 712/h), binanın belirli kısımlarından, yapı ve tesislerinden bazı bağımsız bölümlerin hiç faydalanmamaları veya çok az ölçüde faydalanmaları halinde, genel giderlerin bölünmesinde, bu hususun dikkate alınacağını ilişkin benzer bir temel kurala ihtiyaç vardır. Tabi bizim sosyo-kültürel yapımızı dikkate alırsak, ortak yer ve tesislerden faydalanma ölçüsünü belirlemek çok kolay olmayacaktır. Bu yüzden, kural olarak, ortak yer veya tesisten bağımsız bölümlerinin durumu sebebiyle fiilen faydalanmaları mümkün olmayan kat maliklerini yapılan bu hususa ilişkin giderlerden muaf tutan, diğer malikleri ise, mutlak bir biçimde giderlere katılmakla yükümlü sayan bir düzenleme yeterli olacaktır²⁹.

Bu hususa ilişkin Yargıtay bir kararında³⁰, kat maliklerinin ortak yerlerdeki kullanım hakkından feragat ettiklerine dair bir hükmün yönetim planına konulamayacağına ve yine bir başka kararında³¹ yönetim planına konulacak böyle bir hükmün (“ortak taşınmazdaki dükkânların kirada oldukları sürece genel giderlere katılırlar” ibaresi) KMK. 20’ye aykırı olduğuna ve bu sebeple geçersiz olduğuna karar vermiştir³².

Toplu yapılarda ortak giderlere katılma borcu ise, KMK. 72’de ayrıca düzenlenmiştir. Ancak, KMK. 72’de, toplu yapılarda ortak giderlere ne oranda katlanılacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla toplu yapılarda da KMK. 74 hükmünün atfıyla genel hüküm niteliğinde olan KMK. 20 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

KMK. 72/I’e göre, toplu yapı kapsamındaki belli bir yapıya veya yapıların sadece birkaçındaki kat maliklerinin ortak kullanım ve yararlanmasına tahsis edilmiş ortak yer ve tesislere ilişkin ortak giderler, o yapılardaki kat malikleri tarafından, bütün bağımsız bölümlerin ortak kullanım ve yararlanmasına tahsis edilmiş tesis ve yerlere ilişkin ortak giderler ise bütün kat malikleri tarafından karşılanır.

Konuya ilişkin Yargıtay’ın bir kararında³³ özetle, “...somut olayda, taraflar arasında birden fazla apartmandan oluşan site içinde ve D Blok apartmanın altında bulunan sigortalı işyerine bu binanın ortak pis su giderinden su sızdığı uyumsuzluk konusu değildir. Uyumsuzluk konusu, meydana gelen zarardan sadece bu apartmanda bulunan kat maliklerinin mi yoksa site içinde bulunan diğer blokların kat maliklerinin de sorumlu olup olmadığı meselesidir. Bu tür yapılarda toplu yapılara ilişkin özel hüküm olan KMK. 72/I uygulanmalıdır...” denilmiştir.

KMK. 72/III’e göre, kat malikleri, toplu yapı kapsamındaki ortak yapı, yer ve tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya bunların başka bir parselde veya kamuya ait alanlarda bulunduğunu veya kendilerinin durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle toplu yapı ortak gider payını ve top-

²⁹ Bu yönde bkz. ARPACI: Yönetim, s. 261; ARPACI, Abdülkadir: Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması, İstanbul 2002, s. 81.

³⁰ Yarg. 5. HD. 18.3.1971 tarih ve 2144/2516 sayılı kararın özeti için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 666, dn. 222.

³¹ Yarg. 5. HD. 23.10.1989 tarih ve 19304/20832 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

³² Yargıtay’ın farklı yöndeki bir kararında ise özetle, yönetim planının geçici 36. maddesindeki ortak giderlerden muafiyet yalnızca yapımçı firmaya ve bu firmaya ilişkin daireler satılincaya ya da kiralanincaya kadar verilmiştir. Davalı taraf ise davaya cevabında anagayrimenkulün toprak sahibi olduklarını ileri sürmüşlerdir. Bu durum karşısında davalıların aynı zamanda yapımçı olup olmadıkları araştırılmadan davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir. Bu yönde Yarg. 18. HD. 1.3.2010 tarih ve 1854/3042 sayılı karar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

³³ Yarg. 11. HD. 10.5.2011 tarih ve 9427/5710 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

lanacak avansı ödemekten kaçınmazlar. Kanun koyucu söz konusu düzenleme ile toplu yapılarda KMK. 20/I, c düzenlemesine paralel bir düzenleme getirmiş ancak kat maliklerinin aralarında bu hususta başka türlü bir anlaşma yapıp yapamayacaklarını düzenlememiştir. Kanaatimizce KMK. 72/III düzenlemesi de tıpkı KMK. 20/I, c düzenlemesi gibi bir yedek hukuk kuralıdır. Dolayısıyla toplu yapılarda da kat malikleri KMK. 74 hükmünün atfıyla KMK. 20/I'deki gibi aralarında bu hususta başka türlü anlaşmalar yapmaları mümkündür.

Nihayet, ortak giderlere, kat maliklerinden birinin veya onun rızası ile bağımsız bölümünden yararlanan kimsenin kusurlu bir davranışı sebep olmuşsa, masraflara katılan kat malikleri, yaptıkları ödemeler için o kat malikine veya masrafa sebep olanlara karşı rücu edebilirler (KMK. 20/III).

IV. Ortak giderlere katılmaya ilişkin kat malikleri arasındaki anlaşmalar

KMK. 9'a göre, "kat mülkiyetine veya kat irtifakına ait kütük kaydında veya kat malikleri arasındaki sözleşmede veya yönetim plânında veya bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıklar, Medeni Kanun ve ilgili diğer kanunlar hükümlerine göre karara bağlanır". Madde metni, kat mülkiyeti ilişkisindeki normlar hiyerarşisini açıklamaktan uzak olsa da öğretide kat mülkiyetinde normlar hiyerarşisinin aşağıdaki şekilde sıralandığı kabul edilmektedir³⁴:

1. Kat Mülkiyeti Kanununun emredici hükümleri,
2. Türk Medeni Kanununun ve diğer kanunların emredici hükümleri,
3. Kat malikleri arasında mevcut bulunan anlaşma hükümleri,
4. Kat Mülkiyeti Kanununun yedek hükümleri,
5. Türk Medeni Kanunu ve diğer kanunların yedek hükümleri.

Kat malikleri arasında ortak giderlere ilişkin anlaşma hükümleri çeşitli şekillerde ceryan edebilir³⁵. İlk olarak kat malikleri ortak gider avanslarının kat maliklerine ne şekilde pay edileceğini yönetim planında belirlemiş olabilirler. Uygulamada en çok karşılaşılan usul budur. İkinci olarak ise, yönetim planı dışında³⁶, kat malikleri kurulunda alınan bir kararla da ortak giderlere ilişkin aksi bir düzenleme yapılabilir. Yine, bir kurul kararı şeklinde olmasa da, kat malikleri tarafından yeterli sayı ile yapılmış anlaşmalar da bu hususta yeterli olacaktır. Ancak, bu son durumda, yapılan anlaşma sadece tarafları bağlayacaktır. Diğer bir deyişle, bağımsız bölümlerin mülkiyetini sonradan iktisap edenlere, yani yeni maliklere, anılan anlaşma etkili olmaz³⁷.

³⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 616.

³⁵ KMK. 9 hükmüne göre, kat malikleri ortak gider avanslarının kat maliklerine ne şekilde pay edileceğine ilişkin kuralları, kat irtifakı yahut kat mülkiyetinin kuruluşu aşamasında tapu memurunun re'sen düzenleyeceği resmi sözleşme (resmi senet) metnine koyabilecekleri hususunda bkz. KURT: s. 303.

³⁶ Öğretideki yazarlardan KURT, kat maliklerinin ortak giderlere katılma esaslarının genel olarak yönetim planı ile yapılabileceğini, işletme projesi ile bu esasların belirlenmesinin mümkün olmadığını, söz konusu projenin yalnızca gelir ve giderlerin tahmini ile bunun önceden belirlenmiş kurallara göre, böyle kurallar yoksa KMK. 20'ye göre kat maliklerine dağılımı gösteren bir bütçeden ibaret olduğunu belirtmiştir. Bkz. KURT: s. 310.

³⁷ Bu yönde bkz. ARPACI: Yönetim, s. 268; ARPACI: Kanun, 80.

a. Yönetim planı

Yönetim planı, yönetim tarzını kullanma maksat ve şeklini yönetici ve denetçilerin alacakları ücreti ve yönetime ait diğer hususları düzenler³⁸. Yönetim planı, bütün kat maliklerini bağlayan bir sözleşme³⁹ hükmündedir (KMK. 28/I).

Yönetim planının “sözleşme hükmünde” olduğu, kanunda açıkça ifade edilmiştir. Zira bu nitelik, kat mülkiyeti kurulurken, birden fazla malik olması durumunda söz konusu olacaktır. Bilindiği üzere bir taşınmaza paylı mülkiyet esasları uyarınca malik olan paydaşlar, o taşınmaz üzerinde kat mülkiyeti kurmak isteyebilecekleri gibi, kat mülkiyeti rejimine tabi olmaya elverişli bir taşınmaza tek başına malik olan kimse de bu yola başvurabilecektir (KMK. 12/I). İşte bu son durumda, yönetim planı, sadece bu kişi tarafından imza edilecektir (KMK. 12/I, b). Öyleyse, bu gibi durumlarda, sözleşmeden bahsetmek doğru olmayacaktır. Zira, sözleşme, zorunlu olarak, birden fazla kişiyi gerektiren bir hukuki işlemdir. Bu sebeple kanun koyucu, isabetli olarak “sözleşme hükmünde” deyimini kullanmıştır⁴⁰.

Dolayısıyla, yönetim planı, kat irtifakının veya kat mülkiyetinin kuruluş sürecinde, tapuya tescil için başvurulduğunda tüm paydaşlar tarafından imzalanmış (tek kişi mülkiyetinin söz konusu olduğu hallerde sadece bu kişi tarafından imzalanmış) olarak tapu idaresine sunulan bir belgedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi yönetim planının içeriğini, kanun belirtmiş bulunmaktadır (KMK. 28). KMK. 28/I’de belirtilen, “yönetime ait diğer hususlar” ibaresinden kat maliklerine ilişkin ortak giderlerin yönetim planında düzenlenebileceği anlaşılmaktadır. Gerçekten de, uygulamada, hemen hemen her yönetim planında, ortak giderlere ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır.

Yönetim planı hükümleri, Kat Mülkiyeti Kanunu ve diğer kanunların emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, kat malikleri tarafından diledikleri şekilde düzenlenebilir. Yargıtay’a göre de, Kat Mülkiyeti Kanununun oybirliği veya belli bir çoğunluk arayan hükümlerinin aksi yönetim planı ile kabul edilemez⁴¹. Dolayısıyla yönetim planının emredici kurallara aykırı olan hükümleri geçersizdir, kat maliklerini bağlamaz⁴². Bu sonuç, genel hükümlerden (TBK. 27) çıkarılabileceği gibi, “anagayrimenkul kat malikleri kurulunca yönetilir ve yönetim tarzı kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla, bu kurul tarafından kararlaştırılır” diyen KMK. 27 hükmünden de çıkarılabilir.

Yönetim planı kat mülkiyeti rejimi bakımından o kadar önemlidir ki, her alıcının bağımsız bölüm edinirken yönetim planını da incelemesi gerekir. Yönetim planını incelemek, hatta bir suretini almak isteyen ilgililere, tapu sicilinin kamuya açıklığı çerçevesinde işlem yapılması ve bu isteklerinin karşılanması gerekir. Yönetim planı ve yönetim planı değişiklikleri kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesine yazılır (KMK. 28/V).

Ne var ki, yönetim planının sonradan değiştirilmesi oldukça zordur. Baştan oybirliği ile kabul edilen bir yönetim planı, sonradan –toplantıya katılanların değil- tüm bağımsız bölüm maliklerinin en az beşte dördünün (5/4) oyuyla değiştirilebilir (KMK. 28/III).

³⁸ Bu hususta bkz. ÖZTRAK, İlhan: Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:22, Sayı 03, Ocak 1967, s. 113-138.

³⁹ Ancak öğretilerde bunu bir sözleşme değil, eşyaya bağlı borç veya statü olarak niteleyen görüşler de bulunmaktadır. Bu husustaki görüşler için bkz. NOMER, Haluk Nami: Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 827 vd.

⁴⁰ ARPACI: Yönetim, s. 49.

⁴¹ Yarg. 5. HD. 11.11.1985 tarih ve 11970/12226 sayılı kararı; Yarg. 18. HD. 10.2.2005 tarih ve 8944/639 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com

⁴² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 674; ARPACI: Yönetim, s. 50 vd; SİRMEN: s. 482.

b. Yönetim planı dışındaki bir karar ile ortak giderlerin paylaşılması

Kat malikleri, yönetim planı dışında, kat malikleri kurulunda alınan bir kararlar da ortak giderlere ilişkin aksi bir düzenleme yapabilirler⁴³. Ancak kat malikleri kurulu kararı ile belirlenen gider paylaşım kuralları yönetim planına aykırı olamaz⁴⁴.

Diğer taraftan bütün kat maliklerinin beşte dördünü karşılayan bir oranla alınmış bir kat malikleri kurulu kararının aynı zamanda yönetim planı değişikliği sayılması gerekecektir⁴⁵.

Yönetim planı başta kat maliklerinin oybirliği ile yapıldığı halde, yönetim planının kat malikleri kurulu kararıyla değiştirilebilmesi için bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyu yeterlidir (KMK. 28/III). Toplu yapılarda da yönetim planının değiştirilebilmesi için, toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin temsil ettikleri bağımsız bölümlerin tamsayısının beşte dördünün oyu şarttır (KMK. 70/I).

Yeter sayı sağlanmadığı takdirde, örneğin, bir kısım kat maliklerinin sözleşmeden doğan haklarını kötüye kullanma niteliğinde sayılabilecek şekilde, diğer kat malikleri tarafından ileri sürülen haklı isteklere karşı çıkmaları halinde KMK. 33 uyarınca mahkemeye müracaat imkânı tanınmıştır (KMK. 28/III)⁴⁶.

Yönetim planı ve bunda yapılan değişiklikler, bütün kat malikleriyle onların külli ve cüzi haleflerini de bağlar. Örneğin, bir bağımsız bölüm malikinin ölmesi halinde onun mirasçısı (külli halefi) de, mirasbırakanın imzalamış olduğu yönetim planı ile bağlı olacaktır. Keza, bir bağımsız bölüme mesela satın alma yoluyla malik olan kimse (cüz'i halef) de,

⁴³ Kat maliklerinin kurul kararı niteliğinde olmayan fakat oybirliği ile yapılmış olan anlaşmaları da, bu hususta yeterli olacaktır. Ancak, kurul kararı niteliğinde olmayan anlaşmalar cüz'i halefleri bağlamayacaktır. Bu yönde bkz. ARPACI: Yönetim, s. 268; ARPACI: Kanun, s. 80;

⁴⁴ Kat maliklerinin ortak giderlere arsa payları oranında katılmalarına karar verilmesi talebine ilişkin davada, Mahkemece, dava kabul edilmiştir. Kat maliklerinin ortak giderleri kat malikleri kurulu toplantısında belirleyebilecekleri gibi yönetim planıyla da giderlerin paylaşım şekli belirlenebilir, aksi halde Kat Mülkiyeti Yasasının 20. maddesi hükümleri uygulanır. Kat malikleri kurulu kararının yönetim planına veya Yasa hükümlerine aykırı olduğu iddiasında olan kat maliki ortak giderlerle ilgili kat malikleri kurulu kararına karşı iptal davası açabilir. Bu hususlar gözetilerek davanın reddi gerekir. Bu yönde Yarg. 18. HD. 15.10.2012 tarih ve 9381/11154 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com; Diğer taraftan Yargıtay'ın bir başka kararına göre, dava, site ortak giderlerine arsa payı oranında katılımın sağlanması için hâkim müdahalesi istemine ilişkindir. Somut olayda; ada temsilciler kurulunun toplantısında tüm gelir ve giderlerin ortak olarak paylaşılmasına karar verildiği ve bu karara dayanılarak giderlerin eşit olarak paylaştırıldığı anlaşılmaktadır. Davacıların 2011 yılı aidatlarının belirlendiği ada temsilciler kurulu toplantısında alınan kararların iptaline ilişkin bir talebi bulunmadığına ve kat maliklerinin iptal edilmemiş bulunan tüm kararlara uymak mecburiyeti olduğuna göre, hâkim, kat maliklerinin iradeleri yerine geçip ortak giderlere arsa payı oranında katılmaya karar veremez. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, davacıların apartman giderlerine arsa payları oranında katılmaları yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Bu yönde Yarg. 18. HD. 5.3.2013 tarih ve 2413/3073 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

⁴⁵ KURT: s. 308; Yarg. 18. HD. 14.4.2005 tarih ve 1259/3657 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

⁴⁶ Hâkimin müdahalesi ile (KMK. 33) toplu yapı giderine farklı bir katılım ölçütü getirilebileceği, ortak giderlere katılım payının hakkaniyete uygun olmadığı tezinin ileri sürülebileceği ve hâkimin bu yolda takdir hakkı ile ortak giderlere katılım payını değiştirebileceği hususunda bkz. ÖZMEN/KIR: s. 236; Diğer taraftan, ortak giderlere katılma hususunda, KMK. 20'de öngörülenden farklı bir çözüm getiren yönetim planı (veya yönetim planı değişikliği) teklifini imzalamayan kat maliki aleyhine, KMK. 33 uyarınca mahkemeye başvurularak "imzalanmış sayılması"na karar verilmesinin istenemeyeceği hususunda bkz. REİSOĞLU: Uygulamada Kat Mülkiyeti, s. 81.

aynı şekilde, halen mevcut yönetim planı hükümleriyle bağlı kalacaktır. Yönetim planının cüz’i halefleri bağlamasını, “kanundan doğan eşyaya bağlı borç” kavramı ile açıklamak mümkündür⁴⁷.

Bilindiği üzere, yönetim planında yapılan değişiklikler tarih de belirtilerek kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilir (KMK. 28/V)⁴⁸. Peki, yönetim planında yapılan değişiklikler kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmezse acaba bu değişiklikler cüz’i halefleri bağlayacak mıdır?

Bu husus öğretilerde tartışmalı olmakla beraber, bizim de katıldığımız görüşe göre, yönetim planında yapılan değişikliklerin kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesi sadece açıklayıcı etkiye sahiptir. Dolayısıyla, yönetim planında yapılan değişiklikler kat mülkiyetinin beyanlar hanesine kaydedilmese bile cüz’i halefleri bağlayacaktır⁴⁹. Yine, KMK. 32/II’ye göre, bütün kat malikleriyle külli ve cüzî halefleri, yönetici ve denetçiler, kat malikleri kurulunun kararlarına uymakla yükümlüdürler. Dolayısıyla, kat malikleri kurulu kararıyla yönetim planında değişiklik yapılması durumunda, bu değişiklik kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmese bile kat maliklerinin cüzî haleflerini bağlayacaktır.

Bu hususta Yargıtay’ın bir kararında, kat malikleri kurulu toplantısında ortak giderlere katılım payı ile ilgili alınmış yönetim planı değişikliğinin tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmesi gerektiği aksi takdirde bir hükmünün bulunmadığı ifade edilmiştir⁵⁰.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken bir başka önemli mesele ise, yönetim planında yer alan her düzenlemenin kat malikleri kurulu veya toplu yapı temsilciler kurulunun (temsil ettikleri bağımsız bölümlerin tamsayısının) beşte dördünün oyu ile değiştirilip, değiştirilemeyeceği meselesidir.

Daha açık bir ifade ile yönetim planında ortak giderlerin paylaşımına ilişkin mevcut olan düzenlemelerin değiştirilmesi ve farklı paylaşım esasları belirlenmesi için acaba kat maliklerinin beşte dördünün oyu yeterli olacak mıdır?

Bu hususa ilişkin öğretilerdeki büyük bir kısım yazar⁵¹, KMK. 20/I hükmünde “anlaşma” (konsensus, oybirliği) ibaresi olduğundan hareketle ortak giderlere ilişkin değişiklik konusunda tüm kat maliklerinin oybirliğini aramaktadır. Ancak kanaatimizce, hem KMK. 28/III’deki, hem de KMK. 70/I’deki düzenleme gereği, beşte dört çoğunlukla karar alınması ortak gider paylaşımının değiştirilmesi için yeterli olacaktır⁵².

Konuya ilişkin Yargıtay’ın birbirinden farklı kararları mevcuttur. Örneğin Yargıtay bir kararında, “masrafa katılma payı değişikliği için 4/5 çoğunlukla alınan karar geçerli değildir. Oybirliği gerekir” demiştir⁵³. Ancak Yargıtay başka bir kararında, “Kat Mülkiyeti

⁴⁷ ARPACI: Yönetim, s. 74; AYBAY/SANAL: s. 148.

⁴⁸ Burada bir kişisel talep hakkının şerhi değil, kat malikleri birliğinin yönetiminin açıklanmasının söz konusu olduğu hakkında bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 674, dn. 259.

⁴⁹ ARPACI: Yönetim, s. 74; NOMER: 832-833; Karşı yönde bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 674; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2), İstanbul 1991, s. 105; GÖKNAR: s. 135.

⁵⁰ Yarg. 18. HD. 1.4.2013 tarih ve 1470/5144 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com

⁵¹ ARPACI: Kanun, s. 80; ARPACI: Yönetim, s. 262; EREN: Mülkiyet, s. 163; ERDOĞAN, Celâl: Kat Mülkiyeti ve Bundan Doğan Davalar, Ankara 1972, s. 99; ÖZMEN/KIR: s. 235.

⁵² Aynı yönde bkz. GÖKALP, Şerafettin: Açıklamalı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 1989, s. 60; ODYAKMAZ, Nevzat: Kat Mülkiyeti Kanunu ve Devre Mülk Hakkı, İstanbul 1995, s. 37.

⁵³ Yarg. 5. HD. 16.4.1990 tarih ve 23877/12553 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

Kanununun 20. maddesinin birinci fıkrasındaki masraf bölümü, yönetim planında yer alacak hususlardan biri olduğu cihetle bunu düzenleyen yönetim planı hükmü 28. maddenin değişik 3. fıkrasına göre kat maliklerinin 4/5 oyuyla değiştirilebilir” demiştir⁵⁴.

Kanaatimizce bu ikinci karar daha isabetlidir. Gerçekten de, ortak giderlerin paylaşımına ilişkin hususlar yönetim planında yer alırlar ve bu yüzden KMK. 28/III ve KMK. 70/I’de belirtildiği üzere bu hususlar 4/5 çoğunlukla değiştirilebilirler. Bir an için KMK. 20/I hükmünde belirtilen "kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça" ibaresinden bağımsız bölüm maliklerinin her birinin bu tür bir anlaşmayı onamaları koşulu aranacağı düşünülse bile, bilhassa binlerce kişinin yaşadığı toplu yapılarda oybirliğinin sağlanabileceğini düşünmek hayali bir yaklaşım olacaktır. Zira, bize göre burada 5/4 çoğunluğun sağlanması, kat maliklerinin anlaşmasını göstermek için yeterlidir. Artık modern dünyada hukuk, tek tek mülkiyet ya da parçalara değil, bütüne yoğunlaşmalıdır.

Nihayet, tekrar belirtelim ki, bir kurul kararı şeklinde olmasa da, kat malileri tarafından yeterli sayı ile yapılmış anlaşmalar da bu hususta yeterli olacaktır. Ancak, bu son durumda, yapılan anlaşma sadece tarafları bağlayacaktır. Diğer bir deyişle, bağımsız bölümlerin mülkiyetini sonradan iktisap edenlere, yani yeni maliklere, anılan anlaşma etkili olmaz⁵⁵.

V. SONUÇ

Kat Mülkiyeti Kanununda, kat maliklerinin borçlarına ilişkin en önemli düzenlemelerden biri KMK. 20/I hükmüdür. Kat maliklerinin ortak giderlere ne şekilde katılacaklarını düzenleyen bu hüküm, 2814 sayılı Kanunla değiştirilmiş bulunmaktadır. Yukarıda ayrıntılı şekilde belirttiğimiz üzere, bu yeni düzenlemeye göre, kat malikleri bazı giderlere eşit, bazı giderlere de arsa payı oranında katılacaklardır. 1983 yılında yapılan bu değişiklikle birlikte, KMK. 20/I hükmü, o zamanın şartları için kat maliklerinin menfaat dengelerine uygun bir düzenleme olarak gözükse de, günümüz şartlarında kat mülkiyeti ilişkisindeki sorunları (aidat tartışmalarını) çözmeye yetmemektedir.

Gerçekten de eskiden bir parselde otuz bağımsız bölümün olduğu kat mülkiyeti düzeninde artık bir parselde üç bin bağımsız bölümün olduğu yapılara rastlanmaktadır. Bu sebeple ortak gider payına ilişkin bu hükmün tekrar gözden geçirilmesi isabetli olacaktır. Bir an için, söz konusu hükmün yedek hukuk kuralı olması sebebiyle kat maliklerinin aralarında bu hususta farklı anlaşmalar yapabilecekleri kabul edilse de, toplumsal uzlaşının son derece zayıf olduğu toplumumuzda kat maliklerinin aksine anlaşmalar yapmaları neredeyse imkânsızdır. Tabi bu anlaşamama haline toplumun hümanist ve empatik düşünme yeteneğini kaybetmesi de sebebiyet vermektedir.

Dolayısıyla, yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz KMK. 20/I hükmünde yer alan ortak gider ve avans payının belirlenmesinde “kullanım esası” ve “yatırım esası” ölçütleri dikkate alınarak yeni bir düzenleme yapılması düşünülebilir. Böylece, yapılacak bu yeni düzenlemeyle birlikte, kat maliklerinin aralarında aksine anlaşma yapmadıkları veya yapamadıkları durumlarda ortak giderlerin paylaşılması menfaat dengelerine daha uygun hale getirilmiş olacaktır.

⁵⁴ Yarg. 18. HD. 9.6.1995 tarih ve 5176/6902 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.

⁵⁵ ARPACI: Yönetim, s. 268; ARPACI: Kanun, 80.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Eşya Hukuku, İstanbul 2018.
- ARPACI, Abdülkadir: Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984.
- ARPACI, Abdülkadir: Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990.
- ARPACI, Abdülkadir: Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması, İstanbul 2002.
- AYBAY, Aydın/SANAL, Nezihi: Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 1985.
- ERDOĞAN, Celâl: Kat Mülkiyeti ve Bundan Doğan Davalar, Ankara 1972.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2016.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Ankara 2019.
- GÖKALP, Şerafettin: Açıklamalı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 1989.
- GÖKNAR, Hikmet: Örnekleriyle Kat Mülkiyeti Hukuku, Ankara 1983.
- HERRLER, Sebastian/WICKE, Hartmut: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Auflage, München 2017.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- KURT, Ekrem: Kat Maliklerinin Ortak Giderlere Katılma Yükümlülüğünün Özellikleri, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 4, Sayı 14, Ankara 2013, s. 299-328.
- NOMER, Haluk Nami: Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013. s. 827-837.
- ODYAKMAZ, Nevzat: Kat Mülkiyeti Kanunu ve Devre Mülk Hakkı, İstanbul 1995.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul 2018
- ÖZMEN, E. Sabâ/KIR, Hafize: Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010.
- ÖZTRAK, İlhan: Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:22, Sayı 03, Ocak 1967, s. 113-137.
- PRUTTING, Hanns/WEGEN, Gerhard/WEINREICH, Gerd: Luchterhand Kommentare, BGB Kommentar, 13. Auflage, Köln 2018.
- REİSOĞLU, Safa: Yeni Kanuna Göre Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı, Ankara 1966.
- REİSOĞLU, Safa: Kat Mülkiyeti, Ankara 1967.
- REİSOĞLU, Safa: Uygulamada Kat Mülkiyeti, Ankara 1979.
- SİRMEN, Lâle: Eşya Hukuku, Ankara 2019.
- ŞAKAR, Müjdat: Kat Mülkiyeti Kanunu ve Devre Mülk Hakkı, İstanbul 1988.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2), İstanbul 1991.
- YALÇIN, Ayhan: En Son Değişiklikleri ile Atıflı-İçtihatlı-İndeksli 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 1997.

EVLİLİĞİN YOKLUĞU

(ABSENCE OF MARRIAGE)

Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Mert DOĞU**

ÖZ

Aile, toplumun en küçük yapı taşı olarak kabul edilmektedir. Toplumun sağlıklı ve huzurlu olması, aile kurumunun sağlam temeller üzerine oturtulması ile mümkün hâle gelmektedir.

Aile, geçerli bir evlenme akdinin yapılması ile kurulmaktadır. Bazı durumların varlığı hâlinde ise evlilik baştan itibaren yok hükmünde kabul edilmektedir. Çalışmada evliliğin yokluğu hallerinin neler olduğu ve yok evliliğin sonuçları üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yokluk, Evlenme, Aile, Türk Medeni Kanunu, Evliliğin Yokluğunun Sonuçları

ABSTRACT

The family is considered the smallest building block of society. The healthy and peaceful society is made possible by the foundation of the family institution on a solid foundation.

The family is established by a valid marriage contract. In the case of some cases, marriage is not accepted from the beginning. In this study, the absence of marriage and results for absence marriage can be discussed.

Keywords: Absence, Marriage, Family, Turkish Civil Code, Results for Absence of Marriage

GİRİŞ

Evlenme, farklı cinsten iki kişinin birlikte yaşama ve hayatlarını sürdürme düşüncesiyle iradelerini resmi memur önünde açıkladıkları hukuki bir işlemdir. Evliliğin geçerli olabilmesi için birtakım şartların varlığı aranmaktadır. Bu şartların sağlanmaması bazı evlilikler için yokluk yaptırımını gündeme getirirken; bazıları içinse butlan yaptırımını ortaya çıkarmaktadır.

Çalışmanın konusunu evliliğin yokluğu hâlleri oluşturmaktadır. Öncelikle özel hukukta bir yaptırım çeşidi olan yokluk kavramı üzerinde durulmuş ve evliliğin yokluğuyla bağlantı kurulmaya çalışılmıştır. Ardından evliliğin yokluğuna sebep olabilecek hâller, doktrindeki görüşler de dikkate alınarak incelenmiştir. Evliliğin yetkili memur önünde yapılmaması, evlenmek isteyen tarafların cinsiyetinin aynı olması ve tarafların iradelerini

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 25.03.2019. İlk hakem raporu tarihi:28.07.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 28.01.2021. Onaylanma tarihi: 03.02.2021.

* KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID Belirleyicisi: 0000-0003-4695-9623

Eser Atıf Şekli: Hakkı Mert Doğu, "Evliliğin Yokluğu", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.875-890.

aynı anda ve sözlü şekilde açıklamaları evliliğin yokluğu hâlleri olarak ayrı başlıklarda kapsamlı bir şekilde değerlendirilmiştir.

I. YOKLUK KAVRAMI VE EVLİLİĞİN YOKLUĞU

Hukuki işlemlerin kurucu, geçerlilik ve etkinlik unsurları bulunmaktadır. Hukuki işlemin kurucu unsurlarından, irade ve bu iradenin hukuki bir sonuca yönelmiş olması anlaşılmalıdır¹. Kurucu unsurlar olan irade ve bu iradenin hukuki sonuca yönelmesinden birinde bir eksikliğin söz konusu olması durumunda ise yokluk ortaya çıkmaktadır². Yokluk hâlinde, söz konusu hukuki işlem hiç doğmamıştır ve işlemin ortadan kaldırılması açısından da herhangi bir dava açmaya gerek yoktur³.

Evliliğin yokluğu hâlleri, butlan hâllerinden farklı olarak Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmemekle⁴ birlikte doktrinde bazı durumların varlığında evliliğin yok hükmünde olduğu kabul edilmektedir⁵. Evliliğin yokluğundan maksat, evlilik için en temel kurucu unsurların bulunmaması ya da bu unsurlara aykırı hareket edilmesidir⁶.

¹ Bkz., Aytekin Ataay, Medenî Hukuku Genel Teorisi, Fakülteler Matbaası, B.3, 1980, s. 317 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/ Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, B.7, 1993, s. 39.

² Bkz., Seyfullah Edis, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara Üniversitesi Basımevi, B.6, 1997, s. 161; Bülent Köprülü, Medeni Hukuk Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), Acar Matbaacılık Tesisleri, B.2, 1984, s. 8; Aydın Zevkliler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, B.6, 1999, s. 35; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medenî Hukuk, Vedat Kitapçılık, B.21, 2015, s. 216; Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, B.11, 2016, s. 221; Necip Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm-Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, B.7, 2017, s. 580; O. Gökhan Antalya, Medeni Hukuk, Legal Yayıncılık, 2016, s. 221; Hüseyin Altaş, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Yetkin Yayınları, 2014, s. 148; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, B.15, 2017, s. 175; Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında "Yokluk" ya da "Yok İşlem", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.81, 2009, s. 217; Ataay, s. 330.

³ Bkz., Köprülü, s. 8; Ataay, s. 331; Antalya, s. 221; Altaş, s. 148; Aliefendioğlu, s. 217.

⁴ Bkz., Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medenî Hukuku-Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta Basım Yayım Dağıtım, B.18, 2016, s. 204; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, B.12, 2016, s. 70; Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, B.6, 2015, s. 572; Metin İkizler, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 47.

Ayrıca bkz., "...Evlenmenin yokluğu, Medenî Kanun'da açıkça düzenlenmediği halde, evlenmeye ilişkin butlan sebepleri kanunda tahdidi (tüketici/sınırlı) olarak belirtilmiştir..." Yargıtay 8. HD., E. 2013/14356 K. 2014/8163, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 10.12.2018.

⁵ Bkz., Kemal Oğuzman, Aile Hukuku Dersleri I, Filiz Kitabevi, 1990, s. 101; Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, B.2, 1989, s. 96; Abdurrahman Savaş, "Evlenmenin Yokluğu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1-2, 2000, s. 124; Mehmet Erdem, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 67.

"...Aktin kurucu unsurlarındaki noksanlık evlenmenin yokluğu sonucunu doğurur..." Yargıtay 2. HD, E. 2011/4235 K. 2011/7649, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 10.12.2018. "...Kanunda özel olarak evlenmenin butlanı halleri arasında sayılmamış olmasına rağmen, evlenmenin kurucu unsurlarının bulunmadığı hallerde evlenme hükümsüz olacaktır. Bu durumlarda evliliğin yokluğundan söz edilecektir. Evliliğin yok hükmünde olması durumunda, evlilik hiç olmamıştır ve dolayısıyla evliliğin doğurduğu sonuçlar da meydana gelmemiştir. Bu hallerde evliliğin yokluğu iddiası için ayrıca bir dava açılmasına gerek duyulmamaktadır; ancak somut durumun evliliğin

II. EVLİLİĞİN YOKLUĞUNA SEBEP OLAN HÂLLER VE YOKLUĞUN SONUÇLARI

A. Evliliğin Yokluğuna Sebep Olan Hâller

Evliliğin yokluğuna sebep olabilecek durumlar evliliğin yetkili evlendirme memuru önünde yapılmamış olması, taraf cinsiyetlerinin aynı olması ve tarafların iradelerini yetkili evlendirme memuru önünde açıklamamış olmasıdır.

1. Evliliğin Yetkili Evlendirme Memuru Önünde Yapılmamış Olması

Evliliğin, yetkili memur önünde yapılmamış olması, evliliğin yokluğu sonucunu doğurur. Hem Türk Medeni Kanunu hem Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda⁷ yetkili evlendirme memuru hakkında düzenlemeler mevcuttur.

a. Memurun, Evlendirmeye Yetkisinin Bulunmaması

Türk Medeni Kanunu'nun 141 vd. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alındığında, evlenmenin yetkili memur önünde yapılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Evlendirmeye yetkili memur ya da evlendirme memuru, Türk Medeni Kanunu'nun 134. maddesinin ikinci fıkrasına göre belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendirilecek memur; köylerde ise muhtardır. Bununla birlikte 2017 tarihinde yapılan değişiklikle müftülere de evlendirme yetkisi verilmiştir. NHK'nin 22. maddesinin birinci fıkrasına, Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesi ile yapılan eklemeye, evlendirme yetkisi il ve ilçe müftülüklerine de tanınmıştır⁸.

Türk Medeni Kanunu ya da NHK'de kendisine yetki verilenler dışında bir başka kimse tarafından evlenme töreninin yapılması mümkün olmadığı gibi; şayet yetkisi olmayan bir kişi tarafından evlenme töreni gerçekleştirilirse, bu evlenme yok hükmündedir⁹. Örneğin mahalle muhtarının evlenme törenini gerçekleştirmesi, evliliğin yokluğu sonucunu doğurur.

Memurun, kendisini yetkili olmamasına rağmen evlenmeyi gerçekleştirmeye yetkiyiymiş gibi göstermesi durumunda, bundan haberi olmayan tarafların iyiniyetinin korunup korunmayacağı sorusu akla gelmektedir. Söz konusu duruma ilişkin doktrinde farklı görüş-

yokluğu hallerine girip girmediği çekimseli ise, bu durumda dava açılır ve dava sonucunda verilen karar da bir tespit kararıdır. Evlenme, aynı cinsten iki kişi arasında yapılmışsa, resmi memur önünde yapılmamışsa ve evlenmek üzere nişanlılardan biri olumlu iradesini açıklamamış ise yok sayılacaktır. Yokluk ifade eden işlemlerden dolayı kanun koyucu hak düşürücü süre veya zamanaşımı gibi dava açmayı önleyici ve kısıtlayıcı süreler kabul etmemiştir. Bu çeşit işlemlerin her zaman iptalleri istenebilir. Yokluk ifade eden işlem ve sözleşmelerde iyiniyete dayanılamayacağı gibi bunlar herhangi bir şekilde de geçerlilik kazanamazlar..." Yargıtay 8. HD, E:2013/13380-K:2013/18670, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 10.12.2018.

⁶ Bkz., İnkizler, s. 47.

⁷ Bundan sonra NHK şeklinde ifade edilecektir.

⁸ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Özlem Tüzüner, Müftülerin Evlendirme Memurları Arasına Katılması, Aristo Yayınevi, 2018, s. 10 vd.

⁹ Bkz., Wilfried Schlüter, BGB-Familienrecht, C.F. Müller, 14. Aufl., 2012, s. 23; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku Cilt II-Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, B.5, 1965, s. 89; Feyzi Necmeddin Fezyioğlu, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, B.3, 1986, s. 98; Halûk Tandoğan, Aile Hukuku Ders Notları, Tasnif: Nuşin Ayiter, 1965, s. 52; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 1993, s. 87 vd.; Esat Arsebük, Medeni Hukuk Cilt: II-Aile Hukuku (MK. Madde 82-438), Recep Ulusoglu Matbaası, 1940, s. 585; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 2015, s. 73; Köprülü/Kaneti, s. 96; Savaş, s. 125; Erdem, s. 68; Köprülü, s. 8; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 76; Öztan, s. 574; Akıntürk/Ateş, s. 205.

ler olmakla birlikte¹⁰ burada iyiniyetin korunacağına ilişkin açıkça bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹. Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesinde düzenlenen iyiniyet ilkesinden yararlanabilmek için kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durum olmalıdır. Yetkisi bulunmadığı hâlde, kendini yetkili olarak gösteren bir memurun yapmış olduğu evlilik, kanaatimizce yok hükmündedir¹².

b. Memurun Yetki Bölgesi Dışında Kalması

Evlendirme Yönetmeliği'nin 9. maddesinin birinci fıkrasında evlendirme memurlarının yetki sınırları belirlenmiştir. Buna göre *“Bu Yönetmelik hükümlerine göre kendilerine evlendirme memurluğu yetkisi verilen görevlilerin bu yetkileri; büyükşehir belediye başkanları için büyükşehir belediye hudutları; diğer belediye başkanları veya görevlendirecekleri memurlar ile müftülük görevlileri için yetki alanında bulunan il, ilçe, belediye ve köy hudutları; muhtarlar için o köy hudutları ile sınırlıdır.”*

Evlendirme memurunun yetki bölgesi dışında kalan bir yerde evlenme törenini gerçekleştirilmesi durumunda, söz konusu evliliğin yok sayılıp sayılmayacağı meselesi tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe¹³ göre tarafların iyiniyetli olması ve töreni, evlendirme dairesinde yapmaları durumunda evlenme yok sayılmamalıdır. Yargıtay uygulamasında ise kararların çeşitlilik gösterdiği görülmektedir¹⁴. Kanaatimizce teknolojik gelişmeler de dikkate alındığında, evlendirme memurunun yetki alanının tespiti kolaylaşmıştır. Bu sebepten dolayı eşlerin, iyiniyetli olması durumunda bile evlendirme memurunun yetki alanı dışında kalan bir evlenme töreninin yapılması, bu evliliğin yokluğu sonucunu doğurmalıdır.

c. Evlendirme Memurunun İradesi

Evlendirme memurunun iradesinin, evlenme töreni yapılırken tam ve eksiksiz bir şekilde olması şarttır¹⁵. Evlendirme memurunun evliliğin yapıldığı sırada ehliyetsiz olması, söz konusu işlemin yokluğu sonucunu doğurur. Örneğin evlendirme memurunun tam ehliyetsiz olduğu durumlarda, tam ehliyetsizlerin irade beyanları hüküm doğurmadığı için, evliliğin yokluğu gündeme gelmelidir.

Evlendirme memurunun kısıtlılığına karar verilmişse, memurun sınırlı ehliyetsizlik durumu kısıtlama kararının kesinleşmesiyle başlar. Kısıtlama kararının üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi, Türk Medeni Kanunu'nun 410. maddesinin üçüncü fıkrasına göre,

¹⁰ Görüşler için bkz., Akıntürk/Ateş, s. 205-206; Oğuzman, s. 102.

¹¹ Aynı yönde bkz., Erdem, s. 69.

¹² Aynı yönde bkz., Oğuz Ersöz/Gizem Şahika Önder, *“Evlenmenin Yokluğu”*, Yargıtay Dergisi, C.44, S.3, 2018, s. 1104. Evlenmenin geçerli olacağı yönünde bkz., Oğuzman, s. 102; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 76; Öztan, s. 75; Akıntürk/Ateş, s. 206.

¹³ Bkz., Fezyoğlu, s. 101; Öztan, s. 575-576.

¹⁴ Evliliğin yok hükmünde olacağı hususunda bkz., *“...Evlendirme memurunun idarî görev sınırı dışına çıkarak bir evlendirme işlemi yapması halinde o yer evlendirme memurunun görevini gaspetmiş, (kanunsuz olarak elinden almış) olacağı için, yaptığı nikah yok sayılır. Eski bir deyişle böyle bir nikah sözleşmesi keenlemeyekindedir.”* Yargıtay 2. HD, E:1975/4528-K:1975/5246, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 18.02.2019. Tarafların iyiniyetli hareket etmiş olmaları kaydıyla evlenmenin geçerli olacağı yönündeki karar için bkz., *“...Bütün kurallarına uygun hareket edildiği inancı içinde köy muhtarı huzurunda yapılan evlenme akıtlarının, muhtarın görev alanı dışında yapılmış olsa bile geçerli sayılacağına, 13.12.1985 gününde üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi.”* İBGK., E:1985/4-K:1985/9, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 18.02.2019. Ayrıca bkz., Er-söz/Önder, s. 1104-1107.

¹⁵ Akıntürk/Ateş, s. 98.

kararın ilan edilmiş olmasına bağlıdır¹⁶. Evlendirme memuru, hakkındaki kısıtlılık kararı ilan edilmeden önce evlilik törenini gerçekleştirmişse, söz konusu evlilik kanaatimizce geçerlidir. Ancak bu evliliğin geçerli olabilmesi için tarafların, evlendirme memuru hakkında alınan kısıtlama kararını bilmemeleri veya bilebilecek durumda olmamaları gerekmektedir.

Kısıtlılık kararının ilanından sonra evlenme töreni, hakkında kısıtlama kararı verilen evlendirme memuru tarafından gerçekleştirilmişse evlilik yok hükmündedir. Bunun yanı sıra Türk Medeni Kanunu'nun 452. maddesinin ikinci fıkrasından hareketle sınırlı ehliyetsiz olan evlendirme memuru, kendisini tam ehliyetli gibi göstermiş ve tarafları yanıltmışsa, ortaya çıkan zararı tazmin etmek zorundadır. Özellikle evlenme töreni için yapılan masraflar, bu kapsamda tazmin edilmesi gereken zarar kalemi olarak değerlendirilebilir.

Evlendirme memurunun kısıtlanması için yeterli sebep bulunmama birlikte korunması için hâkim tarafından kendisine yasal danışman atanırsa, evlendirme memuru sınırlı ehliyetli hâle gelmiş olur. Evlilik törenini gerçekleştirebilmesi açısından evlendirme memurunun sınırlı ehliyetli olması önemli değildir çünkü sınırlı ehliyetlilerin hangi işlemler açısından yasal danışmanlarının olumlu oylarını almaları gerektiği Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinde tahdidi bir şekilde sayılmıştır. Evlilik töreninin gerçekleştirilmesi, bu sayılan işlemler arasından yer almadığı için evlilik geçerli olur.

Evlendirme memurunun ayırt etme gücünü geçici olarak kaybettiği durumlarda evliliğin akibeti açısından yapılacak tespitlerde Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesi ile 114. maddesinin ikinci fıkrası birlikte değerlendirilmelidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesine göre ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat etmedikçe, vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumlu tutulmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin ikinci fıkrasında ise haksız fiile ilişkin hükümlerin kıyasen sözleşmeye aykırılık hâlleri bakımından da uygulama alanı bulacağı düzenlenmektedir. İlgili 114. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme, Türk doktrininin aksine İsviçre doktrinindeki hâkim görüş çerçevesinde sadece zararın hesaplanmasına ilişkin hükümlerle sınırlı tutulmamakta¹⁷; sözleşmenin kurulması ve şartları için de uygulama alanı bulmaktadır¹⁸. Kanaatimizce de bu hükmün tıpkı İsviçre doktrininde olduğu gibi geniş yorumlanması gerekmektedir. Evlendirme memurunun ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesi durumunda, söz konusu evliliğin yoklukla sakat olduğu kabul edilmelidir.

Evlendirme memurunun tehdit altında evlenme törenini yapmaya zorlanması hâlinde evliliğin yokluğundan söz edilmelidir¹⁹. Tehdit altında iradenin oluşumu aşamasında bir bozukluk olacağından²⁰ evliliğin yokluğu gündeme gelir.

¹⁶ Ayrıca bkz., Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, B.8, 2017, s. 81; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, B.15, 2015, s. 96.

¹⁷ Bkz., Meliha Sermin Paksoy, Sözleşmeyi İhlale Yönelme, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 147.

¹⁸ Karl Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, 5. Aufl., 1995, s. 692; Walter R. Schlupe, "Schuldrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch", Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1989, s. 287

¹⁹ Bkz., Andreas, B. Schwarz, Aile Hukuku I, Çev: Bülent Davran, İsmail Akgün Matbaası, B.2, 1946, s. 102; Akıntürk/Ateş, s. 98.

²⁰ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, B.24, 2020, s. 452.

2. Tarafların Cinsiyetlerinin Aynı Olması

Tarafların cinsiyetlerinin aynı olması, evliliğin yokluğuna sebep olmaktadır. Bu başlık altında üçlü bir ayırım yapılarak sözleşmenin kurulduğu sırada cinsiyetlerin aynı olması, sözleşme kurulduktan sonra taraflardan birinin cinsiyetini değiştirmesi ile sözleşme kurulduktan sonra her iki tarafın aynı anda cinsiyetlerini değiştirmesi durumları incelenmektedir.

a. Sözleşmenin Kurulduğu Sırada Cinsiyetlerin Aynı Olması

Sözleşmenin kurulduğu yani evlilik töreninin yapıldığı sırada tarafların cinsiyetlerinin aynı olması durumunda, evlilik yok hükmündedir. Türk Hukuku'na göre aynı cinsten iki kişinin evlenmesi söz konusu olamaz ve bu evlilik yok hükmünde sayılır²¹.

Bazı hukuk sistemlerinde aynı cinsten iki kişinin, tescil edilmek suretiyle hayat ortaklığı (Lebenspartnerschaft) kurmaları yasalar tarafından mümkün kılınmıştır²². Bu ve benzeri düzenlemelere sahip olan ülkelerde, eşcinsel evliliklere (birlikteliklere) izin verildiği için yokluktan bahsetmek mümkün değildir.

b. Sözleşme Kurulduktan Sonra Taraflardan Birinin Cinsiyetini Değiştirmesi

Sözleşmenin kurulmasından sonra taraflardan birinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda evlenmenin akıbetinin ne olacağı, cinsiyet değişikliğine ilişkin genel bilgiler verildikten sonra ele alınmaktadır. Bu kapsamda cinsiyet değişikliği evlilik, eşler, çocukların velâyeti ve evlâtlık ilişkisi yönünden değerlendirilebilir.

aa. Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Genel Bilgiler

Cinsiyet değişikliği ya da başka bir ifadeyle cinsiyet değiştirme, kadın veya erkeğin karşı cinsle dönüşmesini ifade etmektedir²³. Türk Hukuku'nda cinsiyet değişikliğine ilişkin ilk düzenleme 1988 yılında 3444 Sayılı Kanun ile 743 Sayılı Medeni Kanun'un 29. maddesine eklenen ikinci fıkra ile olmuştur. Söz konusu düzenlemede cinsiyet değişikliğinin şartları ve hangi durumlarda cinsiyet değişikliğinin yapılabileceğine ilişkin bir belirleme yoktur²⁴.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ile cinsiyet değişikliğine ilişkin kapsamlı bir düzenleme getirilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesine göre cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş

²¹ Bkz., Tandoğan, s. 51-52; Erdem, s. 70; Feyzioğlu, s. 96; Savaş, s. 129; Arsebük, s. 592, dn. 8; Köprülü, s. 8; Oğuzman, s. 103; Kılıçoğlu, s. 73; Akıntürk/Ateş, s. 204; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 71.

²² İsviçre örneği için bkz., Mustafa Dural, "İsviçre'de Eşcinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi", Journal of Yaşar, C.8, Özel Sayı, 2013, s. 928 vd. Diğer ülkelerdeki uygulamalar açısından ayrıntılı bilgi için bkz., Kâzım Sedat Sirmen, "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenlenişi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.4, 2009, s. 829 vd. Eşcinsel birlikteliklere ilişkin olarak ayrıca bkz., Emre Birden, "Eşcinsel Birlikteliklerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Tanınması", Anayasa Hukuku Dergisi, C.4, S.8, 2015, s. 163 vd.; Kılıçoğlu, s. 73; Akıntürk/Ateş, s. 2054; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 71 vd.; Öztan, s. 573.

²³ Selin Sert, "Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.118, 2015, s. 256; Kudret Güven, "Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1997, s. 58 vd.

²⁴ Bkz., H. Gültekin Can, "Türk Medeni Kanunu Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Anayasa Mahkemesinin 2017/130. Esas, 2017/165 Karar Sayılı İptal Kararının Kolaylaştırıcı Etkisi", Terazi Hukuk Dergisi, C.14, S.159, 2019, s. 2196; Sert, s. 256.

bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. 20/3/2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 29/11/2017 tarihli ve Esas 2017/130, Karar 2017/165 sayılı Kararıyla, bu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...” ibaresi iptal edilmiştir.

Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesinde cinsiyet değişikliği için aranan şartlar belirtilmektedir. Buna göre cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin mahkemeye şahsen başvurması ve cinsiyet değişikliğine izin verilmesini istemesi gerekmektedir. Kanun koyucu maddede cinsiyet değişikliği yapılabilmesi için bir yaş sınırı getirmiş ve bunu, on sekiz yaşın doldurulması şeklinde belirtmiştir. Maddede sadece on sekiz yaşın doldurulmasından bahsedilmiş olup; ayırt etme gücüne ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Ancak ayırt etme gücünün varlığı, cinsiyet değişikliği kararı için aranmalıdır²⁵. Cinsiyet değişikliği için ayrıca transseksüel yapıda olmak, resmi sağlık kuruluşundan bir rapor almak ve evli olmamak gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesinde sayılan bu şartların tamamının varlığı hâlinde kişinin cinsiyetini değiştirmesinde hukuki olarak bir engel yoktur.

bb. Evliliğin Gerçekleşmesinden Sonra Taraflardan Birinin Cinsiyetini Değiştirmesi

Evliliğin gerçekleşmesinden sonra taraflardan birinin cinsiyetini değiştirmesi Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesine göre hukuki anlamda mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesine göre cinsiyetin değiştirilebilmesi için aranan şartlardan biri, cinsiyetini değiştirmek isteyen kişinin evli olmamasıdır²⁶. Ancak her nasılsa eşlerden biri fiili olarak cinsiyetini değiştirmişse, evliliğin akıbetinin ne olacağı konusu tartışmalıdır²⁷.

Evlilik devam ederken taraflardan biri her nasılsa cinsiyetini değiştirmişse, doktrin- de bazı yazarlar evliliğin kendiliğinden sona ereceğini; bazıları ise bu durumun genel boşanma sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir²⁸. Bazı yazarlar da burada bir yokluktan bahsedilemeyeceğini düşünmektedir²⁹. Kanaatimizce böyle bir durumda ken-

²⁵ Nurullah Tekin, “Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, S.39, 2009, s. 108; İpek Sağlam, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.3-4, 2004, s. 460; Gamze Turan Başara, “Türk Medeni Kanunu’nun 40’ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.103, 2012, s. 252; Sert, s. 260.

²⁶ Bkz., Sert, s. 260; Turan Başara, s. 252; Rona Serozan, Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), B.6, 2015, s. 489.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., Feyizioğlu, s. 98 vd. Evlenme merasimi ile cinsiyet değişikliği arasında geçen sürede, söz konusu evliliğin geçerliliğini koruyacağı hususunda bkz., Oğuzman, s. 103.

²⁸ Doktrindeki görüşler için bkz., Sert, s. 265 vd. Evlilik birliğinin sarsılması ya da onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma davası açılarak evliliğin sona erdirilmesi görüşü için bkz., Sera Reyhani Yüksel, “Cinsiyet Değişikliği ve Evliliğe Etkisi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C.9, S.21, 2017, s. 68. Onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma davası açılarak evliliğin sona erdirilmesi hususunda bkz., Kılıçoğlu, s. 74. Evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma davası açılarak evliliğin sona erdirilmesi görüşü için bkz., Öztan, s. 574.

²⁹ Bkz., Evlilikten sonra taraflardan birinin cinsiyet değiştirmesi neticesinde evliliğin yok hükmünde sayılacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığından dolayı, burada evliliğin yokluğundan bahsedilemeyeceğine ilişkin olarak bkz., Şükran Şıpka, “Yeni Medeni Kanuna Göre Cinsiyet Değişikliğinin Evliliğe Etkisi”, Ergun Özsunay’a Armağan, 2004, s. 669. Sonradan ortaya çıkan bu gibi durumların, şartları varsa, boşanma sebebi olabileceği ve eşler arasındaki cins ayrılığının ortadan kalkmasının

dine özgü bir yokluktan söz edilmelidir³⁰. Çünkü taraflardan birinin evlilik sırasında cinsiyetini değiştirmesi durumunda artık o evlilikten beklenen sonuçların sağlıklı bir şekilde doğması mümkün değildir. Kendine özgü yokluğun, kanaatimizce cinsiyet değişikliğinin yapıldığı andan itibaren geleceğe etkili olarak sonuç doğurması (evliliğin o andan itibaren yok sayılması) gerekmektedir.

aaa. Eşler Yönünden Etkisi

Taraflardan birinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda, eşler açısından tazminat hakkının doğup doğmadığı değerlendirilmelidir. Doktrindeki bir görüşe göre³¹ cinsiyet değişikliği, kişi için tıbbi bir zorunluluktur ve bu sebebe dayanarak eşlerin birbirlerinden tazminat istemeleri söz konusu olmaz. Kanaatimizce bu durumda diğer eşin özellikle manevi tazminat istemesi mümkündür. Cinsiyetini değiştiren tarafın, transseksüel yapıda olduğunu hissetmesi bir anda ortaya çıkan veya gerçekleşen bir hâl değildir. Kişi, bu hissiyatlarını bilmesine rağmen karşı cinsle evlilik gerçekleştirmiş ancak sonradan evliliğini yürütemeyeceğini anlamışsa kanaatimizce onun kusurlu hareket ettiği kabul edilmelidir. Bir başka ifadeyle bu tür hisler veya duygular içerisinde bulunan kişinin, bu his veya duyguları bastırır umuduyla evliliği denemesi ancak evliliğin başarısız olması, diğer taraf için manevi olarak bir yıkıma sebebiyet verir. Zaten kanun koyucu Türk Medeni Kanunu'nda cinsiyetini değiştirmek isteyen kişilerin evli olmamalarını aramıştır.

bbb. Çocuklar ve Velâyet Hakkı Bakımından Etkisi

Evliliğin devamında taraflardan birinin cinsiyetini değiştirmesi ve buna bağlı olarak evliliğin akıbeti beraberinde velâyete ilişkin sorunları da getirmektedir. Cinsiyet değişikliği durumunda velâyetin kime verileceği hususunda bir düzenleme yoktur ve konunun çözümü, boşanmanın genel sonuçlarına ilişkin hükümlerden hareketle tespit edilmelidir³².

Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesinin birinci fıkrasında velâyet hakkının kime bırakılacağı konusunda hâkimin takdir yetkisi olduğu düzenlenmektedir. Velâyet hakkının ana ve babadan kime verileceği hususunda taraflar açısından bir öncelik hakkı olmayıp, taraflar eşittir. Ancak kanaatimizce cinsiyetini değiştiren tarafa çocuğun velâyetinin veril-

yokluk olamayacağı yönündeki görüş için bkz., Kudret Güven, “Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik”, Baştent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2015, s. 158 vd. Benzer şekilde yokluktan söz edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz., Emre Cumalioğlu, “Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Anayasa'ya Aykırı mı?”, M. İlhan Ulusan'a Armağan-Cilt: I, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1-2, s. 448, dp. 28; Erdem, s. 70-71.

³⁰ Böyle bir durumda evliliğin yok hükmünde olacağı görüşü için bkz., Abdülkadir Arpacı, “Yasal Olmayan Cinsiyet Değişirme ve Sonuçları”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 2007, s. 311; Candan Yasan, Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 73, dn. 279.

³¹ Bkz., Michael R. Will/Bilge Öztan, “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı-Transseksüellerin Hukuki Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.43, S.1, 1993, s. 256; Güven, Cinsiyet Değişikliği, s. 72; Turan Başara, s. 261; Tekin, s. 111.

³² Bkz., Turan Başara, s. 261.

mesi, çocuğun gelişimi açısından olumsuz sonuçlar doğurur³³. Bu açıdan özellikle çocuğun gelecekteki yararlarının korunması dikkate alınmalıdır³⁴.

Velâyet kendisine bırakılmayan tarafın, çocukla kişisel ilişki kurması Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Cinsiyetini değiştiren tarafın çocukla kişisel ilişki kurması, çocuğun yararı da göz önünde tutularak mümkün olmalı ancak kanaatimizce bu görüşmelerde uzmanlardan (pedagog, psikolog vb.) yardım alınmalıdır.

ccc. Evlât Edinme İlişkisi Yönünden Etkisi

Eşler, Türk Medeni Kanunu'nun 306. maddesine göre bir küçüğü birlikte evlât edinebilirler. Birlikte evlât edinilmesi için bazı şartların sağlanması gerekir. Bu şartların başında taraflar arasında geçerli bir evlilik ilişkisinin varlığı gelmekte; birlikte evlât edinme sadece eşlere tanınmaktadır³⁵. Bu açıdan aralarında geçerli bir evlenme ilişkisi bulunmayan kişiler, birlikte evlât edinemezler. Evlilik dışı birlikte yaşayanlar veya aynı cinsten kişilerin birlikte evlât edinmeleri de mümkün değildir³⁶.

Evliliğin gerçekleşmesinden sonra taraflardan birinin cinsiyetini değiştirmesiyle evlilik ilişkisi ortadan kalkacağı için artık birlikte evlât edinmeden de söz edilemez. Bunun yanı sıra evlât edinmek için gerekli prosedüre başlayan eşlerden biri, prosedür tamamlanmadan cinsiyetini değiştirirse, mahkemenin evlâtlık ilişkisinin kurulmaması yönünde karar vermesi uygun olur. Türk Medeni Kanunu'nun 316. maddesinde düzenlenen ve evlâtlık ilişkisi kurulması için gerekli araştırmaların yapılması sonucunda aynı cinsten kişilerin evlat edinmelerinin çocuğun menfaatini ve ruhsal gelişimini engelleyeceği aşikârdır.

Eşler, birlikte evlât edindikten sonra, eşlerden biri cinsiyetini değiştirirse kanaatimizce evlâtlık ilişkisi başvuru üzerine mahkemece sona erdirilmelidir. Çünkü böyle bir durumda evlâtlığın menfaati ağır biçimde zedelenir.

c. Sözleşme Kurulduktan Sonra Her İki Tarafın Aynı Anda Cinsiyetini Değiştirmesi

Sözleşme kurulduktan sonra Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi uyarınca taraflar hukuken cinsiyet değiştiremeseler de her nasılsa fiili olarak cinsiyetleri değişmişse, evliliğin ne olacağı sorusu akla gelebilir. Örneğin erkek A ile kadın B evlenmişler ve aradan bir süre geçtikten sonra ikisi de aynı gün fiilen cinsiyet değiştirme ameliyatı olarak cinsiyetlerini değiştirmişlerdir. Bu durumda artık A kadın; B de erkek olmuştur.

Sözleşmenin kurulduğu sırada cinsiyetleri farklı olan iki kişi; evlendikten sonra cinsiyetlerini aynı anda değiştirmişlerse, evliliğin yokluğundan söz edilmelidir. Somut örnek açısından cinsiyet değişikliğinden sonra evlilik, farklı cinsten kişilerle devam ediyor olsa bile evlilik yok sayılmalıdır. Ancak tarafların, kayıtlardaki ilgili düzenlemelerden sonra tekrar evlenmelerinde herhangi bir engel yoktur³⁷.

³³ Aynı görüş için bkz., Aydın Zevkililer, "Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988/2, s. 279. Aksi görüş için bkz., Güven, Cinsiyet Değişikliği, s. 73-74.

³⁴ Bkz., Yargıtay 2. HD., E:1982/5077, K:1982/5531, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 7.08.2020.

³⁵ Bkz., Cem Baygın, "Evlât Edinmenin Koşulları", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.3-4, 2003, s. 607; Mehmet Demir, "Bazı Ülke Yasaları ile Karşılaştırmalı Olarak Evlât Edinmenin Yasal Koşulları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.3, 2003, s. 261.

³⁶ Bkz., Şükran Şıpka, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Evlât Edinme"ye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.57, S.1-2, 1999, s. 309.

³⁷ Bkz., Necip Kocayusufoğlu, Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir Mi?, Filiz Kitabevi, 1986, s. 32-33.

3. Tarafların İradelerini Aynı Anda ve Sözlü Olarak Açıklamamış Olması

Geçerli bir evlenmeden söz edilebilmesi için tarafların resmi memur önünde evlenme iradelerini açıkça beyan etmeleri gerekmektedir³⁸. Bu durum Türk Medeni Kanunu'nun 142. maddesinde "*Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar.*" şeklinde ifade edilmektedir.

a. İradelerin Aynı Anda ve Sözlü Olarak Açıklanmaması

Evliliğin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için her iki tarafın da memur önünde olumlu yöndeki irade beyanlarını aynı anda ve sözlü olarak açıklamaları şarttır³⁹. Taraflardan biri, bu iradesini açıklamaz veya "*hayır*", "*evlenmeyi reddediyorum*" vb. şekillerde olumsuz bir açıklamada bulunur ya da memur önüne taraflardan sadece birisi gelirse, artık burada geçerli bir evlenmeden söz edilmesi mümkün değildir⁴⁰. Bununla birlikte örneğin su altında yapılan evlenme törenleri, su altında taraf beyanlarının sözlü bir şekilde açıklanması mümkün olmadığı için kanaatimizce yok hükmündedir.

Tarafların irade beyanlarını *aynı anda* açıklamalarından maksat evlenme törenin kesintiye uğramadığının kabul edilebileceği bir süre içerisinde tarafların bu beyanlarını evlendirme memuru huzurunda dile getirmeleridir⁴¹. Örneğin taraflardan birinin irade beyanını olumlu bir şekilde açıkladıktan sonra veya diğer tarafın kendi beyanını açıklamadan önce heyecandan kısa süreli bir şekilde bayılıp ardından tekrar ayılması durumunda evlenme töreninin kesintiye uğradığını söylemek mümkün değildir⁴². Ancak sürenin uzaması hâlinde -örneğin taraflardan birinin hastaneye kaldırılması- törenin kesintiye uğradığı düşünülebilir. Bu açıdan kısa süreli kesintiler evliliğin yokluğu sebebinin doğurmasa da uzun süreli ve diğer tarafın beyanını almayı engelleyen olaylar evliliğin yokluğunu doğurur. Bunun yanı sıra taraflardan biri iradesini açıkladıktan sonra, diğer taraf iradesini açıklayamadan ölürse, evlenme kurulmamış sayılır⁴³. Her iki tarafın irade beyanlarını memura açıkladıktan sonra taraflardan birinin ölmesi durumunda, evliliğin geçerli bir şekilde yapıldığı söylenir.

³⁸ Bkz., Eugène Curti-Forrer, Kanunu Medeni Şerhi Türk-İsviçre Cilt: I, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Cumhuriyet Matbaası, 1930, s. 199; Mustafa Reşit Belgesay, Türk Kanunu Medenisi Şerhi-II Aile Hukuku, Şaka Matbaası, B.3, 1949, s. 46.

Evlendirme Yönetmeliği Madde 27/1: "*Evlenme, evlendirmeye yetkili bir görevli önünde en az iki tanıkla birlikte ve bizzat tarafların huzuru ile aleni olarak yapılır.*"

³⁹ Bkz., Oğuzman, s. 103; Feyzioğlu, s. 102; Kılıçoğlu, s. 75; Akıntürk/Ateş, s. 206; Öztan, s. 576; Erdem, s. 69. "*...Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davacı Hakan'ın evlenme sırasında evlendirme memuru huzurunda bulunmadığı ve evlenmeye uygun bir irade açıklamasının olmadığı, evlenme defterini onun yerine başka bir şahsın imzaladığı anlaşılmaktadır. Bu durumda akit geçerli biçimde oluşmamıştır. Evlenme yoklukla malüldür...*" Yargıtay 2. HD, E:2007/4951-K:2008/2337, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 10.12.2018.

Burada Evlendirme Yönetmeliği'nin 29. maddesindeki düzenlemeye de değinmek gerekir. İlgili düzenlemeye göre evlenmenin yapılacağı sırada taraflardan birinin iradesini serbestçe açıklanmasını engelleyici ruh hâli içinde bulunduğu davranışlarından açıkça anlaşılması hâlinde evlendirme memuru bu durumu taraflara bildirerek evlenmeyi erteleyebilir. Evlenmenin gerçekleşmesi için tarafların iradelerinin serbestçe açıklamaları önemli bir rol oynamaktadır.

⁴⁰ Bkz., Tandoğan, s. 52; Savaş, s. 133.

⁴¹ Bkz., Erdem, s. 69; Ersöz/Önder, s. 1089.

⁴² Aynı yönde bkz., Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, B.2, 1998, s. 88.

⁴³ Bkz., Savaş, s. 134.

Temsilci aracılığıyla yapılan irade açıklamaları geçerli olmayıp ortada taraflarca yapılan bir beyan olmadığı için evlilik yine yok hükmünde sayılır⁴⁴.

b. Tarafların Evlenme Yaşına Ulaşmamış Olmaları

Evlenmek için iradelerini açıklayacak tarafların ayırt etme gücüne sahip olmaları gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 125. maddesinde de ayırt etme gücüne sahip olmayanların evlenemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra evlenmek isteyenlerin kanun koyucunun öngördüğü evlenme yaşına erişmiş olmaları şarttır. Türk Medeni Kanunu'nun 124. maddesine göre kadın veya erkek için olağan evlenme yaşı on yedi yaşın; olağanüstü durumlarda ve pek önemli sebeplerin varlığı hâlinde de on altı yaşın doldurulmasıdır.

Kanun koyucu, evlenme yaşına ulaşılmadan yapılan evlilikler için bir yaptırım öngörmemiş ve bu durum, doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Doktrindeki görüşlerden ilki⁴⁵, evlenme yaşına henüz ulaşmamış olanların yapmış oldukları evlilikleri geçerli kabul eden görüştür. Buna göre evliliğin mutlak butlanına sebep olan durumlar kanunda tahdidi olarak belirtilmiş ve evlenme yaşının doldurulmamış olması, bu sebepler arasında belirtilmemiştir.

Doktrindeki görüşlerden ikincisi ise, evliliği geçersiz saymakla birlikte geçersizliğin türü açısından farklı değerlendirmeler yapmaktadır. Bir görüşe⁴⁶ göre olağan evlenme yaşını henüz doldurmamış ancak ayırt etme gücüne sahip olan kişilerin yapmış oldukları evlilikler nispi butlana tabi olup; Türk Medeni Kanunu'nun 153. maddesi kıyasen bu evliliklere uygulanmalıdır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir çünkü bazı durumlarda (yasal temsilcisinin izni olmaksızın evlenen kimse sonradan on sekiz yaşını doldurmak suretiyle ergin olur, kısıtlı olmaktan çıkar veya kadın gebe kalırsa) yasal temsilci tarafından evliliğin açılacak bir butlan davasıyla iptal edilmesi mümkün olmaz⁴⁷. Bu görüş açısından bir diğer problemlili husus da küçüğün evlenmesi durumunda iptal davasını sadece yasal temsilci sıfatıyla ana ve babanın açacak olmasıdır. Ancak söz konusu evlilik, zaten ana ve babanın rızası ve isteğiyle gerçekleştiği için artık evliliğin iptalini istemek söz konusu değildir⁴⁸. Kanaatimizce bu durum özellikle küçüğün menfaatinin ağır bir biçimde zedelemektir.

Diğer bir görüş⁴⁹, taraflardan birinin veya her ikisinin evlenme yaşına ulaşmamış olmasına rağmen yaptıkları evliliği, mutlak butlanla sakat (ayırt etme gücünün yokluğu sebebiyle) bir evlilik olarak kabul etmektedir. Başka bir görüşe⁵⁰ göre ise evlenme yaşına erişmek, evlenmenin kurucu unsuru olduğundan böylesi bir durumda evliliğin yokluğundan söz etmek kamu düzeni açısından da uygun olmaktadır. Bu görüş, evlenme yaşını evliliğin

⁴⁴ Bkz., Ömer Uğur Gençan, "Evlenmenin Yokluğu", Türkiye Noterler Birliği Dergisi, S.147, 2010, s. 6; Feyzioğlu, s. 102; Öztan, s. 577; Dural/Öğüz/Gümüş; s. 77; Kılıçoğlu, s. 75.

⁴⁵ Bkz., Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, B.7, 1990, s. 163.

⁴⁶ Bkz., H. Cahit Oğuzoğlu, Medeni Hukuk II-Aile Hukuku, Yeni Desen Matbaası, B.5, 1963, s. 38-39; Akıntürk/Ateş, s. 225; Schwarz, s. 65.

⁴⁷ A. Dilşad Keskin, "Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, S.4, 2011, s. 74-75.

⁴⁸ Bkz., Keskin, s. 74-75.

⁴⁹ Bkz., Oğuzman/Dural, s. 95; Abdülkerim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, 2014, s. 27. Hüseyin Hatemi/Rona Serozan, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 1993, s. 111. Ayrıntılı bilgi için bkz., Keskin, s. 76 vd.

⁵⁰ Bkz., Öztan, s. 602. Ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., E:2011/4235-K:2011/7649, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 21.08.2020; Yargıtay 2. HD., E:2006/6049-K:2006/14441, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 21.08.2020.

kurucu unsuru olarak değerlendirmektedir. Ancak evlenme yaşı, evliliğin kurucu unsuru değildir.

Kanaatimizce Türk Medeni Kanunu'nun aradığı evlilik yaşını henüz doldurmamış ancak ayırt etme gücüne sahip olan kişilerin yapmış oldukları evlilikler, yok evlilik olarak kabul edilmelidir. Söz konusu evliliğin yok hükmünde olduğu, kanaatimizce aranan evlenme yaşına ulaşılamamış olmasından değil; toplumsal yapı, kamu düzeni, ailenin toplum hayatındaki önemi ve küçüğün menfaati dikkate alınarak kabul edilmelidir.

c. Sağır ve Dilsizlerin Evlenmelerinde İrade Açıklaması

Sağır ve dilsizlerin evlenmesine ilişkin olarak Evlendirme Yönetmeliği'nin 19. maddesinin ikinci fıkrasında "*Sağır ve dilsizlerin evlenmeye dair isteklerini özel işaretlerle belirlemeleri iradelerini açıklamaları manasına gelir. Gerek müracaat sırasında ve gerekse tören sırasında ihtiyaç duyulduğu takdirde, bu özel işaretlerden anlayanlar aracılığıyla işlem sonuçlandırılır. Bu gibi hallerde aracılık yapanların da imzaları alınır.*" şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Sağır ve dilsizlerin evlenme iradelerini sözlü bir şekilde açıklamaları mümkün olmadığından, *iradelerini açıklama* anlamına gelen birtakım işaretleri kullanmalarıyla, evlenmeleri mümkün hâle gelmektedir. İşlemin sonuçlanması için özel işaretlerden anlayanların müracaat ve tören sırasında hazır bulunması gerekir. Özel işaretlerden anlayan birinin bulunmaması durumunda yapılan evlilik kanaatimizce yok hükmünde sayılmalıdır.

B. Evliliğin Yokluğunun Sonuçları

Evliliğin yokluğu hâlinde, evlilik hukuk alanında hiç doğmamış kabul edilir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında "*Yok hükmünde olan evlenme hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Evlilik birliği doğmamıştır, taraflar eş sıfatını almamışlardır, birbirlerine mirasçı olamazlar, babalık karinesi uygulanmaz. İptali için dava açılmasına dahi gerek bulunmamaktadır. Çünkü iptali gereken bir hukuki ilişki meydana gelmemiştir. Kendiliğinden hükümsüzdür. Ancak evlilik nüfus kayıtlarına tescil edilmiş ise ilgililerin evlenmenin yokluğunun tespiti ve yanlış kaydın düzeltilmesi davası açma imkanı vardır.*" tespitlerinde bulunmaktadır⁵¹. Gerçekten de yok hükmünde bir evlilik, hiçbir hukuki sonuç doğurmaz⁵². Taraflar, eş sıfatını kazanamazlar⁵³. Bu süre içerisinde bir çocuk doğmuşsa, erkek, çocuğun babası olarak kabul edilmez⁵⁴. Mahkemeye başvurularak evliliğin ortadan kaldırılmasına ilişkin bir karar alınmasına gerek yoktur⁵⁵.

Evliliğin yokluğu sebepleri var olmakla birlikte taraflar bir arada yaşamış olsalar, bu birlikte yaşama süresi ne kadar uzun olursa olsun evlilik, geçerli bir evlilik hâline gelmez ve

⁵¹ Yargıtay 18. HD., E:2013/14731-K:2014/1071, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 13.12.2018. Ayrıca bkz., Yargıtay 8. HD., E:2013/13380-K:2013/18670, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 28.02.2019.

⁵² Bkz., Öztan, s. 571. "...Evlenmenin yokluğu herhangi bir süreye tabi olmaksızın her zaman ileri sürülebilir..." Bkz., Yargıtay 2. HD, E:2012/15541-K:2013/13594, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 28.02.2018.

⁵³ Akıntürk/Ateş, s. 206.

⁵⁴ Bkz., Schlüter, s. 23; Feyzioğlu, s. 95.

⁵⁵ Bkz., Dural/Öğüz/Gümüş, s. 77; Akıntürk/Ateş, s. 206; Gençcan, s. 8. Ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD, E:2011/18322-K:2012/29641, www.lexpera.com, Erişim Tarihi:10.12.2018; Yargıtay 2. HD, E:2012/15541-K:2013/13594, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 10.12.2018.

hüküm doğurmaz⁵⁶. Yargıtay bu durumu bir kararında “Yokluk halinde tarafların fiilen bir arada yaşamış olması ve çocuklarının bulunması sonuca etkili olmadığı gibi olayda objektif iyi niyete ilişkin Türk Medeni Kanun’un 2. maddesindeki kuralı uygulamak da mümkün bulunmamaktadır.” şeklinde ifade etmektedir⁵⁷.

SONUÇ

Evliliğin yokluğu hâlleri Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenmemekte ancak doktrin bu sebeplerin neler olduğunu belirlemektedir. Evliliğin yetkili evlendirme memuru önünde yapılmamış olması, taraf cinsiyetlerinin aynı olması ve tarafların iradelerini yetkili evlendirme memuru açıklamamış olması evliliğin yokluğunu doğurmaktadır.

Evliliğin yetkili memur önünde yapılmaması veya memurun yetki sınırlarını aşması hâlinde evlilik yok hükmündedir. Tarafların söz konusu durumlarda iyiniyetli olmaları, kanaatimizce evliliğin yokluğunu ortadan kaldırmaz. Ayrıca evlendirme memurunun evlilik töreni yapılırken iradesinin tam ve eksiksiz olması gerekir.

Evliliğin yokluğu sebeplerinden bir diğeri tarafların cinsiyetlerinin aynı olmasıdır. Özellikle evliliğin gerçekleşmesinden sonra her iki taraf aynı anda cinsiyetlerini değiştirirse, evliliğin akıbetinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda kanaatimizce evlilik yok sayılmalı ve ortadan kalkmalı; ancak taraflar yeniden evlenmek isterlerse buna da izin verilmelidir. Ayrıca evliliğin gerçekleşmesinden sonra cinsiyetini değiştiren tarafın, diğer tarafa manevi tazminat ödemesi kanaatimizce gündeme gelebilir.

Tarafların iradelerini aynı anda ve sözlü olarak açıklamamaları durumunda da evliliğin yokluğu gündeme gelir. İradelerin aynı anda açıklanacak olması, araya uzun süreli bir kesinti girmeksizin tarafların evlenme yönünde olumlu beyanlarını memura açıklamalarıdır. Bunun yanı sıra kamuoyunda özellikle *su altında nikah kıydılar* haberlerine istinaden su altında yapılan sözleşme, tarafların iradelerini sözlü olarak yerine getiremediklerinden dolayı yok hükmündedir. Sağır ve dilsizler açısından da evliliğin yok sayılmaması için özel işaretlerden anlayan kimsenin evlilik töreni sırasında hazır bulunması gerekmektedir.

Evliliğin yokluğu hâllerinden birinin varlığı durumunda evlilik hukuk alanında hiç doğmamış sayılır. Taraflar “eş” sıfatını kazanamadıkları gibi bu süre içerisinde çocuk doğarsa erkek, baba olarak kabul edilmez. Ayrıca söz konusu birliktelik ne kadar uzun sürerse sürsün, bu birliktelik evlilik hâline dönüşerek geçerli bir hâl almaz.

KAYNAKÇA^{58**}

AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta Basım Yayım Dağıtım, B.18, İstanbul 2016.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında “Yokluk” ya da “Yok İşlem”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.81, 2009, s. 211-224.

ALTAŞ Hüseyin, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

ANTALYA O. Gökhan, Medeni Hukuk, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

ARPACI Abdülkadir, “Yasal Olmayan Cinsiyet Değiştirme ve Sonuçları”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 2007, s. 309-313.

⁵⁶ Bkz., Dural/Öğüz/Gümüş, s. 78; Akıntürk/Ateş, s. 207; Gençcan, s. 9.

⁵⁷ Yargıtay 2. HD., E. 2014/8794 K. 2014/10814, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 13.12.2018.

^{58**} Birden fazla yayını olan ya da aynı soyadını taşıyan ve bunlara yollama yapılan yazarların eserleri için dipnotlarda parantez içinde kısaltmalar kullanılmıştır.

ARSEBÜK Esat, *Medenî Hukuk Cilt: II-Aile Hukuku (MK. Madde 82-438)*, Recep Ulusoğlu Matbaası, Ankara 1940.

ATAAY Aytakin, *Medenî Hukuku Genel Teorisi, Fakülteler Matbaası, B.3*, İstanbul 1980.

BAYGIN Cem, “*Evlât Edinmenin Koşulları*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.3-4, 2003, s. 591-626.

BELGESAY Mustafa Reşit, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi-II Aile Hukuku*, Şaka Matbaası, B.3, İstanbul 1949.

BİRDEN Emre, “*Eşcinsel Birlikteliklerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Tanınması*”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C.4, S.8, 2015, s. 159-195.

CAN H. Gültekin, “*Türk Medenî Kanunu Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Anayasa Mahkemesinin 2017/130. Esas, 2017/165 Karar Sayılı İptal Kararının Kolaylaştırıcı Etkisi*”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.14, S.159, 2019, s. 2194-2200.

CUMALIOĞLU Emre, “*Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medenî Kanunu'nun 40. Maddesi Anayasa'ya Aykırı mı?*”, M. İlhan Ulusan'a Armağan-Cilt: I, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1-2, s. 439-464.

CURTI-FORRER Eugéne, *Kanunu Medenî Şerhi Türk-İsviçre Cilt: I, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku*, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1930.

DEMİR Mehmet, “*Bazı Ülke Yasaları ile Karşılaştırmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.3, 2003, s. 253-274.

DURAL Mustafa, “*İsviçre’de Eşcinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi*”, *Journal of Yaşar*, C.8, Özel Sayı, 2013, s. 927-936.

DURAL Mustafa/**SARI** Suat, *Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, Filiz Kitabevi, B.11, İstanbul 2016.

DURAL Mustafa/**ÖĞÜZ** Tufan/**GÜMÜŞ** Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, B.12, İstanbul 2016.

EDİS Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniversitesi Basımevi, B.6, Ankara 1997.

ERDEM Mehmet, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, B.24*, Ankara 2020.

ERSÖZ Oğuz/**ÖNDER** Gizem Şahika, “*Evlenmenin Yokluğu*”, *Yargıtay Dergisi*, C.44, S.3, 2018, s. 1059-1128.

FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, B.3, İstanbul 1986.

GENÇCAN Ömer Uğur, “*Evlenmenin Yokluğu*”, *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*, S.147, 2010, s. 3-9.

GÜVEN Kudret, “*Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları*”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1, 1997, s. 57-95, (Cinsiyet Değişikliği).

GÜVEN Kudret, “*Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik*”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1, 2015, s. 133-176, (Cinsel Kimlik).

HATEMİ Hüseyin/**SEROZAN** Rona, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

HELVACI Serap, *Gerçek Kişiler*, Legal Yayıncılık, B.8, İstanbul 2017.

- İKİZLER** Metin, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- KESKİN** A. Dilşad, “*Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, S.4, 2011, s. 65-83.
- KILIÇOĞLU** Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip, Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açılabilir Mi?, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip/**HATEMİ** Hüseyin/**SEROZAN** Rona/**ARPAÇI** Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm-Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, B.7, İstanbul 2017.
- KÖPRÜLÜ** Bülent, Medeni Hukuk Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), Acar Matbaacılık Tesisleri, B.2, İstanbul 1984.
- KÖPRÜLÜ** Bülent/**KANETİ** Selim, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, B.2, İstanbul 1989.
- OFTINGER** Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, 5. Aufl., Zürich 1995.
- OĞUZMAN** Kemal, Aile Hukuku Dersleri I, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.
- OĞUZMAN** Kemal/**DURAL** Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, B.2, İstanbul 1998.
- OĞUZMAN** M. Kemal/**BARLAS** Nami, Medenî Hukuk, Vedat Kitapçılık, B.21, İstanbul 2015.
- OĞUZMAN** M. Kemal/**SELİÇİ** Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR** Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, B.15, İstanbul 2015.
- OĞUZMAN** M. Kemal/**ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, B.15, İstanbul 2017.
- OĞUZOĞLU** H. Cahit, Medenî Hukuk II-Aile Hukuku, Yeni Desen Matbaası, B.5, Ankara 1963.
- ÖZTAN** Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, B.6, Ankara 2015.
- PAKSOY** Meliha Sermin, Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- SAĞLAM** İpek, “*Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.3-4, 2004, s. 455-469.
- SAVAŞ** Abdurrahman, “*Evlenmenin Yokluğu*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1-2, 2000, s. 121-140.
- SCHLUEP** Walter R., “*Schuldrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch*”, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1989, s. 261-298.
- SCHLÜTER** Wilfried, BGB-Familienrecht, C.F. Müller, 14. Aufl., Hamburg 2012.
- SCHWARZ** Andreas, B., Aile Hukuku I, Çev: Bülent Davran, İsmail Akgün Matbaası, B.2, İstanbul 1946.
- SEROZAN** Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), B.6, İstanbul 2015.
- SERT** Selin, “*Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.118, 2015, s. 255-270.

SİRME Kâzım Sedat, “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.4, 2009, s. 825-879.

ŞIPKA Şükran, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun “Evlât Edinme”ye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.57, S.1-2, 1999, s. 301-322, (Evlât Edinme).

ŞIPKA Şükran, “Yeni Medeni Kanuna Göre Cinsiyet Değişikliğinin Evliliğe Etkisi”, Ergun Özsunay’a Armağan, 2004, s. 659-671, (Cinsiyet Değişikliği).

TANDOĞAN Halûk, Aile Hukuku Ders Notları, Tasnif: Nuşin Ayiter, Ankara 1965.

TEKİN Nurullah, “Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, S.39, 2009, s. 97-114.

TEKİNAY Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, B.7, İstanbul 1990.

TEKİNAY Selahattin Sulhi/**AKMAN** Sermet/**BURCUOĞLU** Halûk/**ALTOP** Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, B.7, İstanbul 1993.

TURAN BAŞARA Gamze, “Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.103, 2012, s. 245-266.

TÜZÜNER Özlem, Müftülerin Evlendirme Memurları Arasına Katılması, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku Cilt II-Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, B.5, İstanbul 1965.

WILL Michael R./**ÖZTAN** Bilge, “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı - Transseksüellerin Hukuki Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.43, S.1, 1993, s. 227-268.

YASAN Candan, Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

YILDIRIM Abdulkerim, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.

YÜKSEL Sera Reyhani, “Cinsiyet Değişikliği ve Evliliğe Etkisi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C.9, S.21, 2017, s. 51-73.

ZEVKLİLER Aydın, “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988/2, s. 258-285.

ZEVKLİLER Aydın/**ACABEY** M. Beşir/ **GÖKYAYLA** K. Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, B.6, Ankara 1999.

^{4f} İPOTEĞİN PARAYA ÇEVRİLMESİNE İLİŞKİN TAKİPTE İCRA MÜDÜRÜNÜN YAPMASI GEREKEN İŞLEMLER VE ALMASI GEREKEN TEDBİRLER

(PROCEDURES AND MEASURES ATTRIBUTED TO THE BAILIFF IN FORECLOSURE PROCEEDINGS)

Dr. Öğr. Üyesi Orhan EROĞLU**

ÖZ

Aleniyet ilkesi, belirlilik ilkesi ve sabit dereceler ilkesine tabi olan, kişisel bir alacak için sadece teminat amacını yerine getiren ve taşınmaz rehin hakkı olan ipotek, anapara ipoteği ve üst sınır ipoteği olarak ikiye ayrılmaktadır. İpotek ile teminat altına alınmış bir alacağın ödenmemesi halinde ipoteğin paraya çevrilmesi hususu gündeme gelmektedir. Türk hukuk sisteminde kabul edilen önce rehne başvurma kuralı sebebi ile de rehinle teminat altına alınmış bir alacağın borçlusu, iflasa tabi olsa dahi alacaklı bazı istisnalar dışında rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmak zorundadır. Bu alacaklı açısından aynı zamanda bir yükümlülük olduğu için alacağı rehinle teminat altına alınmış bir alacaklının yolu zorunlu olarak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı veya ilamsız takibe çıkmaktadır. Alacaklının girdiği bu yolda baş aktörlerden biri de icra müdürüdür.

İcra müdürünün, ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin takipte yapması gereken işlemler ve alması gereken tedbirler vardır. Rehlin kapsamına, takibin başlatılmasından rehlin paraya çevrilmesine kadarki tarihe kadar işleyecek olan kira bedelleri de girmektedir. Bu kapsamda icra müdürünün kiracılara haber verme yükümlülüğü vardır. Ayrıca icra müdürünün takibin başladığını tapu idaresine haber verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi takdirde taşınmazın siciline şerh verilemeyecektir. Aynı şekilde satış hazırlıklarına da başlanması gerekmektedir. İcra müdürünün yapması gereken işlemler bunlar ile de sınırlı değildir. Satış bedelinin ödenmesinden veya ödenmemesinden sonra icra müdürü aktif rol oynamaktadır. İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte çoğunlukla alacaklı ve borçlu baş aktör olarak kabul edilip, onların izleyeceği yollar üzerine çalışmalar meydana getirilmiş ise de icra müdürünün yapması gereken işlemler ve alması gereken tedbirler de takibin devamı açısından çok önemlidir. Çalışmamızın meydana getirilmesinde de bu husus esas sebep olmuştur. Bu kapsamda çalışmamızda gerek doktrinde yer alan tartışmalar ve görüşlerden gerekse de yargı içtihatlarından faydalanılmak sureti ile ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 04.07.2019. İlk hakem raporu tarihi: 18.09.2020. İkinci hakem raporu tarihi:12.02.2021. Onaylanma Tarihi: 19.04.2021.

* İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8279-9383

Eser Atf Şekli: Orhan Eroğlu, "İpoteğin Paraya Çevrilmesine İlişkin Takipte İcra Müdürünün Yapması Gereken İşlemler ve Alması Gereken Tedbirler", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.891-930.

takipte icra müdürünün yapması gereken işlemler ve alması gereken tedbirler detaylı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Rehin, İpotek, İpoteğin Paraya Çevrilmesi, İcra Takibi, İcra Müdürü, Anapara İpoteği, Üst Sınır İpoteği.

ABSTRACT

Hypothec, which is sticks to principles of openness, certainty and fixed degrees serves the purpose of surety for debt and is a lien for real property, splits into two, namely capital hypothec and upper limit hypothec. If the underlying debt is not paid, foreclosure comes up. Apart from certain exceptions, the creditor must apply to the foreclosure of pledged property for a debt guaranteed by hypothec. This duty enforces the creditor to pursue enforcement proceeding with or without judgment. One of the actors in these proceedings is the bailiff.

There are certain procedures and measures attributed to the bailiff in foreclosure proceedings. The lease that to be paid until the foreclosure time is included in the guaranty. The bailiff therefore must notify the tenants. Otherwise, no annotations will be recorded in the registry. Liquidation should also be commenced. Duties of the bailiff are not limited to these. The bailiff must play an active role after the payment or the non-payment of the sales price. Even though the creditor or the debtor is accepted as the main player in this process and many works are produced to demonstrate these, the bailiff plays a crucial role. This is the main reason of our work. Our work, with the help of theory and case law, demonstrates procedures and measures attributed to the bailiff in foreclosure proceedings.

Keywords: *Guarantee, Hypothec, Foreclosure, Enforcement Proceedings, Bailiff, Capital Hypothec, Upper Limit Hypothec.*

GİRİŞ

Taşınmaz üzerinde, her türlü alacağı temin etmek amacı ile kurulan ve kıymetli evraka bağlanmayan rehin türü ipotektir. Bir taşınmazda ipotek tesis edilmesinin esas sebebi alacağı teminat sağlamaktır. Türk hukuk sisteminde önce rehne başvurma kuralı geçerlidir. Bu kapsamda alacaklı, rehinle temin edilmiş alacağı için öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibe başvurmak zorundadır. Bu kuralın istisnaları mevcut olmakla birlikte, istisnaların mevcut olmadığı hallerde alacaklının önce rehne başvurma kuralına aykırı olacak şekilde diğer takip yollarına gitmesi durumunda borçlu, süresiz şikâyet yoluyla rehin harici takipleri iptal ettirebilir.

Söz konusu kuralın emredici mahiyette olması sebebi ile ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe de sıklıkla başvurulmaktadır. İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte alacaklı ve borçlunun hak ve yükümlülükleri olduğu gibi, bu takip yolunda icra müdürünün de alması gereken tedbirler ve yapması gereken işlemler mevcuttur. Bu tedbirlerin alınmaması ve gerekli işlemlerin yapılmaması halinde ise takipten beklenen sonuç elde edilemez. Çalışmamızda da icra müdürünün yapması gereken işlemlerin ve alması gereken tedbirlerin neler olduğu sorusuna cevap aranmış ve bu minvalde değerlendirmeler yapılmıştır.

Bu kapsamda çalışmamızın birinci bölümünde; ipotek kavramına ve ipoteğe ilişkin genel bilgilere yer verilmiştir. Bu bölümde genel olarak ipotek kavramının neyi ifade ettiği

ve ipoteğin kapsamı ortaya konulmuştur. İpoteğin genel ilkeleri olan açıklık (aleniyet) ilkesi, belirlilik ilkesi ve sabit dereceler ilkesine yer verilmiş, bu ilkeler ile güdülen amaç değerlendirilmiştir. İpoteğin iki ayrı türü olan anapara ipoteğinin ve üst sınır ipoteğinin ne olduğu ve bu ipoteklerin nasıl ve hangi hallerde kurulacağı açıklanmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde ipotek ile ilgili detaylı olarak bilgi verildikten sonra çalışmamızın ikinci bölümünde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takibin temel özelliklerine yer verilmiştir. Bu bölümde önce rehne başvurma kuralı ve istisnaları tek tek açıklanmış, istisnaların mevcut olması halinde nasıl bir yöntem izlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Rehinin paraya çevrilmesi yoluna ilişkin takipte takibin taraflarının kimler olduğu, kapsamı ve usulü ile bu takip yolunda görev ve yetki hususları da detaylı olarak açıklanmıştır. Bu bölümde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı ve ilamsız takip ayrı ayrı ele alınmıştır. Ayrıca rehinin paraya çevrilmesi yolunda müteselsil kefile karşı takip yapılması da çeşitli haller göz önünde bulundurularak açıklanmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte icra müdürünün yapması gereken işlemlere ve alması gereken tedbirlere yer verilmiştir. Bu kapsamda icra müdürünün kiracılara ve tapu müdürlüğüne haber vermesi hususları, satış hazırlıkları yapması, satış süresine riayet konusunda dosyayı takip ve tetkik etmesi, satış bedelinin ödenmesi ya da ödenmemesi halinde neler yapması gerektiği detaylı olarak açıklanmıştır. Bu bölümde ayrıca sıra cetveli düzenlenmesi ve paraların paylaşılmasına ve rehin açığı belgesi düzenlenmesine yer verilmiştir. Rehin açığı belgesi düzenlenmesi kesin ve geçici rehin açığı belgesi olarak iki ayrı başlık altında ele alınmıştır. Çalışmamızda doktrinde yer alan görüşlerden ve güncel tarihli içtihatlardan faydalanılmış ve bu çalışma meydana getirilmiştir.

I. İPOTEK KAVRAMI VE İPOTEĞE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. Genel Olarak İpotek Kavramı ve İpoteğin Kapsamı

İpotek; mevcut, şarta bağlı ya da ileride doğacak olan her türlü alacağı temin etmek amacı ile bir taşınmaz üzerinde kurulan ve kıymetli evraka bağlanmayan bir rehin türüdür (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu² m. 881/1)³. Diğer bir ifade ile ipotek; kişisel bir alacak

² RG, T: 08.12.2001, S: 24607.

³ **KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/DOĞRUSÖZ, M. Edip/ALTIN, Mehmet:** Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996, s. 108; **KAYAK, Sevgi:** Taşınmaz Rehininin Konu Bakımından Kapsamı, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin Toruner'e Armağan, C: 24, S: 1-2, Ankara 2004, (s. 553-582), s. 556; **GENÇCAN, Ömer Uğur:** 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Bilimsel Açıklama İçtihatlar-İlgili Mevzuat Madde 531-1030, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2007, s. 4396; **ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret:** Eşya Hukuku, 8. Bası, Ankara 2019, s. 554; **ERTAŞ, Şeref:** Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 15. Baskı, İzmir 2020, s. 567; **AKINTÜRK, Turgut:** Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 786; **AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin:** Eşya Hukuku, Vedat Kitabevi, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 276; **ÖZTAN, Bilge:** Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 894; **AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya:** Eşya Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 786; **KURU, Baki:** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, (KURU, El Kitabı), s. 984; **OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe:** Eşya Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2020, s. 1094; **KARSLI, Abdurrahim:** İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 427; **YILMAZ, Ejder:** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2016, (YILMAZ, Şerh), s. 780; **SİRMEN, A. Lale:** Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 590; Y.H.G.K., 22.03.2017, E. 2017/606, K. 2017/532; "Taşınmaz rehininin bir çeşidi olan ipotek, Medeni Kanunun 881-897. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanun'un 850-880. maddelerinde yer alan taşınmaz rehinine ilişkin genel hükümler ipotek hakkında da uygulanır. (Burcuoğlu, H., Hukukçu Gözüyle Banka Uygulamasında İpotekle İlgili Önemli Sorunlar, İstanbul 1991, s.1.; atf ya-

için tesis edilen, kıymetli evraka bağlı olmayan ve sadece teminat amacını yerine getiren taşınmaz rehin hakkıdır⁴. İpotekle güvence altına alınmış olan alacak, diğer bütün adi alacaklılara kıyasla daha güvenli bir alacak olma niteliği taşımaktadır⁵.

İpotek tesis edilmesi ile güdülen amaç alacağa teminat sağlamaktır. İpoteğin, alacağa güvenceli olarak dolaşım sağlaması söz konusu değildir⁶. Diğer taşınmaz rehin türleri olan ipotekli borç senedi ile irat senedinden farklı olarak ipoteğin, arazinin değerini tedavül ettirme amacı olmayıp; ipotek, alacaklıya sadece aynı teminat sağlamaktadır⁷. İpotek, kişisel bir alacağı güvence altına alan sınırlı bir aynı haktır⁸. Alacaklı, ipoteğin sağladığı güvence sayesinde alacağını taşınmazın değeri üzerinden elde edebilme olanağına kavuşur. Borcun ödenmemesi halinde ise icra müdürlüğü taşınmazı paraya çevirir ve alacaklı, bu şekilde alacağına kavuşur. Rehin hakkı aynı bir haktır ve bu nedenle herkese karşı ileri sürülebilir⁹.

pan Şener, Y.S., age.) 4721 Sayılı Türk Medenî Kanununun 850. maddesine göre taşınmaz rehni, ancak ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulabilir. Doktrinde ipotek kavramı; kişisel bir alacağı güvence alma amacını güden, kıymetli evrak ile bağlı olmayan ve bir taşınmazın değerinden alacaklının alacağını elde etmesi olanağını sağlayan sınırlı aynı hak olarak tanımlanmaktadır. (Akipek, G.J./ Akintürk, T., Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s.786; Gürsoy, K.T./ Eren, F./Cansel, E., Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s.1032)” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 10.03.2019).

⁴ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 108; GENÇCAN, s. 4396; AKINTÜRK, s. 785; NAR, Ahmet; Yabancı Para İpoteği, Seçkin, Ankara 2009, s. 41, 42; TUNÇ-YÜCEL, Müjgan; Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takibi, On iki Levha, İstanbul 2010, s. 41; ŞENER, Yavuz Selim; Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, Adalet, Ankara 2010, s. 5; AYBAY/HATEMİ, s. 276; KURU, El Kitabı, s. 984; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1025; KARSLI, s. 428; YILMAZ, Şerh, s. 780; SİRMEN, s. 590; Y.21.HD., 25.04.2005, E. 2005/1150, K. 2005/4255; “Gerçekten M.K.’nın 881. maddesinde “halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla birlikte birlikte doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak ipotekle güvence altına alınabilir” denilmek suretiyle ipoteğin amaç ve niteliği belirtilmiştir. Bu bağlamda ipotek, kişisel bir alacak için tesis edilen, kıymetli evraka bağlı olmayan ve yalnız teminat fonksiyonu ifa eden taşınmaz rehin hakkıdır.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 10.03.2019).

⁵ AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut; Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 735; AKINTÜRK, s. 786; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1094,1095; SİRMEN, s. 590.

⁶ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 735; AYBAY/HATEMİ, s. 285.

⁷ ERTAŞ, s. 567, 568; ESENER/GÜVEN, s.554; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 787; AKINTÜRK, s. 736; AYBAY/HATEMİ, s. 285; KAÇAK, Nazif; Açıklamalı ve İçtihatlı Son Değişikliklerle İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2010, s. 60; ÖZTAN, s. 923; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1068; SİRMEN, s. 643; Y.14.HD., 10.01.2019, E. 2016/4366, K. 2019/243; “Bilindiği üzere ipotek kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacını güden ve bir taşınmaz değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir aynı haktır.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 10.03.2019).

⁸ HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir; Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 712; SEROZAN, Rona; Taşınmaz Rehni, İÜHF, C: LXIV, S: 2, Y: 2006, (s. 301-324), s. 301; GENÇCAN, s. 4447; UYAR, Talih; İcra Hukukunda Taşınmaz Rehni Kavramı, İstanbul Barosu Dergisi, C: 81, S: 2, Y: 2007, s. 509; AKINTÜRK, s. 736; POSTACIOĞLU, İlhan/ALTAY, Sümer; İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010, s. 702; AYBAY/HATEMİ, s. 285; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1025; SİRMEN, s. 590; Y.14.HD., 2016/9805, K. 2018/8945; “Bilindiği üzere ipotek kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacını güden ve bir taşınmaz değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir aynı haktır.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 10.03.2019).

⁹ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 735; AYBAY/HATEMİ, s. 275; ÖZTAN, s. 894; AKKAYA, Tolga; İcra Hukuku Bağlamında Süreli İpotek, TAAD, Y. 4, S. 12, Ankara 2013, (s. 161-184), s. 162.

Özel mülkiyete konu taşınmazların tamamı TMK m. 862 hükmü gereğince rehin hakkına konu olabilir¹⁰. Taşınmaz rehni, TMK m. 862 uyarınca taşınmaz ile birlikte bu taşınmazın bütünleyici parçalarını ve tüm eklentilerini de kapsar. Bütünleyici parçaların ve eklentilerin değeri de teminata dâhildir.

Taşınmaz maliki, taşınmazının üzerinde ipotek tesis edilmesinden sonra, ipoteğin paraya çevrilmesine yönelik takip sürecinde de ipotekli taşınmaz üzerinde fiili ve hukuki tasarruflarda bulunmaya devam eder. Malik, taşınmazını kullanabilir, kiraya verebilir ve taşınmazından her şekilde yararlanmaya devam edebilir. Hatta taşınmaz maliki, taşınmazını temlik edebilir veya taşınmazı üzerinde bir başka sınırlı ayni hak da tesis edebilir. TMK m. 869 hükmü gereğince malikin ipotek sözleşmesiyle ya da yapacağı başkaca sözleşmelerle ipotekli taşınmazı başka ayni haklarla kayıtlama yetkisinden vazgeçmesi geçerli değildir¹¹.

Taşınmaz malikinin yaptığı veya yapabileceği tasarruflar, ipotek alacaklısının hukuki durumunda bir değişiklik meydana getirmez. İpotek hakkı aynı bir hak olduğundan dolayısı malik ipotekli taşınmazı bir başkası adına tapuda tescil ettirmiş olsa dahi ipotek hakkı devralan yeni malike karşı da ileri sürülür. Eğer, taşınmaz üzerinde başkaca rehinler tesis edildi ise ipotek hakkı, rehin hakkı sahiplerine karşı etkili olur ve onlara karşı da ileri sürülebilir. İrtifak hakları ve taşınmaz yükü bakımından tarih olarak öncelik esası uygulanır¹². TMK m. 869 hükmü gereğince ipotek hakkı, tesis edildikten sonra tescil edilmiş tüm irtifak ve taşınmaz mükellefiyetlerine göre öncelik hakkına sahiptir.

B. İpoteğin Genel İlkeleri

1. Açıklık (Aleniyet) İlkesi

Aleniyet ilkesi, ipotek hakkının tapuya tescil yolu ile kurulabilmesini ifade etmektedir. Tapu kütüğünde yapılacak olan tescil işlemi ile ipotek hakkı tapu sicilinde kurulur ve alenileşir¹³. Bu yolla ipotek, kamuya açık olan tapu sicilinden anlaşılabilir ve herkes tarafından görülebilir hale gelir¹⁴. İpoteğin tescili işlemi, TMK m. 856/2'ye istinaden malikin talebi üzerine, resmi bir senede dayanılarak tapu sicil memuru tarafından yapılır¹⁵. Resmi şekil, tescil işleminde bir geçerlilik şartıdır. Resmi şekil şartı ipotek sözleşmelerinde yapılacak olan değişiklikleri de kapsamaktadır. Bu şarta uyulmadan yapılan sözleşmeler ise geçer-

¹⁰ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 110; GENÇCAN, s. 4409; AKINTÜRK, s. 761; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1069 vd.; SİRMEN, s. 625.

¹¹ AYBAY/HATEMİ, s. 282; ÖZTAN, s. 917.

¹² KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 117; AKINTÜRK, s. 768; AYBAY/HATEMİ, s. 283.

¹³ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 117; GENÇCAN, s. 4449; AKINTÜRK, s. 766; AYBAY/HATEMİ, s. 279; ERTAŞ, s. 574; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 756; ESENER/GÜVEN, s. 560; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1038; SİRMEN, s. 598.

¹⁴ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 116, 117; ESENER/GÜVEN, s. 560, 561; AKINTÜRK, s. 766; AYBAY/HATEMİ, s. 279; ÖZTAN, s.904; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 761; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1039.

¹⁵ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 124; GENÇCAN, s. 4411; AKINTÜRK, s. 765, 766; AYBAY/HATEMİ, s. 285; ÖZTAN, s. 905; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1046; SİRMEN, s. 600; Y.14.HD., 25.06.2018, E. 2015/18724, K. 2018/4814; "İpotek kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacını güden ve bir taşınmaz değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir ayni haktır. İpotek tesisi için rehin edilecek taşınmaz maliki ile alacaklı arasındaki anlaşmanın (rehin sözleşmesi) bulunması ve rehin sözleşmesinin Türk Medeni Kanununun 856. maddesi gereğince [...] siciline tescil edilmesi gerekir." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 11.03.2019).

sizdir¹⁶. Uygulamada ipotek sözleşmesine, akit tablosu da denilmektedir. İpotek sözleşmesi, her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Türk Medeni Kanunu m. 1020'ye göre tapu sicili herkese açıktır. Bu nedenle hiç kimse tapu sicilinde tescil edilmiş olan bir ipotek hakkının varlığından haberdar olmadığını ve iyi niyetinin korunması gerektiğini ileri süremez; ileri sürse dahi bu savunma dikkate alınmaz¹⁷. Bir alacak hakkını temlik alan üçüncü kişi, güven ilkesi gereğince bu alacağı teminat altına alan ipotek hakkını da almış kabul edilir. Tapu sicilinde tescil edilmiş olan ipotek hakkını TMK m. 1023 uyarınca iyi niyetle kazanan üçüncü kişi, rehin hakkının tescilli haklı bir nedene dayanmıyor olsa bile korunur.

Rehin hakkı, kanundan doğan rehin hakları hariç olmak üzere, tescil işlemi ile doğar ve terkin işlemi ile ortadan kalkar. Ancak, rehin hakkı tapuya tescil edilse dahi eğer dayanağı olan rehin sözleşmesi geçersizse; yapılan tescil işlemi, rehin hakkının doğumunu sağlamaz¹⁸. Aleniyet ilkesi, taşınır rehni açısından zilyetlik ile gerçekleşir. Kanunda belirtilen istisnalar dışında TMK m. 939/1 uyarınca taşınır rehni ancak teslimi zorunlu rehin şeklinde kurulabilir. Bu şekilde rehnedilen taşınır, rehin alacaklısının zilyetliğine bırakılır.

2. Belirlilik İlkesi

Belirlilik ilkesi, genel olarak tüm aynı haklara hâkim olan bir ilkedir. Belirlilik ilkesi, kamuya açıklık ilkesine hizmet etmek amacıyla kabul edilmiştir¹⁹. Belirlilik ilkesini

¹⁶ **KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN**, s. 122; **GENÇCAN**, s. 4411; **AKINTÜRK**, s. 765; **ÖZTAN**, s. 906; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 1040; **SİRMEN**, s. 600; **KAÇMAZ, Mine**: Tescile Tabi Olmayan Kanunî İpotek Hakları, AÜHFĐ, C: 65, S: 4, Y: 2016, (s.2891-2908), s. 2893; Y.14.HĐ., 10.10.2019, E. 2018/2594, K. 2019/244; "İpotek kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacını güden ve bir taşınmaz değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir aynı haktır. İpotek tesisi için rehin edilecek taşınmaz maliki ile alacaklı arasındaki anlaşmanın (rehin sözleşmesi) bulunması ve rehin sözleşmesinin Türk Medeni Kanununun 856. maddesi gereğince tapu siciline tescil edilmesi gerekir. Anılan madde uyarınca ipotek kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliği, resmi şekilde yapılmasına bağlıdır." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 11.03.2019).

¹⁷ **ERTAŞ**, s. 574; **AKINTÜRK**, s. 763; **TUNÇ-YÜCEL**, s.47; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 1100; **SİRMEN**, s. 644; Y.H.G.K., 24.04.2013, 2012/2-1567, K. 2013/579; "Bilindiği üzere, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023.maddesi, tapuya güven ilkesini öngörmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194.maddesi III.fıkrası ise, tapuya güven ilkesinin aynen sürdürülmekte olduğunun bir ifadesidir(Kılıçoğlu, age, s. 20). Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; dosya içerisindeki belgelerden, taşınmaz üzerine, 29.06.2004 tarihinde B.. A.Ş. lehine 50.000.000.000 TL bedelli 1.derece ipotek tesis edildiği, bu sırada taşınmazın kaydında aile konutu şerhi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, davacı tarafından davalı B.. A.Ş.'nin kötü niyetli olduğu da ispatlanmış değildir. Şu hale göre, tapuya güven ilkesini esas alan Türk Medeni Kanunu'nun 1023.maddesi koşulları işlem tarafı olan davalı B.. A.Ş. lehine gerçekleşmiştir." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 11.03.2019).

¹⁸ **KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN**, s. 122; **TUNÇ-YÜCEL**, s. 48; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 1043.

¹⁹ **ACAR, Faruk**: Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008, s. 145; **AKINTÜRK**, s. 756; **AYBAY/HATEMİ**, s. 279; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 1028; **SİRMEN**, s. 592; Y.H.G.K., 22.03.2017, E. 2017/606, K. 2017/532; "Üst sınır ipoteğinin izahında taşınmaz rehin hukukunda hakim olan ilkelerden belirlilik ilkesine değinmek gerekir. Rehin hakkı kural olarak fer'î bir haktır. Bu nedenledir ki rehin hakkının muteber olarak kurulabilmesi için teminatını oluşturduğu alacak hakkının belirli, muayyen bir alacak olması gerekir. Bununla beraber rehinle temin edilen alacağın belirtilmesi için sebebinin rehin sözleşmesinde göster-

düzenleyen başlı başına bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TMK m. 851 ve 854 hükümlerinden bu sonuca ulaşmaktayız. Belirlilik ilkesine göre; rehinle güvence altına alınan alacak ve alacağa güvence oluşturan taşınmaz, tereddüde mahal vermeyecek şekilde açık olarak belirtilmiş olmalıdır²⁰.

İpotek ile teminat sağlanabilmesi için geçerli ve belirli bir alacağın ve bunu temin edecek belirli bir taşınmazın bulunması gerekmektedir. Belirlilik ilkesi taşınmaz üzerinde sonradan kurulacak olan ipotek veya başkaca aynı hak sahiplerinin ya da taşınmaz malikinin alacaklıları ile malikin taşınmazı devretmesi halinde taşınmazı devralacak kişilerin, rehnin miktarının ne tutarda olduğunu bilmelerini sağlaması açısından da önem arz etmektedir²¹.

3. Sabit Dereceler İlkesi

Taşınmaz rehni kurulmasında iki temel sistem bulunmaktadır. Bu sistemlerden birincisi; Roma hukukunda geçerli olan ve günümüzde Fransız hukukunda uygulanan boşalan dereceye ilerleme sistemidir. İkincisi ise Cermen hukukunda geçerli olan ve Türk – İsviçre hukuk sistemlerinde kabul edilen sabit derece sistemidir²².

rilmesinin gerekli bulunup bulunmadığı, bu alacağın mevcut ya da müstakbel bir alacak olup olmasına göre değişir. Mevcut alacaklar için yapılan rehin sözleşmesinde alacağın tutarının gösterilmesi bu alacağın belli edilmesi için yeterlidir. Buna karşılık müstakbel alacakların temini için yapılan rehin sözleşmelerinde alacağın hangi sebepten doğacağı da açık olarak gösterilmelidir. (Akipek, J.G., age..s.189) Miktarı gelecekte belli olacak alacaklar yönünden kurulan rehin hakkında, yine belirlilik ilkesi gereği olarak, rehnedilen taşınmazın teminat teşkil edeceği alacağın azami tutarı tapu kütüğünde gösterilmek suretiyle tescil edilmelidir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 11.03.2019).

²⁰ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 109, 110; SEROZAN, s. 315; AKINTÜRK, s. 756-761; AYBAY/HATEMİ, s. 277-279; ERTAŞ, s. 572; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 761; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1032,1033; SİRMEN, s. 596.

²¹ KUNTALP, Erden: İpotek Dereceleri-Boş Dereceden İstifade ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, No:94 Ankara 1979, s. 10, 11; GÜLEKLİ Yeşim: İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, Kazancı Kitap, İstanbul 1992, s. 65; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 108-112; AKINTÜRK, s. 760; AYBAY/HATEMİ, s. 279, 280; ÜNLÜTEPE, Mustafa: İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı, TBB Dergisi, S:102, Y: 2012, (s. 173-218), s. 176; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1028; ERTAŞ, s. 569; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 756, 757; SİRMEN, s. 592; Y.19.HD., 26.02.2009, E. 2008/12408, K. 2009/1521; “Teminat hukukunun temel ilkelerinden birisi belirlilik ilkesidir. Buna göre teminatın hangi hukuki sebebe dayalı borçlar için tesis edildiğinin, tereddüde yer bırakmayacak ölçüde belirlenmesi gerekir” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 11.03.2019).

²² SEROZAN, s. 305; GENÇCAN, s. 4429; AKINTÜRK, s. 768; TUNÇ-YÜCEL, s. 48; ERTAŞ, s. 574; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 769; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1054; SİRMEN, s. 610,611; Y.14.HD., 18.03.2011, E. 2011/907, K. 2011/3439; “Taşınmaz rehni Roma hukukunda geçerli bulunan boşalan dereceye ilerleme sistemi ile Alman hukukunda geçerli bulunan sabit derece sistemi olmak üzere iki temel sistem bulunmaktadır. Boşalan dereceye ilerlemeyi esas alan sistemde rehinin sırası, rehin tesis tarihine göre tayin edilmekte, eski tarihli rehin yenilerden önce gelmektedir. Bir rehin hakkı herhangi bir sebeple sona ermişse sonraki sırada yer alan rehin hakları otomatik olarak birer basamak öne kaymaktadır. Türk Medeni Kanunu bu sistemi benimsememiş, İsviçre hukukunda olduğu gibi sabit dereceler sistemine ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Gerçekten Türk Medeni Kanunu'nun 870. maddesi hükmü uyarınca Rehinin sağladığı güvence, tescilde belirtilen rehin derecesi ile sınırlıdır. Taşınmaz rehni, sırada kendisinden önce gelecek olanın miktarının tescilde belirtilmesi kaydıyla, 2. veya daha sonraki derecede de kurulabilir. Sabit dereceler sisteminde rehin hakkı kurulacak taşınmaz değeri farazi bazı parçalara bölünmekte, her dilimle rehin hakkı kurulacak bir derece oluşturulmaktadır. Oluşturulan bu dereceler taşınmaz rehni miktarının ve teminat miktarını tayin eder. Bir derecenin hangi sırada ne miktar için teminat teşkil

İlerleme sisteminin uygulandığı hukuk sistemlerinde birden fazla taşınmaz rehlinin söz konusu olduğu durumlarda; bu rehiner arasındaki sıra, rehinerin kuruluş tarihlerine göre belirlenir. İlerleme sisteminin, sabit dereceler sisteminden en önemli farkı; ilerleme sisteminde eski tarihli rehinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, alt sıradaki rehin doğrudan sona eren rehinin yerine geçmektedir. Bu nedenle ilerleme sisteminde, üst sıradaki rehini saklı tutarak alt sırada bir başka rehin kurmak mümkün değildir²³.

Sabit derece sisteminde; bir taşınmaz üzerinde kurulan çeşitli rehin haklarına, rehin konusu taşınmazın gerçek değeri değil, taraflarca kabul edilmiş olan değer belirlenir. Başka bir ifade ile kurulan rehin hakları, hak sahibine rehin konusu taşınmazın değerinin tamamı üzerinde bir istem hakkı sağlamaz. Her bir rehin hakkına güvence oluşturacağı taraflarca kabul edilen rehin konusu taşınmazın değerinin bu belirli bölümüne rehin derecesi denir²⁴. Bu sistemde taşınmazın bölündüğü farazi değer parçalarına ise derece denir. Her derecede, derecenin belirlenen değerine ulaşıncaya kadar bu bedel üzerine taşınmaz rehni kurulabilir²⁵.

Sabit dereceler sisteminde, taşınmazın değerinin tamamının rehnedilmesi zorunlu değildir. Taşınmaz rehni, taşınmazın değeri farazi değerlere bölünerek taşınmaz değerinin bir bölümüyle sınırlı olarak da kurulabilir²⁶. TMK m. 870/2 uyarınca önce gelen bir derece maliki lehine saklı tutularak, bu derecenin arkasından gelen bir derece yönünden bir başka alacak için taşınmaz rehni kurulabilir. Saklı tutulan bu derece miktar belirtilerek tapu siciline işlenir. Bir taşınmaz üzerinde belirli bir derece içinde, derecenin teminat miktarıyla sınırlı olarak birden fazla taşınmaz rehni kurulabilir. Bu rehiner; alt derece, alt veya yan rehin olarak da adlandırılır.

edeceğini taşınmaz maliki tespit eder veya taşınmaz maliki ile alacaklı anlaşarak rehinin türü, derecesi, sırası ve teminat teşkil edeceği miktarı kararlaştırabilir. Derecenin teminat miktarı bir kere tespit edilerek tescil edildikten sonra, sonra gelen derecelerde tescil edilmiş rehinli alacaklıların rızası olmadan onların zararına artırılmaz (T.M.K.m. 875, f.2). Bu şekilde kurulan rehin derecelerinden biri boşalırsa ve sonradan gelen derecedeki alacaklı bu boşalan dereceden yararlanma sözleşmesi (T.M.K.m. 871) yapmamışsa, boşalan dereceye ilerleyemez. Çünkü T.M.K. m. 871'e göre "aynı taşınmaz üzerinde farklı sıralarda kurulmuş bulunan rehin haklarından birinin terkin edilmiş olması sonraki sırada yer alan rehinli alacaklıya boşalan dereceye geçme hakkı vermez." Belirtildiği üzere sonraki sırada yer alan rehinli alacaklıya boşalan dereceye geçme hakkı veren bir sözleşmenin yapılmış olması gerekir. Bu sözleşmenin geçerliliği ise resmi şekilde yapılmasına; aynı etki sağlamaları tapu kütüğüne şerh verilmelerine bağlıdır. Şu halde 1. derecedeki rehin hakkı 2. derecedeki rehinden daha sonra da kurulsu öncelik hakkına sahiptir. Sözleşme dışında sabit dereceler sisteminde getirilen bir istisna da Türk Medeni Kanunu'nun 872. maddesidir. Ne var ki, bu istisna hükmü taşınmaz paraya çevrilmesinde gözetilebilir." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 11.03.2019).

²³ GÜRİSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s. 991; ERTAŞ, s. 574, 575; UYAR, s. 525; AKINTÜRK, s. 768, 769; AYBAY/HATEMİ, s. 281; ÖZTAN, s. 912; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1052; SİRMEN, s. 610.

²⁴ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 117, 118; GENÇCAN, s. 44428; AKINTÜRK, s. 770; ERTAŞ, s. 574; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 770; AYBAY/HATEMİ, s. 280; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1053; SİRMEN, s. 610.

²⁵ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 117; SEROZAN, s. 321; GENÇCAN, s. 4428; AKINTÜRK, s. 770; AYBAY/HATEMİ, s. 280, 281; ERTAŞ, s. 575; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.772; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1053; SİRMEN, s. 610.

²⁶ AKINTÜRK, s. 770; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1053; SİRMEN, s. 611.

C. İpotek Türleri

1. Anapara İpotegi

Anapara ipoteginde ipotek belirli bir borç için alınır ve doğmuş olacak güvenceye bağlanır. Anapara ipoteginin diğer adlandırmaları ise; ana sermaye ipotegi, resülmal ipotegi, kesin ipotek ve sabit ipotektir. Bu ipotek türünde çoğunlukla tapuda tescil edilen miktarın teminat altına alınması amaç edinilmiştir. Alacağın miktarı tescil anında belirlidir²⁷. Taraflar arasında yapılan alacak sözleşmesi ile ipotek sözleşmesi birbirinden farklı sözleşmelerdir. İpotek sözleşmesinde alacağın sebebinin gösterilmesi zorunlu değildir. Bu nedenle rehin sözleşmesi soyut da olabilir²⁸.

Türk Medeni Kanunu m. 875 uyarınca rehin sözleşmesiyle teminat altına alınan alacaklar; anapara, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatıldığında takip giderleri ve gecikme faizi veya iflasın açıldığı ve rehinin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar olan muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen ana paranın faizidir²⁹. TMK m. 875 hükmü gereğince alacaklının rehinli taşınmazın korunması amacıyla yapmış olduğu masraflar da güvenceden faydalanır. Örneğin, malikin borçlu olduğu sigorta primlerinin ödenmesi halinde; ödenen prim borçları, tescile gerek kalmadan rehinli alacak gibi güvenceden yararlanır³⁰. Rehin sözleşmesi kurulduğu anda bir alacak mevcut olsa dahi bu alacak daha sonra ödenebilir veya başka bir yolla sona erdirilebilir. Bu nedenle rehin sözleşmesine istinaden alacağının olduğunu ileri süren alacaklı, aynı zamanda alacağını da ispat etmek durumundadır.

²⁷ **UYAR, Talih:** İcra Hukukunda Rehni Paraya Çevrilmesi, Manisa 1992, (**UYAR**, Rehni Paraya Çevrilmesi), s. 18; **SİRMEN, A. Lale:** Yeni Türk Medeni Kanununda Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler, AÜHFD, C: 52, S: 1, Ankara 2003, (**SİRMEN**, s. Taşınmaz Rehni), s. 9; **REİSOĞLU, Seza:** Yabancı Para İpotegi, Bankacılar Dergisi, S: 44, İstanbul 2003, (s. 43-55), s. 43; **SÜPHANDAĞ, Yavuz:** İcra El Kitabı, Platon Hukuk Yayınları, 11. Baskı, İstanbul 2020, (**SÜPHANDAĞ**, El Kitabı) s. 660; **UYAR, Talih:** İpotegin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takiplerde Takip Talebi, Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2007, S: 53, (**UYAR**, Takip Talebi), s. 1501; **GENÇCAN**, s. 4447; **AKINTÜRK**, s. 757; **NAR**, s.43; **KAÇAK**, s.61; **PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet:** İcra ve İflas Hukuku, 10. Bası, Ankara 2012, s. 479, 480; **PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet:** İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, İstanbul 2020, (**PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı), s. 317; **ŞENER**, s.30; **ÖZTAN**, s. 899; **KURU**, El Kitabı, s. 996; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 1028; **YILMAZ**, Şerh, s. 780; **SİRMEN**, s. 592.

²⁸ **KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN**, s. 153; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 1028,1029.

²⁹ **KUNTALP**, s. 16; **KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN**, s. 145; **GENÇCAN**, s. 4436, 4437; **AKINTÜRK**, s. 758-760; **KAÇAK**, s. 61; **AYBAY/HATEMİ**, s. 284; **KURU**, El Kitabı, s. 996; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 1085,1086; **SİRMEN**, s. 630,631; Y.14.HD., 21.01.2019, E. 2016/5447, K. 2019/592; “Somut olayda; incelenen ve ipotek aktinin çerçevesini tayin eden resmi akit tablosu içeriğinden ipotegin, 250.000,00 TL için tesis edildiği görülmektedir. Açıklanan bu niteliğe göre ipotek, kesin borç (karz) ipotegidir. Türk Medeni Kanununun 875. maddesine göre kesin borç (karz) ipotegi, anapara yanında, gecikme faizini ve icra takibi yapılmışsa takip masraflarını da güvence altına alır. Alacaklı, ipotegin fekki için anaparanın dışında takip masraflarını ve geçen günlerin faizlerini de isteyebileceğinden, ipotegin kaldırılmasına ancak anaparanın, gecikme faizinin, icra takibi yapılmışsa takip giderlerinin ödenmesi halinde karar verilebilir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 11.03.2019).

³⁰ **KUNTALP**, s.16-19; **KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN**, s. 154; **UYAR**, s. 515, 516; **GENÇCAN**, s. 4440, 4441; **AKINTÜRK**, s. 759, 760; **KAÇAK**, s.63-65; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 1086; **SİRMEN**, s. 633.

Tapu sicilinde rehinler hanesinde belirli miktar olarak gösterilen bedel anaparadır. Alacağın sebebi tapu sicilinde gösterilmez. Tapu sicilinde sadece faiz oranı ile ipotek derecesi gösterilir. Gecikme faizinin, rehin kapsamı içinde sayılması için tapuda gösterilmesine gerek yoktur. Ancak, kanuni gecikme faizinin yanında bir de gecikme faizi kararlaştırıldı ise; bu faizin geçerli olabilmesi tapuda gösterilmesine bağlıdır. Ayrıca sözleşmede kararlaştırılan faiz oranının da tapu kütüğünde yazılması gereklidir. Rehlin paraya çevrilmesi hususunda takibin başlatılması halinde taşınmaz rehni, tapuda gösterilen ana alacak miktarının dışında taşınmazın paraya çevrilmesi için icra müdürlüğü tarafından yapılan takip giderlerini, posta ve bilirkişi ücretlerini de kapsamaktadır.

Anapara ipoteği, alacak ile bu alacağın miktarının ipoteğin tesis edildiği anda belirli olduğu durumlarda, başka bir ifade ile doğmuş, mevcut ve belirli bir alacak için kurulabilir. İpotek resmi senedinde doğmuş, mevcut ve belirli bir borç ikrarı söz konusudur. Alacaklı bu ipotek senedi ile ipoteğin paraya çevrilmesi aşamasında doğrudan doğruya ilamlı icra takibi yapabilir ve borçluya icra emri gönderilmesini talep edebilir³¹.

2. Üst Sınır İpoteği

Üst sınır ipoteği, TMK m. 851 uyarınca alacağın miktarının belirli olmaması halinde tesis edilen ipotek çeşididir. Diğer bir ifadeyle; alacağın miktarının kesin olarak tayin edilemediği, tarafların aralarındaki anlaşmaya göre ne miktara kadar teminat teşkil edeceğini tayin ettikleri ve bu şekilde tapuya tescil ettirdikleri, ilerde doğması muhtemel bir alacak için kurulan ipotek türüdür³². Üst sınır ipoteği; azami meblağ ipoteği veya teminat ipoteği olarak da adlandırılmaktadır.

Üst sınır ipoteği, tescil edildiği tarihte mevcut ve miktara bağlı olan bir alacağa bağlı değildir. Bu nedenle üst sınır ipoteği maddi bünyeden yoksun, biçimsel bir ipotektir. Miktarı belirli olan bir alacak açısından üst sınır ipoteğinin kurulmasında da kanuni bir engel yoktur. Üst sınır ipoteğinde alacak, ipoteğin kurulduğu anda gerçekleşmemektedir. Bu nedenle üst sınır ipoteğinin kurulduğu anda alacak henüz mevcut değildir. Üst sınır ipoteği, ileride doğacak veya doğması muhtemel bir alacak için tesis edilmektedir³³. İpotekli borç

³¹ KUNTALP, s. 16-19; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 706; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 484; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGIRTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 320; KAÇAK, s. 65; YILMAZ, Şerh, s. 781.

³² UYAR, Rehlin Paraya Çevrilmesi, s. 18; GÜLEKLİ, s. 78; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 155; SİRMEN, Taşınmaz Rehni, s. 9; REİSOĞLU, s. 2; UYAR, s. 517; UYAR, Takip Talebi, s. 1501; GENÇCAN, s. 4447; NAR, s.44; AKINTÜRK, s. 760; ŞENER, s. 32; ÖZTAN, s. 924; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s. 660; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 478, 479; KURU, El Kitabı, s. 996; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 941; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 316; YILMAZ, Şerh, s. 780; SİRMEN, s. 568, 569.

³³ Y.12.HD., 24.10.2018, E. 2017/5688, K. 2018/10528; “TMK'nin 851 ve 881. maddelerinde ifadesini bulan ve muhtemel bir alacağın teminatı olarak tesis edilen üst sınır (limit) ipoteğinde, borcun ulaşacağı miktar belirsiz olduğundan, taşınmazların ne miktar için teminat teşkil edeceği, ipotek akıt tablosundaki limitle sınırlanmıştır. TMK'nin 875. maddesinde belirtilen ve ipotekle teminat altına alınan ana borç, faiz, icra takip giderleri ve taraflarca kararlaştırılan eklentilerden oluşan toplam borç miktarının, bu limiti aşması mümkün değildir (HGK. 24.05.1989 tarih, 1989/11-294 E, 1989/378 K). İpoteğin üst sınır ipoteği olması halinde, borçlu, sadece ipotek akıt tablosunda belirtilen miktar ile sınırlı olarak sorumludur. Şikayete konu takip dosyası incelendiğinde; alacaklı banka tarafından 4 adet taşınmaz hakkında takibe geçildiği,... İli,... İlçesi,...ü pafta:2 parsel:2501 nolu ba-

senedi ve irat senetlerinde üst sınır ipoteği kurulamaz. Ancak, toplu ipotek ve ipotek yükünün dağıtılması durumunda üst sınır ipoteği kurulabilir. Özellikle takip hukuku açısından ipoteğin türü büyük önem taşır. Çünkü ipoteğin türü takip yolunun belirlenmesi açısından önemlidir. Eğer, ipotek üst sınır ipoteği ise ilamsız takip yolunun tercih edilmesi gerekir.

II. İPOTEĞİN PARAYA ÇEVİRLMESİ YOLUYLA YAPILAN TAKİBİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

A. Önce Rehne Başvurma Kuralı ve İstisnaları

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu³⁴ m. 45/1 uyarınca; “*Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusunu iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Ancak rehinin tutarı borcu ödemeye yetmezse alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yoluyla takip edebilir.*”. Kanunda belirtilen bu kural³⁵ rehin alacaklısı açısından sadece bir yetki olmayıp, aynı zamanda bir yükümlülüktür³⁶. Söz konusu hüküm her ne kadar bir takip hukuku kuralı olsa da aynı zamanda bir maddi hukuk kuralıdır³⁷.

ğimsız bölüm üzerine tesis edilen... yevmiye nolu, 23/12/2011 tarihli, 1.000.000 TL bedelli 1. derece limit ipoteğinin,... İli,... İlçesi...ü pafta:2 parsel:2502 nolu bağımsız bölüm üzerine tesis edilen... yevmiye nolu, 23/12/2011 tarihli 1.000.000 TL bedelli limit ipoteğinin, asıl borçlunun bankadan kullandığı ve kullanacağı kredilerin teminatı olmak üzere üst sınıripoteği olarak kurulduğu anlaşılmaktadır.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 11.03.2019).

³⁴ RG, T: 19.06.1932, S: 2128.

³⁵ **MUŞUL, Timuçin:** İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, C: 2 Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 839; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES,** s. 472; **KURU,** El Kitabı, s. 985; **KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder:** İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, 27. Baskı, Ankara 2013, s. 421; **KARSLI,** s. 427; **KURU, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 3. Bası, Eylül 2019, (**KURU, İstinaf,** s. 322; **ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR-AYVAZ, Sema:** İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 403, 404; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES,** Ders Kitabı, s. 310; **YILMAZ,** Şerh, s. 773; **ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR-AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel:** İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 428 **YILDIRIM, Mehmet Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis:** İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 285; Y.12.HD., 04.10.2018, E. 2018/10920, K. 2018/8383; “İİK'nun 45. maddesinde rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusunun iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklının yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileceği, polişe ve emre muharrer senetlerle çekler hakkındaki 167'nci madde hükmününin mahfuz olduğu, aynı kanunun 167. maddesinde ise alacağı çek, polişe veya emre muharrer senede müstenit olan alacaklının, alacak rehinle temin edilmiş olsa bile, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte bulunabileceği düzenlenmiştir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 11.03.2019).

³⁶ **TUNÇ-YÜCEL,** s. 101; **KAÇAK,** s. 52; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI,** s. 428; **KILIÇOĞLU, Evren:** İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005, s. 135; Y.19.HD., 27.06.2018, E. 2017/1139, K. 2018/3651; “İİK'nun 45. maddesinin 1. fıkrası “Rehinle temin edilmiş alacağın borçlusunu iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir.” hükmü uyarınca davacı borcu rehinle temin etmiş olduğundan ilamsız icra yoluyla takip yapılamaz. Öncelikle rehine müracaat zorunluluğu vardır.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 11.03.2019).

³⁷ **BELGESAY, M. Reşit:** İcra ve İflas Hukuku, C: I Kısım II, Ekspres Matbaası, İstanbul 1945, 186; **GÜRDOĞAN, Burhan:** Türk-İsviçre İcra İflas Hukukunda Rehlin Paraya Çevrilmesi, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1977, s. 15; **TUNÇ-YÜCEL,** s. 101; **KAÇAK,** s.52; **KARSLI,** s. 427.

Önce rehne başvurma kuralına ilişkin hükmün lafzı incelendiğinde de görüleceği üzere söz konusu kural emredici mahiyette bir kuraldır³⁸. Söz konusu hüküm hem alacaklıya hem de borçluya yükümlülük yüklemektedir. Alacaklının önce rehne başvurma kuralına aykırı olacak şekilde diğer takip yollarına gitmesi halinde borçlu, süresiz şikâyet yoluyla rehni harici takipleri iptal ettirebilir³⁹.

³⁸ Önce rehne başvurma kuralının emredici mahiyette olduğuna ilişkin doktrinde tartışma mevcuttur. Önce rehne başvurma kuralının emredici mahiyette bir kural olduğu görüşünde olan yazarlar: **BELGESAY**, s. 186; **KURU, Baki**: İcra ve İflas Hukuku Şerhi, C: III, Ankara 1993, (**KURU, Şerh**), s. 841; **BUDAK, Ali Cem**: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2010, s. 12; **TUNÇ-YÜCEL**, s. 110; **PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 472; **KILIÇOĞLU**, s. 140; **KURU**, El Kitabı, s. 985; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 421; **KARSLI**, s. 427; **KURU**, İstinaf, s. 322; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 403, 404; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 428; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 311; **YILMAZ**, Şerh, s. 773. Önce rehne başvurma kuralının emredici mahiyette bir kural olmadığı görüşünde olan yazarlar: **ARAR, Kemal**: İcra ve İflas Usulleri, C:1, 1944, s. 97; **BERKİN, Necmeddin M.**: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul, s. 375; **BELGESAY, Mustafa Reşit**: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 1948, s. 364; **POSTACIOĞLU, İlhan E.**: Ödeme Emrine İtirazın Mahiyeti Üzerine Bir Deneme, İÜHF, C. 14, Y. 1948, S. 1-2, (s. 272-295) (**POSTACIOĞLU**, Ödeme Emrine İtiraz), s. 288; **ANSAY, Sabri Şakir**: Hukuk, İcra ve İflas Usulleri, 5. Baskı, Ankara 1960, s. 14; **GÜRDOĞAN, Burhan**: Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehni Paraya Çevrilmesi, 1967, s. 15; **CANSEL, Erol**: Türk Menkul Rehni Hukuku, C:1, Teslim Şartlı Menkul Rehni Hukuku, 1967, s. 22; **GÜRDOĞAN, Burhan**: İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, 1979, (**GÜRDOĞAN**, İpoteğin Paraya Çevrilmesi), s. 4; **POSTACIOĞLU, İlhan E.**: İcra Hukuku Esasları, 4. Baskı, İstanbul 1982, s. 552. Tartışmalar için bkz.; **MUŞUL**, s. 843, 844; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 286; Y.12.HD., 29.11.1994, E. 1994/15152, K. 1994/7868; “Merce kararının müddeti içinde temyizden tetkiki Borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye 24.11.1994 tarihinde gönderilmiş, olmakla okundu ve gereği görüldüğü düşünülürdü: KARAR: Borçlu hakkında düzenlenen takip talepten tahsilde tekrerr etmemesi kaydıyla genel haciz yoluna göre takip yapılmış ve borçluya 49 örnek ödeme emri tebliğ edilmiştir. Borçlu 29.6.1994 tarihli şikâyet dilekçesinde takip konusu borcun ipotekle temin edildiğini ve İİK. nun 45. maddesine göre ancak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılabileceğini bu nedenle takibin iptalini istemiştir. İİK. nun 45. maddesi buyurucu nitelikte bir hükümdür. Bu nedenle bu yöne dayalı şikâyetler süreye tabi değildir. Borçlunun şikâyetinin niteliği göz önüne alınarak mercice işin esasının incelenmesi gerekir. Duruşma açılarak ve talepten tahsilde kayıt da göz önüne alınarak taraflar arasında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla bir takip olup olmadığı, varsa takip edilen alacağın limit dışında kalan kısma ait bulunup bulunmadığı saptanıp sonuca göre karar verilmesi gerekirken 49 örnek ödeme emri tebliğ edildiği cihetle her türlü itirazın icra müdürlüğüne yapılacağından bahisle yazılı şekilde şikâyetin reddi isabetsizdir.” (www.kazanci.com.tr-Erişim tarihi: 10.03.2019).

³⁹ **KILIÇOĞLU**, s. 140; **AŞIK, İbrahim**: İcra Sözleşmeleri, Turhan, Ankara 2006, s. 139; **MUŞUL**, s. 844; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 472; **KURU**, El Kitabı, s. 986; **KARSLI**, s. 427; **KURU**, İstinaf, s. 322; **MUŞUL, Timuçin**: İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 257; **UYAR, Talih/ UYAR, Alper/ UYAR, Cüneyt**: İcra Hukukunda Şikâyet, Bilge Yayınevi, Ankara 2018, s. 302; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 429; **PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 311; **YILMAZ**, Şerh, s. 775. **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**’a göre memurun rehni varlığını fark etme ihtimali zayıftır. Bu nedenle **KURU/ARSLAN/YILMAZ**’ın kurala aykırılık halinde icra müdürünün bu hususu re’sen nazara alacağı görüşüne katılmamaktadır. (**YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 287, 288); Y.12.HD., 02.03.2010, E. 2009/22695, K. 2010/4661; “Ancak, İİK. nun 45. maddesine aykırı davranıldığı iddiası, İİK. nun 16.maddesi kapsamında şikâyet niteliğinde olup, kamu düzeni ile ilgilidir ve aynı maddenin 2.fıkrası

Alacaklıya bazı hallerde borçlu aleyhinde ilk önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmaksızın doğrudan haciz ya da iflas yollarından birine başvurma imkânı tanınmıştır. Rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapma zorunluluğunun dört istisnası bulunmaktadır. Bu kapsamda İİK m. 45/2 uyarınca Sermaye Piyasası Kanunu'nda⁴⁰ (SPK m. 38/A) tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan ve rehinle temin edilmiş alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın rehinle temin ettiği alacaklarının takibinde genel haciz yolu ile de takip yapılabilir⁴¹. İİK m. 45/3; m. 167/1 uyarınca alacağı aynı zamanda kambiyo senedine bağlı olan alacaklı, alacak rehinle temin edilmiş olsa dahi kambiyo senedine dayalı olarak da takip başlatılabilir⁴². Yargıtay da alacağın kambiyo senedine bağlı olması halinde, tahsilde mükerrerlik olmamak kaydıyla, aynı anda hem rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip hem de kambiyo senetlerine mahsus takibin başlatılabileceği görüşündedir⁴³. Ancak

uyarınca süreye tabi olmadığından, mahkemece anılan şikayetin süre yönünden reddine karar verilmesi isabetsizdir.”; Y.12.HD., 29.11.1994, 1994/15152, K. 1994/15168; “Borçlu takip konusu borcun ipotekle temin edildiğini ve ancak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılabileceğini bu nedenle takibin iptalini istemiştir. İİK. nun 45. maddesi buyurucu nitelikte bir hükümdür. Bu nedenle bu yöne dayalı şikayetler süreye tabi değildir. Borçlunun şikayetinin niteliği göz önüne alınarak mercice işin esasının incelenmesi gerekir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 11.03.2019).

⁴⁰ RG, T: 30.12.2012, S: 28513.

⁴¹ **OSKAY, Mustafa:** İpoteğin Paraya Çevrilmesi İcra ve İflas Kanunu'nun 45. Maddesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, Y:67, S: 4, Güz 2009, (s.97-99), s. 97; Y.13.HD., 01.06.2017, E. 2016/18921, K. 2017/6782; “Dava konusu uyumsuzluk konut kredisi sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, kredi borcu ipotek ile teminat altına alınmıştır. Davalının, kredi borcunu ödememesi üzerine davacı banka tarafından hesabı kat edilerek davalı hakkında aynı tarihte hem ilamsız icra takibi hem de ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılmış ve bunun üzerine davalı tarafından ilamsız icra takibine itiraz edilmiştir. İİK'nun 45. maddesi uyarınca, rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir ve rehin tutarı borcu ödemeye yetmezse alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yolu ile takip edebilir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında konut kredileri için farklı bir düzenleme getirilmiş olup, konut finansmanından kaynaklanan rehinle temin edilmiş alacakların takibinde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir veya haciz yoluna başvurulabilir. Böylece, İİK'nun 45/2 maddesi ile konut kredisi borcunun ödenmemesi halinde alacaklı ipotekle temin edilmiş olsa bile ilamsız icra takibi yolu ile de takip yapabilecek olup, alacaklıya başvuracağı takip yolu bakımından bir tercih hakkı getirilmektedir. Söz konusu madde değişikliğine ilişkin gerekçede de belirtildiği üzere alacaklı yalnızca rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvuracağı gibi, bu yolun seçilmesi halinde kalan miktar için genel takip yoluna da başvurabilir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 12.03.2019).

⁴² **KURU**, Şerh, s. 841; **ŞENER**, s.178-179; **AKTEPE, Sezin:** İpoteğin Alacağına Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y:6, S:12, Güz 2007/2, (s.177-193), s. 184; **OSKAY**, s. 97, 98; **MUŞUL**, s. 846; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 429; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 473; **KURU**, El Kitabı, s. 986; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 421; **KARSLI**, s. 427; **KURU**, İstinaf, s. 323; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 404; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 311; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 287; Y.19.HD., 26.01.2016, E. 2015/14196, K. 2016/851; “İİK'nun 45. maddesi yollamasıyla aynı yasanın 167. maddesi uyarınca alacağın ipotekle teminat altına alınması, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip yapılmasına engel teşkil etmeyeceğinden, kambiyo senedine dayalı alacak için ipotek verilmiş olsa dahi ihtiyati haciz kararı verilebileceği, [...] (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 12.03.2019).

⁴³ Y.12.HD., 28.11.1994, E. 1994/14993, K. 15124; “Alacaklı ipotek belgesine dayanarak borçluyu ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip etmiştir. İİK. nun 45 ve 167. maddeleri uyarınca ayrıca alacak için çek, poliçe emre muharrer senet verilmişse bunlara özgü yolla da takip yapılabilir. Önemli olan tahsilde tekerrür olmaması olayıdır. Mercice bu duruma rağmen aynı alacak için mükerrer iki

Yargıtay son tarihli kararlarında alacaklı tarafından önce rehin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılmış ise, daha sonradan kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla yeni bir takip başlatılmayacağı ve alacaklının rehin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatarak tercihinin yaptığı görüşündedir⁴⁴. İİK m. 45/4 ve TMK m. 875 uyarınca ipotekle temin edilmiş olan faiz ve yıllık taksit alacakları için de rehin alacaklısı haciz veya iflas yoluyla takip yapabilir⁴⁵. Son istisna ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda⁴⁶ düzenlenmiştir. TTK m. 1378 uyarınca gemi üzerinde akdi ve kanuni rehin hakkı olan alacaklı önce rehin paraya çevrilmesi yoluna başvurmadan iflas yolu ile takip başlatabilir⁴⁷.

takip olduğundan bahis ile ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının temyiz edildiği anlaşılduktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, rehin ve ipotekle temin edilmiş alacaklarla ilgili takip hakkında düzenleme getiren İİK'nun 45. maddesinde, izlenecek yol maddenin 1. fıkrasında vurgulanmış, 2. fıkrasında ise poliçe ve emre muharrer senetler hakkındaki 167. madde hükmünün saklı olduğu belirtilmiştir. Anılan 167. maddede de alacağı çek, poliçe veya emre muharrer senede müstenit olan alacaklının, alacak rehinle temin edilmiş olsa bile bu bölümdeki hususi usullere göre haciz yoluyla veya borçlu iflasa tabi şahıslardan ise iflas yoluyla takipte bulunabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı alacak için değişik takip yollarına başvurulmasında Yasal bir engel mevcut değildir. Asıl olan tahsilde tekrür olmamasının sağlanması olduğuna göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken; önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." (www.kazancı.com.tr- Erişim tarihi: 11.03.2019).

⁴⁴ Y. 12. HD, 07.07.2020, E. 2019/14054, K. 2020/6438; "Her ne kadar yukarıda anılan kanun hükümleri uyarınca borç ipotek ile temin edilmiş olsa bile elinde kambiyo senedi bulunan alacaklı, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapabilirse de somut olayda öncelikle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçildiğinden alacaklı tercih hakkını bu takip türünden yana kullanmış olup aynı borca ilişkin olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapamaz. Bu durumda İİK'nun 45/1 hükmü uyarınca rehin paraya çevrilmesi yolu ile takip sonucunda rehin tutarı borcu ödemeye yetmez ise alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yolu ile takip edebilir. Bu husus kamu düzeni ile ilgili olup süresiz şikayete tabidir."(www.sinerjimevzuat.com.tr- Erişim Tarihi: 26.03.2021). Y. 12. HD, 19.11.2020, E. 2020/2292, K. 2020/10037; "İİK'nun 45. maddesinde rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusunun iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklının yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileceği, poliçe ve emre muharrer senetlerle çekler hakkındaki 167 nci madde hükmü mahfuz olduğu, aynı kanunun 167. maddesinde ise alacağı çek, poliçe veya emre muharrer senede müstenit olan alacaklının, alacak rehinle temin edilmiş olsa bile kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte bulunabileceği düzenlenmiştir ... Her ne kadar yukarıda anılan kanun hükümleri uyarınca borç ipotek ile temin edilmiş olsa bile elinde kambiyo senedi bulunan alacaklı, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapabilirse de öncelikle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçildiğinden alacaklı tercih hakkını bu takip türünden yana kullanmış olup aynı borca ilişkin olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapamaz. Bu durumda İİK'nun 45/1 hükmü uyarınca rehin paraya çevrilmesi yolu ile takip sonucunda rehin tutarı borcu ödemeye yetmez ise alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yolu ile takip edebilir. Bu husus kamu düzeni ile ilgili olup süresiz şikayete tabidir." (www.sinerjimevzuat.com.tr- Erişim Tarihi: 26.03.2021).

⁴⁵ OSKAY, s. 98.

⁴⁶ RG, T: 14.02.2011, S: 27846.

⁴⁷ ŞENER, s. 180, 181; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 474; KURU, El Kitabı, s. 987; KARSLI, s. 427; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 404; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 312; ARS-

B. Rehin Paraya Çevrilmesi Yoluna İlişkin Takipte Takibin Tarafları, Yetki, Görev ve Takibin Kapsamı ile Usulü

1. Rehin Paraya Çevrilmesi Yoluna İlişkin Takipte Takibin Tarafları ile Yetki ve Görev

İpoteğin paraya çevrilmesine ilişkin takipte, takibin alacaklısı ve borçlusu genel olarak tapuda resmi şekilde yapılan ipotek sözleşmesinin taraflarıdır⁴⁸. Ancak, ipotek alacağına bağlı fer'i bir haktır ve alacağın temlik ile borcun nakli sözleşmelerinin tapuda tutulan ipotek sözleşmesinde değişiklik yapılmasını gerektirmemesi sebebiyle bazı durumlarda ipotek akit tablosunda ve tapu kütüğünde görünen kişiler ile ipotekle güvence altına alınmış borcun gerçek alacaklısı ile borçlusunun farklı kişiler olması da söz konusu olabilmektedir⁴⁹. Bu durumda İİK m. 148'e yapılan yollama ile İİK m. 58/4 uyarınca takip talebine ipotek akit tablosu ile birlikte alacağın devredildiğine dair temlik sözleşmesinin de eklenmesi gerekmektedir⁵⁰.

Bazı hallerde ise ipotekli taşınmaz, üzerindeki ipotek ve tüm borçları ile devralınmaktadır. Bu durumda devralan kişilere karşı da takip yapılır ve takip talebinde eski malik ile birlikte yeni malike de yer verilir. Çünkü, alacaklı ve borçlu tarafta takip arkadaşlığı söz konusudur⁵¹. TMK m. 887 uyarınca taşınmaz malikine karşı ödeme isteğinin aynı zamanda borçluya karşı da yöneltilmesi zorunludur. İİK m. 45 müteselsil kefiller için uygulanmadığından dolayı eğer alacak için müteselsil kefil varsa; müteselsil kefiller için de tahsilde mükerrerlik olmamak kaydıyla, haciz yoluyla takip başlatılabilir. Üçüncü bir kişi hem asıl borç için ipotek vermiş hem de asıl borca müteselsil kefil olmuşsa; böyle bir durumda tah-

LAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/ HANAĞASI, s. 429; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 288.

⁴⁸ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 210, 211; MUŞUL, s. 845, 846; PEKCANITEZ/ATALAY/ SINGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 481; KURU, El Kitabı, s. 997, 998; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 425; KARSLI, s. 430; KURU, İstinaf, s. 328,329; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 407; PEKCANITEZ/ATALAY/SINGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 318; YILMAZ, Şerh, s. 783; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 291.

⁴⁹ AKINTÜRK, s. 787; BUDAK, s. 95;ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 432; TUNÇ-YÜCEL, s. 176; AYBAY/HATEMİ, s. 285, 286; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1098,1099; SİRMEN, s. 645.

⁵⁰ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 209; BUDAK, s. 98; MUŞUL, s. 865; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 432; PEKCANITEZ/ATALAY/SINGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 481; KURU, El Kitabı, s. 997; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 425; KARSLI, s. 431; KURU, İstinaf, s. 328; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 407; PEKCANITEZ/ATALAY/SINGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 320; YILMAZ, Şerh, s. 782, 783; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 291.

⁵¹ PEKCANITEZ, Hakan: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu İle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, S. 33, Ankara 2000, (s. 40-58), s. 46; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s. 666,667; OSKAY, Mustafa/KOÇAK, Coşkun/DEYNEKLİ, Adnan/DOĞAN, Ayhan: İİK Şerhi, 3. Cilt, Ankara 2007, s. 3646, 3647; BUDAK, s. 120; MUŞUL, s. 851; PEKCANITEZ/ATALAY/SINGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 480; KURU, El Kitabı, s. 998; KARSLI, s. 431; KURU, İstinaf, s. 328; PEKCANITEZ/ATALAY/SINGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 317; YILMAZ, Şerh, s. 783; Y.12.HD., 14.02.2006, E. 2005/25851, K. 2006/2389; "İcra takibinin dayanağı ipotek akit tablosunun incelenmesinde, rehin veren şikayetçinin kredi borçlusunun bankaya olan borçlarının teminatı olarak taşınmazı ipotek ettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle aralarında zorunlu takip arkadaşlığı olan borçlu ile rehin veren hakkında birlikte takip yapılmalıdır." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 11.03.2019).

silde mükerrerlik olmamak kaydıyla, hem ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip hem de haciz yoluyla takip aynı anda başlatılabilir⁵².

Alacaklının alacağını bir üçüncü kişiye devretmesi halinde, alacağı devralan üçüncü kişi de ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatabilir. Çünkü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁵³ m. 189 uyarınca alacağa bağlı bir hak olan ipotek de alacakla birlikte üçüncü kişiye geçer. İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe konu borç, TBK m. 198/1 uyarınca borcun nakli sözleşmesine konu oldu ise; fer'i bir hak olan ipotek de alacakla birlikte borcun nakledildiği üçüncü kişiye geçecektir. Bu durumda ipotek veren kişi, üçüncü kişi lehine borcu teminat altına almış kişi sayılır⁵⁴.

İcra ve İflas Kanunu m. 148 uyarınca ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte İİK m. 50 uyarınca genel yetki kuralları geçerlidir. Öyleyse, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki⁵⁵ yetki kuralları uygulanacaktır⁵⁶. Ayrıca taşınmazın bulunduğu yer icra dairesinde de takip başlatılabilir. İpoteğin paraya çevrilmesine ilişkin takip ilamlı takip şeklinde yapılıyorsa; bu durumda Türkiye Cumhuri-

⁵² MUŞUL, s. 845; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 472, 473; KURU, El Kitabı, s. 989; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 404; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 311; Y.11.HD., 02.04.2002, E. 2002/10698, K. 2003/3033; "İpotekle temin edilmiş alacaklar için kural olarak adi takip yoluna gidilemez. Ancak davahalar, genel kredi sözleşmelerini, müteselsil borçlu ve müteselsil kefil olarak imzaladıklarına göre, b.k.nun 487/1. Maddesi gereğince alacaklı, asıl borçluya müraacaat ve rehni nakte tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhine takibat yapabilir." (www.kazancı.com.tr-Erişim tarihi: 10.03.2019).

⁵³ RG, T: 04.02.2011, S: 27836.

⁵⁴ UYAR, s. 513; AKINTÜRK, s. 788; TUNÇ-YÜCEL, s. 172; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1098; SİRMEN, s. 645; Y.11.HD., 15.05.2017, E. 2015/15623, K. 2017/2907; "Davalı banka ile dava dışı arasında imzalanan genel kredi sözleşmesi kapsamında bu sözleşmenin müş-terek borçlusu ve müteselsil kefil olan taraftan taşınmazın ipotek verilmesi nedeniyle söz konusu genel kredi sözleşmesi hükümleri çerçevesinde banka lehine tesis edilen ipoteğin ilişkin olduğu taşınmazın sigorta ettirilmesi nedeniyle oluşan sigorta primlerini ödeme borcunun asıl kredi borçlusu olan dava dışı şirkete ait olduğu sözleşme içeriğinden ve taraflar arasında daha önce görülen sayılı kararından anlaşılmaktadır. Anılan sözleşmeye dayalı olarak davacı Abdüssamed Uçar'a ait taşınmaz üzerine konulan ipoteğin kaldırılması için davacı şirketin kendi ihtiyarı ile dava dışı şirketin davalı bankaya olan kredi borcunu ödemesi o tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 174. maddesinde düzenlenen borcun nakli mahiyetinde olup [...]" (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 12.03.2019).

⁵⁵ RG, T: 04.02.201, S: 27836.

⁵⁶ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 198; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 3609; MUŞUL, s. 857; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 432; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 481; KURU, El Kitabı, s. 999; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 425; KARSLI, s. 431; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 407; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 317; YILMAZ, Şerh, s. 781; Y.11.HD., 22.11.2017, E. 2016/3107, K. 2017/6442; "Mahkemeye, iddia, savunma, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre; ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takiplerde yetkili icra dairesinin ilamsız takiplerdeki yetkili icra dairesi gibi ya davalının ikametgahı yada taşınmazın bulunduğu yer icra dairesi olduğu, davalının ikametgahının... olduğu, ipoteğe konu taşınmazın... İlçesi,... Mahallesi 229 pafta, 2197 ada, 304 parsel zemin kat 4 nolu bağımsız bölümün de..... kain olduğu... icra dairelerinin yetkili olmadığı gerekçesiyle yetkili yer icra dairesinde takip başlatılmaması sebebiyle davanın reddine karar verilmiştir. [...] hükmün ONANMASINA [...]" (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 12.03.2019).

yeti içerisindeki tüm icra müdürlüklerinde takip başlatılabilir⁵⁷. Taraflar HMK m. 17 ve 18'de yer alan şartların sağlanması halinde, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe ilişkin yetki sözleşmesi yapılabilir. Eğer, yapılan yetki sözleşmesi geçerli ise yetki sözleşmesinde belirtilen yerdeki icra müdürlüğünde de takip başlatılabilir. Ancak, taraflar yapacakları sözleşme ile genel yetki kuralı uyarınca yetkili olan icra müdürlüğüne yetkisiz kılamaz⁵⁸.

2. Rehinin Paraya Çevrilmesi Yoluna İlişkin Takipte, Takibin Kapsamı ve Usulü

İpotek alacaklısının, alacağın ödenmemesi halinde ipoteğin paraya çevrilmesi neticesinde elde edilecek miktardan alacağının karşılanması isteyebileceği alacaklar toplamı ipoteğin alacak bakımından kapsamını sağlar. İpotenin paraya çevrilmesine ilişkin takibe başlayabilmek için öncelikle tarafların arasında bir rehin sözleşmesinin bulunması gerekmektedir. Borçlu eğer borcunu süresi içerisinde ödememezse; rehin hakkı sahibi olan alacaklı, rehin paraya çevrilmesi yolu ile takip yoluna başlayarak rehinli taşınmazın satılmasını talep edebilir. Alacaklı ayrıca satış neticesinde elde edilen bedelin kendisine ödenmesini ister. Ancak alacaklı, alacağı ödenmediğinden rehinli malın kendisine verilmesini talep edemez. Böyle sözleşmeler geçersizdir⁵⁹.

Türk Medeni Kanunu m. 863 uyarınca kiraya verilmiş bir taşınmaz üzerinde kurulan rehin hakkının kapsamına; borçluya karşı rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanmasından ya da borçlunun iflasının ilanından itibaren bu taşınmaza ait işleyen kira bedelleri de girmektedir. İİK m. 150/b hükmü gereğince alacaklının talebi ile rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibin başlatılması ile birlikte icra müdürü, takibin kesinleşmesini beklemeyen kiracıyı başlatılan takipten haberdar eder ve bildirimden itibaren kiralara icra müdürlüğüne yatırmasını söyler⁶⁰.

⁵⁷ POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 666, 667; Karşı görüş BUDAK, s. 134; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 435; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s. 662.

⁵⁸ ŞENER, s. 222; BUDAK, s. 134; KILIÇOĞLU, s. 156,157; Y. 12. HD, 18.04.1990, E. 1989/11775, K. 1990/4609; "İİK'nun 148. maddesine göre taşınmaz ipotek alacaklısı yetkili veya gayrimenkulün bulunduğu yer icra dairesine takip talebinde bulunabilir. Bunun dışında yapılan özel yetki sözleşmesi genel yetki kuralını ortadan kaldırmaz." (www.sinerjimevzuat.com.tr- Erişim Tarihi: 26.03.2021).

⁵⁹ AKINTÜRK, s. 753; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 475; KURU, El Kitabı, s. 990; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 422; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1087; KARSLI, s. 428, 429; KURU, İstinaf, s. 324; ARSLAN/YILMAZ/ TAŞPINAR-AYVAZ, s. 403; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 313; YILMAZ, Şerh, s. 775; SİRMEN, s. 633.

⁶⁰ GÜRDOĞAN, s. 61; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 215; KAYAK, s. 574; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 3666; GENÇCAN, s. 4419; TUNÇ-YÜCEL, s. 189; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 681; MUŞUL, s. 867; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 433; SÜPHANDAĞ, EL Kitabı, s. 706, 707; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 482; KURU, El Kitabı, s. 999; KURU/ARSLAN/ YILMAZ, s. 425; KARSLI, s. 431; KURU, İstinaf, s. 329; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 407; YILMAZ, Şerh, s. 807; Y.12.HD., 13.11.2018, E. 2017/8062, K. 2018/11376; "İİK'nun 150/b maddesi; "Rehin, kiraya verilmiş bir taşınmaz ise icra memuru, alacaklının talebi üzerine takibin kesinleşmesini beklemeyen kiracıları da takipten haberdar eder ve işleyecek kiralara icra dairesine ödenmesini emreder" hükmünü içermektedir. Bu hüküm uyarınca kiracının, kendisine tebligat yapılmadan önce kira bedelini mal sahibine (borçluya) ödediğini bildirmesi üzerine ortaya çıkan uyumsuzluğun icra mahkemesince çözümlenmesi gerekir."; Y.12.HD., 07.05.2018, E. 2018/8763, K. 2018/4296; "Rehnedilen kiraya verilmiş bir taşınmaz ise, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip tarihinden itibaren kira bedelleri de rehin kapsamına girer (TMK 863/1). Ancak, bahse

İcra ve İflas Kanunu m. 148'in İİK m. 58'e atfına istinaden ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin takipte, takip talebi ve takip talebinin içeriği genel haciz yoluyla aynıdır⁶¹. Eğer, faiz ve takip giderleri hesaplanarak bulunacak alacak miktarı, üst sınır ipoteğindeki ipotek sınırını aşıyorsa; alacaklı takip talebinde sadece ipotek sınırı içinde kalan alacağın miktarını talep edebilir. Ayrıca, takip tarihinden itibaren faiz de isteyemez. Böyle bir durumda alacaklı, üst sınır ipoteğinde üst sınırı aşan alacağı için genel haciz veya iflas yoluna başvurabilir⁶².

C. Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolunda Takip Yolları

1. İlamlı İcra Takibi

İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip, tıpkı diğer takip yollarında olduğu gibi yetkili icra müdürlüğüne verilecek bir takip talebi ile başlar. İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takibe başvurulabilecek haller çeşitlidir. İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip başlatılabilecek hallerden birincisi; alacaklının alacağının ya da ipotek hakkının, bir ilam ya da ilam niteliğindeki belge ile tespit edilmiş olmasıdır. Böyle bir durumda alacaklı İİK m. 150/h'ye istinaden rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapabilir⁶³. İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip başlatılabilecek ikinci hal; ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız bir borç ikrarını içermesidir. Böyle bir durumda alacaklı ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip başlatılabilecek ve icra müdürlüğü de İİK m. 149'a istinaden borçluya bir icra emri gönderecektir⁶⁴.

konu rehin hakkı, takipten sonra kiracıya bildirilmedikçe kira bedellerinin ödenmesinden kiracının sorumlu tutulması mümkün değildir (TMK 863/2, İİK 150/b-1.cümle). Kiracı, takipten haberdar edildikten sonra kira bedellerini icra dairesine yatırmak zorunda olup aksi halde icra dairesine yatırmadığı kira borcundan malvarlığı ile sorumlu tutulur (İİK 150/b-son cümle, İİK 356).” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 12.03.2019).

⁶¹ KURU, Şerh, s. 2380; UYAR, **Talih**: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C: III, Manisa 2006, (UYAR, Şerh), s. 3766; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 3609; MUŞUL, s. 863; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 432; PEKCANİTEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 481; KURU, El Kitabı, s. 995; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 422; KARSLI, s. 430; KURU, İstinaf, s. 327; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 405; PEKCANİTEZ/ ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 318.

⁶² Y.23.HD., 14.04.2015, E. 2014/9890, K. 2015/2563; “Öte yandan, üst sınır ipoteğinde limit fazlası alacak için alacaklı tarafından ayrıca takip yapılarak haciz konulmadığı sürece, üst sınır limitinden fazla pay ayrılmaz. Diğer anlatımla, üst sınırı aşan alacaklar, teminattan faydalanmazlar ve adi alacak olarak kalırlar. (Yargıtay 19. H.D.'nin 29.03.2001 tarih ve 1115 E., 2301 K; 14.02.2002 tarih ve 7426 E., 1131 K. sayılı sayılı ilamları bu yöndedir. Ayrıca Bkz. Prof. Dr. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, El Kitabı, 2. Baskı, 2013, sh. 988) Yargıtay 19. H.D.'nin 10.11.2005 tarih ve 5720 E., 11011 K; 27.01.2006 tarih ve 9141 E., 581 K. sayılı ilamlarında da açıklandığı üzere, üst sınır ipotek limitine kadar olan alacak ve fer'ileri toplamı için ayrı bir takibe ve hacze gerek bulunmamaktadır.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 12.03.2019).

⁶³ UYAR, Takip Talebi, s. 1501; BUDAK, s. 151; ŞENER, s. 231; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 484; KURU, El Kitabı, s. 1008; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 428; KARSLI, s. 432; KURU, İstinaf, s. 332; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 409; PEKCANİTEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 320; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 293.

⁶⁴ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 211; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 3612, 3613; BUDAK, s. 151; TUNÇ-YÜCEL, s. 265; KAÇAK, s. 292; ŞENER, s. 23, 24. MUŞUL, s. 871; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s. 681; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞAZI, s. 435; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES,

Alacaklının elinde bir ilam ya da ilam niteliğinde belge bulunmadığı veya ipotek akit tablosunun da kayıtsız şartsız bir borç ikrarını içermediği durumlarda İİK m. 150/1' ya istinaden borçluya icra emri gönderilmesi mümkündür⁶⁵. Bu şekilde bir ilamlı icra takibi başlatılabilmesi için alacaklının alacağının, cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli bir nakdi veya gayri nakdi krediden kaynaklanıyor olması; alacaklının krediyi kullanan kişiye hesap kesilmesine veya kısa, orta, uzun vadeli kredi hesabının muaccel kılınmasına ilişkin bir hesap özeti, tazmin talebi ya da ödeme ihtarını noter kanalıyla göndermiş olması; bu kredi alacağının da bir üst sınır ipoteği ile güvence altına alınmış olması gerekir⁶⁶.

Rehin alacaklısının icra müdürlüğüne sunduğu takip talebi üzerine icra müdürlüğü, borçluya ve varsa rehin konusu malın maliki üçüncü kişiye İİK m. 32 uyarınca bir icra emri gönderir. İcra emri ile borçluya eğer icra emrinin tebliği tarihten itibaren yedi gün içerisinde borcunu ödemez veya icranın geri bırakılmasına ilişkin icra mahkemesinden bir karar getirmezse, rehinli malın satılacağı hususu ihtar edilir. İcra emrinin borçluya tebliği edilmesinden sonra borçlu süresi içerisinde kendisine ihtar edilen hususlarda bir işlem yapmazsa; alacaklı, taşınmazın bir yıl içerisinde satılmasını talep edebilir⁶⁷.

s. 485; **KURU**, El Kitabı, s. 1009; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 429; **KARSLI**, s. 433; **KURU**, İstinaf, s. 333; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 410; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 320; **YILMAZ**, Şerh, s. 781; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 294; Y.12.HD., 06.12.2018, E. 2018/11991, K. 2018/13035; “İİK'nun 149. maddesi gereğince; icra memuru, ibraz edilen akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva ettiğini ve alacağın muaccel olduğunu anlarsa, borçluya ve taşınmaz üçüncü şahıs tarafından rehnedilmiş veya taşınmazın mülkiyeti üçüncü şahsa geçmişse ayrıca bunlara birer icra emri gönderir. Anılan maddede sözü edilen bu husus, aralarında zorunlu takip arkadaşlığı olan borçlu ile rehin veren üçüncü kişi hakkında birlikte takip yapılmasını gerektirir. Türk Medeni Kanunu'nun 887. maddesi gereğince; ipotekli taşınmazın maliki borçtan şahsen sorumlu değil ise de, alacaklının ödeme isteminin ona karşı etkili olması, bu istemin hem borçluya hem kendisine karşı yapılmış olmasına bağlıdır.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 12.03.2019).

⁶⁵ **OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN**, s. 3647; **BUDAK**, s. 151; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 486 vd.; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 435; **SÜPHANDAĞ**, El Kitabı, s. 730; **KURU**, El Kitabı, s. 1013; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 430; **KARSLI**, s. 433 vd.; **KURU**, İstinaf, s. 335; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 411; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 321,322; **YILMAZ**, Şerh, s. 820; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 295. Ancak alacağın tüketicici kredisinden kaynaklanması halinde, borçlunun temerrüde düşüp düşmediği, alacağın muaccel olup olmadığı, ne miktarının tahsil edilebilir olduğu faiz miktar ve oranlarının tespiti, tüketicici yasası koşullarında yargılama yapılmasını gerektirir; Y.12.HD., 12.07.2011, E. 2011/220, K. 2011/15509; “Somut olayda, Konut Finansmanı Sözleşmesi kapsamında alınan limit ipoteğine dayalı olarak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe geçilip borçluya İİK.nun 150/1 maddesi kapsamında icra emri gönderilmiştir. Borçlu ihtarnamenin kendisine tebliği edilmediğini belirtip, %20, 59 faiz istemi ve borca itiraz etmiş, takibin iptalini istemiştir. Yukarıda açıklandığı üzere alacağın varlığı ve miktarı 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında yargılama yapılmasını zorunlu kıldığından mahkemece takibin iptaline karar verilmesi gerekirken dar yetkili icra mahkemesinde tüketicici yasası koşulları tartışılarak yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 12.03.2019).

⁶⁶ **TUNÇ-YÜCEL**, s. 265, **KAÇAK**, s. 292; **KARSLI**, s. 720; **UYAR**, Takip Talebi, s.1501.

⁶⁷ **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 490; **SÜPHANDAĞ**, **Yavuz**: Taşınmaz Satışında Uygulamalar, Ankara 2013, s. 240; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 429; **KARSLI**, s. 433; **KURU**, İstinaf, s. 336; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 411; **SÜPHANDAĞ**, El Kitabı, s. 718; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 437; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 324; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 297; **RUHİ**, **Canan/RUHİ**, **Ahmet Cemal**: İcra ve İflas Hu-

2. İlamsız İcra Takibi

Alacaklı tıpkı ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip usulünde olduğu gibi, bir takip talebini yetkili icra müdürlüğüne vererek ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız icra takibi de başlatılabilir. İcra müdürlüğü, alacaklının takip talebi üzerine öncelikle takibe konu olan alacağın bir ipotek ile teminat altına alınmış olup olmadığına bakmakla yükümlüdür⁶⁸. İcra müdürlüğünün, alacağın bir ipotek ile teminat altına alınmamış olduğunu tespit etmesi halinde takip talebini reddetmesi gerekir. Çünkü böyle bir durumda takibe, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip olarak devam edilemez. Ayrıca icra müdürlüğü sadece takip başlatılırken değil, takibin her aşamasında bu hususu tetkik etmekle mükelleftir. Takibe devam edilmesi halinde ise kuralın emredici mahiyette olmasından dolayı borçlunun süresiz şikâyet hakkı vardır⁶⁹.

İpotek akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcunu teminat altına almayı içermediği, ipoteğin ilerde kullanılması muhtemel bir krediye, cari hesap sözleşmesine veya benzer nitelikteki sözleşmelerin teminatı olarak üst sınır ipoteği şeklinde kurulmuş olması durumunda başlatılacak olan takip, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip yoludur⁷⁰. Üst sınır ipoteğinin bulunduğu durumlarda, ipotek akit tablosundan borcun miktarının tam olarak tespit edilmesi mümkün değildir⁷¹. Bu takip yolunda alacaklı, takip talebine ipotek akit tablosunun yanında alacağını ispat eder mahiyetteki her türlü sözleşme ve mak-

kukuna Göre İhale, İhalenin Yapılması, İhalenin Feshi, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 48; Y.12.HD., 28.09.2017, E. 2017/55, K. 2017/11671; “Öte yandan, icra emrinin tebliğ tarihi itibarıyla uygulanması gereken İİK.nun 150/e maddesi gereğince, “Alacaklı, taşınır rehnin satışını ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren nihayet bir sene içinde, taşınmaz rehnin satışını da aynı tarihten itibaren nihayet iki sene içinde isteyebilir. Satış yukarıdaki fıkrada gösterilen müddetler içinde istenmez veya talep geri alınıp da bu müddetler içinde yenilenmezse takip düşer.” Somut olayda ise anılan borçlunun takipten önce vefat ettiği öğrenildiğinde, yukarıda anlatılan şekilde işlem yapılması ve mirisin mirasçılara icra emri tebliği gerekirken, sadece kıymet takdir raporunun tebliği ile yetinilmiş olduğu görülmektedir. Yapılan tebliğ işleminin icra emri tebliğ işleminin yerine geçemeyeceği ve buna bağlı olarak da satış isteme süresinin başlamayacağı değerlendirilerek, icra müdürlüğünün verdiği satış isteme süresinin düşmesi kararının yerinde olmadığı anlaşılmaktadır.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 12.03.2019).

⁶⁸ GÜRDOĞAN, s. 62; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 211; BUDAK, s. 179; KAÇAK, s. 602.

⁶⁹ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1009, 1010; GÜRDOĞAN, s. 62; MUŞUL, s. 881; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 211; TUNÇ-YÜCEL, s. 201.

⁷⁰ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1010; ÖĞÜTÇÜ, A. Tahir/DOĞRUSÖZ, Edip: Rehin Hukuku, Ulucan Matbaası, Ankara 1982, s. 63; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 212; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/ DOĞAN, s. 3646; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 478, 479; KURU, El Kitabı, s. 991; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 424, 425; KARSLI, s. 430; MUŞUL, s. 879; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s. 697; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 432; KURU, İstinaf, s. 328; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 407; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 316; YILMAZ, Şerh, s. 780, 781; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 291.

⁷¹ GÜRDOĞAN, s. 62; KUNTALP, Erden: Ana Para ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı, Ankara 1989, (KUNTALP, Üst Sınır İpoteği), s. 24; AKINTÜRK, s. 760; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 478; KURU, El Kitabı, s. 996; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1029; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 316; YILMAZ, Şerh, s. 780; SİRMEN, s. 593.

buzu da eklemelidir. Ayrıca ödeme emri ile birlikte bu sunulan belgelerin de birer onaylı suretlerinin borçluya gönderilmesi gerekmektedir⁷².

Borçlu ya da borçlunun borcuna teminat olarak taşınmazını alacaklı lehine ipotek tesis etmiş üçüncü kişi, ödeme emrinin tebliğ edildiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde, takip konusu alacağa, dilekçe ile yazılı ya da sözlü olarak İİK m. 150 uyarınca kısmen veya tamamen itiraz edebilir. İtirazın usulüne uygun olarak yapılması halinde takip olduğu yerde durur⁷³. İtirazın usulü ise İİK m. 62-72’de düzenlenen genel haciz yolundaki ile aynıdır.

Borçlu ya da borçlunun borcuna teminat olarak taşınmazını ipotek ettiren üçüncü kişi, ipotek hakkı resmi bir senet ile tespit edildiğinden dolayı ipotek hakkının varlığına itiraz edemez. Çünkü tapu kütüğüne ipotek hakkının tescil edilmiş olması, TMK m. 922 uyarınca ipotek hakkının varlığına dair bir kesin karine teşkil eder⁷⁴. Borçlu veya üçüncü kişi bu karineyi ancak menfi tespit davası açarak çürütebilir. Takibin durması ipotegün geçersiz olması sebebiyle değil, alacağın ya tamamen ya da kısmen olmasından kaynaklanmaktadır. İpotek ile teminat altına alınmış alacak aynı hak olduğundan dolayı asla zamanaşımına uğramaz. Bu nedenle borçlu veya üçüncü kişinin zamanaşımını ileri sürmesi de söz konusu değildir⁷⁵.

⁷² GÜRDOĞAN, s. 63; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 481; KURU, El Kitabı, s. 999; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 425; KARSLI, s. 431; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 318; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 432.

⁷³ UYAR, Talih: İpoteğin İllamsız Takip Yolu ile Paraya Çevrilmesinde Takibin Kesinleşmesi, Manisa Barosu Dergisi 1992, (UYAR, Takibin Kesinleşmesi), s. 42; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 213; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 3653; MUŞUL, s. 881; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 433; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s. 699; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 482; KURU, El Kitabı, s. 1002; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 426; KARSLI, s. 431; KURU, İstinaf, s. 330; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 408; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 318; YILMAZ, Şerh, s. 802; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 292; Y.19.HD., 02.10.2018, E. 2017/3782, K. 2018/4678; “Davalı... vekili, icra takibine konu borcun kooperatife kullandırılan krediden kaynaklandığını, kooperatif taşınmazı üzerinde ipotek tesis edildiğini, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip başlatılmış olduğunu, ipoteğin borcu karşılamaması halinde kooperatif üyeleri hakkında işlem yapılabileceğini, bankanın kötüniyetli olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir. [...]Dava itirazın iptali davası olup icra takibine sıkıya bağlı dava türlerindedir. İtirazın iptali davasının dava şartlarından birisi de davaya konu icra takibine borçlu tarafından yasal süre içerisinde usulüne uygun itiraz edilmesidir. İcra Müdürlüğünce borca itiraz edildiği belirtilerek borçlu... hakkındaki icra takibinin durdurulmasına karar verilmiş ise de Dairemizin geri çevirme kararı üzerine yapılan araştırma sonucu bu borçlu tarafından yapılan itiraz dilekçesine rastlanılmadığı bildirilmiştir. Bu durumda davalı borçlu tarafından borca itirazda bulunulmadığı anlaşılmakla bu davalı hakkında dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığından dava şartı yokluğundan dolayı davanın reddi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 12.03.2019).

⁷⁴ GÜRDOĞAN, s. 64; AKINTÜRK, s. 763; TUNÇ-YÜCEL, s. 217; BUDAK, s. 183; KAÇAK, s. 627; MUŞUL, s. 882; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 433; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s. 699; KURU, El Kitabı, s. 1003; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 426; KURU, İstinaf, s. 330; YILMAZ, Şerh, s. 802; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 292.

⁷⁵ GÜRDOĞAN, s. 64; GENÇCAN, s. 4420; TUNÇ-YÜCEL, s. 217; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 482; KURU, El Kitabı, s. 1003; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 426, dn. 11; KARSLI, s. 431; KURU, İstinaf, s. 330; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 408; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 318,319; MUŞUL, s. 874; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 433; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 292; SİRMEN, s. 610.

Ödeme emrine itirazın bertaraf edilmesi genel haciz yolundaki itiraz üzerine yapılacak işlemlerle aynıdır. Bu kapsamda alacaklının itirazı ortadan kaldırılabilmesi için itirazdan haberdar olmasından itibaren altı ay içerisinde icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını ya da bir yıl içerisinde genel mahkemelerde itirazın iptal edilmesini talep etmesi gerekmektedir⁷⁶. İpotegın borçlu lehine üçüncü kişi tarafından verilmesi halinde ise takibin hem borçlu hem de üçüncü kişi aleyhinde başlatılması zorunludur. Çünkü borçlu ile üçüncü kişi arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunmaktadır⁷⁷. Böyle bir durumda ise alacaklının hem borçlunun hem de üçüncü kişinin itirazını hükümden düşürmek amacı ile hareket etmesi gerekmektedir.

D. Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolunda Müteselsil Kefile Karşı Takip Yapılması

İpotegın paraya çevrilmesinde ipoteği tesis eden borçlu ile müteselsil kefilin durumu TBK m. 586’ da düzenlenmiştir. TBK m. 586’ya göre; “*Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilî takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.*” Söz konusu hükme istinaden alacaklının borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefil aleyhinde takip başlatabilmesi için; borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içerisinde olması, borçlunun borcunu ödemedede gecikmesi veya borçluya gönderilen ödeme ihtarinin sonuçsuz kalması gerekmektedir⁷⁸.

⁷⁶ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1015; UYAR, Takibin Kesinleşmesi, s. 13; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ /ALTIN, s. 213, 214; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 3657; TUNÇ-YÜCEL, s. 226; MUŞUL, s. 887; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 433, 434; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 482, 483; KURU, El Kitabı, s. 1005; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 426, 427; KARSLI, s. 431, 432; KURU, İstinaf, s. 336; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 408, 409; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN /ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 319; YILMAZ, Şerh, s. 803; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 292; Y.12.HD., 17.06.2010, E. 2010/3154, K. 2010/15439; “Alacaklının ipoteğın paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yapması durumunda ise; borçlu, gemi alacağının mevcudiyetine veya gemi alacaklısı hakkının doğmadığına yahut her ikisine birlikte itiraz edebilir. “Gemi alacağına” itiraz etmiş ise “gemi alacaklısı hakkı” takipte tartışma konusu yapılamaz. Bu durumda bu takip bakımından rehin hakkı kesinleşmekte, ancak bu hakkın kullanılması, asıl alacak “gemi alacağı” için yapılmış itirazın hükümden düşürülmesine kadar ertelenmektedir. Alacaklının takibe devam edebilmesi için, icra mahkemesinde itirazın kaldırılması (İİK’nun 68.md.) yada genel mahkemelerde açılacak dava ile itirazın iptal edilmesi gerekir. Alacaklının elinde İİK’nun 68-68/a maddesinde sayılan belgelerden biri varsa alacaklı, icra mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılmasını sağlayabilir (İİK’nun 68-70.md.). Takip alacağı bu tür belgelere dayanmıyorsa itirazın iptali davası açmak zorundadır. Şayet “gemi alacaklısı hakkı” na itiraz edilmiş ise, bu durumda alacaklının ancak itirazın iptali davası açarak “gemi alacaklısı hakkı” nı tespit ettirmesi gerekecektir (D.T.T – Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi Sayfa 146-150).” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 13.03.2019).

⁷⁷ BUDAK, s. 184; ŞENER, s. 245; MUŞUL, s. 872; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 480; KURU, El Kitabı, s. 997, 998; KARSLI, s. 431; KURU, İstinaf, s. 328; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 317.

⁷⁸ ÖZEN, Burak: Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükümünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme, EÜHFD, C: X, S: 3-4, İzmir 2006, (s. 477-494), s. 479; MUŞUL, s. 853; YILDIRIM, M. Fadil: Kefalet Sözleşmesindeki Yenilikler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara 2011, s. 231; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 472, 473; TOPEL, Afhan: 6098 sayılı Borçlar Kanuna Göre Kefalet Söz-

İpotek yoluyla güvence altına alınmış alacak için aynı zamanda alacağı teminat altına almak amacıyla ipoteğe ek olarak müteselsil kefil ya da kefaletin başka türlerinden de kefile başvurulmuş olabilir. Çünkü rehlin paraya çevrilmesinde kefile başvuru kefaletin şekline göredir⁷⁹. Müteselsil kefalette diğer kefalet türlerinin aksine, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılmadan doğrudan müteselsil kefile karşı genel haciz yolu ile takip yapılabilir⁸⁰. Müteselsil kefilin sorumluluğunun doğması için esas borcun var olması gerekir. Müteselsil kefile karşı takip yapabilmek için rehlin paraya çevrilmesi yoluna başvuruya gerek yoktur. Hatta borçlunun borcu ödemedeki gecikmesi halinde; borçlunun ya da müteselsil kefilin gecikmeye istinaden ihtar edilmesine de gerek bulunmamaktadır. Müteselsil kefaletin mevcut olması halinde, önce ipoteğin paraya çevrileceği hususunda anlaşma yapılabilir. Bu anlaşma da herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁸¹.

Borç ilişkisinde birden fazla kefil olması halinde alacaklı, kefillerin itirazlarını önlemek için tüm kefillere aynı anda takip başlatmak zorundadır. Çünkü, daha önce veya aynı zamanda kefalet altına girmiş olan ve Türkiye’de takip edilen tüm kefillere karşı takip yapılmadı ise kefillerden her biri, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınılabilir⁸². Birden çok kişinin aynı borç için birlikte kefil olması söz konusu olabilir. Kefillerden her biri borcun tamamından sorumludur. Borcun tamamını ödeyen kefil aksi yönde bir anlaşma mevcut olmadığı sürece, diğer kefillere karşı payları oranında rücu hakkına sahiptir⁸³. İpoteğin paraya çevrilmesine yönelik takipte alacaklı, kefile ya da kefillere karşı ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip değil, haciz veya iflas yolu ile takip de yapabilir⁸⁴.

leşmelerindeki Değişikliklere Bir Bakış, İzmir Barosu Dergisi, Y. 77, S. 2, İzmir 2012, (s. 193-202), s. 196; **KURU**, El Kitabı, s. 988, 989; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 422; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 404; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 311; Y.H.G.K., 06.11.2018, E. 2018/689, K. 2018/1624; “Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehlini paraya çevirmeden kefilin takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağını önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehlin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.” Görüldüğü gibi kefalet sözleşmesi kişisel bir teminat sözleşmesidir. Diğer sözleşmeler gibi kefil ile alacaklının karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin birleşmesi ile meydana gelir. Bu sözleşme ile kefil, asıl borçlunun borcunu alacaklıya karşı ifa edememesi tehlikesini kişisel olarak üstlenmektedir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 12.03.2019).

⁷⁹ **YILDIRIM**, M. Fadıl, s. 231; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 404; **PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 311.

⁸⁰ **MUŞUL**, s. 853; **YILDIRIM**, M. Fadıl, s. 231; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 472, 473; **KURU**, El Kitabı, s. 988; **AKKAYA**, s. 177; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 422; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 404; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 311.

⁸¹ **ÖZEN**, s. 490.

⁸² **YILDIRIM**, s. 231; **SÖNMEZ**, Murat: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunda Kefalet Sözleşmesi, İzmir Barosu Dergisi, Y. 77, S. 2, İzmir 2012, (s. 171-192) s. 179.

⁸³ **SÖNMEZ**, s. 179.

⁸⁴ **TUNÇ-YÜCEL**, s. 221; **BUDAK**, s. 171; Y.19.HD., 25.10.2018, E. 2017/3175, K. 2018/5280; “Dava genel kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsiline ilişkin icra takibine yapılan itirazın iptali istemidir. Davalılardan... genel kredi sözleşmesinde kefil, diğer davalı... ise genel kredi sözleşmesinde kefil ve ayrıca asıl borçlu lehine alacağın tahsilini teminen ipotek veren konumundadır. TBK’nın 586. maddesi hükmü uyarınca alacaklı borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehlini

III. İPOTEĞİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLUNDA İCRA MÜDÜRÜNÜN YAPMASI GEREKEN İŞLEMLER

A. Kiracılara Haber Verme

Rehin konusunun bir taşınmaz olması halinde rehlin kapsamına, takibin başlatılmasından rehlin paraya çevrilmesine kadarki tarihe kadar işleyecek olan kira bedelleri de girmektedir. Ancak, bu hak TMK m. 863/1 uyarınca kiracılar açısından takibin başladığının kiracılara haber verilmesinden sonra hüküm ifade etmeye başlar ve onlara karşı ileri sürülebilir⁸⁵. İİK m. 150/b'ye göre; “*Rehin, kiraya verilmiş bir taşınmaz ise icra memuru, alacaklının talebi üzerine takibin kesinleşmesini beklemeden kiracıları da takipten haberdar eder ve işleyecek kiralaların icra dairesine ödenmesini emreder*”.

Kira sözleşmesi, TBK m. 299'da tanımlanmıştır. Söz konusu hükme göre, “*Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”. Hükümün lafzı incelendiğinde kiraya veren kişinin aynı zamanda malik olmasının zorunlu olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Kiraya veren kişi aynı zamanda malik ise ve taşınmaz rehni paraya çevriliyorsa; icra müdürünün kiracıya haber vermesi neticesinde işleyecek kiralaların icra müdürlüğüne ödemesi konusunda herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak, kiraya veren kişi rehni borçlusuna değilse; icra müdürünün kira bedelinin takip dosyasına yatırılmasını sağlaması konusunda sorun yaşayacağı aşikârdır.

Kira sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan rızai bir sözleşmedir. Kira sözleşmesi aynı zamanda iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁸⁶. Kira sözleşmesinin bu nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda; kira sözleşmesinin aynı değil, şahsi nitelikte bir sözleşme olduğunu ve kiralayan ile kiracı arasında şahsi bir ilişki kurduğunu söyleyebiliriz. Bu durumda şahsi sözleşme gereği edimleri sözleşmenin taraflarının yerine getirmesi gerekmektedir. Kiralayanın malik olma zorunluluğu bulunmadığından⁸⁷ dolayı kiraya verenin ipotek borçlusuna olmaması da karşılaşılan bir durumdur.

İcra ve İflas Kanunu m. 150/b'nin lafzına istinaden alacaklının, işleyecek olan kira bedellerinin takip dosyasına ödenmesini icra müdürlüğünden talep etmesi gerekmektedir. Kanunun lafzı yorumlandığında; kira bedellerinin kiracıdan talep edilmesi hususuna takip talebinde yer verilmesi, kira bedellerinin rehni kapsamında kabul edilmesinden dolayı zo-

paraya çevirmeden müteselsil kefalet halinde borçluyu takip edebilir. Somut olayda asıl borçluya ihtarin sonuçsuz kaldığı anlaşıldığından alacaklı ipotek veren kefilleri takip edebilir. İİK'nın 45. madde hükmü asıl borçluyla ilgili olarak düzenlenmiş olup müteselsil kefalet halinde uygulanmaz. Mahkemece bu hükümler dikkate alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 13.03.2019).

⁸⁵ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 215; GENÇCAN, s. 4419; BUDAK, s. 155; MUŞUL, s. 867; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 432; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s. 707 AYBAY/HATEMİ, s. 282; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 482; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1075; KARSLI, s. 431; KURU, İstinaf, s. 437; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 407; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 318; YILMAZ, Şerh, s. 807; SİRMEN, s. 627,628.

⁸⁶ ERDOĞAN, Celal: Tahliye, Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, Ankara 2000, s. 21; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2013, s. 232; YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2013, s. 205.

⁸⁷ ERDOĞAN, s. 117.

runlu değildir⁸⁸. Alacaklı, takip başlatıldıktan sonra da talepte bulunabilir. Ancak, kiracının kim olduğunun da dosyaya bildirilmesi gerekmektedir. Alacaklının, kiracının kim olduğunu bilmesi çoğu zaman imkânsızdır. Borçlunun da kiracıya ilişkin bilgileri bildirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Kaldı ki borçludan kiracının kim olduğunu bildirmesinin istenmesi halinde; çoğu zaman borçlunun kendisine gönderilen müzekkereye cevap vermediği görülecektir. Başka bir ihtimal ise borçlunun adresinin meçhul olması ve tebligatın gıyabında yapılmış olmasıdır. Bu durumda icra müdürlüğü tarafından kiracıya “Şu adresteki kiracı” şeklinde tebligat yapılması söz konusu değildir. Eğer, alacaklı da kiracıya ilişkin bilgileri sunamıyorsa; böyle bir durumda alacaklı, emniyet araştırması yoluyla kiracının isminin tespit edilmesini icra müdürlüğünden talep edebilir.

Kiraya verenin rehin paraya çevrilmesine ilişkin takipteki borçlu olmaması halinde; kiracı kendisine gönderilen ödeme yazısına menfi cevap verecektir. Çünkü, borçlu ile kiracı arasında bir kira ilişkisi bulunmamaktadır. Bu durumda kiracının kira bedelini takip dosyasına yatırması halinde kiralayanın kira bedelini kiracıdan talep etme hakkı bulunmamaktadır. Çünkü aralarında şahsi bir borç ilişkisi söz konusudur. İcra müdürlüğünün de kiracıyı bu hususta zorlama hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca kiracının, alt kiracı olma ihtimali de vardır. Kiraya veren ile takip borçlusu arasında bir vekâlet ilişkisi ya da vekâletsiz iş görmeden kaynaklı bir ilişki söz konusu olabilir. Bu durumda alacaklının, İİK m. 89/1 hükmü gereğince kiraya verene haciz ihbarnamesi göndermek suretiyle veya gönderilecek bir müzekkereyle tahsil ettiği kiralardan takip dosyasına yatırılmasını kiraya verenden isteme hakkı olduğu kanaatindeyiz. Netice itibarıyla kira bedelleri ancak bu yolla takip dosyasına kazandırılabilir. Ancak, kiraya verenin vekâletsiz iş görme hükümlerine istinaden taşınmazı kiraya vermesi halinde; alacaklının İİK m. 120’ye istinaden alacağı yetkiyle kiraya verenden takip veya dava yoluyla kira bedellerini talep etme hakkının olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü, bu halde borçlu ile kiraya veren arasındaki ilişki kiranın tahsili hususundaki bir alacak ilişkisi olmayıp; TBK kapsamında vekaletsiz iş görmeden kaynaklı bağımsız bir alacak ilişkisidir. İİK m. 150/b incelendiğinde de hükmün lafzının kira alacağına ilişkin olduğu görülecektir. Kanunu geniş yorumlayarak vekâletsiz iş görmeye ilişkin alacağı da bu kapsama sokamayız.

Rehin konusu taşınmazda borçlu ya da borçlular arasındaki ilişkiden kaynaklı olarak taşınmazda bedelsiz olarak oturan biri (bu kişi borçlunun yakınlarından biri olabilir) ya da işgalci bulunabilir. Böyle bir durumda da aynı şekilde kira ödenmeyecektir⁸⁹. Çünkü,

⁸⁸ BUDAK, takip talebinde kira bedellerinin takip dosyasına ödenmesi konusunda bir talebin olması gerektiğini, aksi bir durumda yine talep edilebileceğini ancak talepten itibaren kira bedellerinin istenebileceği görüşündedir. (BUDAK, s. 155, 156). Takip talebinin hukuki niteliği ve takip talebinde bulunması gereken unsurlar açısından İİK incelendiğinde ve İİK m. 150/b’nin lafzına göre; takip talebinde kira bedellerinin takip dosyasına ödenmesi hususunun yazılmasının zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca, kanun sadece talep halinde kira bedellerinin istenebileceğini düzenlemiştir. Ancak, kanun koyucu açıkça talep tarihinden itibaren demediği için, takip başladıktan sonra herhangi bir zaman diliminde bu talepte bulunulabilir. Eğer, ödeme yapılmadıysa kiracının kira bedelini takip dosyasına yatırması gerekmektedir. Ancak, kira bedeli kiralayana ödendiysen; kiracının, kendisinden kira bedeli talep edilmediği için bildirimden itibaren kira bedelini ödemekle yükümlü olduğu kanaatindeyiz.

⁸⁹ BUDAK, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe konu taşınmazın aile konutu olması halinde, takibin borçlunun eşine de yöneltilmesi ve bu kapsamda borçlunun eşine de icra ya da ödeme emri gönderilmesi gerektiği görüşündedir. (BUDAK, s. 134). Aile konutu olan taşınmazda yaşayan eşin takipten haberdar olmaması düşük bir ihtimaldir. Borçlu eşinden rehin paraya çevrilmesine ilişkin takibin başladığını gizlese dahi yapılacak kıymet takdiri ve tebligatlardan eşin haberdar olacağı aşıkardır. Bu durumda eşi de takibe dâhil etmek ve takibin tarafı olmadığı halde ona da itiraz hakkı ta-

burada borçluya da ödenen bir kira yoktur. İİK m. 150/b'nin lafzı incelendiğinde de görüleceği üzere kira bedellerinin takip dosyasına yatırılacağı hususu düzenlenmiştir. Bu hükmü geniş yorumlayarak eciri misil bedellerini de bu kapsama sokmak mümkün değildir. Bu nedenle icra müdürlüğü taşınmazda bedelsiz oturan üçüncü kişiden kullanma bedelini talep edemez. Ayrıca alacaklının da İİK m. 120'ye istinaden takip dosyasından alacağı yetki ile üçüncü kişiden takip veya dava yoluyla bu bedeli talep edemeyeceği kanaatindeyiz.

B. Tapu Müdürlüğüne Haber Verme

İpoteğin paraya çevrilmesine ilişkin takip başlatıldıktan sonra, takibin başladığı ile ilgili olarak tapu sicil müdürlüğüne bilgi verilmesi hususu İİK m. 150/c' de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; “İcra müdürü, *ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki takibin başladığını tapu idaresine haber vermeye mecburdur. Tapu memuru, keyfiyeti taşınmazın siciline şerh verir. Taşınmazı bu şerh tarihinden sonra iktisap edenlere icra veya ödeme emri tebliğ olunmaz*”.

Söz konusu hükmün lafzı incelendiğinde de görüleceği üzere; takip başlatıldıktan sonra icra müdürlüğü ilgili tapu sicil müdürlüğüne bildirimde bulunur. Bildirimden sonra taşınmazın kayıtları üzerine ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin takibin başladığına yönelik şerh konulur. Tapu kaydına konulan bu şerh, TMK m. 1010 anlamında aynı zamanda tasarruf yetkisinin de kısıtlanmasına ilişkin şerhtir⁹⁰. Her ne kadar söz konusu şerh ile tasarruf yetkisi kısıtlanıyorsa da ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin takibin başlatılmış olması, taşınmaz malikinin tasarruf işlemleri yapmasına engel teşkil etmeyecektir. Ancak şerh sayesinde taşınmaz üzerinde mülkiyet veya sınırlı ayni hak sahibi olabilecek üçüncü kişiler, bu hakları iktisap ederken başlatılan takipten haberdar olabilecektir. Şerh ile takipten haberdar olan üçüncü kişiler, taşınmazın ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip neticesinde paraya çevrilmesine de katlanacaktır⁹¹.

Tapu kaydına şerh konulduktan sonra borçlunun diğer alacaklılarının haciz şerhlerini tapu kaydına işlenmesi halinde; alacaklıların tapu kaydında bulunan İİK m. 150/c maddesine istinaden konulmuş şerhi görmeleri sağlanacak ve satış aşamasında da haciz hakkı sahiplerinin İİK m. 100 kapsamında hacze iştirak dereceleri dikkate alınacaktır.

nımak İİK sistematigiine aykırıdır. Ancak eşe de bir müzekkereyle takibin başladığı bildirilebilir. Ayrıca İİK m. 150/c hükmü gereğince tapu kaydına takibin başladığı şerh edilmektedir. Tapu kayıtları da alenidir. Eşin bu yolla da takipten haberdar olması mümkündür. Ancak kanunda aile konutunun korunması maksadıyla bu şekilde bir düzenleme yapılması olması gereken hukuk (*de lega ferenda*) açısından yararlı olur. Ancak sonuç olarak itiraz hakkı açısından değil, sadece bildirim açısından bu şekilde bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

⁹⁰ BUDAK, s. 121; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 249. Tapu müdürlüğüne haber verme ile ilgili olarak bkz.; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 217; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 3671; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 482; KURU, El Kitabı, s. 1000; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 425; KARSLI, s. 431; MUŞUL, s. 871; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 433; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s. 711; KURU, İstinaf, s. 329; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 407; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 318; YILMAZ, Şerh, s. 808; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 291.

⁹¹ POSTACIOĞLU, İlhan: İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi-Bir Kanun Tasarısı Denemesi, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Haturasına Armağan, Ankara 1990, (s.533-546), (POSTACIOĞLU, Armağan), s. 545; BUDAK, s. 122; MUŞUL, s. 871; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s. 711; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 680.

C. Satış Hazırlıkları

Takip talebinin icra müdürlüğüne verilmesi üzerine icra müdürlüğünün yapacağı işlemler genel olarak İİK m. 150/d’de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre icra müdürlüğü, takip talebini alacaklıdan aldıktan sonra satış hazırlıklarına başlar. Taşınmaz rehninin satış işlemleri, genel hatları itibarıyla genel haciz yoluyla takipte yapılan satış işlemleri ile aynıdır. Burada öncelikle tapu sicil müdürlüğünden taşınmazın kayıt örneklerinin ve belediyeden imar durumunun gönderilmesi sağlanır. Eğer taşınmaz imar uygulamasından geçmemiş bir taşınmaz ise aynı zamanda ilgili kadastro müdürlüğünden kadastral bilgiler de getirilir.

Rehin konusu taşınmazın kıymet takdirinin yapılması için takibin kesinleşmesine gerek yoktur⁹². Burada amaç satışın yapılması açısından zaman kaybını önlemektir⁹³. Eğer taşınmaz üzerinde başka alacaklar için hacizler veya başka sıralarda rehinler mevcut ise; hacze iştirak derecelerinin belirlenmesi amacıyla İİK m. 100’e yarar bilgilerin tespiti için ilgili icra müdürlükleriyle ve rehin alacaklılarıyla yazışma yapılarak bilgiler dosyaya kazandırılır. Kıymet takdirinin yapılmasından sonra taşınmaz üzerinde bulunan tüm hak sahiplerine, rehin ve haciz hakkı sahiplerine bu kıymet takdiri tebliğ edilir. Akabinde arttırma şartnamesi, satış ilanı, mükellefiyetler listesi, ihale ve paraların paylaşılması safhaları, genel haciz yolu ile takipte taşınmazların paraya çevrilmesindeki ile aynı şekilde yürütülür.

D. Satış Süresine Riayet Konusunda Dosyanın Takibi ve Tetkiki

İcra ve İflas Kanunu m. 150/e’ye göre alacaklı taşınmaz rehninin satışını, ödeme veya icra emrinin borçluya ya da eğer rehin borçlu lehine üçüncü kişi tarafından verildi ise üçüncü kişiye tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde istemezse veya takip geri alınır da bu müddet içerisinde yenilenmezse takip düşer. İİK m. 150/e hükmü emredici mahiyette bir hükümdür. Bu madde ile kanun satış isteme süresi geçtikten sonra icra müdürüne takibi düşürmesi açısından emir vermekte olup, icra müdürü bu hususu kendiliğinden gözetmek zorundadır⁹⁴.

⁹² Y.12.HD., 06.06.2018, E. 2017/2110, K. 2018/5901; “İİK’nun 150/d maddesinde “İcra dairesi, takip talebi üzerine satış hazırlıklarına başlar. Bu maksatla tapudan kayıt örneklerini ve belediyeden imar durumunu getirir, takibin kesinleşmesini beklemeden kıymet takdirini yaptırır” düzenlemesi yer almaktadır. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, ipotegin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan ilamsız takipte, takip talebi üzerine icra dairesince İİK’nun 150/d maddesi uyarınca takibin kesinleşmesini beklemeden satış hazırlıkları işlemine başlanacağından, muhafaza ve kıymet takdiri işlemleri yapılmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Zira somut olayda satışa hazırlık işlemleri dışında takibe devam edilip satış talebinde bulunulması satış kararı verilmesi mümkün değildir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 13.03.2019).

⁹³ GÜRŞOY/EREN/CANSEL, s. 1010; GÜRDOĞAN, s. 69; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 217; OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 3672; KAÇAK, s. 793-795; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 481, 482; KURU, El Kitabı, s. 1000; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 425; KARSLI, s. 431; KURU, İstinaf, s. 329; MUŞUL, **Timuçin**: İcra ve İflas Hukuku Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2013, C: 1, s. 745; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 433; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s. 716; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 408; PEKCANITEZ/ATALAY /SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 318; YILMAZ, Şerh, s. 809.

⁹⁴ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 218; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 490; KURU, El Kitabı, s. 1021; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 431; KARSLI, s. 335; KURU, İstinaf, s. 336; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 412; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 324; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 437; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s.

Satış isteme süresinin hesabında, taşınmaz rehlinin paraya çevrilmesine ilişkin takip başladıktan sonra İİK m. 78/2 uyarınca itiraz veya dava halinde bunların son bulmasına veya itirazın hükümden düşürülmesine veyahut borçlu ile alacaklı taksit sözleşmesi yapıtırsa taksit sözleşmesinin ihlaline kadar geçen zaman dikkate alınmaz. İcra müdürünün bu hususu gözden kaçırmaması ve taşınmazın ihale sonucunda satılması halinde dahi bu bir ihalenin feshi sebebidir. Uygulamada çoğunlukla satışa ilişkin şartlar yerine getirilmeden alacaklı tarafından satış istenmekte ve alacaklının talebi icra müdürlüğü tarafından reddedilmektedir. Ancak, göstermelik de olsa satış talep edilmiş olmasından dolayı icra müdürlüğü takibi düşürememektedir⁹⁵.

E. Satış Bedelinin Ödenmesi Ya da Ödenmemesi Halinde İcra Müdürünün Yapacağı İşlemler

Taşınmazın satış bedeli ihale alıcısı tarafından peşin olarak ödenir. Ancak, icra müdürü İİK m. 130 uyarınca ihale alıcısının talepte bulunması halinde on günü geçmemek üzere bir ödeme süresi verebilir. Satış bedelinin tamamı takip dosyasına ödenmeden İİK m. 131 uyarınca taşınmaz alıcıya teslim edilmez ve tapu sicil müdürlüğüne tescil işlemleri için yazı yazılamaz⁹⁶. İhale satış bedelinin tamamının ve vergilerinin ödenmesinden sonra, ihale

718; **YILMAZ**, Şerh, s. 811; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 297; Y.12.HD., 11.09.2012, E. 2012/11009, K. 2012/26059; “Borçlunun icra mahkemesine başvurusunda, sair şikayet nedenleri yanında ayrıca ipotekli taşınmazın iki yıllık süre içinde satışının istenmediği nedeniyle ihalenin feshini istediği görülmektedir. Anılan iddia bu haliyle İİK'nun 150/e maddesine dayalı olup, icra emrinin tebliğinden itibaren 2 yıllık sürede taşınmazın satışının istenmesi zorunludur. Aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince bu zorunluluğa uyulmaması halinde icra takibi düşer. O halde mahkemece, borçlunun İİK'nun 150/e maddesine dayalı iddiasının incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, bu hususun gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 13.03.2019).

⁹⁵ **KARSLI**, s. 335; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 437; **SÜPHAN-DAĞ**, El Kitabı, s. 718; Y.G.H.K., 16.05.2018, E. 2017/707, K. 2018/1100; “Alacaklı tarafından süresi içinde satış istenip, satış giderinin yatırılmasından sonra satış talebinin icra müdürü tarafından özellikle kıymet takdiri işleminin kesinleşmemesi nedeniyle reddolunması hâlinde yeniden satış istenmesine gerek olmadan haczin ve satış talebinin ayakta olduğu kabul edilmelidir. Zira İİK'nun 106'ncı maddesinde satışın istenmesinden söz edildiği, bu talebin icra müdürlüğü tarafından reddedilmesi durumunda, talebin geçerliliğini kaybedeceğine dair hiçbir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Diğer taraftan icra müdürünün kıymet takdirinin yapılmadığı gerekçesiyle satış talebini red yetkisi de bulunmamaktadır. Çünkü kıymet takdiri, satış talebinden sonra gerçekleştirilen satışa hazırlık işlemidir ve bilindiği üzere kıymet takdirinin yapılmaması, satışın talep edilmesini değil sadece satışa engel bir hâl oluşturduğundan, icra müdürünün ret kararının, satış talebini ortadan kaldıran bir işlem olmayıp, satışın fiilen yapılamayacağına yönelik bir tespit hükmü olduğunun kabul edilmesini gerektirmektedir. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 16.02.2018 gün ve 2016/4 ve 2018/1 K. sayılı kararı ile alacaklının yasal süresi içinde usulüne uygun olarak yaptığı satış talebinin icra müdürünce reddine ilişkin kararın, satışın o an yapılamayacağına ilişkin bir tespit niteliği taşıdığı ve ret kararı şikâyet yolu ile ortadan kaldırılmasa bile satış talebinin varlığını koruduğu, bunun sonucunda süresinde satış talep edilmesi nedeniyle haczin düşmediği, dolayısıyla sıra cetveli oluşturulurken sıra cetveline esas alınabileceği yönünde karar verilmiştir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 13.03.2019).

⁹⁶ **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 595, 596; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 364; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 336; **KARSLI**, s. 355; **KURU**, İstinaf, s. 235; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 327; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 225; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 254; **RUHİ/RUHİ**, s. 60.

tarihinden itibaren yedi gün içerisinde bir ihalenin feshi talebinde bulunulmadıysa ve netice itibarıyla ihale kesinleştiyse; İİK m. 135 uyarınca taşınmazın takyidatlardan arı bir şekilde ihale alıcısı adına tescil edilmesi için tapu sicil müdürlüğüne bir yazı yazılır ve taşınmaz ihale alıcısına teslim edilir. Buna karşılık ihale tarihinden itibaren yedi gün içerisinde bir ihalenin feshi talebinde bulunulduysa; ihalenin feshi talebinin neticesinde verilecek kararın kesinleşmesine kadar bu işlemler ertelenir. Ancak yatırılan para hiçbir işleme tabi tutulmaksızın dosyada bekler⁹⁷.

Tescil için tapu sicil müdürlüğüne yazı yazıldıktan sonra taşınmaz alıcıya teslim edilir. Ancak, taşınmaz borçlu veya üçüncü kişi tarafından işgal ediliyor olabilir. Böyle bir durumda işgalcilerle taşınmazı tahliye etmeleri açısından rehlin paraya çevrilmesine ilişkin başlatılmış dosyadan on beş günlük tahliye emri gönderilir. Taşınmaz işgalciye verilen bu süre içinde tahliye edilmezse; işgal eden kişi taşınmazdan zorla tahliye edilerek taşınmaz alıcıya teslim edilir⁹⁸. Ancak ihale alıcısı, taşınmazda bulunan işgalcinin kiracılık sıfatını kabul eder mahiyette davranış sergiledi ise İİK m. 135 ve TBK m. 310 uyarınca işgalcinin tahliyesini talep edemez.

İhale alıcısı tarafından ihale bedelinin derhal yahut icra müdürünün vereceği on günlük süre içerisinde takip dosyasına ödenmemesi halinde, icra müdürü İİK m. 133/1 uyarınca kendiliğinden ihale kararını kaldırmakla yükümlüdür. İcra müdürü tarafından verilecek on günlük süre bir üst sınırdır. İcra müdürü bu sürenin altında da bir süre tayin edebilir. Eğer icra müdürü, ihale alıcısına on günden daha kısa bir süre vermişse; vermiş olduğu süreyi on güne kadar uzatabilir. Ancak hiçbir şekilde on günlük süreyi aşacak şekilde ek bir süre veremez. İcra müdürünün sürenin sonunda ihale kararını kaldırmaması İİK m. 16/2 uyarınca süresiz şikâyet tabidir⁹⁹.

İcra müdürünün ihale kararını kaldırması, ihalede en yüksek teklif veren kişiye taşınmazı ihale ettikten sonra ihale alıcısının, ihale bedelini derhal yahut on günü geçmeyen süre içerisinde ödememesi halinde bu sürenin bitiminden itibaren başlayacak yedi günlük süre içerisinde taşınmazı tekrar ihaleye çıkarabilmesi için zorunludur. Aksi takdirde icra müdürünün taşınmazı, tekrar ihale hükümlerine göre tüm prosedürü baştan takip ederek ihaleye çıkarması gerekir. Eğer ihale alıcısı, ihale bedelini alacaklıya haricen ödedi ise; ihale bedelinin icra müdürlüğünün veznesine yatırılmadığından bahisle ihalenin kaldırılmasına karar verilemez¹⁰⁰.

⁹⁷ MUŞUL, s. 745; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 344; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 605; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 364; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 336; KARSLI, s. 363; KURU, İstinaf, s. 235; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 327; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 225.

⁹⁸ KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 267; MUŞUL, s. 747; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 344; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 607; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 364, 365; KURU, El Kitabı, s. 678; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 336; KURU, İstinaf, s. 236; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 327; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 225; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 256.

⁹⁹ KURU, El Kitabı, s. 688, 689; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 337; KARSLI, s. 355; KURU, İstinaf, s. 237; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 328; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 345; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 254, 255; RUHİ/RUHİ, s. 60. YİBK, 23.03.1955, 01/05 (RG, 25.06.1955, sa. 9038).

¹⁰⁰ POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 596; KURU/ARSLAN/YILMAZ, harici ödeme yapılmış olsa dahi süresi içerisinde icra dairesi hesabına yatırılmaması sebebi ile ihale kararının kaldırılacağı görülmüştür. (KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 338).

Birlikte pey sürülmesi halinde, ihale birlikte pey süren kişiler lehine bırakılabilir. Birlikte pey süren kişilerden birinin süresi içerisinde kendi hissesine düşen payı ödememesi halinde de icra müdürü ihale kararını kaldırmak zorundadır. Ancak, payına düşen bedeli ödemeyen hisse alıcısının, diğer pey süren alıcı lehine feragat etmesi halinde icra müdürü ihale kararını kaldıramaz¹⁰¹.

İhale kararının kaldırılmasından sonra icra müdürü İİK m. 133/c-2 uyarınca ihale alıcısından sonra en yüksek peyi sürmüş olan kişiye, sürdüğü pey ile taşınmazı alıp almaya çağrı hususunda teklifte bulunur. Ancak, böyle bir teklifte bulunabilmesi için icra müdürünün bu kişinin isim ve adresini bilmesi ve teklifin rüçhanlı alacakları, satış ve paylaşırma giderlerini de karşılaması gerekir. Şartların mevcut olması halinde icra müdürü bu kişiye teklif ettiği bedelle taşınmazı alıp almayacağı konusunda muhtıra gönderir ve üç gün içerisinde cevap vermesini bildirir. Eğer bu kişi kendisine gönderilen muhtıra üç gün içerisinde cevap vermezse, icra müdürü taşınmazı tekrar satışa çıkarır ve ilk alıcının teminat akçesine de el koyar¹⁰². Akabinde bir defaya mahsus olmak üzere tamamlayıcı ihale yapılır.

Satış bedelinin süresinde ödenememesinden dolayı ihale kararının kaldırılmasına sebep olan tüm ilgililer; İİK m. 133/2 uyarınca teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan, oluşabilecek ve tüm diğer zararlardan ve de temerrüt faizinden müteselsilen sorumludur¹⁰³. Bu bedel herhangi bir hükme ve takibe gerek olmaksızın öncelikle teminat bedelinden tahsil olunur. Eğer, teminat akçesi oluşan tüm zararlar yetmezse; icra müdürü alıcı veya alıcıların yeter derecedeki mallarını haczedip, hacizli malları satarak bedeli tahsil eder. Ayrıca bunların dışındaki diğer zararlar için birinci ihale alacaklısına genel hükümlere göre dava açılması gerekmektedir¹⁰⁴. Tamamlayıcı ihale neticesinde alıcı çıkmaması halinde ise satış düşer ve takip dosyasının alacaklısının İİK m. 123 uyarınca satış işlemlerini en başından itibaren yeniden başlatması gerekir.

F. Sıra Cetveli Düzenlenmesi ve Paraların Paylaştırılması

İpoteğin paraya çevrilmesine ilişkin takipte taşınmaz mal satıldıktan sonra elde edilen para; alacaklının sadece bir kişi olması halinde alacaklıya, alacaklıların birden fazla kişi olması halinde ise alacaklılara hisseleri oranında paylaştırılır. Satış bedelinden ilk olarak satış ve paylaşırma giderleri, satış talebinde bulunup satış işlemlerini yürüten alacaklıya ödenmek üzere ayrılır. Kalan bedelden öncelikle taşınmazın ayından kaynaklanan kamu alacakları (emlak vergisi vb.) ödenir. Bu bedellerin ödenmesinden sonra artan miktar ala-

¹⁰¹ KURU, El Kitabı, s. 687; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 338; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 329; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 346, 347.

¹⁰² PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 365, 366; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 338; KURU, İstinaf, s. 237; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 329; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 225; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 346; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 255.

¹⁰³ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 366, 367; KURU, El Kitabı, s. 696; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 339; KURU, İstinaf, s. 239; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 330; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 227; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 347; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 255.

¹⁰⁴ KURU, El Kitabı, s. 697; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 340; KURU, İstinaf, s. 239; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 330; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 347.

caklılara alacakları oranında paylaşılır. İcra müdürü ödemeyi yapmadan önce alacaklının alacağından karşılanmak üzere %2 oranında cezaevi harcını¹⁰⁵ keserek kalan miktarı alacaklının hesabına yatırır.

İpoteğin paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen tutar bütün rehinli alacakları ödemeye yetmezse; icra müdürü bir sıra cetveli ve pay cetveli düzenler¹⁰⁶. Sıra cetveli kesinleşmeden icra müdürü paraları paylaşmaz. Sıra cetveline dayalı olarak yapılan paylaşımlarda, bütün alacaklıların alacağının tam olarak ödenmesi mümkün olmadığı için sıra cetveli düzenlenmektedir. Genellikle imtiyazlı alacaklılar alacaklarının büyük bir kısmını alırken, diğer alacaklılar alacaklarının sadece bir kısmını alabilmekte ya da alacaklarını ihale bedelinden hiç alamamaktadır.

Sıra cetvelinde belirtilen alacaklardan bir önceki sırada bulunan alacaklı veya alacaklılar alacaklarını tamamen almadığı sürece, sonraki bir sırada bulunan alacaklıya ödeme yapılmaz. Ancak aynı sırada bulunan alacaklılar arasında İİK m. 207 uyarınca eşitlik ilkesi geçerlidir. Sıra cetveli satılmış olan mal ile ilgili olarak rehin veya haciz işlemi yapmış tüm alacaklılara ve borçluya tebliğ edilir¹⁰⁷. Alacaklılar, sıra cetvelinin kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde sıra cetveline itiraz veya sıra cetveline karşı şikâyet yoluna gidebilir. Eğer bu süre içerisinde sıra cetveline itiraz veya sıra cetveline karşı şikâyet yoluna gidilmezse; sıra cetveli kesinleşir ve paraların paylaşılması aşamasına geçilir. Ancak sıra cetveli kesinleşmediği sürece paralar kesinlikle paylaşılabilir¹⁰⁸.

G. Rehin Açığı Belgesi Düzenlenmesi

Rehin konusu taşınmazın satılması neticesinde elde edilen satış bedelinin alacaklının alacağının tamamını karşılamaması halinde; alacaklının elde edemediği miktar açısından iflâs veya haciz yoluna başvurulabilmesi için icra müdürlüğü tarafından bir belge verilmektedir. Rehinli alacağın tamamıyla karşılanmadığını gösteren bu belgeye rehin açığı belgesi denir¹⁰⁹. Bu belge, alacağın irat senedinden ya da diğer bir taşınmaz mükellefiyetinden

¹⁰⁵ 2548 sayılı Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkumlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanun m. 1(RG, T: 09.07.1934, S: 2747).

¹⁰⁶ **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 627; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 387 vd.; **KURU**, El Kitabı, s. 1025, 1026; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 432; **KARSLI**, s. 445; **KURU**, İstinaf, s. 337; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 412; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 438; **SÜPHANDAĞ**, El Kitabı, s. 738; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 238,239; **YILMAZ**, Şerh, s. 836; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 298.

¹⁰⁷ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 349; **KARSLI**, s. 347; **KURU**, İstinaf, s. 249; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 340; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 264, 265.

¹⁰⁸ **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 387; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 348; **KARSLI**, s. 348; **KURU**, İstinaf, s. 249; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 339; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 239; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 438; **SÜPHANDAĞ**, El Kitabı, s. 738.

¹⁰⁹ **TANDOĞAN, Haluk**: İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması ve Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s. 86; **ÖZTEK, Selçuk**: İcra İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, Alfa Yayınları, İstanbul 1994, s. 36; **KURU**, Şerh, s. 3494; **ÖZKAN, Hasan**: İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı, Ankara 1999, s. 1286; **OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN**, s. 5915, 5916; **UYAR, Talih**: Gerekçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:8: İİK. 143-167, 2. Baskı, 2007, (UYAR, C:8), s. 12611; **AKŞENER, Haşmet Sırrı**: İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, İstanbul 2007, s. 267; **SÜPHANDAĞ, Yavuz**: İcra ve İflas Hukukunda Uygulamalar, 6. Bası, Ankara, 2010, s. 612; **KAÇAK**, s. 807; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 729; **ARS-**

doğmaması halinde alacaklının ödenmeyen alacağı için borçlunun haciz ya da iflas yoluyla takip edilmesine olanak sağlamaktadır. Alacaklı rehin açığı belgesine sahip ise artık önce rehne başvurma itirazıyla karşılaşmaz¹¹⁰. Rehin açığı belgesinin iki türü bulunmaktadır. Bunlar; geçici rehin açığı belgesi ve kesin rehin açığı belgesidir¹¹¹.

1. Geçici Rehin Açığı Belgesi Düzenlenmesi

Alacağı rehinele temin edilmiş olan alacaklı, önce rehne başvurma kuralı gereğince rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak ve bu takibi sonuçlandırmak zorundadır. Ancak, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip sürecinde borçlunun diğer mallarını kaçırmaması veya diğer adı alacaklıların borçluya ait malları haczettirerek hacizde öncelik elde etmeleri mümkünür. Bu nedenle kanun koyucu rehlinli alacaklının alacağını temin etmesi bakımından bu olumsuz durumunu ortadan kaldırmak amacıyla bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip devam ederken, icra müdürlüğü tarafından yapılacak kıymet takdirinin kesinleşmesi üzerine rehlinli malın satışı neticesinde elde edilecek paranın, rehlinli alacaklının tüm alacağını karşılamayacağı anlaşılırsa ve alacaklı da talepte bulunursa; icra müdürlüğü İİK m. 150/f-1 hükmü gereğince alacaklıya rehlinli malın yapılan kıymet takdirinin alacaklının alacağı ile arasındaki bölümü kadar bir geçici rehin açığı belgesi düzenler¹¹².

LAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 438; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 491; **KURU**, El Kitabı, s. 1418; **DEYNEKLİ, Adnan**: İcra ve İflas Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, 2013/06, s. 226; **KARSLI**, s. 548; **MUŞUL, Timuçin**: İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2015, (MUŞUL, Tasarrufun İptali Davaları), s. 163; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 569; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 325; **YILMAZ, Şerh**, s. 838; **EROĞLU, Orhan**: Açıklamalı-İçtihatlı Tasarrufun İptali Davaları ile Muvazaa Davaları ve Karşılaştırılması, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 85; Y.7.HD., 08.03.2016, E. 2016/4918, K. 2016/5606; “Kesin rehin açığı belgesi “borç ödemedenden aciz vesikası” ile eşdeğerde bir belge değildir. Kesin rehin açığı belgesi yalnızca rehnedilen taşınırın borcu karşılamadığını ortaya koyarken, borç ödemedenden aciz vesikası borçlunun tüm malvarlığının borcu karşılamak açısından yeterli olmadığını anlamını taşımaktadır.”; Y.7.HD., 12.05.2015, E. 2015/9290, K. 2015 /8612; “Kesin rehin açığı belgesi “borç ödemedenden aciz vesikası” ile eşdeğerde bir belge değildir. Kesin rehin açığı belgesi yalnızca rehnedilen taşınırın borcu karşılamadığını ortaya koyarken, borç ödemedenden aciz vesikası borçlunun tüm malvarlığının borcu karşılamak açısından yeterli olmadığını anlamını taşımaktadır.” (www.sinerjimevzuat.com.tr- Erişim tarihi: 15.03.2019).

¹¹⁰ **SEROZAN**, s. 312, 313; **BUDAK**, s. 23; **MUŞUL**, s. 889; **SÜPHANDAĞ**, s. 612; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 432; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 413; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 729; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 325; **YILMAZ, Şerh**, s. 838; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 299; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 438; **GÖREN, Serdar**: Rehin Türü Olan İpotek, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018, s. 149.

¹¹¹ **MUŞUL**, s. 889, 890; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 492; **DEYNEKLİ**, s. 226; **KURU**, El Kitabı, s. 1026; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 432; **KURU**, İstinaf, s. 337; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 413; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 438; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 325; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 299.

¹¹² **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 187, **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 1086, 1087, **OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR**, s. 471, **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s.738; **HELVACI, İlhan**: Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, Oniki Levha, İstanbul 2008, s. 96-99; **KARSLI**, s. 733; **OS-**

Alacaklı almış olduğu geçici rehin açığı belgesine dayanarak; İİK m. 150/f-2'ye istinaden bu rehin açığı belgesini almış olduğu takip dosyasında ya da rehin açığı belgesi ilam niteliğinde bir belge olmadığı için rehin açığı belgesine istinaden başlatacağı ilamsız takipte,¹¹³ icra müdürlüğünden alacağının rehin ile karşılanmayan kısmı için borçlunun diğer mallarının haczedilmesini isteyebilir¹¹⁴. Ayrıca İİK m. 100'e istinaden diğer alacaklıların başlatmış olduğu takip dosyalarına da iştirak edebilir¹¹⁵.

Rehlinli alacaklı rehin konusu mal satılarak alacağının karşılanmayacak olan kısmı kesin olarak belli olmadığı müddetçe, rehin açığı belgesine istinaden haczedtiği malların satışını isteyemez. Ancak, haczedilmiş olan mal diğer alacaklılar tarafından sattırılır ve bu satış neticesinde rehin açığı belgesine sahip alacaklıya bir pay düşerse; bu pay rehin konusu mal satılıp, rehlinli alacaklını alamayacağı miktar kesin olarak belli oluncaya kadar rehin alacaklısına ödenmeyecek, icra müdürlüğünde muhafaza edilecektir. Rehlin alacaklısı, İİK m. 150/f-2 uyarınca her halükarda rehlinli malın satışı sonucunda alacağının alamadığı kısmını borçlunun diğer mallarını haczederek rüchansız olarak elde eder¹¹⁶.

2. Kesin Rehlin Açığı Belgesi Düzenlenmesi

Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte rehin açığı belgesinin diğer bir türü de kesin rehin açığı belgesidir. İİK m. 152'ye istinaden kesin rehin açığı belgesi iki durumda verilmektedir. Bu durumlardan birincisi; rehin konusu malın satışına ilişkin arttırmada teklif edilen bedelin takipte bulunan alacaklıların alacaklarının toplamından fazla olmaması, paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını da karşılamaması sebebiyle taşınmazın satılamaması halidir. Bundan başka rehin konusu malın satılmış olması, rehin açığının kesin

KAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 3685; **BUDAK**, s. 21; **MUŞUL**, s. 891; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 438; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 492; **KURU**, El Kitabı, s. 1026; **DEYNEKLİ**, s. 227; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 432; **KURU**, İstinaf, s. 337; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 413; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 325; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 300.

¹¹³ Alacaklının bu yolu tercih etmesi halinde, borçlunun başlatılan takibe itiraz ederek takibi durdurması söz konusu olabilir. Ancak, rehin açığı belgesi İİK m. 68 anlamda itirazın kaldırılmasını sağlayacak mahiyette bir belge olduğu için alacaklı yetkili icra mahkemesinden borçlunun itirazının kaldırılmasını talep edebilir. Alacaklının bu yolu tercih etmesi halinde zaman kaybı yaşanacağından dolayı, ödemelerini tatil etmiş bir borçlu açısından alacaklının alacağına kavuşması güç hatta imkânsız olabilir.

¹¹⁴ **OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN**, s. 3685; **MUŞUL**, s. 891; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 438; **BUDAK**, s. 22; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 492; **KURU**, El Kitabı, s. 1026; **DEYNEKLİ**, s. 228; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 432; **KURU**, İstinaf, s. 337; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 413; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 325; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 300; **KORKMAZ, Nurdan**: İcra Hukukunda Rehlin Açığı Belgesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 122.

¹¹⁵ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 187; **OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN**, s. 3685; **BUDAK**, s. 22; **MUŞUL**, s. 891; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 492, 493; **DEYNEKLİ**, s. 228; **KARSLI**, s. 733, 734; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES**, Ders Kitabı, s. 325; **YILMAZ**, Şerh, s. 840; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 300.

¹¹⁶ **OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN**, s. 3685; **MUŞUL**, s. 892; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI**, s. 439; **BUDAK**, s. 22; **KURU**, El Kitabı, s. 1026; **DEYNEKLİ**, s. 228; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 432, 433; **KARSLI**, s.733-734; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ**, s. 413; **YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 300.

olarak belli olması ve ortada geçici veya belirsiz bir durumun olmaması halinde; alacaklıya ödenen satış bedelinin takip olunan alacağı tümüyle karşılamaması halinde de rehin alacaklısının alamadığı kısım için kesin rehin açığı belgesi düzenlenir¹¹⁷.

İcra müdürlüğü satış gerçekleşmedi ise ihale gününden; satış gerçekleşti ve kesinleşti ise paraların paylaşılmasından hemen sonra rehin açığı belgesini kendiliğinden düzenler. İcra müdürlüğünün rehin açığı belgesini masrafsız ve pulsuz olarak alacaklıya vermesi gerekmektedir. Aksi halde alacaklı süresiz olarak şikâyet yoluna gidebilir¹¹⁸. Kesin rehin açığı belgesi, taşınmazın ihalede satılmamış olması halinde sadece takip alacaklısına verilir¹¹⁹. Ancak diğer hallerde derece itibarıyla satış istemeyen diğer rehin alacaklılarına da verilir. Çünkü, rehin konusu mal satıldığından dolayı bu kişilerin artık rehin konusu malın satışını talep etme hakkı mevcut değildir¹²⁰. Kesin rehin açığı belgesine sahip alacaklılar İİK m. 152/2 uyarınca borçluya karşı genel haciz ve iflas yoluna başvurabilir. İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip neticesinde alınan rehin açığı belgesi İİK m. 38 anlamında ilam niteliğinde bir belge değildir. Ancak, İİK m. 68 ve 68/1 anlamında itirazın kaldırılmasını sağlayacak mahiyette bir belgedir¹²¹. Çünkü, bu belge maddi hukuk açısından alacağın

¹¹⁷ OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 3740; ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 2004, s. 327; KAÇAK, s. 1093; UYAR, C:8, s. 12612; MUŞUL, s. 894; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 439; SÜPHANDAĞ, El Kitabı, s. 740; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 493; KURU, El Kitabı, s. 1026; DEYNEKLİ, s. 228, 229; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 433; KARSILI, s. 734; KURU, İstinaf, s. 337; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 413; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 326; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 299.

¹¹⁸ POSTACIOĞLU, s. 550-553; ÜSTÜNDAĞ, s. 327; KAÇAK, s. 1095; UYAR, C: 8, s. 12612; UYAR/UYAR/UYAR, s. 296; DEYNEKLİ, s. 229; UYAR, Talih: İcra Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, İzmir 1991, s. 126.

¹¹⁹ OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 3740; MUŞUL, s. 894; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 439; PEKCANITEZ/ATALAY/ SONGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 493; DEYNEKLİ, s. 229; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 433; KURU, İstinaf, s. 337; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 326; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 300.

¹²⁰ GÜRDOĞAN, Burhan: İcra-İflas Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Aczini Tespit Eden Vesikalar, BATİDER, 1963, C: II, S:1, (s. 14-37), s. 34; ÖZTEK, s. 38; Rehın açığı belgesi rehinli malın maliki üçüncü kişi aleyhine verilemez. (YILMAZ, Şerh, s. 838). GÜRDOĞAN'a göre, rehin satılmadı ise sadece takipte bulunan alacaklıya, rehin satıldı ise takip alacaklısı ile birlikte aynı derecede olan ya da derece olarak sonra gelen alacaklılara da kesin rehin açığı belgesi verilir. (GÜRDOĞAN, s. 97-99).

¹²¹ OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN, s. 3741; UYAR, C: 8, s. 12613; MUŞUL, s. 894; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 439; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 494; KURU, El Kitabı, s. 1027; DEYNEKLİ, s. 230; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 433; KURU, İstinaf, s. 338; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 414; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 326; YILMAZ, Şerh, s. 840; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 299; Y.12.HD., E. 2004/1810, K. 2004/7454; "İİK.nun 152/son maddesi gereğince rehin açığı belgesi, İİK.nun 68/1. maddesinde sayılan ve borç itirazını içeren senet mahiyetindedir. Bir başka deyişle alacaklı, anılan belge sebebiyle borçlu hakkında genel haciz yoluyla icra takibi başlatabilir ve adı geçene icra müdürlüğünce örnek 49 nolu ödeme emri gönderilebilir. Bu nedenle, borçluya ilamlı takiplere ilişkin örnek 53 nolu icra emri gönderilmesi yasaya aykırı olup, mahkemeye şikâyet kabul edilerek icra emrinin iptaline karar verilmesi gerekirken şikâyetin reddi isabetsizdir." (www.turkhukuk sitesi.com.tr-Erişim tarihi: 13.03.2019).

varlığına ilişkin kesin delil mahiyetindedir. Ancak, alacaklının itirazın iptalini talep etmesi halinde mahkemenin alacağın varlığını da ayrıca araştırması gerekmektedir¹²².

Alacaklı, İİK m. 152/3 uyarınca kesin rehin açığı belgesine istinaden artırma gününden itibaren bir yıl içerisinde ilamsız haciz veya iflas yoluyla takip yaparsa; borçluya yeniden ödeme emri gönderilmez. Böyle bir durumda alacaklı doğrudan haciz işlemi yapabilir. Ancak, borçlunun iflasa tabi kişilerden olması halinde genel iflas yolunda borçluya ödeme emri gönderilmesinde fayda vardır. Çünkü borçlunun borcunu ödeyerek iflastan kurtulma hakkının kendisine tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

İpotek; kıymetli evraka bağlı olmayan, sadece teminat amacını yerine getiren ve kişisel bir alacak için tesis edilen taşınmaz rehin hakkıdır. İpotek, kişisel bir alacağı güvence altına alan sınırlı bir ayni haktır. Özel mülkiyete konu taşınmazların tamamı rehin hakkına konu olabilir. İpotekte; açıklık (aleniyet) ilkesi, belirlilik ilkesi ve sabit dereceler ilkesi geçerlidir. İpotegin anapara ipoteği ve üst sınır ipoteği olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Anapara ipoteği; alacak ile bu alacağın miktarının ipoteğin tesis edildiği anda belirli olduğu durumlarda kurulabilir. Alacaklı bu ipotek senedi ile ipoteğin paraya çevrilmesi aşamasında doğrudan doğruya ilamlı icra takibi yapabilir ve borçluya icra emri gönderilmesini talep edebilir. Üst sınır ipoteği ise alacağın miktarının kesin olarak tayin edilemediği, tarafların aralarındaki anlaşmaya göre ne miktara kadar teminat teşkil edeceğini tayin ettikleri ve bu şekilde tapuya tescil ettirdikleri, ilerde doğması muhtemel bir alacak için kurulan ipotek türüdür. İpotek üst sınır ipoteği ise ilamsız takip yolunun tercih edilmesi gerekir.

Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusuna iflasa tabi şahıslardan olsa dahi alacaklı sadece rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Bu kuralın istisnaları; konut finansmanından kaynaklanan ve rehinle temin edilmiş alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın rehinle temin ettiği alacakların takip edilmesi, alacağın aynı zamanda bir kambiyo senedine bağlanmış olması, faiz ve yıllık taksit alacaklarının ipotekle teminat altına alınmış olması ve gemi üzerinde akdi ve kanuni rehin hakkının tesis edildiği hallerdir.

İpotegin paraya çevrilmesi yolu ile takipte takibin tarafları genel olarak tapuda resmi şekilde yapılan ipotek sözleşmesinin taraflarıdır. İpotekli taşınmazın devredilmesi halinde devralan kişilere karşı da takip yapılır. Alacak için müteselsil kefil varsa bunlar açısından haciz yoluyla takip başlatılabilir. Hem asıl borç için ipotek verilmiş hem de asıl borca müteselsil kefil olunmuşsa hem ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip hem de haciz yoluyla takip başlatılabilir. Alacağın devri halinde, devralan kişi de ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip başlatılabilir.

İpotegin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takipte genel yetki kuralları geçerlidir. Takip ilamlı takip ise tüm icra müdürlüklerinde takibin başlatılması mümkündür. Rehlin paraya çevrilmesi ile takip; ilamsız ve ilamlı icra takibi olarak ikiye ayrılır. Alacaklının alacağının ya da ipotek hakkının, bir ilam ya da ilam niteliğindeki belge ile tespit edilmiş olması, ipotek akid tablosunun kayıtsız şartsız bir borç ikrarını içermesi veya İİK m. 150/1'deki şartların mevcut olması halinde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip başlatılabilir. İpotek akid tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcunu teminat altına almayı içermediği, ipoteğin ilerde kullanılması muhtemel bir krediye, cari hesap sözleşmesine

¹²² GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1085; UYAR, C:8, s. 12613; MUŞUL, s. 894; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s. 439; KURU, El Kitabı, s. 1028; DEYNEKLİ, s. 231.

veya benzer nitelikteki sözleşmelerin teminatı olarak üst sınır ipoteği şeklinde kurulmuş olması durumunda ise ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip başlatılır.

İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte icra müdürünün yapması gereken işlemler ve alması gereken tedbirler mevcuttur. Rehin, kiraya verilmiş bir taşınmaz ise icra müdürü, alacaklının talebi üzerine takibin kesinleşmesini beklemeden kiracıları da takipten haberdar eder ve işleyecek kiraların icra müdürlüğüne ödenmesini emreder. Rehin konusu taşınmazda borçlu ya da borçluyula arasındaki ilişkiden kaynaklı olarak taşınmazda bedelsiz olarak oturan biri ya da işgalci bulunabilir. Böyle bir durumda da aynı şekilde kira ödenmeyecektir ve bu nedenle icra müdürlüğü taşınmazda bedelsiz oturan üçüncü kişiden kullanma bedelini talep edemeyecektir. İcra müdürü, ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki takibin başladığını tapu idaresine haber vermeye mecburdur. İcra müdürü tarafından haber verildikten sonra taşınmazın kayıtları üzerine ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin takibin başladığına yönelik şerh konulur.

İcra müdürü takip başladıktan sonra satış hazırlıklarına başlar. Tapu sicil müdürlüğünden taşınmazın kayıt örneklerinin ve belediyeden imar durumunun gönderilmesini ister. Taşınmazın kıymet takdirini yapar ve kıymet takdirini ilgililere tebliğ eder. Akabinde genel haciz yolundaki taşınmazın paraya çevrilmesindeki usulü takip eder. İcra müdürünün satışın süresinde istenilip istenilmediğini tetkik etme yükümlülüğü vardır. Satış isteme süresi geçtikten sonra icra müdürünün takibi işlemi kaldırması (düşürmesi) gerekmektedir.

Satış bedelinin ödenmesi hususunda icra müdürü, ihale alıcısına on günü geçmemek üzere süre verebilir. İhale satış bedeli öndendikten sonra bir ihalenin feshi talebinde bulunulmadiysa icra müdürü taşınmazın takyidatlardan ari bir şekilde ihale alıcısı adına tescil edilmesi için tapu sicil müdürlüğüne yazı yazar ve taşınmazı ihale alıcısına teslim eder. Satış bedelinin süresi içerisinde ödenmemesi halinde ise icra müdürünün ihale kararını kaldırması gerekir. İhale kararı kaldırıldıktan sonra icra müdürü ihale alıcısından sonra en yüksek peyi sürmüş olan kişiye, sürdüğü peyi ile taşınmazı alıp almayacağı hususunda teklifte bulunur. İkinci alıcıdan menfi cevap gelmesi halinde ya da hiç cevap gelmemesi durumunda icra müdürü taşınmazı tekrar satışa çıkarır ve ilk alıcının teminat akçesine de el koyar ve bir defaya mahsus olmak üzere tamamlayıcı ihale yapar. Tamamlayıcı ihale neticesinde de alıcı çıkmaz ise satış düşer.

İpoteğin paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen tutar bütün rehinli alacakları ödemeye yetmezse; icra müdürü bir sıra cetveli ve pay cetveli düzenler. Satış bedelinin alacaklının alacağına tamamını karşılamaması halinde; alacaklının elde edemediği miktar için icra müdürü tarafından rehin açığı belgesi düzenlenir. İcra müdürlüğü satış gerçekleşmedi ise ihale gününden; satış gerçekleşti ve kesinleşti ise paraların paylaşılmasından hemen sonra rehin açığı belgesini kendiliğinden düzenler. İcra müdürlüğünün rehin açığı belgesini masrafsız ve puluz olarak alacaklıya vermesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk: Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008.

AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Eşya Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.

AKKAYA, Tolga: İcra Hukuku Bağlamında Süreli İpotek, TAAD, Y. 4, S. 12, Ankara 2013, (s. 161-184).

AKŞENER, Haşmet Sırrı: İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, İstanbul 2007.

AKTEPE, Sezin: İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 6, S. 12, Güz 2007/2, (s.177-193).

ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk, İcra ve İflas Usulleri, 5. Baskı, Ankara 1960.

ARAR, Kemal: İcra ve İflas Usulleri, C:I, 1944.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR-AYVAZ, Sema: İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR-AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.

AŞIK, İbrahim: İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.

AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitabevi, 3. Bası, İstanbul 2012.

BELGESAY, M. Reşit: İcra ve İflas Hukuku, Cilt I Kısım II, Ekspres Matbaası, İstanbul 1945.

BELGESAY, Mustafa Reşit: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 1948.

BERKİN, Necmeddin M.: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.

BUDAK, Ali Cem: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2010.

CANSEL, Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku, C:I, Teslim Şartlı Menkul Rehni Hukuku, 1967.

DEYNEKLİ, Adnan: İcra ve İflas Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Ankara 2013.

ERDOĞAN, Celal: Tahliye, Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, Ankara 2000.

EROĞLU, Orhan: Açıklamalı-İçtihatlı Tasarrufun İptali Davaları ile Muvazaa Davaları ve Karşılaştırılması, Seçkin Yayıncılık 2. Baskı, Ankara 2020.

ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 15. Baskı, İzmir 2020.

ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019.

GENÇCAN, Ömer Uğur: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Bilimsel Açıklama İçtihatlar-İlgili Mevzuat Madde 531-1030, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2007.

GÖREN, Serdar: Rehin Türü Olan İpotek, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018.

GÜLEKLİ, Yeşim: İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, Kazancı Kitap, İstanbul 1992.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2013.

GÜRDOĞAN, Burhan: İcra-İflas Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Aczini Tespit Eden Vesikalar, BATİDER, 1963, C: II, S:1, (s. 14-37).

GÜRDOĞAN, Burhan: Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 1967.

GÜRDOĞAN, Burhan: Türk-İsviçre İcra İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1977.

GÜRDOĞAN, Burhan: İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, 1979, (GÜRDOĞAN, İpoteğin Paraya Çevrilmesi).

GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991.

HELVACI, İlhan: Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, Oniki Levha, İstanbul 2008.

KAÇAK, Nazif: Açıklamalı ve İçtihatlı Son Değişikliklerle İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2010.

KAÇMAZ, Mine: Tescile Tabi Olmayan Kanunî İpotek Hakları, AÜHFĐ, C: 65, S: 4, Y: 2016, (s.2891-2908).

KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/DOĞRUSÖZ, M. Edip/ALTIN, Mehmet: Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996.

KARSLI, Abdurrahim: İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014.

KAYAK, Sevgi: Taşınmaz Rehinin Konu Bakımından Kapsamı, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin Toruner'e Armağan, C: 24, S: 1-2, Ankara 2004, (s. 553-582).

KILIÇOĞLU, Evren: İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005.

KORKMAZ, Nurdan: İcra Hukukunda Rehin Açığı Belgesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

KUNTALP, Erden: İpotek Dereceleri-Boş Dereceden İstifade ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, No:94 Ankara 1979.

KUNTALP, Erden: Ana Para ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı, Ankara 1989, (KUNTALP, Üst Sınır İpoteği).

KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku Şerhi, C: III, Ankara 1993, (KURU, Şerh).

KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, (KURU, El Kitabı).

KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Eylül 2019, (KURU, İstinaf).

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, 27. Baskı, Ankara 2013.

MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, C: 1-2 Ankara 2013.

MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2015, (MUŞUL, Tasarrufun İptali Davaları).

MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda Şikayet, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

NAR, Ahmet: Yabancı Para İpoteği, Seçkin, Ankara 2009.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2020.

OSKAY, Mustafa: İpoteğin Paraya Çevrilmesi İcra ve İflas Kanunu'nun 45. Maddesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, Y:67, S: 4, Güz 2009, (s.97-99).

OSKAY, Mustafa/KOÇAK, Coşkun/DEYNEKLİ, Adnan/DOĞAN, Ayhan: İİK Şerhi, 3. Cilt, Ankara 2007.

ÖĞÜTÇÜ, A. Tahir/DOĞRUSÖZ, Edip: Rehin Hukuku, Ulucan Matbaası, Ankara 1982.

ÖZEN, Burak: Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükümünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme, EÜHFD, C: X, S: 3-4, İzmir 2006, (s. 477-494).

ÖZKAN, Hasan: İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı, Ankara 1999.

ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

ÖZTEK, Selçuk: İcra İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, Alfa Yayınları, İstanbul 1994.

PEKCANITEZ, Hakan: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu İle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, S. 33, Ankara 2000, (s. 40-58).

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, 10. Bası, Ankara 2012.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, İstanbul 2020, (PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, Ders Kitabı).

POSTACIOĞLU, İlhan E.: Ödeme Emrine İtirazın Mahiyeti Üzerine Bir Deneme, İÜHFM, C. 14, Y. 1948, S. 1-2, (s. 272-295) (POSTACIOĞLU, Ödeme Emrine İtiraz).

POSTACIOĞLU, İlhan: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1982.

POSTACIOĞLU, İlhan: İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi-Bir Kanun Tasarısı Denemesi, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, (s.533-546), (POSTACIOĞLU, Armağan).

POSTACIOĞLU, İlhan/ALTAY, Sümer: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010.

REİSOĞLU, Seza: Yabancı Para İpoteği, Bankacılar Dergisi, S: 44, İstanbul 2003, (s. 43-55).

RUHİ, Canan/RUHİ, Ahmet Cemal: İcra ve İflas Hukukuna Göre İhale, İhalenin Yapılması, İhalenin Feshi, 4. Baskı, Ankara 2016.

SEROZAN, Rona: Taşınmaz Rehni, İÜHFM, C: LXIV, S: 2, Y: 2006, (s. 301-324).

SİRMEN, A. Lale: Yeni Türk Medeni Kanununda Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler, AÜHFD, C: 52, S: 1, Ankara 2003, (SİRMEN, Taşınmaz Rehni).

SİRMEN, A. Lale: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019.

SÖNMEZ, Murat: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi, İzmir Barosu Dergisi, Y. 77, S. 2, İzmir 2012(s. 171-192).

SÜPHANDAĞ, Yavuz: İcra ve İflas Hukukunda Uygulamalar, 6. Bası, Ankara, 2010.

SÜPHANDAĞ, Yavuz: İcra El Kitabı, Platon Hukuk Yayınları, 11. Baskı, İstanbul 2020,(SÜPHANDAĞ, El Kitabı).

SÜPHANDAĞ, Yavuz: Taşınmaz Satışında Uygulamalar, Ankara 2013.

ŞENER, Yavuz Selim: Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2010.

TANDOĞAN, Haluk: İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması ve Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977.

TOPEL, Afhan: 6098 sayılı Borçlar Kanuna Göre Kefalet Sözleşmelerindeki Değişikliklere Bir Bakış, İzmir Barosu Dergisi, Y. 77, S. 2, İzmir 2012(s. 193-202).

TUNÇ-YÜCEL, Müjgan: Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takibi, Oniki Levha, İstanbul 2010.

UYAR, Talih: İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Manisa 1992, (UYAR, Rehnin Paraya Çevrilmesi).

UYAR, Talih: İcra Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, İzmir 1991.

UYAR, Talih: İpoteğin İlamsız Takip Yolu ile Paraya Çevrilmesinde Takibin Kesinleşmesi, Manisa Barosu Dergisi 1992, (UYAR, Takibin Kesinleşmesi).

UYAR, Talih: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C: III, Manisa 2006, (UYAR, Şerh).

UYAR, Talih: İcra Hukukunda Taşınmaz Rehni Kavramı, İstanbul Barosu Dergisi, C: 81, S: 2, Y: 2007.

UYAR, Talih: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takiplerde Takip Talebi, Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2007, S: 53, (UYAR, Takip Talebi).

UYAR, Talih: Gerekçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:8: İİK. 143-167, 2. Baskı, 2007, (UYAR, C:8).

UYAR, Talih/ UYAR, Alper/ UYAR, Cüneyt: İcra Hukukunda Şikayet, Bilge Yayınevi, Ankara 2018.

ÜNLÜTEPE, Mustafa: İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı, TBB Dergisi, S:102, Y: 2012, (s. 173-218).

ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 2004.

YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2013.

YILDIRIM, M. Fadıl: Kefalet Sözleşmesindeki Yenilikler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara 2011.

YILDIRIM, Mehmet Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.

YILMAZ, Ejder: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2016, (YILMAZ, Şerh).

4 YENİDEN KİRALAMA YASAĞINA AYKIRILIK NEDENİYLE TAZMİNAT VE HUKUKİ NİTELİĞİ (DAMAGES FOR BREACH OF PROHIBITION OF RELETING AND ITS LEGAL NATURE)

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim GÜL***

ÖZ¹

Konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesi, kiraya verenin veya akrabalarının kiralanan gereksinim duyması halinde feshedilebilir. Ancak kiraya veren, eşi, altsoyu, üstsoyu ve bakmakla yükümlü olduğu yakınlarının dışındaki yakınlarının gereksinimi için tahliye isteminde bulunamaz. Ayrıca kiraya verenin gereksiniminin gerçek ve samimi olması gereklidir. Kiralananı sonradan edinen kişi de kendisinin veya eşinin, altsoyunun, üstsoyunun ve bakmakla yükümlü olduğu akrabalarının kiralanan gereksinim duyması halinde, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir. Bunların dışında kiraya veren, kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarıma ihtiyacının olması halinde, kira sözleşmesini sona erdirebilir. İmar amacıyla esaslı onarımdan anlaşılması gereken kiralanan bir kat veya oda ya da garaj eklenmesi, iki odanın birleştirilmesi, çatının veya bazı duvarların yeniden yaptırılması gibi durumlardır. Yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarıma ihtiyacının olması nedenine dayalı olarak tahliyesi sağlanan kiralanan, eski hâli ile haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe, eski kiracı dışında başkasına kiralanamaz. Eski kiracının, yeniden inşa ve imarı gerçekleştirilen kiralananı, yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusunda öncelik hakkı vardır. Bu hakkın, kiraya verenin yapacağı yazılı bildirim izleyen bir ay içinde kullanılması gerekir. Bu öncelik hakkı sona erdirilmedikçe, kiralanan yeni haliyle üç yıl süreyle başkasına kiralanamaz. Aynı şekilde kiraya verenin ve akrabalarının gereksinimi amacıyla kiralananın boşaltılması sağlandıktan sonra, haklı sebep olmaksızın, kiralanan üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiraya verilemez. Bu üç tahliye nedeniyle, üç yıllık süreyle kiralananın başkasına kiraya verilememesi, yeniden kiralama yasağı olarak adlandırılır. Yeniden kiralama yasağına aykırı olarak kiralanan başkasına kiraya verilirse, eski kiracı, son kira yılında ödediği bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat talep edebilir. Yapılan bu tazminat düzenlemesi ile yeniden kiralama yasağına aykırı davrananlara, 6570 sayılı Kanunun 16'ncı maddesinde öngörülen cezaı yaptırımların uygulanması sisteminden vazgeçilmiş, bunun yerine eski kiracıya, belirtilen tazminatın kendisine ödenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Yeniden kiralama yasağına aykırılık halinde ödenmesi öngörülen bu tazminatın hukuki niteliğinin

⁴ Eserin Dergimize geliş tarihi:10.07.2019. İlk hakem raporu tarihi:15.11.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 14.01.2020. Onaylanma Tarihi:21.01.2020.

* Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0271-5048

¹ Bu makalenin kısaltılmış şekli, 29-31 Mart 2018 tarihinde Ankara'da düzenlenen "6. Uluslararası Çin'den Adriyatik'e Sosyal Bilimler" başlıklı Kongre'de tebliğ olarak sunulmuştur.

Eser Atf Şekli: İbrahim Gül, "Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.931-951.

belirlenmesi gereklidir. Bu tazminatın telafi işlevi gördüğünün kabul edilmesi halinde, eski kiracının tazminat talep hakkı, zararının varlığına bağlı olacaktır. İşbu makale ile bu bir yıllık tazminatın, eski kiracının zararının telafi işlevi mi yoksa kiraya verenin samimi ve gerçek olmayan bir amaçla kira sözleşmesinin feshinden caydırma işlevi mi gördüğü tartışılmaktadır.

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

ABSTRACT

Lease agreements concerning residence and roofed workplaces may be terminated due to the landlord's and his / her relatives' need for the leased property. However, the landlord may not request evacuation for the needs of his/her relatives other than his / her spouse, descendants and his / her dependents'. In addition, the landlord's need for the leased property must be real and sincere. The person who subsequently acquires the leased property may also terminate the lease agreement by filing a lawsuit after six months from the date of acquisition due to the need of the property for his or her or spouse, descendants or dependents, provided that he or she notifies the tenant in writing within one month beginning after the date of acquisition. In addition, the landlord may terminate the lease agreement, if leased property requires substantial reconstruction or refurbishment. Substantial reconstruction means adding a floor, room or garage, combining two rooms and reconstructing the roof or some walls, etc. The leased property that is evacuated due to the need for substantial reconstruction or refurbishment, cannot be rented with its pre-reconstruction status to other persons without a justifiable reason unless three years have passed after the date of evacuation. Also, the former tenant has the priority right to the lease newly reconstructed property with new status after reconstruction. This right shall be exercised within one month after the date of the written notification of the landlord. Unless this priority right is terminated, the leased property cannot be rented to other persons within three years after reconstruction. Similarly, the leased property that is evacuated due to the landlord's and his / her relatives' need for the leased property, cannot be rented to other persons without a justifiable reason unless three years have passed after the date of evacuation. This period of three-year in relation to these three grounds for evictions called the prohibition of reletting. If the leased property is leased to any person other than the former tenant contrary to the prohibition of reletting, the former tenant may claim compensation an amount not less than one year's rent paid in the last lease year. With this rule, the system of imposing the criminal sanctions stipulated in Article 16 of the Law no. 6570 to landlords who breach the prohibition of reletting is abandoned and instead, the former tenant is granted the right to damages. It is necessary to determine the legal nature of this damages which is paid in case of violation of the prohibition of reletting. If the damages is considered to have as a compensatory function, an award of the damages claimed by a former tenant depends on whether any loss of the former tenant suffers. This article discusses whether the compensation one-year's rent has deterrence or compensatory functions.

Keywords: Lease contract, need for the property, reconstruction of the property, priority right of tenant, prohibition of reletting, legal nature of damages.

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) m. 355/I fıkra hükmüne göre, kiraya verenin veya yeni malikin kiralanan gereksinimi nedeniyle kira sözleşmesini dava yoluyla sona erdirmesi halinde kiralanan, üç yıl geçmedikçe tahliye edilen kiracıdan başkasına kiralanamaz. Aynı şekilde, TBK m. 355/II fıkra hükmüne göre, kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi (esaslı onarım)² için boşaltılması halinde kiralanan, eski hâli ile haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe başkasına kiralanamaz. Buna ilaveten, eski kiracının, esaslı onarımı gerçekleştirilen kiralananı yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusundaki öncelik hakkı, kiraya veren tarafından sona erdirilmedikçe, kiralanan üç yıl geçmeden başkasına kiralanamaz (TBK m. 355/II)³. Bu üç yıl süreyle kiralananın başkasına kiraya verilememesi, yasa koyucu tarafından yeniden kiralama yasağı olarak nitelendirilmektedir.

Yeniden kiralama yasağına aykırı olarak kiralanan, başkasına kiraya verilirse, eski kiracının, son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat talep etme hakkı vardır. Yapılan bu tazminat düzenlemesi ile yeniden kiralama yasağına aykırı davranan kiraya verenlere, 6570 sayılı Kanununun 16'ncı maddesinde öngörülen cezaî yaptırımların uygulanması sisteminden vazgeçilmiş, bunun yerine, eski kiracıya, fıkra da belirtilen tazminatın kendisine ödenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bu tazminatın telafi işlevi gördüğünün kabul edilmesi halinde, eski kiracının tazminat talep hakkı, zararının varlığına bağlı olacaktır.

İşbu makalede yeniden kiralama yasağına aykırılık halinde ödenmesi öngörülen tazminat ve bu tazminatın hukuki niteliği açıklanmaktadır. Bu kapsamda, yeniden kiralama yasağı, bu yasağa aykırılığın yaptırımı olarak bir yıllık tazminat ve bu tazminatın eski kiracının zararının telafi işlevi mi, yoksa kiraya verenin samimi ve gerçek olmayan bir amaçla kira sözleşmesinin feshinden caydırma işlevi mi gördüğü ele alınmaktadır.

I- YENİDEN KİRALAMA YASAĞI

Yeniden kiralama yasağının söz konusu olabilmesi için, konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesinin⁴ belirli nedenlerle sona erdirilmesi⁵ ve kiracının, kiralanan tahliyeye zorlanarak, kiralananın boşaltılmasının sağlanması gereklidir⁶.

² Makalede kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi, esaslı onarım olarak ifade edilecektir.

³ Yeniden kiralama yasağını düzenleyen TBK m. 355 hükmü nispi emredicidir. Bkz. İNCEOĞLU, M. Murat: Kira Hukuku, C. 2, 1. Basıdan Tıpkı 2. Basım, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 534. Aynı doğrultuda bkz. SARUHAN, Utku: Yeniden Kiralama Yasağı (TBK M. 355), TAAD, Y. 2019, C. 10, Sa. 37, s. 353-383, s. 356.

⁴ Konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesi hakkında bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 1 vd.; GÖKYAYLA, Emre: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK M. 339, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul 2018, s. 1955 vd.; ACAR, Faruk: Kira Hukuku Şerhi, 4. Bası, Yayınevi, İstanbul 2017, s. 82 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 393 vd.; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 267 vd.; ACAR, Faruk (YAVUZ/ACAR/ÖZEN): Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 320 vd.; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2019, s. 198 vd.; GÖKYAYLA, Emre: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK M. 389), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Y. 2013, C. 8, Özel Sayı, Cilt 2, s. 1203-1252, s. 1203 vd.; DOĞAN, Murat: 6098 Sayılı TBK'na göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Özel Hukuk Sempozyumu

Konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesinin her sona erme nedeni⁷, yeniden kiralama yasağına neden olmaz. Yeniden kiralama yasağı, konut ve çatılı işyeri kira sözleş-

Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Sempozyum No:3, Y. 2011, s. 501-519, s. 507 vd.; KOÇAK DİKER, Duygu: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sözleşmenin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 64 vd.; AYDEMİR, Efrail: Kira Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 22 vd.; AKINCI, Şahin: İşyeri Kiralarının Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, AÜHFĐ, Y. 2008, C. 57, Sa. 3, s. 33-50, s. 38 vd.; ÖZTÜRK, Mehmet: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri, DEÜHFĐ: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan Özel Sayısı, Y. 2017, C. 19, s. 1549-1595, s. 1553 vd.; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkiler, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 556 vd., s. 608 vd.; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 21 vd.; KILIÇOĞLU, Mustafa: Kira Hukuku'ndan Doğan Tahliye, Tespit, Uyarlama, Tazminat ve Alacak Davaları, 3. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 289 vd.; ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Sözleşmeler Hukuk (Özel Borç İlişkileri), 7. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 115 vd.; KIRMIZI, Mustafa: Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 306 vd.; GÜLER, Zeynep: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Kiraya Verenden Kaynaklanan Sebeplerle Dava Yoluyla Sona Ermesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 15, Sa. 2, s. 713-748, s. 713 vd.; BURCUOĞLU, Haluk: Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan (Editörler: Ateş, Derya/Bulur, Alper), Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 18-46, s. 26 vd.; BURCUOĞLU, Haluk: 6570 Sayılı yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, s. 10-23; RUHİ, Canan/RUHİ, Ahmet Cemal: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 26 vd..

⁵ "Yasadaki sebepler sınırlı olarak sayılmıştır. Bu sebepler, kiraya verenin konut ve işyeri gereksinimi ile yeniden inşa ve imar amaçlı gereksinimidir (TBK 355/I-II). Mülga 6570 sayılı Yasa 15. maddesi de aynı şekildeydi. Bu yüzden buradaki sebepler dışında tahliye sağlanması cezanın ödenmesi sonucunu doğurmaz. Örneğin, burada sayılmayan yazılı tahliye taahhüdü nedeniyle taşınmazdan çıkarılma, cezanın uygulanması sonucunu doğurmaz." Bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 634.

⁶ SARUHAN, s. 355.

⁷ Konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesinin dava yoluyla sona erdirilmesi, kiracıdan ve kiraya verenden kaynaklanan sebepler olarak ikiye ayrılır. Kiracıdan kaynaklanan sebepler tahliye taahhüdü, iki haklı ihtar ve kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutunun bulunması (TBK m. 352); kiraya verenden kaynaklanan sebepler ise, kiraya verenin veya yeni malikin kiralanana gereksinimi ve kiralananın yeniden inşa ve imar amacıyla esaslı onarımı ihtiyacının olmasıdır (TBK m. 350, m. 351). Konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesinin sona erdirilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. AKGÜN AKAY, Merve: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Nedenleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 13 vd., s. 37 vd., s. 132 vd.; AYANOĞLU MORALLI, Ahu: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK M. 347, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul 2018, s. 2125 vd.; EREN, Özel, s. 410 vd., s. 413 vd., s. 422 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 326 vd., s. 329 vd., s. 333 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 350 vd., s. 365 vd.; ACAR, Özel Hükümler, s. 352 vd., s. 362 vd., s. 369 vd.; İNCEOĞLU, C. 2, s. 308 vd., s. 340 vd., 423 vd.; GÜMÜŞ, Kira, s. 308 vd., s. 325 vd., s. 341 vd.; DOĞAN, Sempozyum, s. 511 vd., s. 513 vd., s. 514 vd.; ERZURUMLUOĞLU, s. 121 vd.; KOÇAK DİKER, s. 197; AYDEMİR, s. 192 vd., s. 194 vd., s. 221 vd.; ÖZTÜRK, s. 1578 vd., s. 1561 vd.; GÜNAY, Erhan: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Tespiti ve Kira Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 141 vd.; KALENDER, Ahmet: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2017, C. 12, Sa. 136, s. 27-35, s. 27 vd., s. 34, s. 33 vd.; KOÇ, Nevzat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi, İstanbul Medipol ÜHFĐ, Y. 2014, C. 1, Sa. 1, s. 7-35, s. 27 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 608 vd., s. 621 vd., s. 646 vd.; YAVUZ, Nihat: Kira Hukuku, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, 165 vd., s. 657 vd., s. 689 vd., s. 790

mesinin, kiraya verenden kaynaklanan nedenlerle dava yoluyla⁸ sona erdirilmesi halinde söz konusu olur. Bu sona erme nedenleri; konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin kiraya verenin kiralanana gereksinim nedeniyle sona erdirilmesi, yeni malikin kiralanana olan gereksinimi nedeniyle sona erdirilmesi⁹ ve kiralananın esaslı onarımı nedeniyle kira sözleşmesinin

vd.; KILIÇOĞLU (M.), s. 299 vd., s. 319 vd., s. 354 vd.; KIRMIZI, s. 368 vd., s. 387 vd., s. 501 vd.; GÜLER (Z.), s. 713 vd.; İPEK, Eyüp: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler, TBB Dergisi, Y. 2012, Sa. 102, s. 59-92, s. 59 vd., s. 76 vd.; BURCUOĞLU, Tasarı, s. 36 vd., s. 39 vd.; BURCUOĞLU, 6570 Sayılı, s. 31 vd., s. 175 vd., s. 355 vd.; ÜNAL, Canan: Yargıtay Kararları Işığında Borçlar Kanunu ve Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Kira Sözleşmesinin Sona Erme Nedenleri, İBD, Y. 2010, C. 84, Sa. 3, s. 1525-1543, s. 1530 vd.; AYSAL, Mustafa: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2103, C. 9, Sa. 103-104, s. 183-191, s. 183 vd.; ÖZDOĞAN, Mustafa/OYMAK, Tuba: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda Kira, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 528 vd., s. 536 vd., s. 559 vd.. Yargıtay kararları için bkz. GÜNAY, s. 233 vd.; YAVUZ, s. 689 vd., s. 790 vd.; TUNABOYLU, Müslim: Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 600 vd., s. 692 vd., s. 826 vd., s. 874 vd., s. 918 vd., s. 991 vd., s. 1089 vd.; CERAN, Mithat: Kira Sözleşmeleri Tahliye ve Tespit Davaları, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 758 vd., s. 783 vd., s. 838 vd., s. 857 vd., s. 883 vd., s. 916 vd., s. 951 vd..

⁸ “Kira sözleşmesinin dava yoluyla sona erdirilme sebepleri sınırlıdır. Dolayısıyla, TBK. m. 354'e göre, dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler, kiracı aleyhine değiştirilemez, yeni dava sebepleri geliştirilemez. Ancak, genel hükümlerde yer alan olağanüstü fesih sebeplerinin gerçekleşmesi hâlinde konut ve çatılı işyerlerine ilişkin kira sözleşmeleri de sona erdirilebilir.” Bkz. EREN, Özel, s. 413. Aynı yönde bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 182 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 328; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 342; ACAR, Özel Hükümler, s. 358. Ayrıca bkz. AKGÜN AKAY, s. 37 vd.; ÖZTÜRK, s. 1560 vd.; AYANOĞLU MORALI, s. 2125 vd.; GÜNAY, s. 253 vd.; YAVUZ, s. 861 vd.. Yargıtay'a göre de, “Kiralanan çatılı işyeri vasfında olduğundan 6098 sayılı TBK'nın Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları hükümlerine tabi olup, kanunda belirtilen tahliye sebepleri sınırlıdır. Aynı Yasanın 354. maddesine göre dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler kiracı aleyhine değiştirilemez, 347. maddesi gereğince kiracı kira süresinin bitiminden en az on beş gün önce kiralananı tahliye edeceğini kiralayana yazılı ile bildirmek suretiyle sözleşmeyi feshetmedi takdirde, sözleşme aynı şartlarla bir yıl daha uzamış sayılır. TBK'ın Konut ve Çatılı İşyerleri hakkındaki hükümler kiralayana sözleşme maddesine dayanarak feshi ihbar nedeniyle akdi fesih hakkı tanımaz. Türk Borçlar Kanunu'nda ve özel kanunlarda gösterilen haller dışındaki sebeplerle tahliye kararı verilemez.” bkz. Y. 6. HD 25.6.2015 T. 2015/4496 E. 2015/6451 K. - Kazancı İçtihat Programı (erişim 31.12.2018).

⁹ Kiraya verenin kiralananı kendisi, eşi, altoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildiri için öngörülen sürele uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesini sona erdirebilir (TBK m. 350/f.1 b.1). Kiraya verenin gereksinim nedeniyle tahliye davası açması için önceden ihbarda bulunmasına gerek yoktur. Yeni malik (kiralananı sonradan edinen kişi) ise kiralananı kendisi, eşi, altoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir (TBK m. 351/I). Bunun dışında yeni malik, kira sözleşmesine halef olması dolayısıyla kazanacağı kiraya veren sıfatıyla da kira sözleşmesini, TBK m. 350 hükmüne uygun olarak sona erdirebilir (TBK m. 351/II, m. 350, m. 310/I). Gereksinim nedenine dayalı olarak konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin sona erdirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 340 vd.; AKGÜN AKAY, s. 37 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 621 vd.; EREN, Özel, s. 414 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 329 vd.; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 350 vd.; ACAR, Özel Hükümler, s. 362 vd.; GÜMÜŞ, Kira, s. 341 vd., s. 357 vd.; AYDEMİR, s. 194 vd.; ÖZTÜRK, s.

sona erdirilmesidir¹⁰. Bu sona erme nedenlerinden olan kiralananın esaslı onarımının yapılmaması halinde kiraya verme zorunluluğu, kiralananın eski ve yeni haline göre iki şekilde görülür. Bunlardan birinci hal, esaslı onarım yapılmayan kiralanan eski hali ile üç yıl süreyle eski kiracı dışında başkasına kiraya verilememesidir (TBK m. 355/II). İkinci hal ise, kiralananın esaslı onarım sonrasında, eski kiracının öncelik hakkı sona erdirilmedikçe, üç yıl boyunca eski kiracı dışında başkasına kiralanamamasıdır (TBK m. 355/II)¹¹.

1561 vd.; YAVUZ, s. 689 vd.; BURCUOĞLU, 6570 Sayılı, s. 355 vd.; TOSUN, Yalçın: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Verenin Gerekisini, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 11, Sa. 137-138, s. 31-53, s. 31 vd.; ŞENER, Oruç Hami: İşyeri İhtiyaç Nedeniyle Tahliye Davaları ve Ortaklıklar Hukukuyla Bağlantısı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 3 vd.; BATUR, İsmail Cenk: Konut Gerekisinime Dayalı Tahliye Davalarında “Samimi ve Gerçek İhtiyaç” Kavramı, İBD, Y. 2017, C. 91, Sa. 6, s. 216-220, s. 216 vd.; AYAN, Nurşen: Kira Konusu Taşınmazın İhtiyaç Nedeniyle Tahliye Ettirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Y. 2007, C. 15, Sa. 2, s. 11-24, s. 11 vd.. Yargıtay’a göre, “Türk Borçlar Kanunu’nun 350/1 ve 351. maddelerine göre işyeri ihtiyacına dayalı olarak açılan tahliye davalarında ihtiyaçlının kirada olması halinde ihtiyacın varlığının kabulü için ihtiyaçlının ya tahliye tehdidi altında bulunması veya kiralananın yapılacak iş için daha üstün nitelikte olması, en azından halen iş yapılan yerle eşdeğer nitelikte bulunması gerekir. Eşdeğerlik durumu varsa mülkiyet hakkına üstünlük tanınmalıdır. Bu iki halden birisinin varlığı ihtiyacın kabulü için yeterlidir. Her iki halin birlikte olması gerekmez. Tahliye tehdidinin varlığı davacı tarafından ileri sürülmemiş ise mahkemece kendiliğinden nazara alınmaz. Oysa kiralananın halen iş yapılan yerde üstün olduğu ileri sürülmemiş olsa bile ihtiyaç iddiasının içinde bu husus da mevcut olduğundan mahkemece uzman bilirkişi aracılığıyla keşif yapılarak kıyaslama suretiyle bu hususun belirlenmesi gerekir.” Y. 3. HD 23.01.2018 T. 2017/8534 E. 2018/509 K. bkz. Yargıtay Kararları Dergisi (YKD), 2018/3, s. 557. Diğer Yargıtay kararları için bkz. Y. 1. HD 11.12.1997 T. 1997/16143 E. 1997/16675 K. bkz. YKD., 1998/6, s. 844; Y. 6. HD 15.12.1997 T. 1997/10385 1997/10569 K. bkz. YKD., 1998/2, s. 207; Y. 6. HD 18.10.1989 T. 1989/13230 E. 1989/15630 K. bkz. YKD., 1990/2, s. 211; YHGK 10.2.1960 T. 1960/6-2 E. 1960/5 K. bkz. AD. 1960/3-4, s. 92; Y. 3. HD 6.12.2017 T. 2017/7019 E. 2017/17123 K.; Y. 3. HD 22.2.2018 T. 2017/8924 E. 2018/1578 K.; Y. 6. HD 30.5.2016 T. 2015/11227 E. 2016/4220 K. -Kazancı İçtihat Programı (erişim 31.12.2018). Ayrıca bkz. GÜNAY, s. 194 vd., s. 214 vd.; ERDOĞAN, Hasan: Tahliye, Kira Tespit, Kira Alacağı, Tazminat Davaları, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 815 vd., s. 874 vd., s. 1002 vd..

¹⁰ Kiraya veren kira sözleşmesini, kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise, belirli süreli sözleşmelerde, sürenin sonunda; belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirim için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sona erdirebilir. (TBK m. 350/f.1 b.2). Kiraya verenin tahliye davası açması için önceden ihtarda bulunmasına gerek yoktur. Kiraya verenin esaslı onarım nedeniyle kira sözleşmesinin sona erdirmesi, kiralananın ayıplı olması nedeniyle geçici boşaltmadan (TBK m. 320) farklıdır. Bu nedenle kiralananın, ayıplı olması nedeniyle geçici boşaltılmasında yeniden kiralama yasağı söz konusu olmaz. Esaslı onarım nedeniyle kira sözleşmesinin sona erdirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 504 vd.; AKGÜN AKAY, s. 94 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 639 vd.; EREN, Özel, s. 420 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 332 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 363 vd.; GÜMÜŞ, Kira, s. 353 vd.; ACAR, Özel Hükümler, s. 367 vd.; AYDEMİR, s. 209 vd.; ÖZTÜRK, s. 1571 vd.; YAVUZ, s. 689 vd.; BURCUOĞLU, 6570 Sayılı, s. 453 vd.. Y. 6. HD 21.5.1981 T. 1981/3386 E. 1981/8575 K. bkz. YKD., 1981/11, s. 1428-1429; Y. 6. HD 6.6.1980 T. 1980/1864 E. 1980/5911 K. bkz. YKD., 1981/3, s. 298.

¹¹ Kiraya verenin, kiracıyı kiralananın tahliye ettikten ve yapım ve onarım tamamlandıktan sonra, kiralananı yeni durumuyla ve buna uygun yeni fiyatıyla, eskiden kiralananı kullanan kiracıya, kiralama hakkının olduğunu yazılı olarak bildirmesi gereklidir. Kiracı, aldığı bu bildirimde bir ay içinde olumlu cevap vermez ise, kiralananı öncelikle kiralama hakkını yitirir. Kiracı, kiraya verenin teklifini kabul ederse, yeni bir kira sözleşmesi kurulur. Kiracının, kiralananı öncelikle kiralama hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 645 vd.; İNCEOĞLU, C. 2, s. 537 vd.;

Yeniden kiralama yasağını getiren TBK m. 355 hükmü, kiraya veren terimine¹² yer vermektedir. Bu kiraya veren sıfatının, kiralananı sonradan edinen maliki kapsayıp kapsamadığı önem arz etmektedir. Kiralananı sonradan edinen malikin, eski kiraya verenle, kiracı arasındaki kira sözleşmesine halef olarak kira sözleşmesini gereksinim nedeniyle sona erdirmesi halinde (TBK m. 351/II, m. 350/I, b.1, m. 310/I), kiraya verene halef olarak bu sıfatı kazandığından¹³, yeni malik için de, yeniden kiralama yasağının geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Diğer yandan, kiralananı sonradan edinen malikin kira sözleşmesine halef olarak değil (TBK m. 351/II), kiralananı sonradan edinen malik olarak gereksinim nedeniyle kira sözleşmesini sona erdirmesi halinde (TBK m. 351/I), yeni malikin kiraya veren sıfatının olmadığı gerekçesiyle hakkında yeniden kiralama yasağının söz konusu olmadığı söylenebilir. Ancak yeniden kiralama yasağının kiraya verenin kiralananı olan gereksiniminin göstermelik olmasını önlemeyi amaçladığı ve kiralananı sonradan edinen malikin, kira sözleşmesini sona erdirmesinin gereksinim nedenine dayalı olduğu düşünüldüğünde, kiralananı sonradan edinen malik için de, yeniden kiralama yasağının geçerli olduğu kabul edilmelidir¹⁴.

Bunların yanında, Yasa hükmünde yer almamakla birlikte, kiraya veren dışında malik veya intifa hakkı sahibinin kiralananı olan gereksinimi nedeniyle kira sözleşmesini sona erdirilebileceği kabul edilebilir¹⁵. Bu durumda, kiraya veren dışında kira sözleşmesini sona

AKGÜN AKAY, s. 113 vd.; EREN, Özel, s. 422; ARAL/AYRANCI, s. 328; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 364; ACAR, Özel Hükümler, s. 361; AYDEMİR, s. 213; DOĞAN, Murat: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerini Sona Ermesi, Ankara 2011, s. 145 vd.; AKYİĞİT, Ercan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Ankara 2012, s. 211, s. 216. SARUHAN'a göre, kiracıya öncelik hakkını kullanması için tanınan bir aylık süre, hak düşürücü süre mahiyetindedir. Bkz. SARUHAN, s. 370.

¹² Kiraya verenin malik olmasına gerek yoktur. Kiraya veren sıfatı hakkında bkz. İNCEOĞLU, C. 1, s. 50 vd.; KAHRAMAN, Zafer: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK M. 299, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul 2018, s. 1599 vd.; ACAR, Kira, s. 63 vd.; AYDEMİR, s. 39; AKGÜN AKAY, s. 73 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 346 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 187 vd.; AKYİĞİT, s. 70.

¹³ TBK m. 310/I hükmüne göre, kiralanan sözleşmenin kurulmasından sonra herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖKTEM ÇEVİK, Seda: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK M. 310, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 1699 vd.; İNCEOĞLU, C. 1, s. 573 vd.; ACAR, Kira, s. 236 vd.; AYDEMİR, s. 49; AKGÜN AKAY, s. 131; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 637; EREN, Özel, s. 440; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 274 vd.; AKYİĞİT, s. 96, s. 210, s. 219. Ayrıca bkz. İKİZLER, Metin: Kiralananın Satılması Durumunda Alıcının Satıcıya Karşı Hakları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 20, Sa. 2, s. 25-59, s. 25 vd. Yargıtay kararı için bkz. Y. 3. HD, 27.3.1984 T. 1984/780 E. 1984/1501 K. bkz. YKD., 1984/7, s. 1021.

¹⁴ Aynı yönde bkz. EREN, Özel, s. 420.

¹⁵ Boşaltma davasının kiraya veren dışında kiraya veren olmayan malik ya da intifa hakkı sahibinin de açabileceği, Yasa hükmünde bir açıklık bulunmamasıyla birlikte, Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Bkz. Y. 6. HD 28.2.1980 T. 1980/10258 E. 1980/1793 K.; bkz. YKD., 1980/10, s. 1355 vd.; Y. 6. HD 3.3.1988 T. 1988/2035 E. 1988/3027 K. bkz. YKD., 1988/11, s. 1511 vd.; YHGK 13.12.1989 T. 1989/6-584 E. 1989/K. 652; bkz. UYGUR, Turgut: Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C. 6, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 6414; Y. 6. HD 30.11.2006 T. 2006/9443 E. 2006/12237 K.- Kazancı İçtihat Programı (erişim 31.12.2018); Y. 6. HD 29.04.2008 T. 2008/3082 E. 2008/5514 K.; bkz. RUHİ, Ahmet Cemal: Kira Hukuku, C. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 910; Y. 6. HD 28.01.2010 T. 2009/10893 E. 2010/660 K.; bkz. RUHİ, C. 1, s. 974; YHGK 22.12.2010 T. 2010/6-659 E. 2010/682 K.; karar için bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 352, dipnot 510. "Tahliye davası açabilmek için "kiraya veren" sıfatına sahip olmak gerekmektedir (6570 sayılı K. mad. 7/I; esasen Borçlar Kanunu'nun sistemi de fesih açısından farklı değildir). Şu hâlde,

erdiren için de, yeniden kiralama yasağı söz konusu olabilir¹⁶. Ayrıca kiralananın tahliye nedenine aykırı olarak kiraya verilmesi durumunda da, yeniden kiralama yasağı gündeme gelebilir.

Diğer yandan, kiralananın esaslı onarımı sonrasında eski kiracının, kiralananı, yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusundaki öncelik hakkı¹⁷, kiraya verenin, kiralananı başkasına kiraya vereceği hallerde söz konusu olacağından, kiraya verenin kendisinin kullanacak olması veya kiralananı satması halinde, yeniden kiralama yasağı söz konusu olmayacaktır¹⁸.

Yeniden kiralama yasağının söz konusu olabilmesi için diğer şart, kiracının, kiralananı tahliyeye zorlanmasıdır¹⁹. Her ne kadar yeniden kiralama yasağına yol açan kira sözleşmesinin sona erme nedenleri, kiraya veren tarafından dava yoluyla sona erdirilmesi olsa da, yeniden kiralama yasağının geçerli olabilmesi için, kiraya veren tarafından her halükârda dava edilerek kiracının tahliyesinin sağlanması aranmalıdır²⁰. Bu noktada, kira sözleşmesini dava yoluyla sona erdirmenin şartının, kiracıyı korumak amacıyla hizmet ettiği gözetilmelidir. Bu şartın aranması, kiracı yerine kiraya verenin korunması sonucuna yol açacağından, yeniden kiralama yasağının kiracıyı koruma amacıyla kabul edilmesi düşüncesi ile de bağdaşmaz. Burada önem arz eden husus, yeniden kiralama yasağına yol açan kira sözleşmesi sona erme nedenine dayalı olarak, kiraya verenin talebiyle kiralananın, boşaltılmasıdır²¹. Bu nedenle, tarafların anlaşmaları veya ihtar üzerine kiralananın boşaltılması

söz konusu sıfat bir başkasına aitse, malikin ihtiyacı tahliye sebebi olmayacaktır. Mesela, kira konusu yer intifa hakkı sahibi tarafından kiraya verilmişse, kuru mülkiyet sahibinin, yani malikin ihtiyacı tahliye sebebi olamaz.”; ARPACI, Abdülkadir (HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir): Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992, s. 215. Aynı yönde bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 352. Aynı yöndeki karar için bkz. Y. 6. HD 2005/3237 E. 2005/4915 K.-Kazancı İçtihat Programı (erişim 31.12.2018). Öğretide görüşler ve tartışmalar için bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 367 vd.; AKYİĞİT, s. 175; DOĞAN, Kira, s. 75; AKGÜN AKAY, s. 74 vd..

¹⁶ Aynı doğrultuda bkz. AKYİĞİT, s. 210.

¹⁷ Gereksinim nedenine dayalı olarak kira sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde öncelik hakkının verilmemesini, isabetli olduğu hakkında bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 538; AKGÜN AKAY, s. 92-93. 6570 sayılı Yasa Döneminde aynı doğrultudaki görüş bkz. BURCUOĞLU, 6570 Sayılı, s. 474-475. Aksi görüş için bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 633. AKYİĞİT'e göre, gereksinim nedenli boşaltılarda da, hiç değilse, eski kira bedeliyle kiralama önceliğinin eski kiracıya tanınması ve yazılı bildirim üzerine kiracının bir aylık sürede vereceği cevaba göre durumun netleşeceği öngörülebilirdi. Bkz. AKYİĞİT, s. 212.

¹⁸ DOĞAN, Kira, s. 146; İNCEOĞLU, C. 2, s. 420, s. 438; ÖZDOĞAN/OYMAK, s. 580; AKGÜN AKAY, s. 114; BURCUOĞLU, 6570 Sayılı, s. 472; SARUHAN, s. 355; EKİNCİ, Hüseyin: Tahliye Edilen Taşınmazın Eski Kiracıya Yeniden Kiralanması Zorunluluğu, Adalet Dergisi, Y. 2005, Sa. 23, s. 88-116, s. 91. Ayrıca bkz. Y. 6. HD 05.11.1959 T. 1959/8280 E. 1959/6680 K.; karar için bkz. BURCUOĞLU, 6570 Sayılı, s. 472. Malikin kiralananı kendisinin kullanması halinde dahi, kiracıya öncelik hakkını kullandırması gerektiği hakkında Yargıtay kararı için bkz. Y. 4. HD 19.4.2007 T. 2006/7151 E. ve 2007/5305 K.-Kazancı İçtihat Programı (erişim 31.12.2018)

¹⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 360; İNCEOĞLU, C. 2, s. 534.

²⁰ Aynı yönde AKYİĞİT, s. 214; AKGÜN AKAY, s. 93-s. 94, s. 115; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 635; AKYİĞİT, s. 214; İNCEOĞLU, C. 2, s. 402, s. 422, s. 535; ÖZDOĞAN/OYMAK, s. 582; ÖZTÜRK, s. 1568. Yargıtay 7. Ceza Dairesi 02.05.1978 T. 1978/2066 K. 1978/2774 K.; karar için bkz. GÜLER, Alev: 6570 Sayılı Kira Kanunu'nun 15-16 Maddelerinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar, ABD, Y. 1978, Sa. 4, s. 632-635, s. 634. Aksi görüş için bkz. CERAN, s. 955.

²¹ İNCEOĞLU, C. 2, s. 535. Aynı doğrultuda bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 360; AKYİĞİT, s. 214.

halinde de, yeniden kiralama yasağının bulunduğu kabul edilmelidir²². Kiracının, kiraya verenin bir talebi olmaksızın, kendiliğinden kiralananı boşaltması halinde, yeniden kiralama yasağı söz konusu olmaz.

TBK m. 355/I ve II fıkrasında yeniden kiralama yasağının süresi, üç yıl olarak düzenlenmiştir. Ancak bu sürenin başlangıcına ilişkin maddede bir hüküm bulunmamaktadır. Yeniden kiralama yasağının başlangıç tarihi, yeniden kiralama yasağına neden olan kira sözleşmesinin sona erdirilmesi nedenleri gözetilerek ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Gereksinim nedenine dayalı veya esaslı onarım sonrasında kiralananın eski hali ile yeniden kiralama yasağı bakımından yeniden kiralama yasağının başlangıç tarihinin, kiralananın tahliye tarihi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²³. Buna karşılık, eski kiracının öncelikle kiralama hakkını kullanmasına imkân verilmemesi nedeniyle dayalı yeniden kiralama yasağının başlangıç tarihini, esaslı onarımın tamamlanıp, kiralananın, kiraya hazır hale getirildiği tarihi kabul etmek yerinde olacaktır²⁴.

II- YENİDEN KİRALAMANIN HAKLI SEBEBE DAYANMASI

Kiraya verenin eski kiracısına kiraya verme zorunluluğu, haklı sebebin²⁵ bulunması halinde söz konusu olmaz. Haklı sebep kavramı, mücbir sebep kavramına göre daha genişdir²⁶. Diğer bir anlatımla, haklı sebep kavramı, mücbir sebep kavramına oranla kiraya vere-

²² İNCEOĞLU, C. 2, s. 536.

²³ İNCEOĞLU'na göre, üç yıllık sürenin fiili tahliye tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir; İNCEOĞLU, C. 2, s. 538. Aynı doğrultuda bkz. YAVUZ, s. 347; ÖZDOĞAN/OYMAK, s. 579; AKGÜN AKAY, s. 92; ÖZTÜRK, s. 1568; SARUHAN, s. 366. AKYİĞİT'e göre, "kiracıya boşaltım için (kiraya veren veya mahkemece) bir süre verilmemişse; mahkeme kararının kesinleştiği tarihten başlatımı uygundur. Lakin boşaltım için kiracıya bir süre verilmişse, süre bitmeden boşaltılmışsa, bu süre boşaltım tarihinden; ama süre bittiği halde boşaltılmadığındaysa, tanınan sürenin bitiminden başlatmanın isabet taşıdığı düşünülmür." AKYİĞİT, s. 214.

²⁴ Aynı görüş bkz. AKYİĞİT, s. 215. Diğer yandan kiraya verenin yeniden kiralama teklifini, en kısa sürede yapmasının dürüstlük kuralına uygun olacağı hakkında bkz. AKYİĞİT, s. 214. Aksi görüşte olan İNCEOĞLU'na göre, "Kanaatimce inşa ve tadilat faaliyetlerinin bitmesinden sonra dürüstlük kuralına göre en kısa zamanda teklifin yapılması gerektiği yönündeki görüş isabetli değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, kiraya veren taşınmazı kendisi kullanacak ise böyle bir öncelik hakkı mevcut değildir. Kiraya verenin taşınmazı öncelikle kendi kullanmak istemesi, sonra bundan vazgeçmesi olasıdır ve bu husus başlı başına kanuna ya da dürüstlük kuralına aykırı olmayacaktır. Bu nedenle teklifin derhal yapılması gerektiğinin kabul edilmesi mümkün değildir." Bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 539.

²⁵ Haklı sebep, mücbir sebebi de kapsayan beklenmedik olaylardır. Beklenmedik olayı, doğal, sosyal veya hukukî bir olay olabileceği gibi, insana bağlı beşerî bir olay, bir davranış da olabilir. Beklenmedik olayların başında savaş, iç savaş, darbe, ayaklanma, deprem, ağır fırtına, sel, yangın, yıldırım düşmesi, don, yer çökmesi, genel grev, ithalat ve ihracat yasaklamaları, sınırların kapatılması, düşman mallarına el konması gelir. Haklı sebep kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 518, s. 583-586; EREN, Özel, s. 52. AKYİĞİT'e göre, haklı sebep, gereksinim yüzünden boşalttırılan kiralananın henüz üç yıl dolmadan başkasına kiraya verilmesi haklı, saygıya değer gösteren "objektif olgular" olarak anılabilir ya da boşalttırılan kiralananın başkasına kiraya verilmeden üç yıl beklenilmesini çekilmez, artık katlanılmaz kılan durumlar olarak tanımlanabilir. Bu bir doğal afet veya genel ya da bireysel/sektörel bir kriz veyahut icra-ıflaş tehdidi, hatta eski kiracının orayı kiralamaktan vazgeçmesi olabilir. Bkz. AKYİĞİT, s. 211.

²⁶ ACAR, Özel Hükümler, s. 361; İNCEOĞLU, C. 2, s. 536; AKYİĞİT, s. 211. Kiraya verenin kendisinden kaynaklanan sebeplerin haklı sebep oluşturmayacağı, bu hallerin kiraya verenin sağlığı gibi

nin, yeniden kiralama yasağını daraltan bir özelliğe sahiptir²⁷. Kiralananın kamulaştırılması, doğa olayları sonucunda yok olması gibi kiraya verenden kaynaklanmayan ve kaçınılmaz olarak gerçekleşen olaylar, yeniden kiralama yasağı bakımından mücbir sebep teşkil eder²⁸.

Bunların yanında, haklı sebebin varlığı, yeniden kiralama yasağına yol açan kira sözleşmesinin sona erdirilmesi nedenleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Gerek sinim nedeniyle kiralananın boşaltılması sonrasında kiraya verenin ölüm, hastalık, tayininin çıkması gibi beklenmeyen bir gelişme sonucunda kiralananı kullanamaması halinde, haklı sebebin varlığı kabul edilebilir²⁹. Aynı şekilde, kiraya verenin hastalanması sebebiyle söz konusu konutta oturamaz hale gelmesi veya mesleği ya da sanatını bırakması haklı bir sebep olarak benimsenebilir³⁰. Bunu karşın bu sebepler, esaslı onarım bakımından haklı sebep olarak kabul edilmemelidir.

Yeniden inşa ve imar amacıyla esaslı onarım nedeniyle kiralananın boşaltılması halinde haklı sebep, daha çok eski kiracıya ilişkin ortaya çıkar. Burada eski kiracının tayininin çıkması, hastalanması, meslek veya sanatını bırakması gibi nedenlerle kiralananı kiralama olanağının kalmaması haklı sebep olarak değerlendirilebilir³¹. Kiralananın esaslı onarım sonrasında işyerine dönüşmesi ve eski kiracının, kiralananı yeni haliyle konut olarak kullanması mümkün değilse, haklı sebebin varlığı kabul edilmelidir³². Ölüm olayı kira sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine yol açan bir hal olarak düzenlenmediğinden ve esas olan bu durumda, kira sözleşmesinin mirasçılarla devam etmesi olduğundan, eski kiracının ölmesi, haklı sebep olarak kabul edilmemelidir³³. Ayrıca, eski kiracının başka yerde oturmaya başlaması, eski kiracıya kiralama olanağının kalmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır³⁴.

Haklı sebebin kiralananın boşaltılmasından sonra, eski kiracı dışında bir üçüncü kişiye kiralananın bulunması yeterlidir³⁵.

Yasa hükmünde (TBK m. 355/II), eski kiracıya, öncelikle kiralama hakkını kullanmasına imkân verilmemesinin haklı sebebe dayalı olması düzenlenmemiş olmakla birlikte,

kiralananın eski kiracıya kiralanasını engellemeyeceği yönündeki görüş için bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 633.

²⁷ Haklı sebep, kiracıdan kaynaklanan hallerle sınırlandırılmalıdır. Bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 633.

²⁸ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 634.

²⁹ AYDEMİR, s. 208; AKGÜN AKAY, s. 92. "...başka bir kente göçmüşse, zorunlu bir sebebin varlığı kabul edilebilir." Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 359. Gerek sinim nedeniyle kiralananı tahliye ettiren kiraya verenin, üç yıllık süre içerisinde, kiralama teklifinin eski kiracı tarafından kabul edilmemesi, eski kiracı başka taşınmaz taşınmış olacağından ve tekrar eski kiralananı geçmek istemeyeceğinden, üçüncü kişi ile kira sözleşmesi yapılmasını haklı kılmaz. Bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 403. Eski kiracının kabul etmemesi halinde, bunun haklı sebep sayılacağına ve kiraya verenin kiralananı başkasına kiraya verebileceğine dair aksi görüş için bkz. ÖZDOĞAN/OYMAK, s. 580.

³⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 360.

³¹ Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi anlamında haklı sebep kiraya verenin sona erme sırasında mevcut olan ihtiyacının sonradan ortadan kalkması şeklinde de ortaya çıkabilecektir. Bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 536.

³² Konutun işyerine dönüşmesi haklı sebep olmasına karşın, kiracının başka yerde oturmaya başlaması haklı sebep teşkil etmez. Bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 420.

³³ İNCEOĞLU, C. 2, s. 401-402. Öncelikle kiralama hakkının ölen kiracının mirasçılara teklif edilmesi gerektiği yönünde bkz. AKYİĞİT, s. 213; İNCEOĞLU, C. 2, s. 537.

³⁴ İNCEOĞLU, C. 2, s. 537.

³⁵ SARUHAN, s. 364.

öncelikle kiralama hakkını kullanmasına imkân verilmemesi haklı sebebe dayalı olması halinde, yeniden kiralama yasağı söz konusu olmamalıdır.

III- YENİDEN KİRALAMA YASAĞINA AYKIRILIK OLUŞTURMAYAN EYLEMLER

Kiraya verenin, kiralanana, eski kiracısı dışındaki kişilere kiraya vermemesi anlamına gelen yeniden kiralama yasağının, kiraya verilmesi dışındaki eylemleri kapsayıp kapsamadığının değerlendirilmesi gereklidir. Söz gelimi, kiralanana üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi, yeniden kiralama yasağının dışında olduğu söylenebilir. Aynı şekilde, gereksinim nedeniyle boşaltılması sağlanan kiralananın, üçüncü bir kişiye satılması veya ücretsiz kullanılması eyleminin yeniden kiralama yasağının dışında olduğu söylenebilir³⁶.

Kiralama dışındaki eylemlerin yeniden kiralama yasağı dışında olup olmadığı belirlenmesinde, kiraya verenin, kira bedeli veya benzeri bir gelir elde edip etmediği ölçüt olarak kabul edilebilir. Söz gelimi, üçüncü kişiye intifa veya oturma hakkı tanınması halinde, kira benzeri bir gelirin elde edileceği söylenebilir. Bu nedenle, bu tip eylemlerin, yeniden kiralama yasağı kapsamında olduğu söylenebilir. Buna karşın, kiralananın üçüncü kişi tarafından ücretsiz kullanılması veya kiralananın satılması halinde, kira geliri benzeri bir gelirin elde edilmesi söz konusu olmadığından, bu tip eylemlerin yeniden kiralama yasağının dışında olduğu söylenebilir³⁷. Aynı şekilde kiralananın üçüncü kişi tarafından ücretsiz kullanılması, kiraya verme zorunluluğunun bulunduğu süresinin sona ermesinden önce sona ererse, kalan sürede yeniden kiralama yasağının geçerli olduğu kabul edilmelidir.

IV- YENİDEN KİRALAMA YASAĞINA AYKIRILIK NEDENİYLE ÖDENECEK TAZMİNAT TUTARI

Yeniden kiralama yasağına aykırı hareket edilmesi halinde eski kiracı, son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere bir tazminat talep edebilir (TBK m. 355/ III)³⁸. Kira sözleşmesi bir yılını doldurmamış ise, bir yıllık kira bedeli, son ödenen kira bedelinin kalan ay ile çarpımıyla bulunan tutar ile ödenen tutarların toplamı olarak kabul edilebilir.

Bunun yanında, ödenmiş bir yıllık kira bedeli³⁹ tutarı hesabında, kira bedelinin net veya brüt tutar mı olduğu konusunda Yasa hükmünde bir açıklık yoktur. Kanaatimce, yeniden kiralama yasağına aykırı hareket edilmesi halinde ödenecek tazminat tutarı hesabında

³⁶ AKYİĞİT, s. 217; İNCEOĞLU, C. 2, s. 536; SARUHAN, s. 365.

³⁷ İNCEOĞLU, C. 2, s. 536. Yeniden inşa faaliyeti sonunda, kiralanana, bir üçüncü kişiye satılmış ise, kiraya veren sıfatına, haiz olmayan yeni malikin, eski kiracıya karşı yeniden kiralama teklifinde bulunmasına gerek yoktur. Bkz. SARUHAN, s. 371.

³⁸ KOÇ'a göre yeni düzenlemeyle söz konusu yasağın yaptırımını, Avrupa Birliği normlarına da uygun olarak, ceza değil, tazminattan ibarettir. Bkz. KOÇ, s. 33.

³⁹ Kira bedelinin kapsamı hakkında bkz. EREN, Özel, s. 402 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 216 vd.; İNCEOĞLU, C. 1, s. 12 vd.; ACAR, Şerh, s. 71 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 258 vd.; ERZURUMLUOĞLU, s. 118; KAHRAMAN, s. 1597 vd.; DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Kira Sözleşmesinde Yan Giderler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 64 vd.. Ayrıca bkz. ÖZEN, Burak: Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, Y. 2016, C. 22, Sa. 3, Cilt 2, s. 2033-2062, s. 2033 vd.; KAYA, İlkay: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 9, Sa. 123, s. 171-196, s. 171 vd..

brüt kira bedeli esas alınmalıdır. Çünkü kira sözleşmesinde, kira bedeli net olarak belirlenerek kiraya verene bu net tutar ödenmekle birlikte kiracı, Gelir Vergisi Kanunu gereğince, vergi dairesine ayrıca stopaj ödeyebilmektedir. Her ne kadar stopaj tutarı, kira bedeli olarak kiraya verene ödenmemiş görünse de, vergi dairesine kiraya veren adına ödendiği; yani kira bedelinin bir unsuru olduğu kabul edilmelidir. Bunun yanında kira bedeli, aidat dahil olarak belirlenebilir. Bu durumda, kira bedelinden aidat bedeli düşülmeksizin son kira döneminde ödenen bir yıllık kira bedeli tutarı, tazminat hesabında dikkate alınmalıdır. Bunların yanında, kira bedelinin yabancı para ile belirlenmesi⁴⁰ ancak ödemenin Türk lirası olarak yapılması halinde ödenen Türk lirası tutarları, son kira döneminde ödenen bir yıllık kira bedeli tutarı hesabında dikkate alınmalıdır. Kira bedelinin yabancı para ile ödenmesi halinde ise, son kira döneminde ödenen bir yıllık yabancı para tutarının yeniden kiralama yasağının başladığı tarihteki döviz satış kuru üzerinden Türk lirası karşılığı, bir yıllık kira bedeli tutarı olarak belirlenmelidir.

Diğer yandan yeniden kiralama yasağına aykırı hareket edilmesi halinde hükmedilecek tazminat tutarı, son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olamaz, ancak fazla olabilir⁴¹. Hâkim, kiraya verenin, eski kiracı yerine, başkasına kiraya vermesi sonucunda elde ettiği kazancı gözeterek, son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden daha fazlasına hükmedebilir⁴². Öğretide, bir yıllık kira bedelinden daha fazla bir tazminata hükmedilebilmesi için, kiracının bundan daha fazla bir zararının mevcudiyetini ispatlaması gerektiğini savunulmaktadır⁴³. Kanaatimce, yeniden kiralama yasağına aykırılık nedenine dayalı tazminat medeni ceza olduğundan bir yıllık kira bedelinden daha fazla bir tazminata hükmedilebilmesi için, eski kiracının bir yıllık kira bedelini aşan zararının varlığını ispat etmesine gerek yoktur.

İspat zorlukları nedeniyle, kiracı yerine, kiraya verenin, kira sözleşmesini sona erdirmeye uygun şekilde kiralananı kullandığını ispat etmesi daha isabetli olacaktır. Çünkü kiraya veren, gereksinim veya esaslı onarım nedeniyle kiralananın boşaltılması sonrasında kiralananın nasıl kullanıldığını en iyi bilecek kişi konumundadır. Aynı şekilde, kiraya veren, kiracının öncelikle kiralama hakkını kullanması için, bildirim yaptığını ispatlamalıdır. Kiracı ise, kira ilişkisini, kiralananı zorla tahliye edildiğini ve son kira yılında ödemiş olduğu bir yıllık kira tutarını ispat etmelidir.

Yeniden kiralama yasağına aykırı hareket edilmesi halinde ödenecek tazminat, eski kiracıya ödenir. Bu tazminat talebi, genel hükümlere tabidir ve Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabidir⁴⁴.

⁴⁰ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in (2018-32/52) 8/b. 2 hükmüne göre taşınmaz kiralalarında kira bedelinin yabancı para üzerinden kararlaştırılması ilke olarak yasaktır. Ancak Türkiye'de yerleşik yabancılar için söz konusu sınırlama geçerli değildir (m. 8/b. 3). Aynı şekilde taşıt kirasında da bedel TL olarak kararlaştırılmalıdır (m. 8/10). Ancak taşınır kiralaları ile hak kirası bakımından ilke olarak bir sınırlama yoktur (m. 8/10). Ayrıca bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 217.

⁴¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 360; İNCEOĞLU, C. 2, s. 422; AKGÜN AKAY, s. 131; KILIÇOĞLU (M.), s. 377.

⁴² Aynı yönde KILIÇOĞLU (M.), s. 377; AKYİĞİT, s. 217; AKGÜN AKAY, s. 93. SARUHAN'a göre, yeniden kiralama yasağına dayalı tazminat miktarı, kiraya verenin kötü niyetli olması, kira bedelinin düşük olması, tahliye edilen kiralananın düştüğü durum gibi sebeplerle hâkim tarafından hafifletilip, ağırlaştırılabilir. Bkz. SARUHAN, s. 374. İNCEOĞLU'na göre, kiracının zararı bir yıllık kira bedelinden az olsa dahi, tazminat tutarı son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olamaz; İNCEOĞLU, C. 2, s. 421-s. 541, s. 542.

⁴³ İNCEOĞLU, C. 2, s. 422, s. 542.

⁴⁴ İNCEOĞLU, C. 2, s. 542; AKYİĞİT, s. 217; SARUHAN, s. 379.

V- YENİDEN KİRALAMA YASAĞININ AMACI

Yeniden kiralama yasağı, kira sözleşmesinin, kiraya verenden kaynaklanan nedenlerle dava yoluyla sonlandırılması halinde söz konusu olduğundan, kira sözleşmesinin sona erdirilmesi şartlarının bulunup bulunmadığı, sadece kiraya verenin bir iddiası olarak ortaya çıkmayacak, iddianın haklılığı, aynı zamanda mahkeme tarafından değerlendirilecektir. Gerçekten, kiraya verenin, kiralananana olan gereksiniminin gerçek ve samimi⁴⁵ olup olmadığı mahkeme tarafından değerlendirilecek ve kiraya verenin, kiralananana olan gereksiniminde samimi olmadığı belirlenmesi halinde, dava, mahkeme tarafından reddedilecek; yani kiralananın tahliyesi söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde, kiralananın esaslı onarım ihtiyacı iddiasıyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesi, dava yoluyla olacağından, esaslı onarım ihtiyacı mahkeme tarafından değerlendirilecektir. Mahkemenin kiralananın esaslı onarım ihtiyacının olmadığına karar vermesi halinde de, davanın reddi; yani kiralananın tahliyesi söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle yeniden kiralama yasağına ve bu yasağa aykırılık nedeniyle tazminata gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak öncelikle kiralama hakkını kullanma imkânı verilmemesinde bir mahkeme denetimi bulunmadığından, yeniden kiralama yasağının, kiraya vereni, eski kiracıya öncelikle kiralama hakkını kullanmasına imkân vermeye zorlama amacı taşıdığı düşünülebilir. Aynı şekilde, dava dışı kira sözleşmesinin sonlandırılması ve kiralananın tahliyesi halinde de, mahkeme denetimi olmadığından, yeniden kiralama yasağının, kiraya verenin, kiralananana gereksinimi olduğu iddiası ile kiralananın esaslı onarım ihtiyacı olduğu iddiasında samimi olmaya zorlama amacı taşıdığı söylenebilir. Dolayısıyla yeniden kiralama yasağı ve bu yasağa aykırılık nedeniyle tazminatın sınırlı bir işlevinin olduğu düşünülebilir.

Bununla birlikte, mahkemenin, kiraya verenin, kiralananana olan gereksiniminin gerçek ve samimi olup olmadığını veya esaslı onarımın gerekli olup olmadığını, bütün açıklığıyla belirlemesi; yani kiraya verenin hangi amaçla hareket ettiğini belirlemesi kolay değildir. Diğer bir deyişle, mahkemenin kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirirkenki niyetini; yani kiraya verenin iç dünyasını bilme imkânı yoktur. Gerçekten kiraya veren, daha çok kira geliri elde etme gizli amacıyla, sözleşme şartlarını yerine getiren kiracısını başka şekilde tahliye edemediğinden, tahliye etmek için gereksinim veya esaslı onarım ihtiyacını bir bahane olarak kullanabilir⁴⁶. Kira sözleşmesini sona erdirmenin göstermelik olup

⁴⁵ Kiralanana olan gereksinimin gerçek ve samimi olması gerektiği hakkında bkz. TOSUN, s. 45 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 331; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 350 vd.; EREN, Özel, s. 416 vd.; ACAR, Özel Hükümler, s. 365; İNCEOĞLU, C. 2, s. 356 vd.; AYDEMİR, s. 195 vd.; AKGÜN AKAY, s. 59; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 624 vd.; AKYİĞİT, s. 177; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN/ARPACI), s. 212; DOĞAN, Kira, s. 91 vd.. Yargıtay kararları için bkz. Y. 3. HD 23.01.2018 T. 2017/8534 E. 2018/509 K.; bkz. YKD., 2018/3, s. 557-559; Y. 6. HD 12.1.2015 T. 2014/13336 E. 2015/39 K.- Kazancı İçtihat Programı (erişim 31.12.2018); Y. 6. HD 25.9.2014 T. 2014/8931 E. 2014/10381 K. - Kazancı İçtihat Programı (erişim 31.12.2018); Y. 6. HD 26.06.2013 T. 2013/8885 E. 2013/10777 K.- Kazancı İçtihat Programı (erişim 31.12.2018); Y. 6. HD 26.11.2007 T. 2007/10217 E. 2007/12744 K.; bkz. İBD., 2008/4, s. 2099; Y. 6. HD 11.3.2002 T. 2002/1292 E. 2002/1562 K.- Kazancı İçtihat Programı (erişim 31.12.2018); Y. 6. HD 07.07.1998 T. 1988/6255 E. 1988/6241 K.; bkz. YKD., 1998/10, s. 147; Y. 6. HD 26.01.1998 T. 1998/443 E. 1998/402 K.; bkz. YKD., 1998/1, s. 37. Konut veya işyeri gereksiniminin gerçek olması gerektiği, TBK m. 350 ve 351 hükmünde yer alan "kullanma zorunluluğu" ibaresinden çıkarılabilir; yargıç, kiraya verenin samimi olup olmadığını denetlerken, yeniden kiralama yasağının amacının kiracıyı korumak olduğunu gözetmelidir. Bkz. ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 351. Kiraya veren, kiralananana olan gereksiniminin gerçek olduğunu ispatlamalıdır. Bkz. ACAR, Özel Hükümler, s. 365.

⁴⁶ Salt kiracıyı çıkarıp bir başkasına kiralamak, kiracıyı rahatsız etmek, kira parasını istediğince arttırmak, kendisine ait başka bir taşınmaz boşaldığı halde, onu kiraya vererek sonradan başka bir kiracı-

olmadığı, ancak kiracının boşaltılması sonrasında, kiraya verenin, kiralananı kullanım şekliyle ortaya çıkacaktır. Söz gelimi, gereksinim iddiasıyla kira sözleşmesi sona erdirildikten ve kiralanan boşaltıldıktan sonra kiralananı kimin kullandığı, kiraya verenin kiralanan gereksiniminin gerçek olup olmadığını ortaya çıkaracaktır. Aynı şekilde, esaslı onarıma ihtiyaç olmamasına rağmen, kiralananın esaslı onarım ihtiyacı iddiasıyla boşaltılmasının sağlanması sonrasında, kiraya verenin, kiralananı, eski haliyle başkasına kiraya vermesi, kira sözleşmesini sona erdirmeye samimi olmadığını gösterecektir. Diğer bir deyişle, kiraya verenin, tahliye sonrasında kira sözleşmesini sona erdirmeye nedenine aykırı olarak kiralananı kullanması samimi olmadığını ortaya koyacaktır.

Bu çerçevede, kiralananın gerçekten gereksinim duyulmamasına veya kiralananın esaslı onarıma ihtiyaç olmamasına rağmen, kiraya verenin göstermelik olarak kiralanan gereksiniminin olduğunu veya kiralananın esaslı onarıma ihtiyacının olduğunu ileri sürerek kiracısını kiralanan tahliye etmesini veya bunu bir baskı unsuru olarak kullanmasını; yani kötü niyetli davranışlarda bulunmasını önlemek için, yeniden kiralama yasağının getirildiğini söylemek yanlış olmayacaktır⁴⁷. Diğer bir anlatımla, yeniden kiralama yasağı, kiraya verenden kaynaklanan, ancak göstermelik nedenlerle kira sözleşmesinin sonlandırılarak, kiracının, kiralanan tahliye edilmesini veya bunun bir baskı unsuru olarak kullanılmasını; yani kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkının kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir⁴⁸.

Buna ilaveten, yeniden kiralama yasağı, esaslı onarım sonrası öncelik hakkı bakımından, kiraya vereni kiracının öncelikle kiralama hakkını kullanmasına imkân sağlamaya zorlama amacıyla kabul edilmiştir. Diğer bir deyişle, kiracının öncelikle kiralama hakkını kullanması için kiraya verenin, kiracıya bildirim yapmamasının yaptırımsız kalmaması istenmektedir.

VI- YENİDEN KİRALAMA YASAĞINA AYKIRILIK NEDENİNE DAYALI TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yeniden kiralama yasağına aykırılık halinde ödenmesi öngörülen tazminatın hangi işlevi⁴⁹ gördüğünün belirlenmesi önemlidir. Bu tazminatın telafi işlevi gördüğünün kabul

sını gereksinim nedeniyle taşınmazdan çıkarmak istenmesi gibi durumlarda istemin samimi olmadığı kabul edilmelidir. Bkz. ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 355; ACAR, Özel Hükümler, s. 364.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 359. SARUHAN'a göre, yeniden kiralama yasağının, kiraya verenin kiralananı daha yüksek bir kira bedeliyle bir üçüncü kişiye kiralamasını engelleme ve bu konuda hakkın kötüye kullanılmasını önleme gayelerini taşıdığı açıktır. Bkz. SARUHAN, s. 356.

⁴⁸ Aynı doğrultuda bkz. ÖZDOĞAN/OYMAK, s. 579; ÖZTÜRK, s. 1567.

⁴⁹ Tazminatın telafi, önleme (caydırma) ve cezalandırma işlevi olmak üzere üç işlevinin olduğu söylenebilir. Tazminatın telafi işlevi, haksız fiil olmasaydı mağdur hangi konumda olacak idi ise o konuma ulaştırılmasını ifade eder. Diğer bir anlatımla tazminatın telafi işlevini görmesi halinde tazminat, zarar mağdurun malvarlığı gözetilerek belirlenmekte, mağdurun zenginleşmesi sonucunu doğuracak bir tazminat kabul edilmemekte ve mağdurun elde ettiği yararların zarardan düşülmesi benimsenmektedir. Bu ilkelere göre belirlenen tazminatı telafi tazminatı olarak adlandırılabilir. Tazminatın caydırma işlevinde eylemin nasıl önlenebileceğine odaklanıldığından tazminat, zarar verecek kişiyi veya üçüncü kişileri aynı veya benzer haksız fiilleri işlemekten caydırma etkisi gözetilerek belirlenir. Tazminatın önleme işlevi, zararın telafisine bağlı önleme işlevi ile zararın telafisinden bağımsız önleme işlevi olarak ikiye ayrılarak değerlendirilebilir. Zararın telafisine bağlı önleme işlevi, kişinin verdiği zararı tazminat ile ödeyeceğini bilmesi nedeniyle haksız fiil yapmayacağı düşüncesine dayanır. Burada zararın giderimi, kendi içinde önleme amacını da barındırır. Buna göre makul bir kişi, tazminat ödeyeceğini bildiğinden davranışlarında daha özenli ve dikkatli olacak ve gerekli tedbirleri

edilmesi halinde, eski kiracının en az bir yıllık kira tutarı kadar zararının var olduğunun yasa koyucu tarafından varsayıldığı, bir yıllık kira tutarını aşan bir tazminata hükmedilebilir için, eski kiracının zararının bu tazminatı aşması halinde aşan bu zararın istenebileceği ve eski kiracının elde ettiği faydaların bu tazminattan indirilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkacaktır⁵⁰. Buna karşılık, bu tazminatın önleme işlevi gördüğü kabul edilirse, bir yıllık kira bedeli tutarındaki tazminata ilaveten kiracının bütün zararları istenebileceği gibi, zararın varlığına bağlı olmaksızın, bir yıllık kira bedelini aşan tazminata da hükmedilebilecektir. Bunun yanında, önleme işlevi gördüğü kabul edilen bu tazminattan eski kiracının elde ettiği faydaların indirilmesi mümkün olmayacaktır⁵¹.

Öğretide, yeniden kiralama yasağına aykırılık halinde ödenmesi öngörülen bu tazminatın hukuki niteliğine ilişkin görüşler değişik bulunmaktadır. AKYİĞİT'e göre, bu tazminat, alt sınırı yasaca belirlenmiş götürü bir tazminat olup, kiracının, bu aykırı tutumdan zarar görmesi koşuluna bağlı değildir. Kiracı, boşaltım sonucu daha düşük kira bedeliyle daha uygun bir başka yer kiralasa bile, kendisine bu tazminatın ödenmesi gerekir⁵². ZEVKLİLER/GÖKYAYLA'ya göre, hâkim daha yüksek bir tazminata da hükmedebilir, ancak tazminatın alt sınırı, bir yıllık kira bedeli olarak belirlenmiştir⁵³. ARAL/AYRANCI'ya göre, zararın daha fazla olduğunu ileri süren kiracı, bunu ispat etmekle yükümlüdür⁵⁴. ACAR'a göre ise, kiracının bir yıllık kira bedelini aşan zararını kiraya veren talep etmesi imkânı varlığını sürdürecektir⁵⁵.

ÖZDOĞAN/OYMAK'a göre, bu tazminat, cezai şarttır⁵⁶.

GÜMÜŞ'e göre⁵⁷ ise, yeniden kiralama yasağına aykırılık halinde ödenecek tazminat, medeni hukuk cezasıdır⁵⁸ ve zararın, bu tazminata mahsup edilmesi söz konusu değil-

alacaktır. Böylece kişinin özenli ve dikkatli davranışları, gerekli tedbirleri alması, zararlı eylemin meydana gelmesini önleyecektir. Tazminatın caydırma işlevinden asıl anlaşılması gereken zararın telafisinden bağımsız tazminatın önleme işlevidir. Zararın telafisinden bağımsız tazminatın önleme işlevinde nasıl bir tazminatla zarar veren haksız fiili işlemekten vazgeçirilebilir sorusuna cevap aranır. Diğer bir deyişle zararın telafisinden bağımsız tazminatın önleme işlevi, zarar vereni zararı önlemek için uygun tedbirler almaya itecek tazminat miktarını belirlemek suretiyle haksız fiilin oluşumunu önlemeyi hedefler. Bu hedefe ulaşmak için tazminat miktarı, zenginleşme yasağı gözetilerek belirlenmez. Tazminat miktarının zarar vereni haksız eylemde bulunmaktan caydıracak büyüklükte olması gözetilir. Telif tazminatından farklı olarak caydırma tehdidi yaratmak için telif miktarını aşan yeterli miktarda bir tutarın verilmesi gereklidir. Tazminatın, zarar vereni safi cezalandırma amacıyla verilmesi halinde tazminatın cezalandırma işlevi gördüğü söylenebilir. Burada tazminat, zarar vereninin kınandığı, kefaret ödediği ve ceza çektiği hissini yaratacak yeterli büyüklükte olan bir bedeldir. Böyle bir tazminat, telif tazminatına ilave olarak davalının ve başkalarının sosyal olarak kabul edilemez eyleminden kaçınmalarını sağlayacak ve ayrıca davalının bu tip eylemini tekrarlamasını önleyecektir. Tazminatın işlevleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜL, İbrahim: ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 86 vd.; GÜL, İbrahim: Türk Özel Hukuku'nda Tazminatın Caydırma İşlevinin Yetersizliği, Batider, Y. 2017, C. 33, Sa. 3, s. 101-125, s. 101 vd..

⁵⁰ GÜL, Caydırma, s.106.

⁵¹ GÜL, Caydırma, s.113.

⁵² AKYİĞİT, s. 217.

⁵³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 360.

⁵⁴ ARAL/AYRANCI, s. 329.

⁵⁵ ACAR, Özel Hükümler, s. 362.

⁵⁶ ÖZDOĞAN/OYMAK, s. 581.

⁵⁷ GÜMÜŞ, Kira, s. 325.

⁵⁸ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2019, s.308.

dir. İNCEOĞLU'na göre de, bu tazminat, medeni hukuk cezasıdır⁵⁹. Bu konuda hukukumuzda genel geçerli bir ilke olan, ödenecek tazminatın zarar miktarını aşamayacağı kuralından sapılmış ve kiraya vereni "cezalandırmak" amacıyla ödenecek tazminatın bir yıllık kira bedelinden az olmayacağı hükme bağlanmıştır. Bir yıllık kira bedelinden daha fazla bir tazminata hükmedilebilmesi için kiracının, bundan daha fazla bir zararının mevcudiyetini ispatlaması gerekir⁶⁰. Taraflar, sözleşme ile daha fazla bir tazminat öngörebilirler⁶¹. AKGÜN/AKAY⁶² ise, bu tazminatı medeni hukuk cezası olarak nitelendiren görüşe katılmaktadır. AYDOĞDU/KAHVECİ'ye göre⁶³, yeniden kiralama yasağına aykırılık halinde ödenecek tazminat, ceza tazminatıdır. Kiracı, cezai şart ve yoksun kalınan kar da isteyebilir ve bunlar bir yıllık tazminat tutarından mahsup edilmemelidir. Çünkü bu tazminatta kiraya verene ceza ödetme amacı vardır⁶⁴. SARUHAN'a göre, yeniden kiralama yasağı Kanunda özel olarak maddi tazminat yaptırımına tabi kılınmış olması sebebiyle, burada cezalandırıcı bir yasal hüküm söz konusudur⁶⁵. BURCUOĞLU'na göre ise, yeniden kiralama yasağına aykırı eylemlere ceza verilmemesi nedeniyle ceza kaldırılarak mahkemelerin takdir edeceği tazminat yaptırımı getirilmiştir⁶⁶.

Yeniden kiralama yasağına aykırılık nedeniyle tazminatın hukuki niteliğini belirlemek için yeniden kiralama yasağının amacını değerlendirmek gereklidir. Yeniden kiralama yasağının dayandığı iki sona erme sebebi, kiraya veren tarafından kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkindir. Bundan hareketle, kiracının mağdur olmaması için, kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkının kötüye kullanılmasının önlenmek istendiği söylenebilir. Gerçekten, kiraya verenin veya yeni malikin, gereksinim nedeniyle kira sözleşmesini sona erdirirken, kiralanana gereksinim iddiasında bulunmasında samimi olması; yani göstermelik olarak kiralanana ihtiyacının olduğu iddiasında bulunmaması istenmektedir. Esaslı onarım nedeniyle tahliye halinde de, kiralananın tahliye edilmesi sonrası eski haliyle kiralananın üç yıl süreyle başkasına kiraya verilmesi yasaklanarak, kiraya verenin esaslı onarım göstermelik nedenine dayalı olarak kira sözleşmesini sona erdirmesinin önüne geçilmek istenmektedir.

Bunun yanında, yeniden kiralama yasağına aykırılık halinde, TBK ile 6570 sayılı Kanun döneminde uygulanan cezai yaptırımların uygulanmasından vazgeçilerek, son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedeli tutarından az olmayan bir tazminatı isteyebilme hakkının tanınması⁶⁷ gözetildiğinde, tazminatın önde giden işlevinin önleme işlevi olduğu söylenebilir. Diğer bir anlatımla, aynı eylemlerin 6570 sayılı Kanunun 16'ncı maddesinde

⁵⁹ İNCEOĞLU, C. 2, s. 421, s. 541. İNCEOĞLU'nun "Esasen burada kanun tarafından öngörülmuş bir cezai şartın mevcut olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır." ifadesi ile bu tazminatı aynı zamanda kanun tarafından öngörülmuş bir cezai şart olarak da nitelendirdiği de söylenebilir. İfade için bkz. İNCEOĞLU, C2, s. 422.

⁶⁰ İNCEOĞLU, C. 2, s. 422, s. 542. Aynı doğrultuda bkz. ÖZDOĞAN/OYMAK, s. 581; AKGÜN AKAY, s. 93.

⁶¹ İNCEOĞLU, C. 2, s. 422.

⁶² AKGÜN AKAY, s. 93, s. 116.

⁶³ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 632, s. 634.

⁶⁴ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 635.

⁶⁵ SARUHAN, s. 373.

⁶⁶ "Yargıtay her şeyi böyle yapıyordu. Yani bu hükmü uygulamamak için. Efendim tahliye, tam işte icra çıkmışta sandalyeyi bıraktı bırakmadı doğrudur. Tekrar söylüyorum bir daha biz medeni hukukuz bizde ceza meza yok arkadaşlar. Bizde böyle şeyler yok. Biz o cezayı kaldırdık. Tazminat mahkemeler takdir ederse etsin dedik."; BURCUOĞLU, Haluk: Seminer: Borçlar Kanunu'na Getirilen Yenilikler, İzmir Barosu Dergisi, Y. Mayıs 2012, Y. 77, Sa. 2, s. 9-91, s. 70.

⁶⁷ İNCEOĞLU, C. 2, s. 541; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 632.

suç sayılarak önlenmek istenmesi ile TBK ile getirilen yeniden kiralama yasağına aykırılık nedeniyle tazminat ile önlenmek istenmesi arasında paralellik olduğu söylenebilir⁶⁸.

Bütün bu nedenlerle yeniden kiralama yasağına aykırılık nedeniyle tazminatın hukuki niteliğinin, cezanın önleme işlevini üstlenmiş bir medeni ceza olduğu kanaatindeyim. Bunun sonucu olarak, eski kiracı, yeniden kiralama yasağına aykırılık nedeniyle tazminata ilaveten zararını ayrıca talep edebilir⁶⁹. Bunun yanında, medeni cezanın caydırma etkisini zayıflatmaması için kiracının elde ettiği yararların bu tazminattan indirilmemesi benimsenmelidir. Ayrıca eski kiracının, son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedeli tutarını aşan zararı olmasa dahi, medeni cezanın caydırma etkisini güçlendirmek için, eski kiracının son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedeli tutarından daha fazla tazminata karar verilebilir.

Bununla birlikte, esaslı onarım sonrası kiralananı yeni haliyle öncelikle kiralama hakkı bakımından tazminatın farklı bir işlev gördüğü düşünülebilir. Nitekim kiraya verenin tazminat ödemeyi tercih ederek tercihini eski kiracıya kiraya vermeme yönünde kullanmasının kötü niyetli bir davranış olmadığı söylenebilir. Bu nedenle, eski kiracının, esaslı onarım sonrası yenilenen kiralananı öncelikle kiralama hakkını kullanma fırsatının verilmemesinin yaptırımsız kalmaması ve kiracının tahliyesi sonucunda ortaya çıkan mağduriyetin giderilmesi amacıyla bu tazminatın kabul edildiği söylenebilir. Dolayısıyla, öncelikle kiralama hakkının kullanılmaması nedenine dayalı tazminatın varsayılan bir zararı telafi işlevi gördüğü söylenebilir. Ancak kiraya veren, eski kiracıya kiraya vermeme amacıyla hareket ederek esaslı onarıma dayalı kira sözleşmesini sona erdirirse; yani kötü niyetli davranırsa, buradaki tazminatın önleme işlevi gördüğü benimsenmelidir.

Eski kiracının hakkını aramaya teşvik edici olması nedeniyle, tazminat yaptırımının, ceza yaptırımına göre daha işlevsel olduğu söylenebilir⁷⁰. Gerçekten, eski kiracının, kiraya verenin kötü niyetini görmesi halinde, zarar miktarını ispat etmeden, bir yıllık kira bedelini almak için hakkını aramak isteyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

VII-SONUÇ

Yeniden kiralama yasağına aykırı hareket edilmesi halinde, eski kiracı, son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat talep edebilir. Bu tazminata esas alınan bir yıllık kira bedeli, brüt kira üzerinden hesaplanmalıdır. Bunlara ilaveten, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in (2018-32/52) verdiği imkânlar çerçevesinde taşınmaz kira bedelinin yabancı para ile belirlenmesi, ancak ödemenin Türk lirası olarak yapılması halinde ödenen Türk lirası tutarları, son kira döneminde ödenen bir yıllık kira bedeli tutarı hesabında dikkate alınmalıdır. Kira bedelinin yabancı para ile belirlenmesi halinde ise, bir yıllık kira bedeli tutarı, son kira döneminde ödenen bir yıllık yabancı para tutarının yeniden kiralama yasağının başladığı tarihteki döviz satış kuru üzerinden Türk lirası karşılığı olarak belirlenmelidir. Bunların yanında, kira sözleşmesinin bir yılını doldurmamış olması halinde

⁶⁸ Aynı yönde bkz. GÜMÜŞ, Kira, s. 323, s. 324; ÖZDOĞAN/OYMAK, s. 578; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 632; İNCEOĞLU, C. 2, s. 533.

⁶⁹ Aynı yönde bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 635. SARUHAN'a göre, bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere maddi tazminat talebi dışındaki kira farkı, kar yoksunluğu, taşınma ve tadilat giderleri gibi zarar kalemleri yer alır. Bkz. SARUHAN, s. 375 vd..

⁷⁰ İNCEOĞLU, C. 2, s. 402, s. 541. AYDOĞDU/KAHVECİ'e göre "Ortada özel hukuktan kaynaklanan bir uyumsuzluk olduğu için hapis cezasının kaldırılması olumludur. Ancak para cezasının üç yıl kiralama yasağına paralel olmayacak biçimde (mülga GKHK. 16 hükmünden farklı olarak) üç yıl yerine bir yıl olarak öngörülmesi, kanımızca kötüye kullanmaları engellemede geriye gidiş açısından yerinde değildir." AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 632.

bir yıllık kira bedeli, son ödenen kira bedelinin kalan ay ile çarpımıyla bulunan tutar ile ödenen tutarların toplamı olarak kabul edilmelidir.

Hâkim, kiraya verenin eski kiracı yerine başkasına kiraya vermesi sonucunda elde ettiği kazancı gözeterek, son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden daha fazlasına hükmedebilir. Buna karşın, hâkim talep olmaksızın, yeniden kiralama yasağına aykırılık nedenine dayalı tazminata hükmedemez.

Bu tazminatın hukuki niteliği belirlenirken, yeniden kiralama yasağının getiriliş amacı gözetilmelidir. Yeniden kiralama yasağı, kiraya verenden kaynaklanan, ancak göstermelik nedenlerle kira sözleşmesinin sonlandırılarak kiracının, kiralananı tahliye edilmesini veya bunun bir baskı unsuru olarak kullanılmasını; yani kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkını kötüye kullanması önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Ayrıca yeniden kiralama yasağının kiraya vereni, eski kiracının öncelik hakkını kullanmasına imkân sağlamaya zorlama amacı taşıdığı söylenebilir.

Bu nedenle yeniden kiralama yasağına aykırılık nedenine dayalı tazminat, telafi işlevi gören tazminat değildir. Bu tazminatın hukuki niteliği, cezanın önleme işlevini üstlenmiş bir medeni cezadır. Diğer bir deyişle, bu tazminatın önde giden işlevi, telafi tazminatından bağımsız, önleme işlevidir. Dolayısıyla bu tazminatın, cezalandırma işlevi görmediği söylenebilir. Diğer yandan, öncelikle kiralama hakkının kullanılmaması nedenine dayalı tazminatın, kiraya verenin kötü niyetli olması hariç, varsayılan bir zararı telafi işlevi görebileceği gözetilmelidir.

Bu çerçevede eski kiracı, yeniden kiralama yasağına aykırılık nedenine dayalı tazminata ilaveten varsa zararlarını ayrıca talep edebilir. Kiracının elde ettiği yararlar, yeniden kiralama yasağına aykırılık nedenine dayalı tazminattan indirilmez. Buna ilaveten, yeniden kiralama yasağına aykırılık nedenine dayalı son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden daha fazla bir tazminata hükmedebilmesi için, eski kiracının zararının varlığını ispat etmesine gerek yoktur.

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Batider	: Banka Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: Madde
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
ÜHFD	: Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
Y. HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk: Kira Hukuku Şerhi, 4. Bası, Yayınevi, İstanbul 2017. “Kira”.
- ACAR, Faruk (Yavuz/Acar/Özen): Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019. “Özel Hükümler”.
- AKGÜN AKAY, Merve: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Nedenleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- AKINCI, Şahin: İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, AÜHFD, Y.2008, C. 57, Sa.3, s. 33-50.
- AKYİĞİT, Ercan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi, Ankara 2012.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019.
- ARPACI, Abdülkadir (HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir): Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992.
- AYAN, Nurşen: Kira Konusu Taşınmazın İhtiyaç Nedeniyle Tahliye Ettirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Y.2007, C. 15, Sa.2, s. 11-24.
- AYANOĞLU MORALI, Ahu: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK M. 347, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul 2018.
- AYDEMİR, Efrail: Kira Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- AYSAL, Mustafa: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y.2103, C. 9, Sa.103-104, s. 183-191.
- BATUR, İsmail Cenk: Konut Gereksinimine Dayalı Tahliye Davalarında “Samimi ve Gerçek İhtiyaç” Kavramı, İBD, Y.2017, C. 91, Sa.6, s. 216-220.
- BURCUOĞLU, Haluk: Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan (Editörler: Ateş, Derya/Bulur, Alper), Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 18-46. “Tasarı”.
- BURCUOĞLU, Haluk: 6570 Sayılı yasaya Göre Kiracını Tahliye Edilmesi, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993. “6570 Sayılı”.
- BURCUOĞLU, Haluk: Seminer: Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler, İzmir Barosu Dergisi, Y. Mayıs 2012, Y.77, Sa.2, s. 9-91.
- CERAN, Mithat: Kira Sözleşmeleri Tahliye ve Tespit Davaları, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Kira Sözleşmesinde Yan Giderler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018.
- DOĞAN, Murat: 6098 Sayılı TBK’na göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları

Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Sempozyum No:3, Y.2011, s. 501-519. "Sempozyum".

DOĞAN, Murat: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerini Sona Ermesi, Ankara 2011. "Kira".

EKİNCİ, Hüseyin: Tahliye Edilen Taşınmazın Eski Kiracıya Yeniden Kiralanması Zorunluluğu, Adalet Dergisi, Y.2005, Sa.23, s. 88-116.

ERDOĞAN, Hasan: Tahliye, Kira Tespit, Kira Alacağı, Tazminat Davaları, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017. "Özel".

ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Sözleşmeler Hukuk (Özel Borç İlişkileri), 7. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.

GÖKYAYLA, Emre: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK M. 339, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul 2018.

GÖKYAYLA, Emre: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK M. 389), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Y.2013, C. 8, Özel Sayı, Cilt 2, s. 1203-1252.

GÜL, İbrahim: ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.

GÜL, İbrahim: Türk Özel Hukuku'nda Tazminatın Caydırma İşlevinin Yetersizliği, Batider, Y.2017, C. 33, Sa.3, s. 101-125. "Caydırma"

GÜLER, Alev: 6570 Sayılı Kira Kanunu'nun 15-16 Maddelerinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar, ABD, Y.1978, Sa.4, s. 632-635.

GÜNAY, Erhan: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Tespiti ve Kira Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

GÜLER, Zeynep: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Kiraya Verenden Kaynaklanan Sebeplerle Dava Yoluyla Sona Ermesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2016, C. 15, Sa.2, s. 713-748.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012. "Kira"

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2019.

İKİZLER, Metin: Kiralananın Satılması Durumunda Alıcının Satıcıya Karşı Hakları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 20, Sa.2, s. 25-59.

İNCEOĞLU, M. Murat: Kira Hukuku, C. 2, 2. Bası, 1. Basıdan Tıpkı 2. Basım, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

İPEK, Eyüp: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler, TBB Dergisi, Y.2012, Sa.102, s. 59-92.

KAHRAMAN, Zafer: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK M. 299, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul 2018.

KALENDER, Ahmet: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2017, C. 12, Sa.136, s. 27-35.

KAYA, İlkay: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2015, C. 9, Sa.123, s. 171-196.

KILIÇOĞLU, Mustafa: Kira Hukuku'ndan Doğan Tahliye, Tespit, Uyarılma, Tazminat ve Alacak Davaları, 3. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.

KIRMIZI, Mustafa: Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.

KOÇ, Nevzat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi, İstanbul Medipol ÜHFD, Y.2014, C. 1, Sa.1, s. 7-35.

KOÇAK DİKER, Duygu: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sözleşmenin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018.

ÖKTEM ÇEVİK, Seda: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK M. 310, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2018.

ÖZDOĞAN, Mustafa/OYMAK, Tuba: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda Kira, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.

ÖZEN, Burak: Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, Y.2016, C. 22, Sa.3, Cilt 2, s. 2033-2062.

ÖZTÜRK, Mehmet: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri, DEÜHFD: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan Özel Sayısı, Y.2017, C. 19, s. 1549-1595.

RUHİ, Canan/RUHİ, Ahmet Cemal: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

SARUHAN, Utku: Yeniden Kiralama Yasağı (TBK M. 355), TAAD, Y.2019, C. 10, Sa.37, s. 353-383.

ŞENER, Oruç Hami: İşyeri İhtiyacı Nedeniyle Tahliye Davaları ve Ortaklıklar Hukukuyla Bağlantısı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

TOSUN, Yalçın: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Gereksinimi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Sa.137-138, s. 31-53.

TUNABOYLU, Müslim: Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.

ÜNAL, Canan: Yargıtay Kararları Işığında Borçlar Kanunu ve Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Kira Sözleşmesinin Sona Erme Nedenleri, İBD, Y.2010, C. 84, Sa.3, s. 1525-1543.

YAVUZ, Nihat: Kira Hukuku, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2019.

¶ BİR TOPLULUK DAVASI ÖRNEĞİ OLARAK TTK m. 56/3
(*TURKISH COMMERCIAL CODE ART. 56/3 AS A GROUP ACTION EXAMPLE*)

Dr. Öğr. Üyesi Hakan HASIRCI**
Dr. Öğr. Üyesi Ufuk TEKİN* ******

ÖZ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "topluluk davası" kenar başlıklı 113. maddesinde göre, dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir. Kolektif menfaatin korunmasını amaçlayan bu davalar sayesinde, hakları ihlal edilen fakat dava açmaktan çekinen bireyler sebebiyle hukuki himayenin sağlanamadığı bir alanın ortaya çıkmasının önlenmesi amaçlanmıştır.

Topluluk davası ilk defa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenleme konusu edilmekle birlikte, başta 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 26/II; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/VI; Çevre Kanunu m. 3/a ve 30/I düzenlemeleri olmak üzere çeşitli kanunlarda kolektif bir menfaatten hareketle birtakım davaların açılabilmesi için hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelerden biri de çalışmamızın konusunu teşkil eden ve haksız rekabet halinde açılacak topluluk davalarına ilişkin Türk Ticaret Kanunu m. 56/3 (mülga TTK m. 58/III) hükmüdür. Söz konusu hükme göre, ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da fiilin haksız olup olmadığının tespitini; haksız rekabetin men'ini, haksız rekabetin sonucu olan maddi durum ortadan kaldırılmasını; haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını talep edebilirler. Çalışmamızda, bu hüküm göz önünde bulundurulmak suretiyle, dava açılabilmesinin şartları ve dava açabilecek kişiler başta olmak üzere, haksız rekabet halinde açılacak topluluk davaları bakımından önem taşıyan hususlar açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Topluluk Davası, Haksız Rekabet, Tüketicinin Korunması, Meslekî ve Ekonomik Birlikler, Sivil Toplum Kuruluşları.

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi:09.06.2021. İlk hakem raporu tarihi:17.06.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 17.06.2021. Onaylanma Tarihi:24.06.2021.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5394-8554.

*** Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

**** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7823-1456.

Eser Atf Şekli: Hakan Hasırcı, Ufuk Tekin, "Bir Topluluk Davası Örneği Olarak TTK m. 56/3", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.953-965.

ABSTRACT

According to Article 113 of the Code of Civil Procedure (CPC) titled “Group Actions”, associations and other legal entities, in accordance with the framework of their statutes and with the purpose of protecting the interests of their members or the persons they represent, may file an action in their own capacity, for the rights of the persons concerned to be declared, the unlawful situation to be ceased or the violation of future rights of the persons concerned to be prevented.

Although the group action was first regulated as a “Type of Action” by the CPC; before this regulation, various laws accepted such actions to be filed with the purpose of protecting collective interests, such as Trade Unions and Collective Bargaining Agreement Law Art. 26/II; The Law on Consumer Protection Art. 73/VI and Environmental Law Art. 3/a and 30/I. One of these regulations is the Art. 56/3 of Turkish Commercial Code regarding group actions that can be filed because of unfair competition, which also constitutes the subject of our paper. According to the Art. 56/3 of Turkish Commercial Code, chambers of commerce, stock exchanges and other professional and economic unions authorized to protect the economic interests of their members, as well as non-governmental organizations and public institutions that protect the economic interests of consumers according to their statutes may file an action for the determination of the act to be unjustified; for the elimination of the material situation as a result of unfair competition; for the correction of the statements if unfair competition is made with false or misleading statements and for the destruction of vehicles and goods that are used effectively for unfair competition. In this paper, conditions for the group action that can be filed in an unfair competition will be examined.

Keywords: Group Action, Unfair Competition, Consumer Protection, Professional and Economic Unions, Non-Governmental Organizations.

1. Topluluk davalarının düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹ (HMK) m. 113’e göre, “[d]ernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir”. Kolektif menfaatin korunmasına yönelik olarak kabul edilen bu davalar², hakları ihlal edilen bireylerin, bireysel menfaatleri çerçevesinde dava açmaktan çekinmeleri dolayısıyla hukuki himayenin sağlanamadığı bir alanın ortaya çıkmasının engellenebilmesi için kabul edilmiş önemli enstrümanlardır³.

¹ RG. 04.02.2011, S. 27836.

² **Rüetschi, D.:** Basler Kommentar UWG (Ed. Hilty, R. M/Arpagaus, R.), Basel 2013, Art. 10, m. 10.

³ **Deren-Yıldırım, N.:** Kolektif Hukukî Himaye-Medenî Usûl Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukukî Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu? (YD 1997/1-2, s. 137-154), s. 139; **Sungurtekin Özkan, M.:** Sendikalar Kanunu Madde 32/3’e Göre Açılan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 113. Maddesinde Düzenlenen Topluluk Davaları Bağlamında Değerlendirilmesi (Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, S. 24, s. 172-176), s. 172, 174; **Akil, C.:** Yeni İsviçre Federal Usul Yasası’nda Yer Alan Topluluk Davası (m. 89) Üzerine Kısa Bir Not (TBBB, Y. 2011, S. 95, s. 163-173), s. 165; **Kekeç, E. K.:** Topluluk Davalarında Elde Edilen Hükümün Münferiden Açılacak Davalarda Kesin Hüküm Etkisi [Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1275-1297 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan], s. 1278.

Her ne kadar topluluk davası ilk defa HMK ile düzenleme konusu edilmekle birlikte, başta 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu⁴ m. 26/II; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁵ m. 73/VI; Çevre Kanunu⁶ m. 3/a ve 30/I düzenlemeleri olmak üzere çeşitli kanunlarda kolektif bir menfaatten hareketle birtakım davaların açılacağı hükmüne bağlanmıştır⁷. Bu düzenlemelerden biri de çalışmamızın konusunu teşkil eden ve haksız rekabet halinde açılacak topluluk davalarına ilişkin Türk Ticaret Kanunu⁸ (TTK) m. 56/3 (mülga TTK m. 58/III) hükmüdür. Söz konusu hükme göre, ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da fiilin haksız olup olmadığını tespitini; haksız rekabetin men'ini, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını; haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını talep edebilirler. Bu çalışma kapsamında, topluluk davalarına ilişkin genel açıklamalar yapılarak Türk Ticaret Kanunu m. 56/3 çerçevesinde açılacak topluluk davalarına ilişkin önem taşıyan hususlar ele alınacaktır.

2. TTK m. 56/3'e dayanılarak topluluk davası açılabilmesi bazı şartların varlığına bağlıdır. Her şeyden önce bu dava, Kanun'da öngörülen kişiler tarafından açılmalıdır. Başka bir ifadeyle, TTK m. 56/3 hükmünde belirtilen kişiler dışındakiler bu hükme istinaden topluluk davası açamaz. Bu çerçevede, söz konusu dava, ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar tarafından açılabilir.

2.1. TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin mehazi İsviçre'nin 19.12.1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunu⁹ (İsvHRK) olup TTK m. 56/3, mehoz Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrasından alınmıştır. Ancak hemen belirtelim ki, kapsamı ve esas itibarıyla aralarında herhangi bir fark bulunmayan hükümlerden mehoz Kanun hükmünün daha başarılı bir şekilde kaleme alındığını söylemek mümkündür. Şöyle ki, hem söz konusu TTK hem İsvHRK hükümlerinin haksız rekabet sebebiyle topluluk davası açabileme imkanı verdiği kişiler, tüzüklerine (statülerine) göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili meslekî ve ekonomik birliklerdir. Ancak TTK m. 56/3 mehozdan farklı olarak dava açabilecek kişiler arasında "ticaret ve sanayi odalarını, esnaf odalarını ve borsaları" ismen ayrıca zikretmiştir. Yineleme pahasına belirtmek isteriz ki, hükmün bu şekilde kaleme alınması esas itibarıyla mehoz Kanun hükmünden herhangi bir farklılık yaratmamaktadır. Zira 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanu-

⁴ RG. 07.11.2012, S. 28460.

⁵ RG. 28.11.2013, S. 28835.

⁶ RG. 11.08.1983, S. 18132.

⁷ Bu sayılanlar dışında, Türkiye Bankalar Birliği ile Türkiye Katılım Bankaları Birliği'ne (Bankacılık Kanunu m. 80/e), Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği'ne (Sigortacılık Kanunu m. 24/7/c), Türkiye Sermaye Piyasası Birliği'ne (Sermaye Piyasası Kanunu m. 74/2/c), Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği'ne (Sermaye Piyasası Kanunu m. 40/D), Türkiye Ödeme ve Elektronik Para Kuruluşları Birliği'ne (7192 sayılı Kanun m. 15) haksız rekabet halinde topluluk davası açma imkanı tanınmıştır.

⁸ RG. 14.02.2011, S. 27846.

⁹ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), AS 1988 223.

nu¹⁰ (TOBBK) m. 12/1/e ve 34/1/h’de odalar ve borsaların, “[...] *üyelerinin tamamı veya bir kesiminin menfaati olduğu takdirde bu üyeleri adına [...] dava açmak*” yetkisini haiz meslekî ve ekonomik birlik olduğunun ifade edilmesinin karşısında bunların TTK m. 56/3’te yeniden ve ayrıca zikredilmesinin pratik herhangi bir öneminin bulunmadığı açıktır. Dolayısıyla TTK m. 56/3 hükmünün İsvHRK m. 10/2’de olduğu gibi “üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili meslekî ve ekonomik birlikler (İsvHRK m. 10/2/a) ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumları (İsvHRK m. 10/2/b) ifade edecek şekilde kaleme alınması daha isabetli olurdu. Son olarak, hükümde ifade edilen meslekî ve ekonomik birlik kapsamına odalar ve borsaların yanı sıra derneklerin¹¹ ve vakıfların da girdiğini belirtmek isteriz.

2.2. Görüldüğü üzere, TTK m. 56/3’e göre topluluk davası açmaya yetkili olanlar arasında, tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da yer almaktadır. Hükmün lafzı, bir an için sadece sivil toplum kuruluşlarının, bu hükme dayanarak dava açabilmeleri için tüketicilerin ekonomik menfaatlerini korumaları gerektiği şeklinde anlaşılmaya müsait olsa da mehz İsvHRK m. 10/2/b hükmünde de ifade edildiği gibi kamusal (İsviçre’nin tamamı veya kantonlar kastedilmektedir) nitelikteki kuruluşların bu türden davaları açabilmesi söz konusu kuruluşların tüzüklerine (statülerine) göre tüketicileri korumayı amaçlamasına bağlıdır¹². O halde, tüketicilerin menfaatinin korumayı amaçlamayan kamusal nitelikteki kuruluşların TTK m. 56/3’e dayanarak topluluk davası açabilmesi mümkün değildir. Varılan bu sonuç, HMK m. 113’teki “*topluluk davalarının ancak tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde açılabilmesi*” şartı ile de uyumludur. Bu çerçevede üzerinde durulmasında fayda umulan bir diğer husus da TTK m. 56/3 hükmünde tüketicilerin menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşları ile kamusal nitelikteki kurumların ayrı ayrı zikredilmesidir. Dikkat edilecek olursa hükümde “kamu kurumları” ifadesi yerine “kamusal *nitelikteki* kurumlar” ifadesine yer verilmiştir. Sivil toplum kuruluşları da gerçekleştirdiği toplumsal faaliyetler sebebiyle kamusal nitelik taşıyan kuruluşlardır. Diğer bir ifadeyle kamusal nitelikteki kurum, sivil toplum kuruluşunu da içeren daha geniş bir kavramdır. Bunun içindir ki, söz konusu hükümde sivil toplum kuruluşlarının ayrıca zikredilmesinin herhangi bir anlamının bulunmadığı kanaatindeyiz.

2.3. Tüm bunlardan hareketle, TTK m. 56/3’ün HMK m. 113’e uygun bir şekilde sadece bazı tüzel kişilere¹³ topluluk davası açma yetkisi tanıdığı söylemek mümkündür. Gerçekten, HMK, topluluk davasını açabilecek olan sùjeleri, tüzel kişilerle sınırlamış durumdadır. Gerçek kişilerin topluluk davaları açması mümkün değildir. Bireyler, menfaatlerini ihlal eden faaliyetlere karşı maddi hukuk hükümleri çerçevesinde her ne kadar zarar verici faaliyetin önlenmesi, durdurulması ya da ortaya çıkan zararın giderilmesi için bireysel davalar açabilseler de, topluluk davası açılması bakımından onlara böyle bir yetki tanınmamıştır. Aynı şekilde, tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluklarının da, topluluk davası açabilmesi mümkün değildir¹⁴. Ancak, yineleme pahasına belirtmek isteriz ki, davayı açacak

¹⁰ RG. 01.06.2004, S. 25479.

¹¹ **Rüetschi**, Art. 10, rn. 17.

¹² **Rüetschi**, Art. 10, rn. 19-20.

¹³ Gerçek kişilerin “*topluluk*” davası açması mümkün değildir. Bir gerçek kişinin bu türden bir davayı kendi adına açması halinde, dava takip yetkisi Kanunen yalnızca tüzel kişilere tanıdığı için, açılan dava, dava takip yetkisi yokluğu dolayısıyla usulden reddedilecektir, **Akil**, s. 169.

¹⁴ **Gasser, D./Rickli, B.:** Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2014, Art 89, rn. 5; **Yılmaz, E.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, 3. B., Ankara 2017, s. 1709; **Yılmaz, E.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Dava Çeşitleri, Bankacılar Dergisi, S. 80, s. 83-104), s. 93;

olan tüzel kişinin hukuki niteliğinin ise bir önemi bulunmaz¹⁵. Şöyle ki, TTK m. 56/3'te odalar ve borsalar gibi kamu hukuku tüzel kişileri (bkz. TOBBK m. 4, m. 28/I) bu türden davaları açabileceği gibi dernekler ve vakıflar gibi özel hukuk tüzel kişileri de açabilecektir¹⁶. Aynı şekilde tüzel kişinin bir üyesinin bulunup bulunmaması da önemli değildir¹⁷. Zira bu noktada önemli olan, belirli bir üyenin değil; belirli bir insan topluluğunun sahip olduğu kolektif menfaatlerinin korunmasıdır¹⁸. Öte yandan, tüzel kişilikleri bulunmayan ve tüzel kişilerin kanuni temsilcisi niteliği de taşımayan şubelerin ise topluluk davası açabilmesi mümkün değildir¹⁹.

2.4. Yine HMK m. 113'e paralel olarak TTK m. 56/3 hükmüne göre dava açılabilmesi için de bahsi geçen TTK hükmündeki tüzel kişilerin tüzüklerine (statülerine²⁰) göre tüketicilerin (yahut üyelerinin) menfaatini koruması gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükme dayanılarak dava açılabilmesi için dava açma yetkisinin tüzükte (statüde) tüzel kişiye açıkça tanınmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tüzel kişinin topluluk davası açabilmesi için, tüzel kişinin statüsünün, tüzel kişiye bu konuda açıkça dava

Pekcanitez H.: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 1103; **Tanrıver, S.:** Medeni Usul Hukuku, C. 1, 2. B., Ankara 2018, s. 633, **Karaaslan, V./Eroğlu, M.:** Kollektif Hukuki Himayenin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davaları (EÜHFD, C. 13, S. 3-4, s. 201-221), s. 215; **Sutter-Somm, T./Hasenböhler, F./Leuenberger, C.:** Kommentar zur Schweizerischer Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 89, rn. 7; **Berner Kommentar** – Markus, Art. 89, rn. 10; **Orel – Füssli Kommentar** – Mohs, Art. 89, rn. 5; **Akil, s. 168.**

¹⁵ **Gasser/Rickli, Art. 89, rn. 6; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 89, rn. 7.**

¹⁶ Ticaret şirketlerinin, sendikaların ve siyasi partilerin de topluluk davası açabileceği hakkında ayrıca bkz. **Taşpolat Tuğsavul, M.:** Kollektif hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk Davaları, İstanbul 2016, s. 209.

¹⁷ **Gasser/Rickli, Art. 89, rn. 6; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 89, rn. 7; Berner Kommentar** – Markus, Art. 89, rn. 10; **Orel – Füssli Kommentar** – Mohs, Art. 89, rn. 5; **Pekcanitez** – Usul, s. 1103; **Akil, s. 169.**

¹⁸ **Gasser/Rickli, Art. 89, rn. 6; Berner Kommentar** – Markus, Art. 89, rn. 10; **Akil, s. 169.**

¹⁹ Ancak, bir şube tarafından böyle bir davanın açılmış olması halinde, söz konusu dava derhal dava şartı olan taraf ehliyeti yokluğu dolayısıyla reddedilmemeli; HMK m. 115 hükmünden yararlanmak suretiyle ilgili tüzel kişinin davacı olacağı biçimde taraf teşkili sağlanmalıdır, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinde mahkemenin dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracağı, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar vereceği, ancak dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verileceği, bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedeceği belirtilmiştir... Davada, İstanbul Valiliği'nin yazısı ile dernek şubesince yapılan genel kurul toplantısının kanun ve tüzük hükümlerine aykırı yapıldığı ileri sürülmüş, yazı dernek şubesine tebliğ edilerek yargulama yapılmış ve hüküm verilmiştir. Yukarıda açıklanan hukuksal olgular ve şubenin tüzel kişiliğinin ve dolayısıyla davada taraf ehliyetinin bulunmadığı gözetildiğinde davada taraf teşkili sağlanmadan yargulama yapılmış hüküm verildiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, dava dilekçesi ve duruşma gününün tüzel kişiliği bulunan dernek adına ve genel merkez adresine tebliğ çıkarılması, dernek yetkilileri veya vekilleri duruşmaya geldikleri takdirde davaya karşı diyebileceklerini ve delillerinin ibraz etme olanağı tanındıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi, doğru görülmemiştir” (Yargıtay 18. HD., 12.01.2015, E. 2014/10210, K. 2015/38: Kazancı Bilişim).

²⁰ Statü, derneklerde, sendikalarda, siyasi partilerde tüzük, vakıflarda vakıf senedi, ticaret şirketlerinde de ana (esas) sözleşme olarak karşımıza çıkar, **Yılmaz, s. 1709; Taşpolat Tuğsavul, s. 210; Dişel, B.:** Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Bir Karar Işığında Derneklerin “Statüleri Çerçevesinde” Açtığı Topluluk Davaları [Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, S. 1823-1855 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan], s. 1840.

açma yetkisini tanımış olması gerekir²¹. Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde tüzel kişinin statüsü, açıkça “topluluk davası açma yetkisini” tüzel kişiye tanımadığı müddetçe, topluluk davası açılmayacaktır. Diğer bir görüşe göre ise, tüzel kişinin statüsünde doğrudan ve açıkça “topluluk davası açılması” yönünde bir yetki verilmesinin şart değildir. Önemli olan, tüzel kişilerin kuruluş ve işleyiş amaçlarına uygun olarak dava açma hakkına sahip olmalarıdır. Bir başka deyişle, tüzel kişinin statüsünde topluluk davasına konu edilecek olan kolektif menfaati koruma amacının yer alması yeterli olup; bu konuda ayrıca dava açılabileceğine ilişkin açık bir belirleme gerek yoktur²². İkinci görüşün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira aksinin kabulü, “toplumsal yararın korunması ile dar ve teknik anlamda hukukî yarar kavramında bir açılım yaratmayı”²³ amaçlayan topluluk davalarının bu amaçlarına ulaşmalarını engelleyebileceği gibi; HMK’nun yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2011 tarihinden önce faaliyete geçmiş ve statülerini bu tarihten önce oluşturmuş tüzel kişileri, statülerini değiştirmeye zorlayacaktır. Tüzüklerine (statülerine) göre tüketicilerin menfaatini korumaya yetkili olmayan tüzel kişilerin bu davayı açması halinde davanın “dava takip yetkisi” yokluğu dolayısıyla usulden reddi gerekir²⁴.

2.5. TTK m. 56/3’e göre açılacak davanın, bireysel menfaatlerin korunması amacıyla değil, kolektif menfaatlerin korunması amacıyla açılıyor olması gerekir. Bu bağlamda, kişilerin kendi hak ve menfaatleri çerçevesinde açtıkları davalarda güncel ve korunmaya değer bireysel hukuki yararlarının bulunması nasıl bir dava şartı ise, aynı şekilde topluluk davalarında kolektif yararın varlığı da bir dava şartıdır²⁵. Başka bir ifadeyle bu hükme göre açılacak davaların, bireysel menfaatlerin korunması amacıyla açılması mümkün değildir. Korunması gereken menfaat, münferit değil, kolektif bir nitelik taşımali ve davayı açacak tüzel kişinin faaliyet alanı ve amacı çerçevesinde, meslekî ve ekonomik birliklerin üyeleri veya tüketiciler gibi halkın belirli bir kesimini ilgilendirmelidir²⁶.

Sungurtekin Özkan’a göre kolektif menfaat, birçok kişiden oluşan topluluğa ait menfaati ifade eder. Bunun kişisel menfaati aşan, kişisel menfaatten üstün bir niteliği bulunur. Kolektif menfaatlerin bir tüzel kişi tarafından temsil edildiği hallerde, söz konusu olan bu tüzel kişinin ya da bireylerin kişisel menfaatlerinin korunması değildir. Kolektif menfaat, bu tüzel kişinin üyesi olsun ya da olmasın, belirli bir grup insanın menfaatlerine ilişkindir. Kolektif menfaati kamusal menfaatten farklı kılan unsur ise, kamusal menfaatinin kamu hukuku kişisi tarafından korunması ve yürürlüğe konmasıdır. Oysa bu davadaki kolektif menfaat, özel hukuk kişisi tarafından temsil olunur²⁷.

Hanağası’na göre kolektif menfaat, öncelikle birden fazla kişiye ilişkindir ve bu yönüyle kişisel menfaatten farklıdır. Kolektif menfaatin bir tüzel kişi tarafından temsil edildiği durumlarda da kolektif menfaati, bir hukuk süjesi olarak o tüzel kişinin sahip olduğu kişisel menfaatten ayırmak gerekir. Çünkü kolektif menfaat, bu tüzel kişinin üyesi olsun ya da olmasın belirli bir grup insanın birlikte sahip oldukları ortak menfaatlerine ilişkindir. Bu çerçevede kolektif menfaat, bir grup kişinin belirli bir konuya özgü olarak birleşen kişisel menfaatler toplamı olarak tanımlanabilir²⁸.

²¹ Yılmaz, s. 1709.

²² Pekcanitez – Usul, s. 1099; Tanrıver, s. 633; Karaaslan/Eroğlu, s. 215; Taşpolat Tuğsavul, s. 216; Dişel, s. 1843.

²³ Yılmaz/Arslan/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 164, dn. 164.

²⁴ Dişel, s. 1842.

²⁵ Taşpolat Tuğsavul, s. 220.

²⁶ Pekcanitez – Usul, s. 1099; Tanrıver, s. 633; Yılmaz, s. 1709, Akil, s. 168.

²⁷ Sungurtekin Özkan, s. 173.

²⁸ Hanağası, s. 356 vd. Aynı yönde, Şahin/Şahin, s. 384-385.

Taşpolat Tuğsavul'a göre kolektif menfaat, kişisel menfaatlerin toplamından ya da onların şekil değiştirmiş halinden ziyade, topluma yönelik, ortak, bölünemeyen menfaat ve haklar topluluğudur. Dolayısıyla bölünemeyen nitelikteki bu menfaat zarar gördüğünde, hukuki koruma da bu menfaatin sahibi olan herkese ilişkin olacaktır²⁹.

Yapılan tanımlamaların ilk ortak yönü, kolektif menfaatin bireysel ya da kişisel menfaatten farklılığıdır. İhlal edilen menfaat, bireysel bir menfaat olabileceği gibi, bireyüstü de olabilir. Bireyüstü menfaatler de, belirli bir grup insanın sahip olduğu kolektif menfaat olabileceği gibi (örneğin, piyasa rekabeti içinde tüketicilerin sahip olduğu korunma menfaati), genel ya da kamusal menfaat de olabilir (örneğin, kamunun, kirlenmemiş bir çevreye ilişkin menfaati)³⁰.

Burada dikkat edilmesi gereken, söz konusu bireyüstü menfaatin, birden çok bireyin ferden sahip oldukları menfaatlerin toplamı olmadığı; aksine, bunlardan farklı, özel bir menfaat olduğudur³¹.

TTK m. 56/3'e göre açılacak topluluk davaları, bireyüstü menfaatlerin temsilcileri olan özel hukuk tüzel kişileri tarafından, temsil edilen kolektif menfaati koruma amacı ile açılacak davalardır. Bir bireyin sahip olduğu kişisel menfaat ya da birden fazla bireyin sahip olduğu kişisel menfaatler toplamı, bu davanın konusu edilemez. Bu doğrultuda, bir sendikaya üye olan işçilerin çalıştıkları hastanedeki alt işveren ile asıl işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğunun tespitine yönelik menfaat, davayı açan sendikanın bireysel menfaati değil, sendikaya üye olan işçilerin bir topluluk olarak hep birlikte sahip oldukları kolektif menfaattir³². Aynı şekilde, bir sendikanın üyesi olan öğretmenlere ödenen öğretim yılına hazırlık ödeneğinden yapılan kesintilerin hukuka aykırılığının tespitine ve aksi yöndeki kurum işleminin iptaline yönelik menfaat, davayı açan sendikanın bireysel menfaati değil, sendikaya üye olan öğretmenlerin bir topluluk olarak hep birlikte sahip oldukları kolektif menfaattir³³. Aynı şekilde, TTK m. 56/3 uyarınca tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruma amacıyla hareket eden bir sivil toplum kuruluşu tarafından açılan ve konusu haksız rekabetin men'i olan bir davada, haksız rekabetin men'ine yönelik olarak korunması talep edilen menfaat, davayı açan sivil toplum kuruluşunun bireysel menfaati değil; tüketicilerin kolektif olarak sahip oldukları menfaattir.

2.6. Topluluk davası, kolektif menfaatlerin korunması için açılacak bir davadır. Bu bağlamda kanun koyucu, bireysel menfaatlerden farklı olarak, kolektif menfaatlerin korunması ihtiyacı çerçevesinde ileri sürülebilecek olan talepleri sınırlamıştır. Topluluk davaları ile bireylerin ihlal edilen bireysel menfaatlerine yönelik davaların açılması ve özellikle bireylerin zararlarının tazminini istemek mümkün değildir³⁴. Topluluk davasında dava sebebi olarak dayanılan vakıalar çerçevesinde zarara uğrayan insan topluluğu mensupları, bireysel olarak ya da ihtiyari dava arkadaşlığına ilişkin kuralları çerçevesinde zararlarının tazminini isteyebilirler. Buna karşılık açılan bu dava ya da davalar, topluluk davası niteliği-

²⁹ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 219.

³⁰ **Alexander, C.:** Kollektiver Rechtsschutz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht (JUS 2009, s. 590-594), s. 591.

³¹ **Koch, H.:** Die Verbandsklage in Europa (ZZP 113 Band, Heft 4, 2000, s. 413-441), s. 413, 419.

³² 22. HD, 25.10.2017, 40952/22871: E-Uyar.

³³ 10. HD, 12.12.2013, 9082/24142: E-Uyar.

³⁴ **Gasser/Rickli**, Art 89, rn. 8; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger**, Art. 89, rn. 10; **Berner Kommentar** – Markus, Art. 89, rn. 13; **Orel – Füssli Kommentar** - Mohs, Art. 89, rn. 7; **Arslan, R. / Yılmaz, E. / Taşpınar Ayvaz, S. / Hanağası, H.:** Medeni Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2020, s. 308; **Pekcanitez** – Usul, s. 1104; **Tanrıver**, s. 633; **Karaaslan/Eroğlu**, s. 215; **Akil**, s. 169; **Kekeç**, s. 1281.

ne sahip olmaz³⁵. Nitekim, TTK m. 56/3 hükmünün, söz konusu meslekî ve ekonomik birliklerin, fiilin haksız olup olmadığının tespitini; haksız rekabetin men'ini, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını; haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını talep edebilecek olması sebebiyle, HMK m. 113'te karşılık bulan "*ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi*" şartıyla da uyumlu olduğunu belirtmek isteriz. Zira TTK m. 56/3 hükmünde aynı maddenin birinci fıkrasındaki davalardan (d) ve (e) bentlerindeki maddi ve manevi tazminat davalarına atıfta bulunulmadığından, bu davalar TTK m. 56/3 anlamında topluluk davasının konusunu oluşturamayacaklardır.

2.6.1. TTK m. 56/3'e göre açılacak bir topluluk davası ile öncelikle fiilin haksız olup olmadığının tespiti istenebilecektir. Bu çerçevede, özellikle tüketicilere verdiği mal ve hizmetler karşılığında yapılan iltihaki (katılmalı) sözleşmelerde bulunan haksız şartlar dolayısıyla tüketicilerin sahip oldukları hakların tespitinin istenmesi mümkündür³⁶. Söz konusu sözleşmelerin tarafı olmadıkça, bir tüketicinin bireysel menfaatlerinin ihlal edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla böyle bir sözleşmenin tarafı olmayan tüketiciler, söz konusu haksız şartlar dolayısıyla sahip oldukları hakların tespitini isteyemezler.

Buna karşılık bu tür şartların iltihaki sözleşmelerde bulunması, ileride bu sözleşmeleri imzalama ihtimali bulunan tüm tüketicilerin kolektif olarak sahip oldukları menfaatleri ihlal eder. İşte bu çerçevede açılacak bir topluluk davası ile, bu tür iltihaki sözleşmeni tarafı olan ya da ileride tarafı olma ihtimali bulunan tüketicilerin, söz konusu haksız şartlar karşısında sahip oldukları hakların tespiti talep edilebilecektir.

2.6.2. TTK m. 56/3'e istinaden açılacak bir topluluk davasında haksız rekabetin men'i ile haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması da talep edilebilir. Keza böyle bir davada, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını istemek de mümkündür. Bu husus, HMK m. 113'te "*hukuka aykırı durumun giderilmesi*" olarak karşılık bulmaktadır³⁷. Tüzel

³⁵ Gasser/Rickli, Art 89, rn. 8.

³⁶ **Taşpolat Tuğsavul**, topluluk davası ile iltihaki (katılmalı) sözleşmelerde bulunan ve tüketicilerin aleyhine olan tek yanlı haksız genel işlem koşullarının varlığının tespitinin istenebileceğini belirtmektedir (**Taşpolat Tuğsavul**, s. 229). Buna karşılık, bir sözleşmedeki genel işlem koşullarının haksız şart teşkil ettiğinin tespiti, bir hak ya da hukuki ilişkinin değil; bir vakianın tespitidir. Topluluk davaları ile tespit edilecek olan ise, sözleşme hükümlerindeki şartların haksız şart teşkil etmesi değil; bu haksız şartlar dolayısıyla tüketicilerin sahip oldukları haklardır.

³⁷ Öğretide, HMK m. 113 hükmünde (benzer şekilde TTK m. 56.3'te) ilgililerin ileri sürebileceği taleplerin sınırlı olarak sayıldığı ve "*hukuka aykırı durumun giderilmesi*" kavramının *tazminatı da içine alacak şekilde geniş yorumlanması hali dışında (!)*, topluluk davaları kapsamında tazminat taleplerinin ileri sürülmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir [**Özbay, İ.**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Topluluk Davaları (HMK m. 113) (Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir/1-2 Ekim 2012, s. 246-305), s. 252; **Büyüksağış, E./Koyuncu, T.**: Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi'nde Yer Alan Aktarma (*Passing-On*) Savunması ve Toplu Dava Hakkı (BATİDER 2016, s. 153 vd), s. 184]. Öncelikle belirtmek gerekir ki, *olması gereken hukuk çerçevesinde*, HMK m. 113'te düzenlenen topluluk davaları kapsamında tazminat taleplerinin de kabul edilmesinin gerekip gerekmediği hususu, tek başına ayrı bir çalışmayı gerektirecek kapsamda olduğundan çalışmamızda özel olarak ele alınmamıştır. Bununla birlikte, pozitif hukuk düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğunda, ileri sürülebilecek taleplerin "*sınırlı*" ola-

kişilerin hukuka aykırı durumun giderilmesi talebi ile açacakları ve davalının yapmaya, yapmamaya ya da katlanmaya mahkûm edilmesinin istendiği bu topluluk davaları eda davası niteliğinde olacaktır³⁸. Görüldüğü üzere, hukuka aykırı durumun giderilebilmesi, bu konuda davalının belirli edimlerde bulunmaya ya da bulunmama hükmüyle yapılabilmesi için, haksız rekabetin hala devam ediyor olması gerekir³⁹. Zira haksız rekabet sona erdiği takdirde, onu gidermenin de imkânı kalmayacaktır. Bu aşamadan sonra topluluk davası ile ancak ilgililerin haklarının tespiti istenebilir. Sona ermiş haksız rekabet dolayısıyla zarara uğramış olan bireylerin, kendi ihlal edilen bireysel menfaatleri çerçevesinde ortaya çıkan zararlarını tazmin için dava açabileceklerini belirtelim.

3. Topluluk davaları kapsamında verilen kararlar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bu davalar ya tespit davası ya da eda davası niteliğinde davalar olduğu için, dava sonucunda verilen hükümler de bir eda ya da tespit hükmü teşkil eder ve kesin hüküm etkisini haizdir.

Kesin hüküm etkisi, açılan davanın tarafları, konusu ve sebebi bakımından ortaya çıkar. Dolayısıyla bir topluluk davasında alınan karar, sadece o davanın tarafları hakkında maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder⁴⁰. Bu nedenle her ne kadar bir tüzel kişi statüsü çerçevesinde açacağı bir topluluk davasında haksız rekabetin tespit edilmesi, önlenmesi ya da durdurulması yönünde bir karar olsa dahi, bu karar bireylerin açacağı tazminat davaları bağlamında tarafların ve konuların farklılığı dolayısıyla kesin hüküm/kesin delil etkisini ortaya çıkarması mümkün değildir⁴¹. Aynı şekilde, bir topluluk davası devam ederken ilgililer tarafından aynı konuda bir dava açılması, tarafların aynı olmaması sebebi ile derdestliği gündeme getirmeyecektir⁴².

Buna karşılık, topluluk davası ile bireysel olarak açılan tazminat davalarında dava sebeplerinin aynılığı, bu konuda somut verilen kararlar ve bu kararların verilebilmesi için yapılan incelemenin ele alınması suretiyle bir sonuca ulaşılmasını zorunlu kılar.

Öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, topluluk davasında kararın ne şekilde verildiğidir. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı bu davalar çerçevesinde vakiaların ya da delillerin gereği gibi ileri sürülmemesi dolayısıyla verilen bir ret kararı, bireysel tazminat davasının davacısını ilgili vakıya ve delillere de dayanmasını engellemez⁴³. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı bir hukuk davasında bir vakıanın gerçekleştiğinin ispatlanama-

rak sayıldığı bir hükmün geniş yorumlanmasının yorum ilkeleriyle bağdaşmayacağını ve bugün için tazminat davalarını bu kapsamda ele almanın mümkün olmadığını yeri gelmişken belirtelim.

³⁸ **Brunner, A./Gasser, D./Schwander, I. (Hrsg.):** Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Art 89, rn. 13; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 231.

³⁹ **Brunner/Gasser/Schwander**, Art 89, rn. 13; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 232.

⁴⁰ **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger**, Art. 89, rn. 13; **Pekantez – Usul**, s. 1103; **Tanrıver**, s. 634; **Kekeç**, s. 1284 vd.

⁴¹ **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger**, Art 89, rn. 6, 13; **Berner Kommentar – Markus**, Art. 89, rn. 14; **Orel – Füssli Kommentar - Mohs**, Art. 89, rn. 7; **Umar, B.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 316; **Tanrıver**, s. 634-635; **Kekeç**, s. 1285. Buna karşılık, TTK m. 56 düzenlemesine burada dikkat edilmesi gerekmektedir. Zira TTK m. 56, IV uyarınca “*filin haksız olduğunun tespiti ve haksız rekabetin men’ine ilişkin*” bir kimse aleyhine verilmiş olan hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunabilecektir. Dolayısıyla davada verilen hüküm, yalnızca tarafları değil, üçüncü kişileri de bağlamaktadır (bkz. **Özbay**, s. 241; **Kekeç**, s. 1285, dn. 41).

⁴² **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger**, Art. 89, rn. 13; **Berner Kommentar – Markus**, Art. 89, rn. 14; **Pekantez – Usul**, s. 1106.

⁴³ **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger**, Art. 89, rn. 6; **Akil**, s. 169.

ması, başka bir hukuk davasında aynı vakıaların ileri sürülmesini engellemez ve onların ispatlanmasını zorlaştırabilse dahi, imkansız kılmaz.

Buna karşılık, bir topluluk davasında dayanılan maddi vakıaların gerçekleştiğine yönelik tespit, tıpkı maddi olgunun tespitine dair ceza mahkemesi kararının hukuk hakimini bağlaması gibi⁴⁴, aynı maddi vakıalara dayalı olarak açılan bireysel davaların görüldüğü hukuk mahkemesini bağlamalıdır⁴⁵.

Öte yandan, bir topluluk davası ile eğer bireysel olarak açılacak olan dava ile ulaşılmak istenen sonuca ulaşılmış ise, her ne kadar kesin hüküm etkisi ortaya çıkmasa bile, bireylerin açtıkları davaların hukuki yarar yokluğu dolayısıyla reddedilmesi mümkündür. Örneğin bir tüketici derneğinin açmış olduğu ayıplı malların piyasadan toplatılmasına ilişkin karar icra edildikten sonra, bireylerin yeniden böyle bir dava açmalarında hukuki yarar bulunmaz. Böyle bir halde bireyin açtığı dava, kesin hüküm varlığından değil ancak hukuki yarar yokluğundan usulden reddedilecektir⁴⁶.

4. İlgililerin haklarının tespiti için açılan topluluk davası kapsamında alınacak olan hüküm, bir tespit hükmü teşkil eder. Tespit hükümleri ise, yargılama giderleri dışında, ilâmlı icraya konu edilemez. Dolayısıyla, topluluk davası konusu edilebilecek olan “*hukuka aykırı durumun giderilmesi*” ve “*ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi*” talepleri çerçevesinde hükmedilebilecek olan yapmaya ve yapmamaya ilişkin ilamların icrası üzerinde durulmalıdır.

4.1. Mahkeme, doğrudan kolektif menfaati ihlal eden davranışın yasaklanmasına ya da davalının haksız rekabetin giderilmesi için gerçekleştirilecek olan iş ve işlemlere (örneğin haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasına) katlanmasına hükmederse, bu hüküm yapmamaya ilişkin bir eda hükmü olur ve İİK m. 30 uyarınca ilâmlı icra konusu edilir.

⁴⁴ **Belgin Güneş, D.:** Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri, İstanbul 2019, s. 158, ayrıca bkz. TBK m. 74. Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre de, maddi olgunun tespitine dair ceza mahkemesi kararı hukuk hakimini bağlar. Ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir (HGK, 11.10.1989, E. 1989/11-373, K. 472 K.; HGK, 27.4.2011, E. 2011/17-50, K. 2011/231: E-Uyar).

⁴⁵ **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger,** Art 89, m. 6; **Umar,** s. 316. **Tanrıver**'e göre, topluluk davasında gerçekleşen bir vakıa tespiti, delil değerlendirmesi ve ulaşılmış bulunan hukuki sonuç ile daha sonra açılacak olan bireysel tazminat davasını gören mahkeme de bağlı olmalıdır. Bunu sağlayacak olan kurum da kesin hükmün unsur etkisidir. Bu etkinin işlerlik kazandığı hallerde, mahkemenin ilk yargılamada tespitini yaptığı hukuki sonuç, ikinci yargılamada kullanılması gereken talep temeline ilişkin vakıayı belirtir. Özellikle ikinci yargılamanın esastan karara bağlanması, ilk yargılamadaki hükme teknik açıdan bağlıysa ve sonradan başlatılan yargılama, bir anlamda ilk yargılamanın içerik açısından ilerlemesi olarak görülmekteyse, iki yargılama arasında bir bağlantının gerçekleştiği varsayılır ve ilk yargılamada ulaşılmış olan hukuki çıkarımlar, ikinci yargılama bakımından da geçerli ve bağlayıcı sayılmalıdır. (**Tanrıver,** s. 635). **Taşpolat Tuğsavul**'a göre de, ilk açılan topluluk davasında davacı lehine hüküm verilmişse ve bu ilk davada tespit yapılan hukuki sonuç hüküm fıkrasında yer alıyorsa artık bu davaya bağlantılı ikinci yargılamada söz konusu ilk davada tespit edilen ve hüküm fıkrasında yer alan hukuki sonuca aykırı karar verilememesi ve bu sonucun artık tartışılmaması gerekir (**Taşpolat Tuğsavul,** s. 307).

⁴⁶ **Pekcanitez** – Usul, s. 1106; **Kekeç,** s. 1287.

Yapmama borçlarına ilişkin ilâmların icrasında borçlu, aktif bir davranışta bulunmamaya zorlanır⁴⁷. Yapmama borçları, belirli bir davranışta bulunmama ya da bir başkasının belirli bir davranışına karşı koymama (katlanma) biçiminde ortaya çıkabilir⁴⁸.

İİK m. 30, III uyarınca, bir işin yapılmamasına ilişkin bir ilâm söz konusu ise, icra dairesi tarafından ilâmın hükmü borçluya aynı süreli bir icra emri ile tebliğ edilecektir. İcra emrinde, ilâm hükmüne aykırı davranışın, İİK m. 343 hükmü uyarınca hapisle tazyik edileceği de belirtilecektir.

Dolayısıyla, yapmama borçları bakımından, borçlunun icraya zorlanabilmesinin tek yolu, ilâm hükmünün borçluya bir icra emri ile birlikte gönderilmesi ve uyulmaması durumunda İİK m. 343 uyarınca hapis ile tazyik edilmesidir. Belirtmek gerekir ki, hapisle tazyik yaptırımı, yapmamaya ilişkin hükümlerin icrası bakımından yeterli değildir. Bu noktada, davalı bir tüzel kişi olması durumunda, söz konusu yaptırım daha da işlevsiz hale gelmektedir. İİK m. 345 uyarınca, böyle bir fiilin tüzel kişi hakkındaki hükümlerin icrası sırasında işlenmiş olması halinde hapisle tazyik, tüzel kişinin söz konusu ilâmın icrasından sorumlu olan organlarında görevli bulunan gerçek kişiler hakkında hükmolunabilmekle birlikte, hükümle ulaşılmak istenen amaca ulaşılamadıktan sonra, hapisle tazyik yaptırımının pek bir anlamı kalmamaktadır.

Kanaatimizce, topluluk davasında verilen yapmamaya ilişkin hükümleri de içerecek şekilde, yapmama borçlarına muhalefet halinde önemli miktarlarda para cezasına mahkumiyet, uygulamada yapmamaya ilişkin borçların yerine getirilmesi bakımından çok daha caydırıcı olabilecektir.

4.2. Açılan topluluk davalarında, özellikle haksız rekabetin durdurulması amacıyla yapmaya ilişkin mahkumiyet kararlarının verilmesi mümkündür. Bu gibi hallerde de İİK m. 30, I devreye girecektir. Bu hüküm, İİK m. 30, II'den daha etkili bir hükümdür, çünkü bu hüküm ile bir başkası tarafından yapılabilecek işlemlerin borçlu tarafından yapılmaması halinde işin başkasına yaptırılması ve ortaya çıkan masrafların borçludan cebren tahsil edilmesi sistemi kabul etmiştir.

Bu halde,

a. Ya alacaklı (davayı kazanan davacı) masrafları öder ve yapılması gereken iş yapılır, ödenen masraflar daha sonra borçludan aynı dosya üzerinden haciz yoluyla tahsil edilir (Bu yol daha hızlı sonuç vermekle birlikte tüm masrafların haciz yoluyla elde edilememesi tehlikesini barındırır).

b. Ya da alacaklı masrafları ödemez, masraflar borçludan haciz yoluyla elde edilir ve ilâmın gereği bu bedel ile yerine getirilir (Bu seçenekte de alacaklı daha sonra tahsil zorluğu yaşamaz, ancak haciz ve satış gerçekleşene ve hüküm altına alınan iş yapılanaya kadar uzun bir süre geçebilir).

⁴⁷ **Rosenberg, L./Gaul, F./Schilken, E./Becker-Eberhard, E./Lakkis, P.:** Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auf., München 2010, § 73, rn. 1.

⁴⁸ **Rosenberg/Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Lakkis, § 73, rn. 4; Üstündağ, S.:** İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 377.

KAYNAKÇA

Akil, C.: Yeni İsviçre Federal Usul Yasası'nda Yer Alan Topluluk Davası (m. 89) Üzerine Kısa Bir Not (TBBD, Y. 2011, S. 95, s. 163-173)

Alexander, C.: Kollektiver Rechtschutz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht (JUS 2009, s. 590-594).

Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, H.: Medeni Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2020.

Belgin Güneş, D.: Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri, İstanbul 2019.

Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht / Schweizerische Zivilprozessordnung (Art. 1-352): Band I: Art. 1-149 ZPO (**Berner Kommentar** – Yazar).

Brunner, A./Gasser, D./Schwander, I. (Hrsg.): Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016.

Büyüksağış, E./Koyuncu, T.: Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi'nde Yer Alan Aktarma (*Passing-On*) Savunması ve Toplu Dava Hakkı (BATİDER 2016, C. 32, S. 1, s. 153-195).

Deren-Yıldırım, N.: Kollektif Hukukî Himaye-Medenî Usûl Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukukî Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu? (YD 1997/1-2, s. 137-154).

Dişel, B.: Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Bir Karar Işığında Derneklerin “Statüleri Çerçevesinde” Açtığı Topluluk Davaları [Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, S. 1823-1855 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan].

Gasser, D./Rickli, B.: Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2014.

Gehri, M./Jent Sorensen, I./Sarbach, M. (Hrsg.): ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2015 (**Orell Füssli Kommentar** - Yazar).

Karaaslan, V./Eroğlu, M.: Kollektif Hukuki Himayenin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davaları (EÜHFD, C. 13, S. 3-4, s. 201-221).

Kekeç, E. K.: Topluluk Davalarında Elde Edilen Hükümün Münferiden Açılacak Davalarda Kesin Hüküm Etkisi [Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1275-1297 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan].

Koch, H.: Die Verbandsklage in Europa (ZZP 113 Band, Heft 4, 2000, s. 413-441).

Özbay, İ.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Topluluk Davaları (HMK m. 113) (Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir/1-2 Ekim 2012, s. 246-305).

Pekcanitez H.: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2017.

Rosenberg, L./Gaul, F./Schilken, E./Becker-Eberhard, E./Lakkis, P.: Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auf., München 2010.

Rüetschi, D.: Basler Kommentar UWG (Ed. Hilty, R. M/Arpagaus, R.), Basel 2013.

Sungurtekin Özkan, M.: Sendikalar Kanunu Madde 32/3'e Göre Açılan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. Maddesinde Düzenlenen Topluluk Davaları Bağlamında Değerlendirilmesi (Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, S. 24, s. 172-176).

Sutter-Somm, T./Hasenböhler, F./Leuenberger, C.: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016.

Tanrıver, S.: Medeni Usul Hukuku, C. 1, 2. B., Ankara 2018.

Taşpolat Tuğsavul, M.: Kolektif hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk Davaları, İstanbul 2016.

Umar, B.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

Üstündağ, S.: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.

Yılmaz, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, 3. B., Ankara 2017 (**Yılmaz** - Şerh).

Yılmaz, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Dava Çeşitleri, Bankacılar Dergisi, S. 80, s. 83-104).

ŞERHEDİLMİŞ TAŞINMAZ SATIŞ VAADI SÖZLEŞMESİNİN VAAT BORÇLUSUNUN CÜZ'İ HALEF VE ALACAKLILARI İLE TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ DİĞER TAKYİDATLARA ETKİSİ

(THE EFFECT OF ANNOUNCED IMMOVABLE SELLING PROMISE AGREEMENT ON PARTIAL SUCCESSOR AND RECEIVABLES AND OTHER RESTRAINT ON THE IMMOVABLE)

Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ**

Öz

Kişisel haklar ve yenilik doğuran haklar, ancak ilgisine karşı ileri sürülebilen nispi etkili alacak haklarıdır. Türk Medeni Kanunu 1009. maddesi sınırlı olarak belirlediği kişisel haklar ile diğer kanunlarda açıkça öngörülen diğer kişisel hakların tapu siciline şerh verilmesini kabul etmiştir. Söz konusu kişisel haklar tapu siciline şerh ile hakın niteliği değişmemekle birlikte üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme noktasında aynı etkiyi haizdir. Aynı etkiyi haiz olması aynı haklarda geçerli olan ilkelerin tapu siciline şerh edilmiş kişisel haklarda da geçerli olmasını iktiza edecektir. Dolayısıyla aynı haklarda egemen olan belirlilik, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ile aleniyet ilkeleri şerh marifetiyle etkisi güçlendirilmiş kişisel haklarda da işlerlik kazanacaktır. Zira şerh edilmiş kişisel hakkın üçüncü kişilere ileri sürülebilmesi söz konusu ilkeler marifetiyle gerçekleşecektir. Aynı hakların hak düşürücü süre ile zaman aşımına tabi olmaması şerh edilmiş olsa dahi kişisel haklarda geçerli olmayacaktır. Bunun yanında kişisel haklar ancak gerçek hak sahibinden kazanılacağından, tapu siciline güven ilkesi de uygulama alanı bulmayacaktır. Şerh edilmiş kişisel haklar, tapu siciline işlendiği tarih itibarıyla etki ve sırasını kesbedecek olup, hukuki sebebinin oluşturduğu kişisel hakkın bağlı olduğu süre boyunca hukuki koruma sağlayacaktır. Bu bağlamda şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de tapu siciline şerhin verildiği tarih itibarıyla sırasını alıp, beş yıl süre ile gerek eşyaya bağlı borç mahiyetiyle şerhe konu taşınmazı devralan kişiye mülkiyeti devir borcu yükleyeceği gibi munzam etki marifetiyle şerh sonrası taşınmaz vaziyet eden şahsi yükler ile sınırlı aynı hak sınırlamalarının terkin edilmesini sağlayacaktır. Ne var ki taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, tapu kütüğüne şerh edilmiş olsa dahi, lehine satış vaat edilen kişi adına tescil işlemi gerçekleşmedikçe mülkiyetin intikali gerçekleşmeyecektir. Nitekim Tapu Kanunu'nun 26.maddesi uyarınca; siciline şerh verilen satış vaadi sözleşmesi, beş yıl süreyle üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Ancak, söz konusu hukuki etkinin sağlanması için şerh tarihinden itibaren beş yıllık süre içerisinde tescil davası açılması ve üçüncü kişi adına tescil işleminin tamamlanması zorunludur. Bu hak, tescil kararı alınıp, tapuya işlenmediği sürece aynı nitelik kazanamayacaktır. Kaldı ki tapu sicilindeki şahsi yük ya da sınırlı aynı sınırlamalar ile diğer takyidatların terkin talebi aynı hak sahibine tanınmıştır

^Ş Eserin Dergimize geliş tarihi: 02.04.2021. İlk hakem raporu tarihi: 31.05.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 03.06.2021. Onaylanma tarihi: 12.06.2021.

* Büyükşehirmece Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000 0002 8858 2580.

Eserin Atıf Şekli: Ahmet Cahit İyilikli, "Şerhedilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Vaat Borçlusunun Cüz'ü Halef ve Alacaklıları ile Taşınmaz Üzerindeki Diğer Takyidatlara Etkisi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 967-1002.

Anahtar Kelimeler: Şahsi hak, Şerh, Eşyaya bağlı borç, Aynı etki

ABSTRACT

Personal rights are relatively effective claims rights that can only be claimed against the person concerned. It has accepted that the personal rights determined as limited in Article 1009 of the Turkish Civil Code and the personal rights stipulated in other law shall be given to the land registry. Although the quality of the right does not change by annotating the said personal rights in the land registry, it has the same effect on the point of being asserted against third parties. The fact that it has the additional effect will ensure that the principles that apply to the same rights are also valid for personal rights annotated in the land registry. Therefore, the principles of certainty, adherence to a limited number and type and publicity prevailing in real rights will become operational. Because, the annotated personal right can be put forward to third parties by means of the aforementioned principles. Even if it is annotated that it is not subject to the limitation period and the limitation period valid in real rights, it will not be valid for personal rights. In addition, since the personal rights can only be acquired from the real right owner, the principle of trust in the land registry will not be applied. Annotated personal rights will interrupt their effect and order as of the date they are entered in the land registry, and will provide legal protection for the duration of the personal right that constitutes the legal reason. In this context, the promise to sell the annotated real estate contract will take its order as of the date of the annotation to the land registry, and it will charge the person who took over the property subject to annotation for a period of five years, as well as the personal loads that become the immovable after the annotation by means of supplementary effect. will ensure that limitations of rights are abandoned. However, even if the contract for the promise to sell the immovable property is annotated in the land registry, it does not provide the transfer of the ownership unless the registration process takes place on behalf of the person for whom the sale is promised. Because, in accordance with the 26th article of the Land Registry Law; The promise to sell contract, which is annotated to the registry, can be claimed against third parties for a period of five years. However, in order to ensure the legal effect in question, it is obligatory to file a registration action within five years from the date of annotation and to complete the registration process on behalf of the third party. This right will not acquire the same quality as long as it is not registered in the title deed.

Keywords: *Personel right, Restriction record, Property dept, Additional effect*

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu tapu sicilinin tutulmasında kamu düzeni ilkesini esas alarak devletin tapu sicil kayıtlarının iyi, doğru ve dayanağına uygun tutulmasındaki sorumluluğunu asli ve doğrudan kabul etmiştir. Taşınmazlar yönünden kamuya açıklık fonksiyonu tapu sicili marifetiyle gerçekleşecektir. Tapu sicilinin tutulması prensiplerinden ilki tescil, diğeri sicilin aleniliği, bir diğeri Devletin (hazinenin) kusursuz sorumluluğu ve son olarak ise tescilin geçerli bir hukuki sebebe dayanmasıdır. Taşınmaz mülkiyetinin iktisabı, geçerli bir hukuki sebep ve tescil beyanına müstenittir. Tapu sicilinin tutulmasında sınırlı sayı ilkesi geçerli olduğundan kanunda belirtilmeyen bir hak tescil edilemeyeceği gibi hukuki fonksiyonu da olmayacaktır. Nitekim “kişisel hakların şerhi” başlıklı Türk Medeni Kanunu’nun 1009. maddesinde arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, geri alım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen

diğer hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla kişisel hakların şerhinde de sınırlı sayı ve tipe uygunluk ilkesi geçerlidir. Kişisel hakların şerhi, hakkın niteliğini değiştirmese de, kendisinden sonra gelen hakkın niteliğine bakılmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme fonksiyonunu haizdir. Kişisel hakkın şerhi, şerh edilen taşınmaz mülkiyeti kime intikal ederse etsin eşyaya bağlı borç niteliğiyle bağlayıcı olacaktır. Kişisel haklar ancak gerçek hak sahibinden kazanılacak olup, tapu siciline güven ilkesi ile kazanılması söz konusu olmayacaktır. Biz bu çalışmamızda, şerh verilmesi mümkün olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hukuki niteliği ve sonuçları ile şerh edilmiş kişisel hakların eşya hukukunda hakim olan ilkeler ışığında incelenmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh verilmesi sonrasında şerh konusu taşınmaz üzerine şerh edilmiş şahsi ve aynı haklara etkisi ile tapu siciline şerh verilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin cüz'i haleflere etkisini öğreti ve Yargıtay*** içtihatları ışığında meseleci bir usulle ele alıp okuyucunun istifadesine sunacağız.

I. Şerh Verilebilecek Şahsi Haklar ve Niteliği

Kanunun farklı kısımlarında (TBK. 238, 292, 312; Tapu Kanunu m. 26/7; TMK 695, 698, 731, 735, 736, 871) şerhe imkân tanıyan hükümler bulunmakla birlikte şerhi mümkün olan hak ve durumlar genel ve esas itibari ile Türk Medeni Kanunu'nun 1009 ve devamı hükümlerinde üç başlık halinde belirtilmiştir. Bunlar kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına yönelik şerh ve geçici tescil şerhidir. Kanun'da sınırlı olarak sayılan sözleşmeden doğan bir takım nispi haklar ise tapu siciline şerh edilmekle aynı hak niteliği kazanmasa da¹, şerhten sonra taşınmaz üzerinde hak kazanan üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını bertaraf edip onlara karşı ileri sürülebilen aynı etki doğurur². Bir diğer ifadeyle şerh, kuvvetlendirilmiş şahsi hak marifetiyle sonradan kazanılan her hak sahibine karşı müessirdir. Nitekim “kişisel hakların şerhi” başlıklı Türk Medeni Kanunu'nun 1009. maddesinde arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği hükme bağlanmıştır³. Aynı haklar mutlak niteliğiyle herkese karşı ileri

*** Yargıtay kararları doğrudan Uyap üzerinden temin edilmiştir.

¹ Sungurbey İsmet, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963. s. 105; Kocayusufoğlu Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 193; Oğuzman Kemal/Seliçi Özer-Oktay- Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2020, s.285; Üstündağ Saim, Tapu Kütüğü'nün Tashihi Davası, İstanbul 1959, s. 66; Saymen Ferit/Elbir Halid, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954, s. 168.

² “Tapunun beyanlar hanesindeki, binanın başka kişiye ait olduğuna dair açıklama aynı hak konusu oluşturmaz, fiili durumun tespitinden ibaret olup şahsi hak bahşeder, bu da koşullarının oluşması halinde şahsi hak sahibine tazminat ve dava açma hakkını sağlar. Davacılar ait yapı, tapunun beyanlar hanesine şerh verilme suretiyle gösterildiğine göre, bina sahibi açısından şahsi hak niteliğinde bulunup 3. kişilere karşı ileri sürülebileceği gibi kayıt malikine karşı da savunulabilecektir. Uyuşmazlık aynı hak ile şahsi hakkın yarışması ve hangi hakkın diğerine üstün tutulacağı noktasında toplanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, aynı hakla şahsi hakkın çatışması halinde; aynı hakka üstünlük tanınacağı kuşkusuzdur. Öte yandan 766 sayılı Tapulama Yasasının 37 ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 19. maddesi uyarınca konulan zilyetlik şerhi, ilgililerine özel yasalardan doğan bazı sınırlı şahsi hak tanıyacağı kuşkusuzdur. Aynı hak TMK' nun 683.maddesi uyarınca mülkiyet hakkından kaynaklanan bir hak olup hakkı ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilecektir. Her ne kadar şahsi hak aynı hakka göre ikincil derecede ise de tapuya şerh edilmesi halinde aynı hak sahibinin yararlandığı tüm imkânlardan yararlanabilecektir.” (8. HD 18.10.2007, 3530/5600).

³ “Türk Medeni Kanununun 1009, 1010 ve 1011. maddelerinde tapu kütüğüne şerh verilecek haklara ilişkin düzenlemeler yapılmış, ancak bazı özel kanunlarda da aynı konuda hükümler getirilmiştir.

sürülebilme niteliğini haiz olduğundan, şerh verilmesine ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla kanun sınırlı sayıdaki⁴ şahsi hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme ve aynı etki doğurması için tapu siciline şerh verilmesi imkânı bahşetmiştir. Ancak her türlü kişisel hakkın değil, kanun tarafından şerh verilmesi mümkün olması ehemmiyet kesbedecektir⁵. Bu bağlamda, şerhin koruma altına aldığı alacak hakkı, nispi mahiyette olup, şerhin etkisi nispi alacak hakkı ile sınırlı olacaktır⁶.

Şerh verilmiş kişisel haklar, aynı haklar gibi herkese karşı değil, sıra bakımından kendisinden sonra gelen ve şerh verilmiş taşınmaz üzerinde aynı ve şerh edilmiş şahsi hak sahiplerine karşı ileri sürülebilme yetkisini haizdir. Zira şerh konuları, nitelikleri ve hukuki hükümleri cihetinden tescilden ayrık olup, şerhin konusu aynı haklar değildir⁷. Şerh, aynı hak doğmasına ya da aynı hak niteliğine vücut vermek niteliğinden yoksundur. Şerhin takviye ettiği hakkın geçerliliği, mevcudiyeti ve devamı borçlar hukukunun ilgili hükümlerine tabi olduğundan, şerhin konusunu oluşturan kişisel hakka dair sözleşmenin de geçerli olmasını iktiza eder. Dolayısıyla kişisel hakkın temelini oluşturan hukuki işlem geçersiz ya da sakıt olmuş yahut iptal edilmiş ise tapu sicilindeki şerh yolsuz mesabesinde olup⁸, tapu sicili ile maddi hak arasında bir çelişki ve uyumsuzluk meydana gelecektir. Bunun yanında şerh, kuvvetlendirdiği hakkın tabi olduğu süreye tabi olduğundan hakkın talep ve dava edilebileceği süreyi aşan bir şerh, taşkın süre bakımından geçerli olmayacağı gibi hukuki korumadan da yoksun olacaktır. Her iki ihtimalde de şerh aynı etki gücünden mahrum olup, tapu sicilinde şekli bir kayıttan öteye geçemeyecektir.

1. Eşyaya Bağlı Borç Etkisi

Borçlar hukukunda bir borç ilişkisi ancak taraflar için hak doğurup, borç tahmil etmesine karşın, eşyaya bağlı borçlar bu temel ilkeye istisna teşkil etmektedir. Eşyaya bağlı hak, mülkiyet hakkının sağladığı aynı hak dışında malikin belirli kişilere karşı kullanabileceği yenilik doğuran haklar ve şahsî talep hakları ile malikin mülkiyet kapsamı dışındaki

Şerhler genellikle kütüğe kişisel hakların kuvvetlendirilmesi malikin temlik hakkının kısıtlanması, temlik hakkının yasaklanması veya geçici şerhin tapu kütüğüne yazılması şeklinde işlem görür. Somut olayda; davalı Belediye Başkanlığınca Tapu Sicil Müdürlüğünden istenmesi üzerine konulan şerhin amacı kayıt maliki olan davacının temlik hakkını yasaklamaktır. Eğer bir şerhin tapu kütüğüne işlenmesi hakkında yasa hak sahibine doğrudan işlem yapma yetkisi tanınamışsa şerhin yapılabilmesi için taraflar arasında ayrıca bir şerh anlaşmasının varlığı gerekir. Yoksa taraflardan birinin talebi üzerine, özellikle Türk Medeni Kanununun 683. maddesinde malike tanınan yetkileri kısıtlayıcı sonuç doğuracak biçimde tapu kütüğüne şerh düşülemez. Dava konusu olayda tedbir şerhi davalı idarenin tek yanlı istemi ile yasaya aykırı biçimde kütüğe işlendiğinden şerhin mahkemeye kaldırılmasında yasaya aykırı bir yön yoktur.” (14. HD 28.06.2006, 6272/7643).

⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 183; Sungurbey, s. 4; Doğan Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004, s. 13; Cansel Erol, Tapu Siciline İtimat Prensipleri, Ankara 1964, s. 111.

⁵ “Şerhten amaç; ilişkin bulunduğu hukuki durumu üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale getirmek, hukuki duruma aleniyet kazandırılmaktır. Bu yönü ile şerh aynı bir etki özelliğini gösterir. Hangi hakların tapu kütüğüne şerh edileceğini kanun belirlemiştir. Dolayısıyla kanunun belirlediği bir hak tapu kütüğüne şerh edilemez.” (14. HD 12.04.2017, 2016/18005, 2017/2995).

⁶ Oğuzman/Seliçi/-Oktay- Özdemir, s. 243.

⁷ Cansel, s. 16; Aybay Aydın, Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul 1962, s. 3,4.

⁸ Şerhin konusunu oluşturan şahsi hakkın geçersiz olması ya da sonradan ortadan kalkması, şerh süresinin hitama ermesi, şerh lehtarının terkin beyanında bulunması ile şerhin amacının tahakkuk etmesi halinde şerhin hükümleri sona erip, tapu sicilindeki şerh kaydı şekli bir kayıttan öteye gidemeyecektir.

mal üzerinde sahip olduğu nispi⁹ haklardır¹⁰. Eşyaya bağlı borç ise bir kimseyi borçlanma iradesi olmaksızın salt sahip olduğu eşya sebebiyle borç altına sokan bir borç ilişkisidir¹¹. Eşyaya bağlı borçlardan doğan talep hakları etkisi güçlense dahi kişisel hak niteliğinde olduğundan, hak sahibine doğrudan ve vasıtasız bir egemenlik sağlamayacağı için talebin icrası ancak yükümlü vaziyetteki aynı hak sahibinden talep edilebilecektir¹². Eşyaya bağlı borç, borçlanma yolunda irade beyanı bulunmadığı halde bir kimseyi herhangi bir mala malik olmakla mükellefiyet altına sokan borçlardır¹³. Hak sahibi, hakkın bağlandığı eşyanın malikidir. Bu sebeple, devri mümkün olmayan hakların eşyaya bağlı olarak tesis edilmesine, bu hakların niteliği uygun düşmeyecektir¹⁴. Eşyaya bağlı borç ilişkisinden kaynaklanan haklar nispi hak olmasına rağmen bir hukuki ilişkinin kurucu öznesine değil, nispi hakkın ilgili bulunduğu eşyanın her yeni malikine karşı da ileri sürülebilme etkisini haizdir¹⁵. Eşyaya bağlı borç ilişkisinin mutad borç ilişkilerine kıyasla arz ettiği bir diğer özellik bünyesinde sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkelerini barındırmasıdır¹⁶. Dolayısıyla taraf iradeleri ile eşyaya bağlı borç meydana getirilmesi ancak Kanun'un öngördüğü ve izin verdiği kapsamda söz konusu olacaktır¹⁷. Bunun yanında, aynı haklarda geçerli olan belirlilik ve aleniyet ilkeleri de eşyaya bağlı borç ilişkisinin fonksiyonu bakımından işlerlik kazanacaktır. Şerh edilmiş şahsi haklarda şahsi haktan doğan talep ileri sürüldüğü anda taşınmazın maliki kim ise borç ilişkisindeki borçlu ve yükümlü sıfatı da ona ait olacaktır¹⁸. Bir diğer ifadeyle kişisel haktan kaynaklı borç ilişkisinden doğan yükümlülük taşınmazın mülkiyetine bağlanmıştır. Dolayısıyla şerhten sonra taşınmazın her maliki kendi mülkiyeti döneminde doğan borçtan sorumludur¹⁹. Bu sebeple eşyaya bağlı borç ilişkisinde borçlu, aynı hakkını ya da zilyetliğini devir yahut terk etmek suretiyle mülkiyet döneminde doğmuş borçlar dışında sorumluluktan varestede olacaktır²⁰. Hemen belirtmek gerekir ki şerhin eşyaya bağlı borç etkisi yeni malike sadece borç yüklemeyi, bilakis önceki malikin borç ilişkisinden doğan bütün talep savunma haklarını da şerh lehtarına karşı ileri sürebilme hakkı bahşeder²¹.

2. Munzam (Ayni) Etki

Aynı haklar mutlak niteliğiyle herkese karşı ileri sürülebilme mahiyetiyle şahsi haklardan da önce gelecektir. Zira aynı haklar mülkiyete dayanmakla şahsi haklara üstünlük sağlayacaktır. Buna karşın, şerh edilmiş kişisel haklar, aynı hak niteliğine bürünme de, üçüncü kişilere karşı aynı etki doğurması bakımından aynı haklar için söz konusu olan sıra ilişkisine tabi olup (TMK m. 1022), şerh ile korunan kişisel hak, taşınmaz üzerine şerhten sonra kurulmuş sınırlı aynı haklara ve tesis edilmiş kişisel hak sahiplerine karşı da ileri

⁹ Erel Şafak, *Eşyaya Bağlı Borç*, Ankara 1982, s. 5, 50.

¹⁰ Oğuzman, Kemal, *Eşyaya Bağlı Hak Kavramı Ve Ayrıcı Vasıfları*, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, (s. 108-126), s. 108.

¹¹ Oğuzman, s. 214.

¹² Erel, s. 39.

¹³ Erel, s. 5, 157.

¹⁴ Oğuzman, *Eşyaya Bağlı Hak*, s. 120.

¹⁵ Erel, s. 5.

¹⁶ Erel, s. 9.

¹⁷ Erel, s. 96.

¹⁸ Erel, s. 8.

¹⁹ Sirmen Lale, *Eşya Hukuku*, Ankara 2017, s. 210; Erel, s. 205; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 286; Kurt Ekrem, *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi*, İstanbul 2004, s. 49.

²⁰ Erel, s. 10.

²¹ Erel, s. 209.

sürülebilecektir. İşte şerhten sonra kişisel hakkın konusu olan taşınmazda sınırlı aynı hak tescili ya da diğer kişisel bir hakkın şerhi marifetiyle kazanılan haklardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin etkisiz kalmasının sağlanması şerhin munzam etkisi marifetiyledir²². Nitekim TMK'nun 1009. maddesinde düzenlenen “*Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir*” hükmü munzam bir diğer ifade ile aynı etkinin sonucudur. Söz konusu hüküm, şahsi hak sahibinin sonradan tescil ve şerh edilecek haklardan zarar görmesini önlemeye matuf ve şerhin güçlendirilmiş aynı etkisini temsil eder²³. Şerhin konusunu oluşturan kişisel hakkın kural olarak devri kabil olduğundan²⁴, kişisel hak devredilmekle şerhin etkisi de kişisel hakkı devralan kişiye intikal eder²⁵. Zira şerh kişisel hakkın süjesini değil kişisel hakkın kendisini korumaktadır. Şerhin her iki etkisi de kurucu nitelik taşıdığı için²⁶ sıralarını ve hukuki sonuçlarını tapu siciline şerh edildiği tarih itibarıyla kazanacaktır. Dolayısıyla şerh tesis edilmedikçe ya da şerhin yolsuz olması halinde kişisel hakkın eşyaya bağlı borç ve munzam etkisi de doğmayacaktır.

3. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Niteliği ve Hukuki Sonuçları

Taşınmazın satış vaadi sözleşmesinin yasal zemini, TMK'nun 706, TBK 237. maddelerine dayanmakla beraber, TBK'nun 29. Noterlik Kanunu'nun 60/3 ve 89. ve Tapu Kanunu'nun 26. maddelerinde de taşınmaz satış vaadi kavramına yer verilmiştir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi; noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, her iki tarafa borç yükleyen²⁷ ve kişisel hak sağlayan borçlandırıcı bir sözleşme türüdür²⁸. Taşınmaz satış vaadi

²² Sirmen, s. 210; Erel, s. 206; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 286.

²³ Erel, s. 81.

²⁴ Örneğin geri alım, alım ve önalım haklarının devri mümkün değildir (TBK m. 239).

²⁵ Sirmen, s. 212.

²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 288.

²⁷ Taşınmaz satış vaa-dinin borçlandırıcı bir işlem mahiyetinden ötürü satıcının taşınmaza malik olması bir diğer ifadeyle tasarruf yetkinine sahip olması akdin geçerliliğine için şart değildir.

²⁸ “*Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesi ile TMK'nun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde TMK'nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir. Bir şeyin, başka kanunlar uyarınca taşınmaz kabul edilse bile, satış vaadi sözleşmesine konu teşkil edebilmesi için tapu sicilinde gayrimenkul olarak kayıtlı olması gerekir. Örneğin, bütünlüycü parça (TMK md.684), doğal ürünler (TMK md. 685) taşınmaz değildir. Bağlı olduğu taşınmazla beraber satış vaadi sözleşmesine konu teşkil ederlerse de yalnız başına satış vaadi sözleşmesinin konusu olamazlar. Bu tür malların bağlı olduğu esas taşınmaz ile birlikte taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu olabilmeleri bir zorunluluk değil yasal bir sonuçtur. Somut olaya gelince, 7330 ada 14 parsel sayılı taşınmaz tapuda arsa vaşfi ile Şişli Belediyesi adına kayıtlıdır. Dosyaya, dava konusu taşınmazda gerek dava dışı Kazım Taşkıran'ın gerekse muris Genççağa Işık'ın hak sahibi olduğuna dair tapu tahsis belgesi sunulmamıştır. Talep, dava konusu taşınmazda bulunan 60 kapı no'lu gecekonduya yöneliktir. Satış vaadi sözleşmesine konu olamayacak bir muhdesatın temlik geçersiz olduğundan, muhdesattan kaynaklanan şahsi hakkın temlikine dayanılarak elatmanın önlenmesi ve ecrimisil talep edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.*” (14. HD 31.03.2015, 4112/3514); Olgaç Senai/Karahasan Mustafa, Gayrimenkullerin Akid

sözleşmesi, bir ya da iki tarafa sözleşmenin icra edilmesini isteme hakkı bahşeden bir ön sözleşmedir²⁹. Bu sözleşmenin noterler tarafından düzenleme şeklinde yapılması gerekli olup³⁰ bu husus sıhhat şartıdır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin konusunu, asıl sözleşmenin yerine getirilmesi borcu oluşturur³¹. Taşınmaz satış vaadinde satışın icra edilmesini isteme hakkı, yenilik doğuran bir hak olup³² dava marifetiyle kullanılabilir. Taşınmaz satış vaadi alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyetin devir borcunu yüklenen vaat borçlusunu malik, edimini yerine getirmeye ise TMK'nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında mülkiyetin hükmen yerine getirilmesini isteyebilecektir. Dolayısıyla vaat alacaklısı, vaat borçlusunu malike karşı tescil hususunda şahsi bir talep hakkını haizdir.

Taşınmaz satım vaadine konu taşınmazın aile konutu olması ihtimalinde, hak sahibi olmayan eşin, kanundan doğan aile konut şerh talep ve savunması, satış sözleşmesi şerhine takaddüm edecektir³³. Satış vaadinden doğan talepler için özel bir süre belirlenmediğinden TBK'nun 146. maddesi gereği on yıllık zamanaşımına tabidir. Ne var ki, satış vaadine konu taşınmazın zilyetliği vaat alacaklısına teslim edilmiş ise zamanaşımında def'inde bulunmanın dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı savunulmuştur³⁴. Geçerli bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin mevcudiyeti şerh için yeterli olup, taraflardan her biri sözleşmeye dayanarak şerh talebinde bulunabilecektir³⁵. Dolayısıyla şerh için şerh anlaşmasına gerek yoktur (Tapu Kanunu 26/8)³⁶. Ancak taşınmaz satış vaadi borçlandırıcı bir sözleşme olduğundan, şerh talebinin kabul edilebilmesi, vaat borçlusunun tapu sicilinde malik olmasına bağlıdır. Şerhin aynı etki süresi şerh tarihinden itibaren beş yıldır. Şerh, aynı etki sebebiyle üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıran hitamı, sürenin hitamı, borçlandırıcı satış vaadi sözleşmesinin geçerliliğine bir etkisi olmayacaktır³⁷. Şerhler, kütük sayfasındaki özel sütuna,

Esasına Dayanan İktisap Ve Tescilleri, İstanbul 1956, s. 74; Çenberci Mustafa, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1986, s. 40.

²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 447; Kocayusufpaşaoğlu, s. 67 vd; Çenberci, s. 6 vd.

³⁰ Surlu, Mehmet Handan, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 2007, s. 31.

³¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 49.

³² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 391.

³³ "TMK'nun 194.maddesine göre, " Eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırmaz." Bu emredici bir hüküm olup eşler, aralarında yapacakları sözleşmelerle bu hükmü değiştiremez veya ortadan kaldıramazlar. TMK'nun 1009. maddesinde kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği düzenlenmiştir. Aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan esin talebi üzerine tapu kaydına aile konutu şerhinin verilmesi de TMK'nun 1009.maddesi kapsamında değerlendirilmelidir." (HGK, 28.09.2011,2- 447/556).

³⁴ Surlu, s. 174.

³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 246; Sirmen, s. 208; Nomer Haluk Nami/Ergüne Serkan, Eşya Hukuku, İstanbul 2020, s. 154.

³⁶ Tapu Kanunu 26/8. fıkrası gereğince Noterlik Kanunu 44. maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.

³⁷ "Süresi geçtiği halde terkin edilmeyen satış vaadi sözleşmesi şerhi aynı hak kuvvetini yitirerek tekrar şahsi hak sağlar duruma dönüşür. Somut olayda, çekişme konusu bir kısım taşınmazlara 12.07.2000 tarihinde satış vaadi şerhi verilmiş, şerhin aynı etkisini yitirmesinden sonraki bir tarih olan 10.10.2008 günü taşınmazlar davalı İbrahim Hakkı'ya satış yoluyla devredilmiştir. Bu durumda anılan davalının taşınmazları yolsuz olarak edinip edinmediği, başka bir deyişle TMK'nun 1023. maddesi uyarınca iyiniyetli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Sicilden terkin gerektiğinden aynı hak kuvvetini yitirerek şahsi hak sağlayan satış vaadi sözleşmesi şerhi yargılama sırasında dahi kayıtlarda görüldüğünden TMK'nun 1020. maddesinde düzenlenen tapu sicilinin aleniliği ilke-

konusu, süresi, tarih ve yevmiye numarası ile varsa değeri gösterilerek yazılır, terkin için sonraki ilk satır boş bırakılır (TST m. 51). Bu şerh, kişisel haklardaki aynı etki sebebiyle taşınmazı devralan³⁸ sonraki maliklere karşı da kullanılma imkânı sağlayacaktır³⁹. Dolayısıyla şahsî hakkın şerh edilmesi, malik yönünden sınırlı aynı hak gibi mülkiyet hakkına yük teşkil edeceğinden⁴⁰ tasarruf işlemi niteliğindedir⁴¹.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bahsettiği satın alma hakkının tapu siciline şerh edilmesi eşyaya bağlı borç mahiyetiyle sonraki maliklere, aynı etki marifetiyle ise doğmuş olan borcun ifasında alacaklıya zarar veren taşınmaza tescil edilen sınırlı aynı haklar ile diğer şahsî hakların bertarafını sağlar⁴². Şerhten itibaren beş yıl içinde satışın yapılmaması ihtimalinde şerh tapu sicil görevlileri tarafından resen terkin edilecektir (Tapu Kanunu 26/8)⁴³. Tapu siciline iki ayrı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şerh edilmiş olması ihtimalinde, ilk şerh tarihli taşınmaz satış vaadi alacaklısı malik olmuş ise sonraki şerh edilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin terkinini isteyebilecek, şayet ikinci sıradaki şerh alacaklısı birinci şerh lehtarından önce malik olursa ilk şerh lehtarı, hakkını şerh marifetiyle ona karşı da ileri sürebilecektir⁴⁴. Zira kural olarak sözleşme geçersiz olmadıkça veya feshedilmedikçe yarışan şahsî haklarda kadimlik ilkesi geçerli olduğundan önceki tarihli taşınmaz satış vaadi sözleşmesine değer ve itibar edilecektir. Tapu siciline şerh edilmediği için hukuken güçlendirilmeyen şahsî hak, kural olarak aynı hak sahiplerine karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, her iki taraf arasındaki satış işleminin alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yönelik ve muvazaaya müstenit ise üçüncü kişilerin zararına matuf bir hukukî işlemin varlığı halinde o işlemde zarar gören üçüncü kişi şahsî hakkını aynı hak sahibine karşı da ileri

si uyarınca davalının sözleşmeden bilgisi olmadığını ve iyiniyetli olduğunu savunması bir değer taşımayacaktır. Zira satış vaadi sözleşmesi sadece aynı hak kuvvetini yitirmiş olup, geçerliliği kaybetmemiştir." (14. HD 09.12.2014, 9647/14089).

³⁸ Şerhle yükümlü taşınmaz devre konu olursa, varsa şerhler sütunundaki eski malikin adı çizilip, şerhin tarih ve yevmiye numarası değiştirilmeksizin, devir işlemine ilişkin tarih ve yevmiye numarası ile yeni malikin adı yazılır (TST m. 51/III).

³⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 392; Vardar Hamamcıoğlu Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014, s. 33; Çenberci, s. 41.

⁴⁰ "Şahsî hak mahiyetinde olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi tapu siciline şerh edilmediği sürece 3. Kişiler açısından aynı etkinlik ve aleniyet kazanamaz. Ancak satış vaadi sözleşmelerinin tapuya şerh edilmesi halinde tasarrufun iptali davasına konu olabilir." (17. HD 21.05.2013,2012/7284, 2013/7365).

⁴¹ Vardar Hamamcıoğlu, s. 34.

⁴² "Somut olayda; borçlu Süleyman Öztapak'ın noterlikçe yapılan satış vaadi sözleşmesi ile Mümtaz Gündoğan Cengiz'e, şikâyet konusu taşınmaz hisselerinin satışın vadettiği ve bu satış vaadi sözleşmesinin tapu kaydına 25.12.2007 tarihinde şerh verildiği, şikâyetçi tarafından 25.11.2009 tarihinde ve 5 yıllık süre içerisinde tapu maliki aleyhine tapu iptali ve tescil davası açıldığı, ilgili mahkemece 27.12.2010 tarihinde davanın kabulüne karar verildiği, 03.02.2011 tarihinde haciz konulduğu ve ilamın 02.03.2011 tarihinde kesinleştiği görülmüştür. Bu durumda, satış vaadi şerhinden sonra konulan haciz sonuc doğurmayacağından ve 5 yıllık süre içerisinde tescil davası açıldığından, mahkemece şikâyetin kabulü ile icra müdürlüğüne tapu kaydına konulan haciz şerhinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile şikâyetin reddine karar verilmesi isabetsizdir." (12. HD 07.03.2012, 2011/22525, 2013/6735).

⁴³ "TMK'nun 1009. maddesi ve Tapu Kanununun 26. maddesi uyarınca satış vaadi sözleşmesi ile tanınan ileride satın alma hakkının tapu siciline şerhi olanaklıdır. Satış vaadi sözleşmesinin terkininin gerektiği hallerde, tapu müdürü veya memuru bu işlemi kendiliğinden değil, aleyhine tapuda şerh bulunan malikin istemesi üzerine kaldırabilir." (14. HD 28.04.2015, 4728/1366).

⁴⁴ Nomer/Ergüne, s. 155.

sürülebilirliktir⁴⁵. Yargıtay'da somut bir davada, satış vaadi şerhinin kütüğe tescil edilmesine rağmen, satış vaadinin varlığını bilerek taşınmazı iktisap eden kişiye karşı tescil davası açılabilirliğini içtihat etmiştir⁴⁶. Taşınmaz mülkiyeti geçerli bir hukuki sebep ve tescil beyanına müstenittir⁴⁷. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden, TMK'nun 706, Borçlar Kanunu'nun 213, Noterlik Kanunu'nun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekle bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Öte yandan, arsa payı

⁴⁵ "Davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesi de TMK'nun 1009. maddesi uyarınca tapu kütüğüne işlenerek aynı hak etkisi yaratması da sağlanmamıştır. Davalıların taşınmazın mülkiyetini edindikleri tarihte taşınmazın mülkiyetinin naklini engelleyici bir sınırlandırma bulunmadığı görülmektedir. Bu durumda öncelikle davalıların TMK'nun 1023. maddesi uyarınca iyiniyetli olup olmadıkları, TMK'nun 3. maddesi karşısında yararlarına geçerli bir tescilin sonuçları meydana gelip gelmeyeceği saptanmalıdır. Dolayısıyla, davalıların taşınmazı edinmekte kötüniyetli olup olmadıkları konusunda davacı ve davalıların iddia ve savunmaları ile karşılıklı olarak gösterdikleri deliller yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir." (14. HD 25.03.2014, 2013/14167, 2014/4032).

⁴⁶ "Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önündü re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir. Hukukumuzda, kişilerin satın aldığı şeylerin ilerde kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşınmazları, dolayısıyla toplum düzeninin sağlanması düşüncesiyle, satın alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse iyiniyetten maksat, hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesidir. Belirtilen ilke, TMK'nun 1023. maddesinde aynen "tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde hükme bağlanmış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddede "bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde vurgulanmıştır. Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde huzur ve güveni koruma, toplam düzenini sağlama uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin iyiniyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Somut olayda; kayıt sahibinin mülkiyeti, satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan hakkın bertaraf edilmesi kastıyla ve kötü niyetle kazandığı ileri sürüldüğünden, malikinin aynı hakkın yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi olup olmadığının araştırılması zorunludur. Burada, satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilip edilmediğinin önemi yoktur. Önemli olan, mülkiyet hakkı sahibinin satış vaadi sözleşmesini bilmesi gereken kişilerden olup olmadığının saptanmasıdır." (14. HD 29.06.2010, 4891/7428).

⁴⁷ Zira Türk hukuk sisteminde aynı hakların iktisabı, temelinde geçerli bir hukuki işlemin varlığına merbuttur (TMK 1024). Bu sebeple, taşınmazların iktisabında illilik, yani sebebe bağlılık ilkesi egemen olduğundan, tescilin sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemdeki sakatlık, tescili de yolsuz hale getirecektir. Ne var ki, lehine yolsuz tescil yapılan kişi salt tapu siciline yapılan tescil ile aynı hak kazanamayacaktır. Tapu sicilindeki yolsuz tescile karşın gerçek hak sahibi, maddi hukuk bakımından hak sahibi olarak kalmaya devam ettiğinden, aynı hakkını kaybetmiş olmaz. Çünkü maddi hukuk bakımından gerçek (hakiki) hak sahibi olan kişi, yolsuz tescil sonucunda ortaya çıkan gerçek hak sahibini göstermeyen tapu sicili ile maddi hak arasındaki mübânenin ortadan kaldırılıp maddi hak ile sicil arasındaki ahengin tesisi için, aynı hakkının zarara uğraması tehlikesi olduğunu ileri sürerek, her yolsuz tescil lehlerine, her hangi bir zaman kısıtlamasına tabi olmaksızın, yolsuz tescilin düzeltilmesini her daim isteyebilecektir.

karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, eser ve satış vaadi sözleşmelerinden oluşan⁴⁸ karma nitelikli akitlerden olup⁴⁹, satış vaadi arsa payının devrini de içerdiğinden, tek taraflı irade beyanı ile feshi mümkün değildir⁵⁰. Kanun, aralarındaki organik ve fonksiyonel bağlantıdan dolayı taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de tapu siciline şerh verilebileceği ve Tapu Kanunu 26. madde gereği taraflardan birinin şerh anlaşmasına gerek olmaksızın tek taraflı beyan ile şerh talebinde bulunabileceğini düzenlemiştir⁵¹. Her iki sözleşmenin tapu siciline şerh verilmesi halinde beş yıllık süreye tabi olacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde şerhe konu hak, yüklenicinin sözleşme gereği arsanın belirli bir payını almaya yönelik alacak hakkıdır⁵². Çünkü yüklenicinin sahip olduğu hak, şahsi haktan neşet eden tapu siciline aynı hak değişikliği yapacak mahiyettedir⁵³. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerh verilmesi eşyaya bağlı borç ilişkisi oluşturacaktır⁵⁴. Şerhin bu etkisi sebebiyle arsa sahibinin maliki bulunduğu taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi ihtimalinde, yüklenici, sözleşmeden doğan şahsi hakkını şerhin etkisi ile yeni malike karşı da ileri sürebilecek⁵⁵, yeni malik de sözleşmeye taraf olmamasına rağmen eşyaya bağlı borç ilişkisinin konusu olan taşınmazı devralmakla yükümlülük altına girecektir. Ne var ki, eşyaya bağlı borç yeni malike salt bir yükümlülük değil, sözleşmenin tarafı olan önceki malikin sözleşmeden doğan bütün talep ve savunma haklarını şerh lehtarına ve alacağı temlik alanlara karşı ileri sürme hakkı bahşedecektir⁵⁶. Bu bağlamda, sözleşmenin

⁴⁸ Yüklenicinin borcu eser imal etme, arsa sahibinin ise yüklenici yahut O'nun göstereceği üçüncü kişilere arsa payı devretmektir.

⁴⁹ Taraflar arasında "Düzenleme şeklinde satış ve hasılat paylaşımli konut yapımı sözleşmesi" bulunması halinde söz konusu sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir olup, ortaklık geliri henüz taksim edilmeden onun üzerinde bütün ortakların iştirak halinde mülkiyet haklarının bulunduğu dolayısıyla adi ortaklıkta ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında icra takibi yapılması ihtimalinde borçlu ortağın kar ve tasfiye payı belirlenmeden ortaklığa ait mevcut bir hakkın hazine karar verilemeyecektir. Taşınmazlar bakımından tapu sicili mülkiyete karine olsa da, adına mülkiyet tescili bulunmayan borçlu ortağın tasfiyesi sonuçlanmış adi ortaklıkla ilgili tahakkuk etmiş muaccel bir alacaktan bahsetmek söz konusu olmayacaktır.

⁵⁰ Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tarafların iradelerinin fesih yönünde birleşmesi ya da haklı sebeplerin bulunması durumunda mahkemenin vereceği fesih kararı ile sona ereceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda söz konusu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hâkimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda feshi (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir.

⁵¹ Sarı, s. 290; Bütün Yılmaz, s. 123.

⁵² Şahan Gökhan, Kişisel Hakların Şerhi, Ankara 2020, s. 62; Sarı, s. 278.

⁵³ Sarı Suat, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Hakkın Şerhi, İÜHFMD, C. LXIV, S.2, 2006, s. 278; Bütün Yılmaz Derya, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, TAAD, 2019, S. 38, s. 118.

⁵⁴ "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri taşınmaz devrini içeren sözleşmelerden olması nedeniyle noterlikçe düzenleme şeklinde yapılması gereken, feshi mahkeme kararıyla veya taraf iradelerinin birleşmesi halinde mümkün olabilen sözleşmelerdendir. Tapu siciline şerh edilmekle aynı tesiri haiz eşyaya bağlı borç haline gelirler." (15. HD 13.05.2019, 2018/3865, 2019/2257).

⁵⁵ Erman Hasan, Arsa payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2010, s. 10.

⁵⁶ Yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunun adına nakledilmesini arsa sahibinden isteyebileceği gibi, Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddeleri uyarınca, bu kişisel hakkını arsa sahibinin rıza ve onayını almaya gerek olmaksızın yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişilere de devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de bu hakkını, yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir. Ancak gerek yüklenici gerekse ondan kişisel hakkını yazılı olarak temellük eden halefi üçüncü kişinin, bu hakkı

geçersizliği, eksik ve ayıplı ifa ile geç teslimle ilişkin itiraz ve karşı savunmalarını ileri sürebilecek iken, alacağı devreden kişinin şahsına bağlı yenilik doğuran haklar, bu minvalde, irade fesadı halleri olan hata, hile ve ikraha dayalı yenilik doğuran hakları kullanamayacaktır⁵⁷. Şerhin munzam etkisi de işlerlik kazanıp, şerhten sonra taşınmaz üzerinde kazanılan ve arsa sahibinin sözleşme gereği mülkiyet payını devretmesini engelleyen ya da sınırlandıran hakları bertaraf edecektir⁵⁸. Ancak şerhin koruyuculuğu kural olarak yüklenicinin alacak hakkının varlığına bağlı olarak devam edecektir. Bunların yanında hemen belirtmek gerekir ki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin özelliği gereği şerhin bir diğer etkisi de yükleniciden arsa payı ya da bağımsız bölüm kazanan kişilerin TMK'nun 1023. maddesinde düzenlenen tapu siciline güven ilkesine dayanarak iyiniyet iddiasının önlemesidir⁵⁹. Ne var ki Yargıtay şerh verilmemiş olsa dahi arsa sahibinin yükleniciye yaptığı devri avans mahiyetinde niteleyip⁶⁰, yüklenicinin temerrüdünü müteakip sözleşmenin geriye dönük olarak feshi halinde tapudaki tescilleri yolsuz addedip, üçüncü kişilerin kazanımlarını TMK'nun 1023. maddesi bağlamında himayeye mazhar görmemektedir⁶¹. Zira arsa sahibinin, yüklenici ya da üçüncü kişilere devredilen paylara ilişkin talebi mülkiyet hakkına dayandığı için şerh ile güçlenmiş olmayacaktır. Şerh yüklenicinin alacak hakkını güçlendirmektedir.

4. Şerh Edilmiş Alacak Hakkının Temliki

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, borçlandırıcı bir hukuki işlem olduğundan, sözleşmenin taraflarına bir alacak hakkı bahşedecektir. Nitekim alacak hakkının mevcudiyeti ve geçerliliği kanunun ilgili hükümlerine tabidir. Dolayısıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan nispi etkili alacak hakkının, tasarruf işlemi olan⁶² alacağın temliki hükümlerine

arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için, yukarıda değinildiği üzere, yüklenicinin sözleşmenin kendisine yüklediği edimini tam olarak yerine getirmiş olması zorunludur. Yükleniciden temellük edilen kişisel hakkın, dava yoluyla arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde mahkemece yapılacak iş; kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin edim borcunu tam olarak yerine getirip getirmediğini araştırmaktır.

⁵⁷ Bir alacak temlik edildiği vakit alacağın aslı, fer'i ve rüçhan hakları ile birlikte devrenin malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına intikal etmektedir. Alacağın temliki tasarruf işlemi olması sebebiyle geçerliliği alacaklının temlik eden alacak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmasını gerektirir. Alacağa bağlı yenilik doğuran haklar fer'i mahiyette olup, yenilik doğuran hak sayılan ihbar, takas ve tescilli talep hakları devralan alacaklıya intikal ederken devreden alacaklının şahsına bağlı sözleşmenin feshi, ihbar, hata, hile ve korkutmaya dayalı iptal hakkı alacaklıya intikal etmeyecektir.

⁵⁸ Bütün Yılmaz, s. 126.

⁵⁹ Erman, s. 10.

⁶⁰ "Mahkemece, 2009 yılında adi yazılı şekilde düzenlendiği ileri sürülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca tapu devri yapıldığı ve bu devrin sözleşmedeki yüklenici Mehmet Murat Çoban'a verilen avans niteliğinde olduğu gözetilerek, sözleşmenin ayakta olduğunun kabulüyle uyumsuzluğunun esaslı incelenip taraf delilleri değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye ve yanlıgılı gerekçeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmuştur." (23. HD 19.06. 2015, 3400/4746).

⁶¹ "Yükleniciden pay devralan veya arsa sahibi tarafından avans olarak yükleniciye devredilmiş bir taşınmaz üzerinde kredi sözleşmesi gereği ipotek hakkı sahibi olan üçüncü kişiler de, söz konusu haklarının inşaatın usulüne uygun biçimde gerçekleşmesi halinde geçerlilik kazanacağını bilmeleri gerektiğinden iyiniyetli olduklarını ileri süremezler. Dolayısıyla bu kişiler TMK'nun 1023. maddesinin korumasından yararlanamazlar." (23. HD 29.12.2015, 7612/8561).

⁶² Vardar Hamamcıoğlu, s. 291; Ayiter Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s. 102, 23.

göre devri mümkün olacaktır (TBK m. 183)⁶³. Alacağın devrine ilişkin sözleşmenin geçerliliği yazılı yapılmasına bağlıdır (TBK m. 184). Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi mümkündür. Taşınmaz satış vaadinin tapu siciline şerh edilmesi, tapu sicili dışında ve resmi şekil aranmadan yazılı şekilde alacağın temlik hükümlerine göre devrine hukuki bir engel oluşturmayacaktır⁶⁴. Dolayısıyla şahsi alacağı güçlendiren şerh de alacağı devralana intikal edecektir⁶⁵. Zira şerh, hak sahipliğini tayin etmeyip, şahsi bir hakkı güçlendirdiği için hak sahipliği genel ilkelere göre tayin olacaktır. Bu ihtimalde, şerhin etkisi bağlı olduğu hakkın mevcut ve geçerli olmasına bağlıdır. Bir diğer ifadeyle şerhin mukadderatı bağlı olduğu şahsi hakkın varlığına merbuttur, şahsi hakkın temelini oluşturan hukuki işlemin her hangi bir sebeple konusu imkânsız ya da diğer sebeplerle geçersizlikle (TBK m.27) malul yahut sakit olmuş ise maddi hak ile tapu sicilindeki şerh arasında bir mübâyenet oluşacağı muhakkaktır. Bu ihtimalde tapu sicilindeki şerh yolsuz mesabesindedir. Şerh lehtarını, yolsuz olan şerhin terkinine muvafakat etmez ise taşınmaz maliki TMK'nun 1025. maddesine dayanarak yolsuz şerhin terkinin isteyebilecektir⁶⁶. Bu faraziye-de tapu sicil memurunun Tapu Kanunu 26. maddesinden doğan resen terkin yapması hukuken mümkün olmayacaktır. Zira bu yetki şerhin süresinin hitamına mahsus olup, şerhin bağlı olduğu hakkın geçersiz ya da sakit olması yargılama işidir⁶⁷. Bu ihtimalin aksine şerh yolsuz olarak terkin edilmiş ise hak sahibi şahsi hakkına dayanarak şerhin tapu siciline yeniden tesisini talep edebilecektir. Ancak bu ihtimalde şerhin aynı etkisi sona erip⁶⁸, şerhin yeniden tesisi geçmişe etkili bir hüküm olmadığından bu arada taşınmazı devralan kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Bu faraziyede yolsuz olarak terkin edilen şerhin yeniden tapu siciline işlenmesi safhasında taşınmazı devralan kişinin kötü niyetli olması⁶⁹, şerh lehtarının uğramış olduğu zararın telafisi açısından alacağının tahsili zımında haciz ve satış yetkisi sağlamak için TBK'nun 19. maddesindeki muvazaa ya da İİK 280. maddesi gereği borçlunun zarar verici tasarrufunun iptali talep edilebilecektir.

Şerhin etkisi, kişisel hakka bağlı olduğu için kişisel alacak hakkının devredilmesi ihtimalinde şerhin etkisi de kişisel alacak hakkını devralan kişiye intikal eder. Zira şerh kişiye değil, hakka bağlı olarak kurulduğu için, hak ile birlikte mevcudiyetini sürdürecektir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şerh verilip verilmediğine bakılmaksızın sözleşmeden doğan

⁶³ Sınırlı aynı hak mahiyetiyle tapu siciline tescil ile kurulan ipotek, teminat altına aldığı alacağın devrinin geçerliliği de yazılı şekle bağlı olup, devrin tapu siciline tescil edilmesine gerek yoktur ((TMK m. 891).

⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 194.

⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 194.

⁶⁶ Üstündağ, s. 67.

⁶⁷ "TMK'nun 1009 ila 1011 ve Tapu Sicil Tüzüğü'nün 54 ila 66. maddelerinde düzenlenen şerhler, üç amaca yönelik bir tapu işlemidir. Şahsi hakların kuvvetlendirilmesini, malikin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını ve muvakkat (geçici) tescilin tapu kütüğüne yazılmasını sağlar. Somut olayda; davacı, tapu kaydındaki şerhin usulsüz yazıldığını ileri sürerek terkinini istemektedir. Dava konusu taşınmaz üzerinde Türkiye Halk Bankası A.Ş. lehine değişik tarihlerde konulmuş olan ipotekler mevcut olup beyanlar hanesindeki kaldırılması istenen mütemmim cüzler ipoteklerin taşınmazın aynıyla birlikte teminatını teşkil ettiği gerekçesiyle mahkemece davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır." (14.HD 26.02.2015, 3177/1992).

⁶⁸ Kurt, s. 59.

⁶⁹ Üstündağ, s. 68. "Şerhin tesisine matuf alınan hüküm makale şamil tesiri haiz olmadığından bu arada gayrimenkulün yeni suiniyetli mükteseplerine karşı dahi şerhin mevcudiyeti ileri sürülemez."

alacak hakkı temlik edilebilecektir⁷⁰. Bu sebeple şahsi hakkı devralan kişi, vaat borçlusuna karşı satış vaadi sözleşmesinden doğan şahsi hakkının tapu siciline şerh verilmesini talep edebileceği gibi vaat borçlusunun mülkiyeti devretmemesi halinde TMK'nun 716. maddesine dayalı olarak tapu iptali ve tescil dava da ikame edebilecektir⁷¹. Nitekim temlik alan şerh verilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak taşınmaz mülkiyetin devralan sonraki maliklere karşı da şerhin sağladığı eşyaya bağlı borç fonksiyonundan faydalanacaktır⁷². Şayet şerhin bağlı olduğu hukuki işlem geçersiz ya da sonradan sakıt olmuş ise mevcut olmayan bir hakkın temlik de söz konusu olmayacaktır. Nasıl ki üçüncü kişi, şerh edilmiş şahsi hak sahibi ile vaat borçlusunu taşınmaz maliki arasındaki hukuki ilişkiden doğan talep ve savunmaları hak sahibi ve vaat borçlusuna karşı ileri sürebilecek ise vaat borçlusuna da temlik edene karşı sahip olduğu def'i ve itirazların temellük edene karşı ileri sürebilecektir⁷³. Zira TBK'nun 199. madde referansıyla borcu üstlenen kişiye tanınan def'i hakkının, borcu üstlenmemiş olan kişiye evleviyetle tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁴. Nitekim taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel alacak hakkının üçüncü bir kişiye devri halinde devralan hakkın şerh verilmesini talep edebilecektir. Vaat borçlusuna, TBK'nun 19/2 maddesi gereği yazılı bir borç ikrarına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı muvazaa savunmasında bulunamaz⁷⁵. Buna karşın, şerh verilmesi mümkün yenilik doğuran haklar, bu bağlamda alım, önalım ve geri alım haklarının devri alacağı temlikli hükümlerine göre yapılması mümkün değildir⁷⁶.

⁷⁰ Taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakkı da alacağın temlikli hükümlerine göre üçüncü kişilere devredilebilecektir. Temlik alanın şahsi hakkına dayanarak arsa sahibine karşı bağımsız bölümün mülkiyetini talep edebilmesi, temlik eden yüklenicinin borçlandığı edime uygun ifasına bağlıdır.

⁷¹ Topuz Murat, Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara 2020, s. 173.

⁷² "Kişisel hak mahiyetinde olan satış vaadi sözleşmesine dayalı hak tapu kaydına işlenmekle, aynı etkinlik ve aleniyet kazanır. Tapu Kanunu'nun 26.maddesine göre 5 yıl süreyle 3.kişilere karşı ileri sürülebilir. Bu satış vaadine dayalı olarak 5 yıllık süre içerisinde hakkı temlik alan şikâyetçi, tapu maliki aleyhine tapu iptali ve tescil davası açmış ve ilgili mahkemece 10.06.2008 tarihinde davanın kabulüne karar verilmiş, karar 29.07.2008 tarihinde kesinleşmiştir. Bu durumda, satış vaadi şerhinden sonra konulan haciz sonuç doğurmayacağından, mahkemece şikâyetin kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetsizdir." (12. HD 07.07.2011, 11503/14846).

⁷³ "Arsa sahibi ile aralarında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bulunan yükleniciden, sözleşmede ona bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü temlik alan üçüncü kişinin arsa sahibini (borçluyu) ifaya zorlayabilmesi için bazı koşulların varlığı gerekir. Gerçekten, Borçlar Kanununun 167. maddesi gereğince; "Borçlu, temlike vakıf olduğu zaman; temlik edene karşı haiz olduğu defileri, temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir." Buna göre temlik öğrenen borçlu, temlik olmasaydı önceki alacaklıya karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse, aynı defileri yeni alacaklıya (temlik alan üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilir. Temlikin konusu, yüklenicinin arsa payı karşılığı arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca hak kazandığı gerçek alacak ne ise o olacağından, temlik eden yüklenicinin arsa sahibinden hak kazanmadığını üçüncü kişiye temlik etmesi arsa sahibi bakımından önemsizdir. Diğer taraftan, yüklenici arsa sahibine karşı öncelikli edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye temlik etmişse, üçüncü kişi Borçlar Kanununun 81. maddesi hükmünden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz." (14. HD 01.06.2010, 4101/6242).

⁷⁴ Sungurbey, s. 119.

⁷⁵ Sungurbey, s. 135.

⁷⁶ Erel, s. 104.

II. Kişisel Hak Şerhlerinin Eşya Hukukuna Egemen Olan İlkeler Işığında İrdelenmesi

A. Aynı Haklarda Geçerli Sınırlı Sayı (Numerus Clausus) ve Tipe Bağlılık İlkeleri Bağlamında Tetkiki

Borçlar hukukunda irade serbestisinin egemen olmasından dolayı taraflar sözleşme tipleri dışında Kanun'un belirlediği sınırlar içinde kalmak kaydı ile diledikleri sözleşmeleri düzenleyebilir. Bundan dolayı borçlar hukuku sahasında sınırlı sayı ilkesi geçerli olmadığından taraflar sayısız alacak hakkı tesis edebilecek iken, aynı haklarda ancak, Kanun'da öngörülükleri takdirde ve Kanun'da belirtilen tiplerde kurulabilecektir⁷⁷. Zira kanunda her aynı hak tipinin içeriği ve sırası belirlenmiştir. Dolayısıyla aynı haklarda sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi geçerlidir. Sınırlı sayı ilkesi aynı hakların sayı ve aynı hak tipinin içeriğinin sınırlı, bir diğer anlatımla muhtevasının sıkı kayıtlamalara tabi olmasını ifade edip⁷⁸, ancak Kanun'da öngörülen aynı hakların kurulabilmesi sınırlı sayı; aynı hakların sadece sayı bakımından değil, aynı hak tipinin içeriğinin belirlenmesinde de sınırlama olması tipe bağlılık ilkelerini tazammun eder⁷⁹. Kişisel haklar, tapu siciline şerh verilmekle aynı hak niteliğine bürünme de üçüncü kişilere karşı aynı etki doğurması fonksiyonu ve şerh verilmesi mümkün olan kişisel hakların ancak kanunda sayılanlar ile kısıtlı olması, aynı haklarda geçerli olan sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesinin, şerhi mümkün kişisel haklarda da uygulama alanı kazanacağı sonucuna götürecektir.

B. Aleniyet (Kamuya Açıklık) İlkesi ile Sıra Düzeni

Aleniyet ilkesi eşya hukukuna egemen olan ilkelerden birisidir. Zira taşınmazlar yönünden kamuya açıklık fonksiyonu tapu sicili marifetiyle gerçekleşecektir. Tapu sicili, taşınmazlar üzerindeki hak, yükümlülük ve sınırlamaların kamuya açıklanmasına hizmet edip taşınmazların geometrik vaziyeti ile hukuki kimliğini bütün ayrıntıları ile gösterir⁸⁰. Nitekim tapu sicili, devletin yetkili kıldığı resmi görevlilerin nezaret ve sorumluluğu marifetiyle yürütülen defter, sicil ve belgelerin bütünüdür (TMK m. 997). Dolayısıyla tapu sicili

⁷⁷ İsviçre-Türk Hukukunda aynı talepler bir alacak olmamasına rağmen alacak haklarına benzerler ve bazı belirli hukuki ilişkilerde alacaklara ilişkin hükümler kıyas marifeti ile bu taleplere de uygulanır. Ne var ki aynı haklarda sınırlı sayı ilkesi geçerli iken alacak hakları bu nitelikten yoksundur. Bu bağlamda aynı haktan ayrı olarak tapu iptali ve tescil talebinin devri ve temlik alanın kendi namına tescili talep etmek yetkisi kabul görmeyecektir. Zira mülkiyet hakkını düzenleyen hükümlerin açıkça ihlali sonucu doğacak ve talebin içeriği hukuken cevaz verilmeyen bir usulle değişmiş olacaktır.

⁷⁸ Erel, s. 76.

⁷⁹ "Tapu kütüğüne şerh verileceği TMK'nun 1009, 1010 ve 1011. maddelerinde açıklanmıştır. Nelerin beyanlar hanesinde yazılacağı ise TMK'nun 1012. maddesinde yer almaktadır. Bu nedenle muhdesatların tapu kütüğünün beyanlar hanesinde yazılması ile yetinilmesi gerekirken aynı hak doğuracak biçimde şerh verilmesi biçiminde hüküm kurulması yerinde değildir." (8. HD 21.05.2013, 2012/11038, 2013/7613).

⁸⁰ "Tapu kütüğüne esas itibarıyla mülkiyetin veya sınırlı aynı hakların iktisabına veya bunların kaybedilmelerine ilişkin tesciller yazılır. Geniş anlamda tescil ise kütüğe yazılan her husustur. Nitekim kütük sahifesinde mülkiyet, rehin ve irtifak hakları sütunları dışında bir de "şerh" ve "beyanlar" adı altında iki sütun daha vardır. Ancak bir hususun şerh veya beyanlar sütununa yazılması taşınmazın aynı hakka ilişkin statüsünde bir değişiklik meydana getirmez. Şerhten amaç; ilişkin bulunduğu hukuki durumu üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale getirmek, hukuki duruma aleniyet kazandırmaktır. Bu yönü ile şerh aynı bir etki özelliğini gösterir. Hangi hakların tapu kütüğüne şerh edileceğini kanun belirlemiştir. Dolayısıyla kanunun belirlemediği bir hak tapu kütüğüne şerh edilemez." (14.HD 26.02.2015, 3177/1992).

taşınmazlar üzerindeki aynı hakların ve diğer hakların aleniyet marifetiyle herkes tarafından varlığı, süjesi ve etkilerinin öğrenilmesini sağlayacaktır. Nitekim aynı hakların mahiyeti gereği herkese karşı ileri sürülebilmesi, tapu sicilinin aleniyet ilkesi ile taşınmazlarda mülkiyet hakkının tapu sicil marifetiyle istimal edilmesinin bir sonucudur. Kaldı ki, tapu sicili herkese açıktır (TMK 1012/I), kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez (TMK m. 1020/III)⁸¹. Aleniyet ilkesi içtimai ve ticari ilişkilerde, taşınmazın devir, intikal ve sınırlanmasında hukuki güvenliği sağlar. Taşınmazlarla ilgili aynı haklar kural olarak tescil ile kurulur. Bu sebeple tapu sicili aynı hakların ve eşyaya bağlı borçların aleniyetini sağlayan bir fonksiyonu haiz olduğundan, tescil ilkesi, taşınmazlarda kamuya açıklık (Aleniyet) ilkesinin tapu sicili aracılığıyla somutlaşmasını sağlar. Aynı haklar tescil ile kuruldukları tarih itibarıyla sıra ve doğum tarihlerini kazanırlar. Önce yapılan tescil ya da şerh kaydı müteakiben yapılan tescil veya şerhe göre öncelik hakkını iktisap eder. Öncelik bakımından tescil şartı ile yevmiye defterine kayıt tarihine itibar edilecektir (TMK m. 1022/II; TST m. 23/II c. 2). Zira tapu siciline yapılan tescil, yevmiye defterine yapılan kayıttan itibaren sıra ve tarihlerini kesbederek hukuki sonuç doğurur⁸².

Tapu sicilinde kayıtlı olan aynı hakkın niteliği, içeriği, kapsam ve sınırları yine tapu sicilindeki kayıtlarla anlaşılır. Aynı haklar arasında sıra, zamanda öncelik esasına göre belirlenmesi, tapu sicilinin kamuya açıklığı (Aleniyet) ve aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilmesi ilkelerinden ötürüdür⁸³. Mülkiyet hakkı en geniş yetki veren mutlak hak mahiyetiyle sınırlı aynı haklar ile arasında bir sıra ilişkisi söz konusu olamayacağından, sıra sadece sınırlı aynı haklar arasında mevzuu olacaktır⁸⁴. Buna karşın, nispi nitelikli alacak hakları mahiyeti gereği aleniyete ihtiyaç duymazlar⁸⁵. Şahsi haklar sadece borçluya karşı ileri sürülebileceğinden, kural olarak aynı haklar ile aralarında bir öncelik sorunu olmayacaktır. Zira herkese karşı ileri sürülebilen aynı hakların, şahsi haklara karşı üstünlüğü ve önceliği söz konusu olacaktır⁸⁶. Ne var ki şerh verilmesi mümkün olan şahsi haklar, tapu siciline şerh edildikleri vakit o taşınmaz üzerinde sonradan iktisap edilen hak sahiplerine karşı da ileri sürülebilir (TMK m. 1009/II). Şerh edilmiş şahsi hakların sonradan kazanılan hak sahiplerine karşı ileri sürülebilmesi, aynı taşınmaz üzerinde üçüncü kişilerin şahsi ve aynı hak kazanmalarına engel olmayıp, tescil gibi şerh de tapu siciline işlendiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı için şerh verildiği tarih itibarıyla sıralarını alıp⁸⁷, müteakiben aynı taşınmaz üzerinde tesis edilmiş şahsi ve sınırlı aynı haklara öncelik sağlayacaktır. Kişisel haklar, tapu siciline şerh ile aynı hak niteliğine bürünmese de üçüncü kişilere aynı etki doğurması fonksiyonu aynı haklarda geçerli olan aleniyet ilkesi marifetiyle gerçekleşecektir.

⁸¹ Tapu sicilinin aleniyeti sınırsız değildir. İlgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir (TMK m. 1020/2).

⁸² Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Sınırlı Aynı Haklar, İstanbul 1982, s. 24; Kocayusufoğlu, s. 197 dp. 39.

⁸³ Başpınar Veysel, Sınırlı Aynı Hakların Sırası, TNBHD, S. 78 1993, s. 52.

⁸⁴ Ünal Mehmet, Sınırlı Aynı Haklar Arasında Sıra Düzeni, Ali Naim İnan7a Armağan, Ankara 2009, s. 735.

⁸⁵ Antalya Gökhan, Eşya Hukukuna Hâkim İlkelere Aleniyet İlkesi, MÜHFHAD, 2017, C. 23, S. 3, (s. 419- 440), s. 421.

⁸⁶ Ünal, s. 751.

⁸⁷ Ünal, s. 752.

C. Belirlilik İlkesi ile Hakkın Süreye Bağlılığı

Belirlilik ilkesi, aynı hakların ancak mevcut ve ferden belirlenmiş eşya üzerinde kurulabileceğini ifade eder. Dolayısıyla türü belirli fakat ferden belirlenmemiş eşya aynı hakkın konusu olmayacaktır. Belirlilik ilkesinin bir sonucu olarak aynı hak eşyanın tümünü kapsayacağından bütünüyle parçalar da aynı hakkın içeriğine dâhil olacaktır. Aynı hak, eşya üzerinde kurulup, eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlar ve herkese karşı ileri sürülebilir. Belirlilik ilkesi, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ve aleniyet ilkelerinin bir bileşeni olup, tamamlayıcıdır. Zira aynı hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, üçüncü kişiler tarafından bireyselleştirilip, seçilebilmesine bağlıdır. Aynı haklar, yenilik doğuran haklardan farklı olarak hak düşürücü süreye tabi olmadığı gibi alacak haklarından ayrık olarak zamanaşımına da uğramazlar. Bu niteliklerinden ötürü aynı haklardan fiilen faydalanmamak hakkı sakıt kılmayacak, aynı hakkın mutlak hak niteliğiyle herkese karşı ileri sürülebilmesini sağlayan talep ve dava hakkı zamanaşımına maruz kalmayacaktır. Buna karşın, şerh edilmiş olsa bile kişisel haklar zamanaşımına tabi olduğu gibi şerhin süresi, konusunu oluşturan hakkın bağlı olduğu süreyi aşamayacaktır. Tapu siciline şerh verilmiş kişisel hakların aynı etkiye sahip olması, aynı haklarda geçerli olan belirlilik ilkesinin tapu siciline şerh edilmiş kişisel haklarda da geçerli olmasını iktiza edecektir. Dolayısıyla aynı haklarda egemen olan belirlilik, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ile aleniyet ilkeleri bünyesine denk düşüğü oranda şerhi mümkün kişisel haklarda da işlerlik kazanacaktır. Zira şerh edilmiş kişisel hakkın üçüncü kişilere ileri sürebilmesi söz konusu ilkeler marifetiyle gerçekleştirilecektir.

D. Tapu Siciline Güven (TMK m. 1023) İlkesi Bağlamında Tetkiki

Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların kazanılması, kaybedilmesi, sınırlanması ve devredilmesi tapu sicili üzerinden yürütülür. Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, geçerli bir hukuki sebep ve tescil beyanına bağlıdır. Dolayısıyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılması sebebe bağlı bir hukuki işlemdir. Taşınmaz mülkiyetinde mülkiyet karinesi tapu sicili üzerinden gerçekleşmekte, tapu sicilinin tutulması Devletin asli ve bağımsız sorumluluğu altında olup, sicilin doğru ve gerçeğe uygun tutulması kamu düzenindedir. Taşınmaz hukuku devletin yargı faaliyetinin mutlak olması ile toprak ve egemenlik ilkelerinin bir tezahürüdür. Nasıl ki mücerret borç ikrarı zemininde gerçek ve haklı bir sebebin varlığına muhtaç ise taşınmaz mülkiyetinin tescilinin hukuki sonuç doğurabilmesi de temelinde geçerli bir sebebin varlığını iktiza eder. Zira taşınmaz mülkiyetinin iktisabı geçerli bir hukuki sebep ve tescil beyanına müstenittir. Aksi halde yapılan tescil geçerli bir hukuki sebebe dayanmayıp maddi gerçeği yansıtmadığından yolsuz mesabesinde kalacaktır. Nitekim muvazaalı bir işleme dayanan tescil de yolsuz tescil sayılacaktır. Kaldı ki taşınmaz mülkiyet hakkını düzenleyen hükümlerin dolanılarak muvazaalı işlemlere kapı aralanıp kamu düzeninden sayılan tapu sicili ilkeleri ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla aynı etki doğuran bir talebin içeriği hukuken cevaz görülmeyen bir usulle değişmiş olacaktır.

Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış, iyi ve doğru tutulmamasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu olarak da tapuya itimat edip, aynı hak kazanan kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğu duymuştur. Belirtilen ilke Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinde aynen "*tapu kütüğündeki sicile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur*" şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki Türk Medeni Kanunu 1024. maddenin 1. fıkrasına göre "*Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz*" biçiminde öngörülmüştür. Türk Medeni Kanunu'nun

1023. maddesi sadece aynı haklardan bahsettiğinden, şahsi haklar, tapu siciline güven ilkesi kapsamına dahil olmadığından korumadan faydalanamayacaktır⁸⁸. Şahsi hakların şerh edilmesi, hakkın niteliğini değiştirmeyip, munzam etki sağladığından, tapu siciline şerh verilmiş şahsi haklar tapu siciline güven ilkesinin hukuki koruması kapsamında olmayacaktır⁸⁹. Tapu siciline güvenin korunması, sadece tescil edilmiş bir hakkın varlığına olan güveni değil, aynı zamanda varlığına ilişkin bir tescil bulunmayan hakkın hukuken var olmadığına yönelik güvenin korunmasına da şamildir⁹⁰. Nitekim kural olarak taşınmaz iktisabında tescil esas ise de, bazı hallerde tescilsiz iktisap halleri de mümkündür. Tapu siciline güven ilkesi⁹¹, Medenî Kanun'un 705. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal ve kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer tescilsiz iktisap hallerinde de uygulama alanı bulacaktır⁹². Bu haller tahdidi olarak sayılmış olup, örnekleme ya da kıyas marifetiyle genişletilemez⁹³. Nitekim açıklayıcı tescil ifa edilinceye kadar tapudaki tescil yolsuz tescil hükmündedir⁹⁴. İşte bu aşamada tescil yapılmıyca kadar yolsuz nitelikteki tescile iyiniyetle güvenen kişinin kazanımı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi gereği korunacaktır⁹⁵. Dolayısıyla açıklayıcı tescil, üçüncü kişilerin eski kayda güvenerek hak iktisaplarına engel olacaktır⁹⁶. Tescilden önceki kazanım hallerinde de malik tasarruf yetkisi dışında mülkiyet hakkının tanıdığı tüm hak ve sorumluluklara haizdir. Kişisel hakların tapu siciline şerh verilmesi, hakkın niteliğini değiştirmeyip, sadece aynı etki doğurup ancak gerçek hak sahibinden kazanılacağından⁹⁷, tapu siciline güven ilkesi uygulama alanı bulmayacaktır. Zira tapu siciline güven ilkesi sadece aynı ya da sınırlı aynı hak iktisaplarında uygulama alanı bulacaktır. Nitekim TMK'nun 1023. maddesine dayalı hukuki koruma

⁸⁸ Özçelik, Ş. Barış, Tapu Siciline Güvenin Korunması, Ankara 2016, s. 124; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 233; Sungurbey, s. 135; Erel, s. 101; Sirmen, s. 199.

⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 195; Yıldırım, s. 245; Doğan, s. 15; Cansel, s. 37; Sapanoğlu, s. 702; Aksi yönde görüş için bkz. Sungurbey, s. 131, 132; Yakuppur, Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2015, s. 28,29.

⁹⁰ Özçelik, s. 98.

⁹¹ Vardar Hamamcıoğlu, s. 172.

⁹² "Somut olay değerlendirildiğinde; kesinleşen cebri tescil ilamı nedeniyle Bayram Mutlu'nun mülkiyeti tescilden önce iktisap ettiği, mülkiyet hakkı sicile yansıtılmadığından 1951 doğumlu, Ali Mutlu adına olan kaydın TMK'nun 1025 maddesinde düzenlenen yolsuz tescil niteliğinde olduğu, davadaki iddianın aynı zamanda, 1990/4 – 1991/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, 1965 doğumlu, Ali Mutlu'nun mülkiyet iktisabında kötünietli olduğu iddiasını da içerdiği, davacıların mirasbırakanı Bayram Mutlu ile davalıların kardeş olup üçüncü kişilerle birlikte çekişmeli taşınmazlarda paydaş oldukları, anılan kişiler arasındaki akrabalık ve mülkiyet ilişkisi gözetildiğinde, son kayıt maliki 1965 doğumlu, Ali Mutlu'nun yolsuz tescili bilen veya bilebilecek konumda olduğu, dolayısı ile iyiniyetli olmadığı gibi, olayda TMK'nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı sonucuna varılmaktadır." (1. HD 23.02.2015, 562/2671).

⁹³ "TMK'nun 1022. maddesinde; "Aynı haklar kütüğe tescil ile doğar" denildikten sonra aynı Yasa'nın 705. maddesinde de tescilden önce mülkiyetin kazanılabileceği haller "Miras, Mahkeme Kararı, Cebri icra, İşgal, Kamulaştırma halleri ile Kanunda öngörülen diğer haller" olarak belirtilmiştir. 1163 sayılı Kooperatifler Kanun'unda, kooperatif üyelerine mülkiyetin, kur'a çekimi ile geçeceğine dair bir düzenleme olmadığı gibi, olayda TMK'nun 705. maddesinde öngörülen diğer istisnai haller (tescilsiz iktisap) de bulunmadığından, konut yapı kooperatiflerinde kur'a çekimi ile mülkiyetin kooperatif üyesine tescilsiz geçeceğinin kabulü mümkün değildir." (23. HD 28.10.2015, 10996/6945).

⁹⁴ Yakuppur, s. 9; Özçelik, s. 100.

⁹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 238; Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 106; Vardar Hamamcıoğlu, s. 184.

⁹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 229; Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 12.

⁹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 195

salt tasarruf yetkisi eksikliğini giderecek iken⁹⁸, şahsi haklar ancak gerçek hak sahibinden kazanılacaktır.

III. Şerhedilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Malikin Tasarruf ve Borçlandırıcı İşlemlerine Etkisi

1. Şerhin Malikin Tasarruf İşlemlerine Etkisi

Tasarruf işlemi, hakkın özüne tesir etme noktasında malı tüketme ya da içeriğini tadil ve değiştirme niteliğinden ötürü ancak mülkiyet hakları yönünden elverişlidir. Hem şahsî hem de sınırlı aynı haklarda hak sahibi, malın özünü (cevherini), içeriğini muhafaza ile mükelleftir⁹⁹. Bu açıklamalarımızdan hareketle tasarruf işlemi, tasarrufta bulunan kişinin malvarlığındaki bir hakka doğrudan müdahale ederek söz konusu hakkın özüne tesir edecek şekilde üçüncü bir kişiye devreden¹⁰⁰, sınırlayan, külfet yükleyen, içeriğini değiştiren ya da sona erdiren bir hukukî işlemdir¹⁰¹. Tasarruf işlemi tek taraflı hukukî işlem ya da sözleşme şeklinde husule gelebilir. Bu bağlamda taşınır ya da taşınmazın mülkiyetinin devri, taşınmazın mülkiyetinin sınırlı aynı haklarla sınırlandırılması, taşınır yahut taşınmazın mülkiyetinden feragat; alacak hakkının temlik ile alacak hakkının ibrası, tasarruf işlemlerine örnek olarak sayılabilecektir¹⁰². Dolayısıyla tasarruf işlemiyle bir hakkın kurulmasının mümkün olmadığı, zira tasarruf işleminin ön şartının bir hakkın varlığına bağlı olduğu savunulmuş-

⁹⁸ Öğüz, Tufan, Taşınmazlar Üzerinde Aynı Hak İktisabında İyiniyetin Korunmadığı Haller, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, İstanbul 1988, s. 9.

⁹⁹ Saymen Ferit H./Elbir, K. Halid, s. 221.

¹⁰⁰ “Somut olayda şikâyet eden, noter vasıtasıyla ve tarihi kesin olarak saptanabilecek şekilde alacağı temlik almıştır. Alacağını temlik eden kimsenin alacak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmamış olup, söz konusu alacak temlik edenin malvarlığından çıkmıştır. Bu nedenle temlik edenin, temlik tarihinde sonra tasarruf yetkisinin kalmadığı (bulunmadığı) bir alacağın, temlik edenin diğer alacaklıları tarafında haczi de bu alacağı temlik alana karşı ileri sürülemez. Mahkemece, temlikin Büyükşehir Belediyesine ulaştığı tarih esas alınarak hüküm kurulmuş ise de söz konusu temlik edilen alacağın borçlusuna bildirimde bulunma tarihi, borçlunun sorumluluğu açısından önem taşır. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 165'nci maddesinde, borçlunun temlikten haberdar olmaması hâlinde iyiniyetle yaptığı ödemelerden dolayı sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Bu itibarla; mahkemece, yukarıda açıklanan hukukî esaslar çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” (19. HD 04.04.2008, 1366/3451).

¹⁰¹ Oğuzman Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, İstanbul 2020, s. 186, 187; Von Tuhr A (Çev. Edege Cevat), Borçlar Hukuku, C. 1, İstanbul 1952, s. 199; Vardar Hamamcıoğlu, s. 53; “Dava, İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. İİK 277/1 maddesinde, iptal davasının konusunu 278,279 ve 280.maddelerde yazılı tasarrufların oluşturduğu belirtilmiştir. Bunlar karşılıksız tasarruflar, aciz halinde yapılan tasarruflar ve olağan durumlarda borçlunun yapamayacağı işlemlerle mal varlığına eksiltme yaratan tasarruflardır. Buradaki tasarruftan maksat, borçlunun 3.şahıslarla yapmış olduğu tasarruf muameleleridir. Doktrinde tasarruf muamelesi “bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, muhtevasının sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işlem” olarak tanımlanmaktadır. Tasarruf muamelesi ile muameleyi yapan şahsın mal varlığındaki aktif azalır, diğer tarafta ise çoğalma meydana gelir. Borçlunun mal varlığını azaltıcı nitelikte bulunan hukuki işlemler ve hukuki fiilleri tasarruf kavramı içinde değerlendirilmelidir. İşte İİK. 277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılan iptal davası ile borçlunun alacaklısını zarara uğratma kastıyla mal varlığından (aktifinden) çıkardığı mal veya hakların ya da bunların yerine geçen kıymetlerin tekrar borçlunun mal varlığına (aktifine) geçmesi amaçlanır. Kısaca iptal davasının konusunu gerekeçli tasarruf muameleleri teşkil eder.” (17. HD 12.11.2012, 2948/12374).

¹⁰² Vardar Hamamcıoğlu, s. 2.

tur¹⁰³. Tasarruf işleminin icrası ile hak ya da hukuki ilişki doğrudan ve kesin bir biçimde etkilenir. Tasarruf işlemi onu icra eden kişinin malvarlığının aktifinde bir azalmaya sebebiyet verir. Dolayısıyla tasarruf işlemi, karşı muhatap yönünden daima kazandırıcı bir işlemdir.

Tasarruf işlemi sadece sahip olduğu hakkı devreden, sınırlayan ya da sona erdiren kişi esas alınarak yapılan bir nitelenedir¹⁰⁴. Tasarruf işleminin muhatabı karşı taraf için ise bir iktisap işlemidir¹⁰⁵. Bir şahsi hak, bu bağlamda taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tapu siciline şerh edilmekle sonraki işlemlere tapu sicilini kapatmaz¹⁰⁶. Şerhin işlenmesinden sonra vaat borçlusu aynı taşınmaz üzerinde tasarruf işlemleri yapabilecektir¹⁰⁷. Zira taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh verilmesi şahsi hakkın niteliğini değiştirilmekte, sadece etkisini güçlendirmesi hasebiyle, vaat borçlusunun üçüncü kişilerle yaptığı gerek tasarruf gerekse borçlandırıcı işlemleri doğrudan geçersizlikle malul kılmak hukuken izah edilemeyecektir. Nitekim şerh, tapu sicilini kapatmadığı için şerhin varlığı tahdit edilen hak üzerinde üçüncü kişilerin malik olarak tescilini önlemeyecektir. Ancak, şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu taşınmaz üzerinde şerh sonrası şahsi ya da aynı hak kazananlar şerh lehtarının hak ve talepleri ile şerhin sağladığı hukuki sonuçlara katlanmak mecburiyetindedir. Bir diğer ifadeyle şerh, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazda, sonradan kazanılan haklar karşısında bir tasarruf kısıtlaması etkisini haizdir¹⁰⁸. Hakikatte bu vaziyet, şerh edilmiş şahsi hak ve hukuki sonuçları ile aynı taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan sınırlı aynı hak arasında bir çatışma ve öncelik sorunu gibi görünse de şerh verilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin sonraki hak sahiplerine ileri sürülebilmesini öngören Kanun'un amir hükmüdür. Bu husus, öğretilerde şerhin münzam etkisi ile izah edilmiştir. Şerh verilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazın bir üçüncü kişiye devredilmesi de tasarruf işlemi mahiyetiyle vaat alacaklının hakkını hükümden düşürmeyecek olup, herkes kendi mülkiyetinde doğan bu borçtan sorumlu olması öğretilerde teorik olarak eşyaya bağlı borç hukuki zemininde izah edilmiştir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tapu siciline şerh verilmiş ise sözleşmeden doğan hakkın dava marifetiyle kullanılması ihtimalinde ayrıca TMK'nun 1010/1-1¹⁰⁹ gereği şerh verilmesine ihtiyaç yoktur. Zira hak sahibi, şerh marifetiyle sonradan taşınmaz üzerinde hak sahibi olanlara karşı aynı etki sebebiyle şahsi hakkını ileri sürebilecektir.

2. Şerhin Malikin Borçlandırıcı İşlemlerine Etkisi

Şahsi hak/aynı hak kavramı medeni hukukunun temel kavramlarını oluşturmaktadır. Bu kavramlar, hukuki işlemlerde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi niteliğiyle somut-

¹⁰³ Vardar Hamamcıoğlu, s. 36.

¹⁰⁴ Buz, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 80.

¹⁰⁵ Buz, s. 80.

¹⁰⁶ Sungurbey, s. 118; Aybay, s. 7; Cansel, s. 39.

¹⁰⁷ Nitekim dava ile birlikte ya da dava sırasında ara kararı ile verilen geçici hukuki himaye mahiyetindeki çekişmeli hakların korunmasına dair tasarruf yetkisi kısıtlama şerhi (TMK m. 1010/1) de tapu sicilini devirlere kapatmayacak olup, söz konusu şerh, üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf edip, şahsi hak sahibini malikin tasarruflarına karşı koruyacaktır.

¹⁰⁸ Doğan, s. 15.

¹⁰⁹ TMK'nun 1010/1 de yer alan çekişmeli haklara ilişkin mahkeme kararlarının şerhi, tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına matuf ise de çekişmeli hak, taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliğine sebep olacak kişisel hakkı ifade edip, şahsi hak sahibini malikin tasarruflarına karşı himaye etmeye matuf ve müncer olup, üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırır.

laşmaktadır¹¹⁰. Tasarruf işlemleri¹¹¹, hakkın özüne tesir edebilme fonksiyonları sebebiyle hak ya da hukuki durumda değişiklik meydana getirir iken¹¹², borçlandırıcı işlemler bu nitelik ve fonksiyondan mahrumdur¹¹³. Nitekim maddi hukuka ilişkin bu kavramların hukuk yargılamasındaki görünümü, dava konusu hakkın niteliğine göre aynı ve şahsi davalar olarak tecessüm edecektir¹¹⁴. Bir hukuki işlemin kurucu unsurları hukuki sonuca yönelmiş irade ile bunun beyan edilmesi olduğuna göre; aynı hakların iktisabına matuf tescilin dayanağı olan borçlandırıcı işlem ile bu sözleşmenin gerçek hak sahiplerinin irade beyanlarının birbirine uygun olması ve tescil beyanının bu iradeyle birebir örtüşmesi zorunludur. Kişisel haklar, sadece sözleşmenin tarafları arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracağından, aynı haklar, kişisel haklara nazaran üstünlük sağlar¹¹⁵. Şerh verilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, vaat borçlusunun aynı taşınmaza ilişkin bir başka borçlandırıcı hukuki işlem yapmasına hukuki engel oluşturmayacaktır. Bu sebeple yukarıda bahsedildiği üzere, şerh, vaat borçlusu malikin tasarruf işlemi yapmasına engel olmadığı gibi borçlandırıcı işlem yapmasına da hukuki bir engel oluşturmayacaktır. Nitekim bu ihtimalde şerh sonrası yapılan gerek tasarruf gerekse borçlandırıcı işlemin doğrudan geçersiz olması da hukuken söz konusu olmayacaktır. Zira şahsi hakkın şerh edilmesi hakkın niteliği değil, etkisini güçlendirecek olup, şerh, şahsi hakkın kullanılarak elde edilen hukuki durumla bağdaşmayan sonraki haklara etkilidir. Buna karşın, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tapu siciline şerh verilmez ise vaat borçlusunun borçlandırıcı işlemlerine dayalı haciz ve ipotekten sonra tapu siciline meydana gelen şahsi hakka dayalı aynı etkili değişiklikler ilama dayansa dahi takyidat (Haciz ya da ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip) lehtarlarının haklarını etkilemeyeceği gibi durumlarını da ağırlaştırmayacaktır¹¹⁶. Şerh, konusunu oluşturan hakkın tabi olduğu süreden daha uzun bir süre boyunca himaye sağlamayacağından, taşkın süre bakımından üçüncü kişilere karşı koruma sağlamayacaktır¹¹⁷. Dolayısıyla, şahsi hakka ilişkin şerhin süresinde kullanılmaması ya da şerh konusu hakkın geçersiz olması, doğmaması yahut sonradan ortadan kalkması ihtimalinde sonraki hak sahiplerinin, haklarını ve sıralarını mu-

¹¹⁰ Vardar Hamamcıoğlu, s.3. “Dar anlamda tasarruf işlemi tanımına bakıldığında, işlemin konusunun malvarlığında yer alan mutlak veya nispi hak olduğu görülür.”

¹¹¹ Buz, s. 80. “Tasarruf işlemi sadece sahip olduğu hakkı devreden, sınırlayan veya sona erdiren şahıs esas alınarak yapılan bir tanımlamadır.”

¹¹² Kurt, s. 10, 11.

¹¹³ Vardar Hamamcıoğlu, s. 50.

¹¹⁴ Tasarruf işlemlerinin geçerliliği hukuki ilişkinin tarafının hakkın özüne tesir etkisi olan tasarruf yetkinin varlığına bağlı iken, borçlandırıcı işlemlerin geçerliliği tasarruf yetkisine haiz olamaya bağlı değildir.

¹¹⁵ “Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin niteliği gereği davacı yüklenici, bir kısım arsa sahibi davalılar karşısında şahsi hak sahibi durumundadır. Dolayısıyla aynı hak ve şahsi hakkın çatışması söz konusu olup, kat karşılığı inşaat sözleşmesi de tapuya şerh verilmediğinden aynı hak sahibi olan davalılar Fatma Önür, Arif Afşin, Meryem Cengiz, Hali Kurt, Mehmet Şahışık'ın şahsi hak sahibi olan davacı yükleniciye karşı üstün hak sahibi konumunda oldukları değerlendirilmiştir.” (23. HD 26.12.2014, 6947/8513).

¹¹⁶ “Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi, tapu kütüğüne şerh edilmiş olsa dahi, lehine satış vaat edilen kişi adına tescil işlemi gerçekleşmedikçe mülkiyetin intikalini sağlamaz. Yukarıda da belirtildiği gibi, Tapu Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca; siciline şerh verilen satış vaadi sözleşmesi, 5 yıl süreyle 3. kişilere karşı ileri sürülebilir. Ancak bunun için, anılan süre içerisinde tescil davası açılması ve 3.kişi adına tescil işleminin tamamlanması zorunludur. Bu hak, yukarıda belirtildiği gibi tescil kararı alınıp, tapuya işlenmediği sürece aynı nitelik kazanmaz.” (12. HD 03.10.2019, 10871/14011).

¹¹⁷ Sungurbey, s. 73.

hafaza etmesi hukuki güvenlik ve özel hukuk alanında taraflar arasındaki eşitlik ilkesine denk düşecektir.

3. Şerhin Cebri İcraya Etkisi

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhi, malikin borçlarından dolayı yapılacak icra takiplerini engelleme etkisinden yoksundur. Dolayısıyla şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin varlığına rağmen, vaat borçlusunun alacaklıları, icra takibi, haciz ve diğer icra işlemlerini yapabilecektir. Vaat borçlusu malikin borçlarından dolayı maruz kalacağı haciz ya da ipotegün paraya çevrilmesi marifetiyle icra takibine karşı vaat alacaklısı nasıl bir hukuki savunmaya sahiptir. Elbette şerh öncesi yapılan aynı sınırlama ve şahsi yükler, sıradan öncelik gereği vaat alacaklısına karşı da ileri sürülebileceğinden, şerh lehtarları söz konusu takyidatlara dayalı cebri icraya katlanması gerekecektir. Zira haciz veya ipotek ile yükümlü olan bir taşınmaz devir alan kişi alacaklılarının hakların ihlal ettiği oranda kazanımı geçersiz olacağından, şahsi hak şerh verilse dahi tarih itibarıyla haciz ve rehin hakkına önceliği olmayacaktır. Buna karşın, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh verilmesinden sonra satış vaadi sözleşmesinden doğan şahsi hak, aynı etki¹¹⁸ marifetiyle taşınmaz üzerine tesis edilen şahsi yük ve aynı sınırlamaların hak sahiplerine karşı da ileri sürülebilmesine karşın, hali hazır vaat borçlusu malikin alacaklıları, taşınmaza vaziyet eden haklarına binaen cebri icra marifetiyle takip başlatabilecektir. Nitekim bu icra takibinin devamı taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunu da doğurabilecektir¹¹⁹. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh verilmesi, vaat borçlusunun borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerini engellemeyeceğinden evleviyet ilkesi gereği icra takibini de doğrudan etkilemesi ve doğrudan takibi durdurma niteliğini haiz değildir. Bu sebeple şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alacaklısı, süresi içinde TMK'nun 716. maddesi referansı ile ikame edeceği tapu iptali ve tescil davası ile birlikte şerh sonrası tesis edilen şahsi yük ve aynı sınırlamaların terkinini¹²⁰ ve mevcut icra takibinin durdurulmasını talep edecektir. Zira iki farklı sicil dışı mülkiyet kazanımına sebebiyet verilmemelidir. Ancak, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tapu kütüğüne şerh edilmiş olsa dahi, bu kişi adına tescil işlemi gerçekleşmedikçe mülkiyetin intikalini sağlamaz. Özellikle şerh lehtarının dava hakkını kullanmadığı dönemde cebri icranın devam etmesi ve ihalenin üçüncü bir kişiye yapılması durumunda şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alacaklısının şahsi hakkının akıbeti ve ihale alıcısı üçüncü kişiye ileri sürülebilmesi hukuki tefekküre sayandır.

Şerhin borç ilişkisini eşyaya bağlı borç ve aynı etkiye tahvil eden tesiri, taşınmaz satış vaadi borçlusu malike karşı yapılan icra takiplerine bu bağlamda, haciz, ipotegün paraya çevrilmesi ve iflasa karşı da koruma sağlayacaktır¹²¹. Dolayısıyla şerh lehtarları kişisel hakkı-

¹¹⁸ Sungurbey, s. 103.

¹¹⁹ Zira taşınmazlarda hak karinesi lehine tescil yapılmış kişiye aittir.

¹²⁰ "Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi tapu kütüğüne şerh edilmiş olsa dahi, bu kişi adına tescil işlemi gerçekleşmedikçe mülkiyetin intikalini sağlamaz. Tapu Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca sicile şerh verilen satış vaadi sözleşmesi 5 (beş) yıl süre ile 3. kişilere karşı ileri sürülebilir. Haczin kaldırılması için anılan süre içerisinde tescil davası açılması ve 3. kişi adına taşınmazın tescil işleminin tamamlanması zorunludur. Somut olayda, tescil davasının 11.01.2008 tarihinde açıldığı, taşınmazın 3. kişi adına tesciline karar verildiği ve bu kararın 21.05.2008 tarihinde kesinleştiği görülmektedir. Bu durumda, 3. kişinin şikâyetinin Tapu Kanununun 26/6. maddesi uyarınca 5 yıllık süreye bağlı olduğu gözlemlenmeden ve açıklanan yasal koşullar olduğundan haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde istemin reddi isabetsizdir. (12. HD 25.11.2010, 14600/27687).

¹²¹ Sirmen, s. 211.

ni, iflas masasına ve cebri icra ihalesinde mülkiyeti kazanan üçüncü kişi ihale alıcısına da ileri sürebilecektir. Meğerki satış şartnamesi ve mükellefiyetler listesinde satış vaadi şerhi bulunmasın. Zira satış şartnamesi ve mükellefiyet listesi tapu sicili hükmündedir. Bir diğer hukuki tefekkür gerektiren ihtimal ise vaat borçlusunun alacaklısı tarafından yapılan cebri icra takibi üzerine yapılan ihalenin, şerhin hukuki himaye ettiği sürenin hitamından sonraki bir tarihe tesadüf etmesi ihtimalinde üçüncü kişinin kazanımının korunacak olmasıdır. Elbette ki bu faraziye de şerh lehtarının beş yıllık süre içinde taşınmazın devir ve tesciline ilişkin davayı ikame etmemiş olması gerekir¹²². Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi iştirak (elbirliği) ya da müşterek (paylı) mülkiyete tabi bir taşınmaza ilişkin olup, hissedarlarından birinin borcu sebebiyle yapılan haciz veya İİK'nun 121. maddesi gereği alınan yetki belgesi ile yapılan cebri icra yahut ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararına binaen ihale edilmesi halinde şerh lehtarının akıbeti ne olacaktır? Ortaklığın giderilmesi davasının aynen taksim suretiyle hükme bağlanması ihtimalinde vaat alacaklısının hükmi tescil talebinde bulunabileceği, buna karşın satış kararı verilmesi faraziyesinde vaat alacaklısının talep hakkının satış bedelini inhisar edeceği ileri sürülebilecektir. Bilhassa ortaklığın giderilmesi davasının aynen taksim veya kat mülkiyeti kurulması marifetiyle ortaklığın giderilmesi ihtimalinde vaat alacaklısının şerh edilmiş şahsi hakkı, vaat borçlusuna isabet eden payda mevcudiyetini devam ettireceğinden tereddüt duyulmamalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi bir taşınmazda, bir mirasçının yaptığı taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerh edilmesi, vaat borçlusunun ya da bir başka mirasçının borcu sebebiyle alacaklının İİK'nun 121. maddesi gereği aldığı yetki belgesi ile yaptığı yahut mirasçılardan birinin ikame ettiği ortaklığın giderilmesi davasını sonucunda ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararına binaen yapılacak cebri icra satışı sonrası vaat alacaklısının alacak hakkının akıbeti ne olacaktır?

Kanaatimizce iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazda mirasçının yaptığı satış vaadi sözleşmesi ifa olanağı olmadığı için ihale ile taşınmazı iktisap eden kişiye karşı aynı etki doğurma gücünden yoksun olup¹²³, vaat alacaklısı, borçlandırıcı işleme dayalı olarak vaat borçlusuna taşınmazın ortaklığın giderilmesi davası sonunda isabet eden hisse bedelini alacak hakkı kapsamında talep edebilecektir¹²⁴. Zira iştirak halinde mülkiyet hü-

¹²² Zira şerhten sonra kazanılan haklar şerh lehtarına karşı ileri sürülmesi de, şerhin himaye ettiği beş yıllık süre içinde şerhin konusunu oluşturan hakkı talep etmemiş olmak üçüncü kişilerin rızai ya da cebri kazanımlarına etkili olmayacaktır. Nitekim şerhten sonra kazanılan haklar doğrudan geçersiz olmayıp, şerh lehtarının haklarını ihlal ettiği oranda geçersizdir. Dolayısıyla şerh süresinin hitamından sonra taşınmaz üzerine tesis edilecek haciz ve ipotek lehtarının hakkı evleviyetle korunacaktır.

¹²³ "Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağı bulunmalıdır. Elbirliği mülkiyetine (TMK m.701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklarından birinin, ortaklık dışı bir kişiye satım vaadinde bulunması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte elbirliği ortaklığı çözülmüncüye kadar sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez. Bu durum, satışı vaat edilen taşınmazın tapusunda temlik tasarrufu engelleyen bir kaydın bulunması veya 5578 sayılı Kanunla değiştirilen 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesi hükmüne aykırı şekilde taşınmaz satışı vaat edilmesi ya da vaade konu taşınmazın bir başka mahkemede mülkiyet uyumsuzluğuna konu olması halinde de geçerlidir. " (14. HD 04.06.2014, 3515/7376).

¹²⁴ "Davacı bu davada davalıların murisine intikal eden taşınmazlardaki muris hissesini noterden düzenleme suretiyle yapılan satış vaadi sözleşmesi ile satın aldığını, ancak tapuda adına tescil edilmeyen taşınmazların izalei şüyu satış dosyasıyla satılması sonucu davalıların paylarına isabet eden bedelin tahsilini istemiş, mahkemece ise taşınmazların iştirak halinde müşterek mülkiyet hükümlerine tabi olması nedeniyle geçersiz olduğu ve bu nedenle ödenen paranın ulaşabileceği ikame bedeline hükmedilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki davacı ile davalılar arasında düzenlenen sözleşme

kümlerine tabi miras payının vaat edilmesi faraziyesinde, satış vaadi sözleşmesinin şerhi TMK'nun 702/2 ve 3. fıkraları gereği tüm mirasçıların ittifakına bağlıdır. Paylı mülkiyete geçilip, belirlilik ilkesi bağlamında ifa olanağı sağlanmadan vaat alacaklının cebri icra alıcısına karşı şahsi hakkını ileri sürmesi hukuken mümkün olmayacaktır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, vaat alacaklısı, mirasçı vaat borçlusuna karşı ancak şahsi alacak hakkını talep edebilecektir. Buna karşın, ortaklığın giderilmesi davasında aynen taksim veya kat mülkiyeti kurulması ihtimalinde vaat alacaklının şerhi vaat borçlusuna isabet eden payda mevcudiyetini devam ettirecektir. Zira şahsi hakların şerh edildiği bir taşınmazın taksimi halinde hakkın yerine getirme yükümlülüğü taksim olunan parselleri kazanan kişilere intikal edecektir¹²⁵. Kaldı ki paylı mülkiyetin bağımsız olarak devri, haczi ve rehni mümkün olduğundan paylı mülkiyete bağlı ortaklığın giderilmesi davasında, satış şartnamesine şerh mükellefiyet olarak yazılacağı için cebri icra ihalesinde mülkiyeti kazanan kişi bu şerh ile bağlı olacaktır¹²⁶. Paylı mülkiyette cebri icra sonucu taşınmazı iktisap eden üçüncü kişi, şerh lehtarının haklarına boyun eğeceğinden, vaat alacaklının tescile zorlama davası marifetiyle mülkiyeti kazanması, diğer hissedarların vaat alacaklısına karşı ön alım¹²⁷ davası açabilmesini engellemeyecektir¹²⁸.

4. Gerçek Malikin İkame Ettiği Yolsuz Tescile Dayalı Tapu İptali ve Tescil Davasının Şerh Edilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesine Etkisi

Tapu iptali ve tescil davalarının maddi hukuka göre yasal dayanağı iki farklı norm düzenlemeyle tecessüm eder. Bunlar, tapu sicilindeki tescil kaydının maddi gerçeği yansıtmamasından mütevellit TMK'nun 1025. maddesine dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası, diğeri ise, şahsi hakka dayalı tescili isteme talebini havi, TMK'nun 716. maddesine mümas tescile icbar davasıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 1025. maddesi, "*Bir aynı hakkı*

icerik bakımından geçerlidir. Dava konusu taşınmazların iştirak halinde bulunması, sadece bu geçerli sözleşmenin ifasına engel teşkil eder. Davacı bu sözleşmeye dayanarak bu haliyle adına tescil talebinde bulunamaz ise de davasında olduğu gibi taşınmazların ortaklığının giderilmesi davası sonunda davalıların murisine ve dolayısıyla da davalılara isabet eden payı isteyebilir. Kaldı ki iştirak halinde mülkiyeti müşterek mülkiyete çevirmek suretiyle sözleşmenin gereğini yerine getirme yükümlülüğü tapuda hissedar olanların, bir başka deyişle davalıların. Bu itibarla taşınmazların satışı sonucu davalıların murisinin payı olarak davalılara isabet eden tüm bedele hükmedilmesi gerekir." (13. HD 11.03.2002, 289/2415).

¹²⁵ Erel, s. 154.

¹²⁶ Paylı mülkiyete tabi taşınmaz, paydaşların taşınmazı kullanım konusunda uyuşmazlığa düşmesine bağlı olarak ikame edilen ortaklığın giderilmesi davasının satış suretiyle ortaklığın giderilmesi hükmüne dayalı cebri satış sonrası taşınmazın tamamının mülkiyeti kazanan kişi, şerh edilmiş paya ilişkin taşınmaz satış vaadi alacaklının TMK'nun 716. maddesine matuf tapu iptali ve tescil davasına maruz kalacaktır.

¹²⁷ "*Türk Medeni Kanununun 732.maddesi hükmüne göre, paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmazdaki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşların ön alım (şuf'a) hakkını kullanmaları mümkündür. Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ise kaynağını Borçlar Kanununun 22.maddesinden alır. Anılan hüküm uyarınca, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri bir satım sözleşmesi olmayıp, ileride asıl akdi (satım akdini) yapmak amacını güden bir ön akittir. Ön akit gereği, asıl akdin (satım akdinin) yapılmaması durumunda, Türk Medeni Kanununun 716.maddesine dayanılarak mülkiyetin hükmen geçirilmesi hakimden istenebilir. Tapuya şerh verilerek güçlendirilmiş olursa bile, satış vaadi sözleşmeleri asıl akit (satım akdi) olmadığından, satış vaadi sözleşmesinin varlığı ileri sürülerek ön alım (şuf'a) hakkı kullanılamaz.*" (14. HD 27.12.2010, 12316/14780).

¹²⁸ Satış vaadi sözleşmesi sonucu açılan tescil davası ile pay iktisabı da bir nevi satıştır. Mahkeme ilamı satış akdinin yerini almaktadır. Bu bakımdan kanun tarafından ön alım hakkı için saptanan sürelerin tescile ilişkin kararın kesinleşme tarihine göre belirlenmesi gerekir.

yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise bu yüzden aynı hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir” hükmünü havidir. Bu hükümden hareketle yolsuz tescil, mevcut olan aynı hakka aykırı olan ya da maddi gerçeği temsil etmeyen tescil olarak tanımlanabilecektir¹²⁹. Dolayısıyla TMK'nun 1025. maddesinde vücut bulan tapu sicilinin düzeltilmesi davası, tapu iptali ve tescil davalarını da kapsamına alan geniş ve üst bir kavramdır¹³⁰. Dava, aynı, yani mülkiyete dayandığı için zamanaşımı ya da hak düşürücü süreye¹³¹, bir diğer ifadeyle, zaman cihetinden hiçbir kısıtlamaya tabi değildir¹³². Yolsuz tescil, kural olarak bir aynı hakkın iktisabını ya da yitirilmesini sağlamaz. Zira Türk hukuk sisteminde aynı hakların iktisabı, illi¹³³ yani temelinde geçerli bir hukuki işlemin varlığına merbuttur (TMK 1024). Bu sebeple, taşınmazların iktisabında illilik, yani sebebe bağlılık ilkesi egemen olduğundan¹³⁴, tescilin sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemdeki sakatlık, tescili de yolsuz hale getirecektir¹³⁵. Ne var ki, lehine yolsuz tescil yapılan kişi salt tapu siciline yapılan tescil ile aynı hak kazanamayacaktır¹³⁶. Tapu sicilindeki yolsuz tescile karşın gerçek hak sahibi, maddi hukuk bakımından hak sahibi olarak kalmaya devam ettiğinden, aynı hakkını kaybetmiş olmaz¹³⁷. Çünkü maddi hukuk bakımından gerçek (hakiki) hak sahibi olan kişi, yolsuz tescil sonucunda ortaya çıkan gerçek hak sahibini göstermeyen tapu sicili ile maddi hak arasındaki mübânenin ortadan kaldırılıp¹³⁸, maddi hak ile sicil arasındaki ahengin tesisi için¹³⁹, aynı hakkının zarara uğraması tehlikesi olduğunu ileri sürerek, her yolsuz tescil lehtarına¹⁴⁰, her hangi bir zaman kısıtlamasına tabi olmaksızın, yolsuz tescilin düzeltilmesini her daim isteyebilecektir. Tapu iptali ve tescili davası özünde yolsuz tescil iddiası üzere kurgulanmış ise, davanın kabulü ile oluşan kesin hüküm otoritesi; tapu sicilindeki malik, maddi hukuk kuralları gereğince gerçek malik olmayıp, şekli malik konumunda bulunduğundan, şekli malikin iradesi ile aynı

¹²⁹ Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 43.

¹³⁰ “Türk Medeni Kanunu'nun 1025.maddesine göre bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise bu yüzden aynı hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir. Yasanın 1027. maddesine göre de, ilgililerin yazılı rızaları olmadıkça tapu memuru tapu sicilindeki yanlışlığı ancak mahkeme kararı ile düzeltebilir. Kısaca, yolsuz tescil iddiasına dayalı tapu iptali ve tescil davalarının görüleceği yer 1027. madde hükmünden anlaşılacağı üzere genel mahkemelerdir.” (14. HD 11.11.2010, 11237/12488).

¹³¹ Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 33.

¹³² Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 18.

¹³³ Aday Nejat, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992. s. 25; Kurt Ekrem, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul 2004, s. 19.

¹³⁴ “Türk hukuk sisteminde taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşme sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Bu husus ispat kolaylığı hukuki güvenliği arttırmak tarafların dikkatli ve bilinçli olarak davranmaya yöneltip tapu sicilinin doğru tutulmasında asli görevli olan Devletin resmi görevi ile ilgilidir. Taşınmaz mülkiyeti intikalinde sebebe bağlılık ilkesi geçerlidir. TMK'nun 1025. maddesi şayet soyutluk ilkesi benimsenmiş olsa idi geçersiz sebebe rağmen mülkiyet devralana geçecek ancak haklı bir sebep bulunmadığı için sebepsiz zenginleşme meydana gelecektir. Bu sebeple mülkiyet temeline dayanan bir dava değil sebepsiz zenginleşme temeline dayanan ve zamanaşımına uğrayabilen kişisel nitelikli bir dava söz konusu olacaktır.

¹³⁵ Aday, s. 93; Kurt, s. 19, 31.

¹³⁶ Sapanoğlu Süleyman, Tapu İptali Ve Tescil Davaları, Ankara, 2015, s. 24.

¹³⁷ Kurt, s. 19.

¹³⁸ Kurt, s. 105.

¹³⁹ Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 21, 42. “Tashih davası ikamesinin en esaslı objektif şartı kütüğü ile gerçek hak durumu arasında bir tezadın, uyumsuzluğun bulunmasıdır.”

¹⁴⁰ Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 33.

taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden diğer kısıtlamaları da mürtefi kılacaktır. Nitekim bu hukuki gerekçe; yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasının, maddi hukuka ilişkin bir tespit hükmü niteliğine binaen sonuçlarının geçmişe sari olacağını ihtiva eden mahiyeti ile de desteklenecektir. Dolayısıyla şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesi aynı etki doğursa da şahsi haklar ancak gerçek hak sahibinden kazanılacağından, gerçek malikin ikame ettiği yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabulü ile oluşan kesin hüküm, şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesini de mürtefi kılacaktır. Bu sebeple satış vaadi alacaklısının TMK'nun 1023. maddesinden faydalanması söz konusu olmayacaktır. Şayet gerçek malik yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasına dayalı olarak TMK'nun 716. maddesi referansıyla ikame ettiği tapu iptali ve tescil davasının kabulünün şekli ve maddi manada kesinleşmesi ile şahsi hak, aynı mahiyetli mülkiyet hakkına dönüşeceğinden¹⁴¹, vaat alacaklısının tapu siciline iyiniyetli güveni himaye edilip¹⁴², mülkiyet hakkı korunacaktır¹⁴³.

IV. Şerh Verilen Satış Vaadi Sözleşmesinin Eşyaya Bağlı Borç ve Munzam Etkisi

A. Şerhin Cüz'î Haleflere Etkisi

Kişisel hakların konusu eşya olduğu için hak sahibi ile eşya arasında değil hukuki ilişkinin süjeleri olan alacaklı ve borçlu arasında bir münasebet tesis eder. Kişisel hak şerh verilmekle etkisi güçlendirilmiş şahsi hak mahiyetiyle bahsettiği talep yetkisi doğrudan eşyaya ilişkin olmayıp, eşya üzerinde aynı hak sahibi olan kişiye yöneliktir¹⁴⁴. Şerh, hakkın niteliğini etkilemediğinden, şerh kişisel hakkın hamiline alacak ilişkisinin tesis edildiği ilk kişiye değil, eşya üzerinde, onun cüz'î haleflerine de etkili olacaktır¹⁴⁵. Şahsi hakların şerhi, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlamadığından, tapu sicilini devirlere kapatmayacaktır¹⁴⁶. Dolayısıyla satış vadi sözleşmesine konu taşınmazın tapu siciline şerh verilmiş olması, malikin taşınmazı bir üçüncü kişiye satıp devretmesine ya da üzerinde bir ipotek yahut irtifak hakkı tesis etmesine engel oluşturmayacaktır¹⁴⁷. Ne var ki şerhin eşyaya bağlı borç niteliğinden dolayı taşınmaz ile ilgili bir hakkın tapu siciline şerhi de taşınmaz ile

¹⁴¹ “Dava konusu olayda anılan HGK’nda açıklandığı üzere şuf’a hakkının kullanılması (3.AHM 2009/23 E.) ile davacı ve davalı arasında bir satım ilişkisinin kurulduğunun kabulü gerekir. Ancak, davalıdan satın alınan paya ilişkin 3.kişinin açtığı cebri tescil davası sonucu, bu paya ilişkin tapunun iptali ile 3.kişi Fikriye adına tesciline dair verilen karar kesinleşmiş olmakla, davalı ile olan işlem temelinden çöktüğünden şuf’a bedeli olarak davalıya ödenen bedel sebepsiz kaldığından davalının talebinde haklı olduğu gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir.” (3. HD 14.10.2014, 13792/13184).

¹⁴² Zira şerh verilen taşınmazın vaat borçlusuna adına tescili yolsuz dahi olsa bu vaziyeti bilmeyen ve tapu sicilindeki kayda güvenen şerh lehtarının kazanımı TMK'nun 1023. maddesi gereği korunacaktır.

¹⁴³ Nitekim İİK 28. maddesi gereği taşınmaz davalarında davacı lehine hüküm verilmesi halinde talebe hacet kalmadan hükmün tefhimi ile birlikte özetinin tapu siciline bildirilmesini havi hüküm de aynı hak kazanımının korunmasına matuf bir düzenlemedir. Kaldı ki tapu sicil müdürlüğünün hüküm özetini taşınmaz kaydına şerh vermesine ilişkin yükümlülüğü ve şerhin TMK'nun 1010/II fıkra hükmüne tabi olması da üçüncü kişilerin iyiniyetin bertaraf edip, aynı etki doğuran mülkiyet hakkının korunmasını amaçlamaktadır.

¹⁴⁴ Erel, s. 3.

¹⁴⁵ Erel, s. 5.

¹⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 196; Üstündağ, s. 54. dp. 60; Kurt, s. 54, 173; Sungurbey, s. 118.

¹⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 196.

şerhe konu hak arasında subjektif-ayni bir bağıllık husule getirecektir¹⁴⁸. İşte bu bağıllık sebebiyle taşınmazı kim iktisap eder ise taşınmaza yüklenen mükellefiyet bir bütün olarak devralan kişiye geçecektir¹⁴⁹. Şerh verilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazı devralan üçüncü kişi, vaat alacaklısının tescili isteme hakkının muhatabı olacak, rızası ile mülkiyeti devretmemesi halinde TMK'nun 716. maddesine dayalı tescile icbar davasına maruz kalmaktan varesten kalamayacaktır. Şahsi haklarda tapu siciline güven ilkesi uygulanmayacağından (TMK 1023)¹⁵⁰, ilgili şerh için kanunun öngördüğü süre hitama ererek şerhin sadece idari bir tasarrufla terkin edilebilecek olması, üçüncü kişilerin iyiniyetle iktisap savunmasına¹⁵¹ imkân vermeyecektir¹⁵². Zira kanunda geçen kişisel haklar, taşınmazın tapu siciline şerh verilmesiyle¹⁵³ ayni hak niteliğine bürünmez ise de¹⁵⁴, şahsi hak hükümle-

¹⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 199.

¹⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 199.

¹⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 195; Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 66; Sebük Tahir, Şüfa, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul 1951, s. 61.

¹⁵¹ “Tapu Kanununun 26. maddesindeki düzenleme şerhin malikin istemi üzerine terkin edilebileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Taşınmaz maliki tarafından terkin talep edilmediği için tapu sicilinde var olmaya devam eden şerh etkisini devam ettirecektir. Bu nedenle tapudaki satış vaadi şerhini görerek taşınmazı satın alan kişi TMK'nun 1023. maddesi anlamında iyiniyetli üçüncü kişi kabul edilmeyecek ve vaat alacaklısına karşı bu madde korumasından yararlanamayacaktır. Zira tapu sicilinin aleniliği dolayısıyla herkesin kütükte yer alan haklarla ilgili bilgisi olduğu varsayılır, bunun aksi iddia edilemez (TMK 1020). Tüm bu açıklamalar kapsamında somut olaya bakıldığında satış vaadine konu payın devrine ilişkin sözleşme 15.02.2002 tarihinde düzenlenmiş olup, 18.02.2002 tarihinde tapu siciline de işlenmiştir. Satış vaadine konu bu payın davalı kooperatife temlik ise 22.10.2007 tarihinde yapılmıştır. Dosyaya getirilen bu temlike ilişkin resmi senet metnine göre de davalının satış vaadi şerhini görerek temlik kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davalının iyi niyetli temellük eden olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla davalının iyiniyetli olduğuna dair iddiası dinlenemeyeceğinden davacının TMK'nun 716. maddesi uyarınca açtığı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini talepte haklıdır.” (HGK, 02.11.2016, 2/15/14-12, 2016/1005).

¹⁵² “Davada dayanılan 15.02.2002 tarihli satış vaadi sözleşmesi 18.02.2002 tarihinde tapuya şerh edilmiştir. Şerhten amaç, ilişkin bulunduğu hukuki durumu kayda sonradan malik olanlara da ileri sürebilir hale getirmek, hukuki duruma aleniyet kazandırmaktır. Denilebilir ki, bu yönüyle şerh taşınmazın şerhten sonraki malikleri üzerinde de bir bakıma ayni etki gösterir. Dolayısıyla, şerhten sonra taşınmazı kazanan malikler şerh sahibi vaat alacaklısına karşı iyiniyet savunmasında bulunamazlar. Gerçekten, Tapu Kanunu m. 26'da “şerhten itibaren 5 yıl içinde satış yapılamaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse, iş bu şerh tapu müdürü veya memuru tarafından resen terkin olunur” hükmü bulunmaktadır. Fakat bu hüküm, sözleşmenin tapuya şerhinden itibaren 5 yıl içinde satış akti yapılmazsa, bu şerhi tapu sicil müdürü veya memurunun re'sen terkin edeceği anlamına gelmez. 5 yıl geçtikten sonra terkin işlemi de ancak Tapu Sicil Tüzüğü'nün 78/4. maddesi gereğince taşınmaz mal malikinin istemi ile yapılabilir. Nitekim benzeri bir düzenleme de TMK'nun 1027. maddesinde yer almış, anılan hükümden tapu memurunun, ancak basit yazı yanlışlıklarını tüzük kuralı uyarınca re'sen düzeltebileceği, bunun dışındaki her türlü düzeltme, eski tescilin terkin ve yeni bir tescilin yapılabilmesi için ilgililerin yazılı rızaları gerektiği, tapu sicilindeki her türlü yanlışlığa ancak mahkeme kararıyla son verilebileceği kuralı getirilmiştir. Diğer taraftan, tapuda şerhe ilişkin bir hüküm olmasa da satış vaadi sözleşmesine dayanan taraf sonradan kayda malik olan kişinin kötüniyetli olduğunu kanıtlamak suretiyle her zaman satış vaadi sözleşmesine dayanarak dava açabilir.” (14. HD 05.06.2014, 2957/7487).

¹⁵³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 187. “Bunun yanında, tapuya şerh verme, malik zaviesinden tasarrufi bir muameleyi tazammun eder.”; Vardar Hamamcıoğlu, s. 34. “Nispi hakkın şerh edilmesi, malik bakımından aynı sınırlı ayni hak gibi mülkiyet hakkında yük teşkil eder ve dar anlamda tasarruf işlemi niteliğindedir.”

rinin kuvvetlendirilerek, takviye edilmesi¹⁵⁵, şerh verilen taşınmaz üzerinde, aynı hak gibi herkese değil, sıra bakımından şerhten sonra kazanılan aynı ya da şahsi hak sahiplerine¹⁵⁶ karşı da ileri sürülebilmesini tazammun edeceğinden (TMK 1009/2)¹⁵⁷, üçüncü kişilerin iyiniyet savunması hukuki himayeye mazhar görülmeyecektir¹⁵⁸. Ancak her türlü kişisel haklar değil, kanun tarafından şerh imkânı bahşedilmiş olan kişisel haklar aynı etki özelliğinden faydalanacaktır. Dolayısıyla taşınmazın her maliki kendi mülkiyeti esnasında doğacak borçla yükümlü olacağı için¹⁵⁹ doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlayacağı gibi¹⁶⁰; alıcının mülkiyet değerini azaltacak kısıtlamaların da ortadan kaldırılmasına munzam etki fonksiyonu ile işlerlik kazandıracaktır¹⁶¹. Kuşkusuz ki, şerh verilen şahsi hak ile çatışan veya hükümden düşüren ya da değerini azaltıp, şahsi hak lehtarını zarara sokan diğer sınırlı aynı haklar, önceki şahsi hak lehtarına karşı istimal edilemeyecek, bilakis önceki şahsi hak şerhi, bunlara takaddüm edecektir¹⁶². Önceki şerh verilmiş şahsi hak ile çatışan sonraki sınırlı aynı hakların terkin edilebilmesi, hakkın kullanılmış¹⁶³ ve şahsi hak konusunun inşa edilmiş olmasına bağlıdır¹⁶⁴. Nitekim TMK'nun 1010. maddesine göre de, şahsi hak sahipleri, taşınmaz malikinin tasarruflarına karşı mahkeme tarafından korunabilecektir¹⁶⁵. Örneğin şahsi hakka dayalı taşınmaz satış vaadi söz-

¹⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 193; Vardar Hamamcıoğlu, s. 33.

¹⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 193, 194.

¹⁵⁶ Vardar Hamamcıoğlu, s. 33; Kurt, s. 118.

¹⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 185; “Zira şerh, sonraki değil hakkını şerh ettirten önceki alıcıyı himaye etmekte ve ona gayrimenkulün mülkiyeti kime intikal ederse etsin, hakkının aynen ifası imkânını kazandırmaktadır.”; Farklı yönde bir karar için bkz. “Satış vaadi şerhi tarihinden sonra üçüncü kişinin şerh tarihinden itibaren 5 yıl içinde mahkemede tescil davası açtığına dair ve lehine tescil kararı verildiğine yönelik bir belge ve delil olmadığına göre artık bu hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi imkânı yasal olarak ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla şahsi bir hak olan satış vaadi sözleşmesine dayalı bu hak tapuda malik gözükün kişinin borcu sebebiyle haciz koyan alacaklıya karşı hüküm ifade etmez.” (12. HD 09.03.2017, 2016/11897, 2017/3633).

¹⁵⁸ Kurt, s. 158.

¹⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 199; Kurt, s. 49.

¹⁶⁰ “Somut olayda davalı borçlu; davalı Hasan lehine dava konusu 67 ada 34 parseldeki miras hissesini 6.12.2006 tarihinde gayrimenkul satış sözleşmesi ile satmış ve tapuya şerh ettirmiştir. Mahkemece davalı Hasan lehine yapılan satış vaadi sözleşmesinin taşınmaz üzerine haciz konulmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilerek davanın reddine karar verilmiş ise de tapu sicilinde şerh verilen şahsi haklar tapu sicilinin aleni olması itibarıyla yapılacak her türlü işlemde üçüncü şahıslara karşı öne sürülebileceğinden mahkemenin bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Bu tür tasarruflar iptal davasına konu edilebilir. O halde borcun doğumundan sonra yapılan 6.12.2006 tarihli satış vaadi sözleşmesinin diğer deliller ve İİK'nun 279. ve 280. maddeleri ile birlikte incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması isabetli görülmemiştir.” (17. HD 05.05.2008, 1637/2353).

¹⁶¹ Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/ Oktay- Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2015, 286, 287.

¹⁶² Kocayusufpaşaoğlu, s. 205.

¹⁶³ “Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi, tapu kütüğüne şerh edilmiş olsa dahi, lehine satış vaat edilen kişi adına tescil işlemi gerçekleşmedikçe mülkiyetin intikalini sağlamaz. Yukarıda da belirtildiği gibi, Tapu Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca; siciline şerh verilen satış vaadi sözleşmesi, 5 yıl süreyle 3. kişilere karşı ileri sürülebilir. Ancak bunun için, anılan süre içerisinde tescil davası açılması ve 3.kişi adına tescil işleminin tamamlanması zorunludur. Bu hak, yukarıda belirtildiği gibi tescil kararı alınıp, tapuya işlenmediği sürece aynı nitelik kazanmaz.” (12. HD 03.10.2019, 10871/14011).

¹⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 204, 205.

¹⁶⁵ “İİK'nun hacizli taşınmazlara ilişkin düzenleme getiren 91. maddesinde, taşınmazın haczi ile tasarruf hakkının TMK'nun 1010. (MK'nun 920.) maddesi anlamında tahdiide uğrayacağı hükme bağlanmıştır. Bu maddede yollama yapılan TMK'nun 1010. (MK'nun 920.) maddesi hükmüne göre,

leşmesi alacaklısı, malikin taşınmazı üçüncü bir kişiye devretme ihtimaline binaen, TMK'nun 1010/1. fıkrası gereği tasarruf yetkisinin sınırlanması için talepte bulunabilecek, mahkemenin, tasarruf yetkisinin kısıtlama şerhinden sonra taşınmaz üzerinde sonradan hak kazananların sahiplerine de¹⁶⁶ ileri sürülebilecektir¹⁶⁷. Her ne kadar satış vaadi sözleşmesi

taşınmaz üzerindeki haciz işlemi, taşınmazın tasarruf yetkisi kısıtlamaları arasında yer alıp, bu maddenin son fıkrasına göre ise, bu nevi tasarruf kısıtlamalarının tapu siciline şerh verilmeyle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebileceği açık bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi, kooperatif alacaklısı tarafından ve taşınmaz henüz kooperatif adına tescilli iken üzerine haciz tatbik edilmiş bulunmaktadır. İİK'nun 91. ve onun yollamada bulunduğu TMK'nun 1010. maddeleri hükümleri uyarınca haczedilen taşınmazda sonradan hak iktisap edenlerin taşınmazda bulunan haczin sonuçlarına katlanmaları zorunludur. Hacizden sonra tapuda meydana gelen değişiklik ilama dayansa bile haciz koydurmuş olan alacaklıların durumunu etkilemez. Borç taşınmaza bağlandığı için taşınmazı iktisap edenin kooperatif ortağı olması bu sonucu bertaraf edemez. Bu açıklamalar karşısında, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, üzerinde haciz bulunan taşınmazın mahkeme ilamıyla davacılar adına tesciline karar verildiği, bunun doğal neticesi olarak da hacizlerin kaldırılması gerektiği sonucuna varılarak, davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.” (23. HD 30.11.2012, 5900/7074); “Hacizden sonra tapuda meydana gelen değişikliklerin bu değişiklik ilama dayansa bile haciz kararı alacaklının durumunu etkilemez. Bu nedenledir ki 11.06.1999 tarihli hacizde taşınmazın tapu kaydında herhangi bir takyidata rastlanılmadığı halde 17.10.2000 tarihli ilamda taşınmaz üzerinde borçlunun boşandığı eşi lehine irtifa hakkı kurulmuş olması alacaklının haciz tarihi itibarıyla satışın takyidsız olarak yapılması gerektiğine ilişkin talebin kabulü gerekirken reddi yerinde olmadığından mercice icra müdürlüğünün 16.05.2002 tarihli kararının iptaline karar vermek gerekirken aksi-ne düşüncelerle şikayetin reddi isabetsizdir.” (12. HD 10.03.2003, 1928/4723).

¹⁶⁶ “Kooperatif alacaklısı tarafından ve taşınmaz henüz kooperatif adına tescilli iken üzerine haciz tatbik edilmiş bulunmaktadır. İİK'nun 91. ve onun yollamada bulunduğu TMK'nun 1010. maddeleri hükümleri uyarınca haczedilen taşınmazda sonradan hak iktisap edenlerin taşınmazda bulunan haczin sonuçlarına katlanmaları zorunludur. Hacizden sonra tapuda meydana gelen değişiklik ilama dayansa bile haciz koydurmuş olan alacaklıların durumunu etkilemez. Borç taşınmaza bağlandığı için taşınmazı iktisap edenin kooperatif ortağı olması bu sonucu bertaraf edemez. Bu açıklamalar karşısında, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, üzerinde haciz bulunan taşınmazın mahkeme ilamıyla davacılar adına tesciline karar verildiği, bunun doğal neticesi olarak da hacizlerin kaldırılması gerektiği sonucuna varılarak, davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.” (23. HD 30.11.2012, 5900/7074).

¹⁶⁷ “Davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesi, 2644 sayılı Tapu Kanununun 26. maddesine uyarınca 11.10.1993 tarihinde tapuya şerh verilerek aynı hak kuvvetini kazanmış, bu etkisini şerhin tapudan terkin edildiği 16.03.2011 gününe kadar korumuştur. Gerek, davalılar Ekrem ile Ayşe arasında 04.03.1994 ve 08.06.1995 tarihlerinde Bodrum 2. Noterliği'ndeki satış vaadi sözleşmelerinin düzenlendiği, gerekse, dava dışı Yüksel ile Ayşe arasındaki satış vaadi sözleşmesinin davalı Ekrem tarafından temlik alındığı 22.08.1994 günü davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesinin tapu kütüğünden terkin edilmediği anlaşılmaktadır. Bunun yanında, 02.05.2011 günü temyiz edilmeksizin kesinleşen Bodrum 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde davalı Ekrem'in anılan sözleşmelere dayanarak davalı Ayşe'ye karşı açarak görülmekte olan davanın konusunu oluşturan payı adına tescilini sağladığı dava sırasında da davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesinin tapu kütüğünden terkin edilmediği görülmektedir. TMK'nun 1010. maddesi uyarınca tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da ileri sürülebilir. TMK'nun 1023. maddesinde de “tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur” hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda, davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesinin düzenlendiği 23.08.1993 tarihinde mülkiyeti nakil borcu yükümlüsü davalı Ayşe, taşınmazda murisinden intikal eden 3/16 pay dışında, muris annesinden edindiği 1/16 ve dava dışı kardeşi Aysel'den satış yoluyla edindiği 3/16 olmak üzere toplam 7/16 pay malikidir. Bunun dışındaki 3/16 payı ise, davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesinden

ile alıcı aynı değil, sadece vaat borçlusuna karşı şahsi (nispi) bir hak elde edip, vaat borçlusunu, satış vaadine konu taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmese de¹⁶⁸, Yargıtay, satış vaadi sözleşmesinin şerhi konusuna ilişkin olarak tapu siciline tescil edilmemesine rağmen, satış vaadinin varlığını bilerek taşınmazı iktisap eden kişiye karşı tescil davası açılabilirliğini içtihat etmiştir¹⁶⁹. Şahsi hak niteliğindeki haciz de borçlunun tasarruf yetkisini kısıtlayıp, tapu sicilini temlik tasarrufa kapatmayacaktır¹⁷⁰. Ancak, alıcı, mülkiyeti, haciz tatbik ettiren alacaklıların hakkına riayet borcu altında iktisap edecektir¹⁷¹. Şayet, aynı hak iktisabı, haczin tapu siciline şerh verilmesinden sonra ise, üçüncü kişiler iyiniyet iddiasında bulu-

sonra edinmiştir. Bu nedenle, davalı Ekrem'in taşınmaz tapu kaydında davacı yararına konulan satış vaadi sözleşmesi şerhini görerak düzenlediği satış vaadi sözleşmelerine dayanarak kazandığı 7/16 payı TMK'nun 1024. Maddesi uyarınca yolsuz tescil niteliğinde bulunduğundan bu payın davacı adına tescili gerekir. Bunun dışında kalan davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesinden sonra davalı Ekrem'in edindiği 3/16 payın davacı adına tescili doğru değildir.” (14. HD 21.01.2014, 2013/12877, 2014/1011); “İİK'nun 91. maddesi hükmü gereğince gayrimenkulün haczi ile takip konusu borç ve eşya arasında ilişki kurulur ve tasarruf yetkisi TMK'nun 1010. maddesi anlamında kısıtlanmıştır. Bu tür kişisel haklar tapu kütüğüne şerh verilmekle hak sahibine eşya üzerinde dolaylı da olsa hâkimiyet kurmak hakkı sağlamaz ise de tasarruf yetkisinin dar anlamda kısıtlanması sonucunu doğurduğundan taşınmaz üzerinde sonradan bu hakla bağdaşmayan hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilir hale gelir. Haciz şerhinin usulsüz konulduğunun saptanması veya lehtarın talebi üzerine kaldırılması mümkün olduğu gibi TMK'nun 1010. maddesi uyarınca borcun ödenmesi, icra takibinin düşmesi ya da herhangi bir sebeple sona ermesi halinde de terkini mümkündür.” (14. HD 18.06.2015, 6631/6785).

¹⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 144.

¹⁶⁹ “Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlanan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir. Hukukumuzda, kişilerin satın aldığı şeylerin ileride kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşımamaları, dolayısıyla toplum düzeninin sağlanması düşüncesiyle, satın alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse iyiniyetten maksat, hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesidir. Belirtilen ilke, TMK'nun 1023. maddesinde aynen “tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur” şeklinde hükme bağlanmış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddede “bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz” biçiminde vurgulanmıştır. Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde huzur ve güveni koruma, toplam düzenini sağlama uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin iyiniyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Somut olayda; kayıt sahibinin mülkiyeti, satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan hakkın bertaraf edilmesi kastıyla ve kötüniyetle kazandığı ileri sürüldüğünden, malikin aynı hakkın yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi olup olmadığının araştırılması zorunludur. Burada, satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilip edilmediğinin önemi yoktur. Önemli olan, mülkiyet hakkı sahibinin satış vaadi sözleşmesini bilmesi gereken kişilerden olup olmadığının saptanmasıdır.” (14. HD 29.06.2010, 4891/7428); Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 145.

¹⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 149; Kurt, s. 174; Sirmen, s. 214.

¹⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 150; Vardar Hamamcıoğlu, s. 360; Kurt, s. 174; Sirmen, s. 214; Özçelik, s. 174.

namayacaktır¹⁷². Buna mukabil, taşınmaz üzerinde aynı hak iktisabı, haczin tapu siciline şerh verilmesinden önceye tesadüf ediyor ve borçludan hak iktisap eden üçüncü kişiler iyiniyetli iseler, iktisapları korunacağından¹⁷³, hacizden etkilenmeyeceklerdir¹⁷⁴. Şahsi haklar, bu bağlamda taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhi, ancak gerçek hak sahibinden kazanılabileceğinden¹⁷⁵, tapuya güven ilkesinden de faydalanması söz konusu olmayacaktır¹⁷⁶. Şerh verilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesi eşyaya bağlı borç mahiyetiyle her maliki mülkiyetinde doğan borçtan sorumlu kılacağı için, vaat alacaklısı, taşınmazı devralan üçüncü kişi cüz'î halefe karşı mülkiyetin devrini talep edebileceği gibi cüz'î halefin mülkiyetin devrine yanaşmaması ihtimalinde TMK'nun 716. maddesine dayalı tapu iptali ve tescil davası ikame edebilecektir¹⁷⁷. Eşyaya bağlı borç sebebiyle şerh edilen kişisel hak borçluya olduğu kadar üçüncü kişiye de ileri sürülebilecek olması, üçüncü kişiyi tamamen savunmasız bırakmadığından, borçlu gibi üçüncü kişi de vaat alacaklısının istemine karşı hukuki işlemin geçersizliği ve eksikliğine yönelik def'i ve itirazlarını ileri sürebilecektir. Zira borç yüklenmiş üçüncü kişi, asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu savunmaları yapabilecek iken borç yüklenmediği halde kişisel hakkın tapu siciline şerh verilmesi sebebiyle kişisel haktan doğan isteme aykırı düşen def'i ve itirazlarını evleviyetle ileri sürebilecektir¹⁷⁸.

¹⁷² "Yukarıda açıklandığı üzere taşınmaz henüz kooperatif tüzel kişiliği adına kayıtlı iken 16.10.1995 tarihinde haciz tatbik edilmiştir. İİK. 91. ve MK. 920. maddeleri gereğince 16.10.1995 tarihinden sonra taşınmazda hak iktisap edenler taşınmazı hacizli olarak iktisap ederler ve haczin doğuracağı sonuçlara katılmak durumundadır. Kooperatif ortakları da haciz konulduktan sonra ferdî tapularını aldığı için konulan hacizden sorumludur. Kooperatif ortağı olmak sıfatıyla ferdî tapu alınması hacizden doğan yükümlülükleri ortadan kaldırmaz." (12. HD 15.11.1999, 13642/14889).

¹⁷³ "Pay devri ile gerçekleşen kooperatif hissesine ilişkin mülkiyet hakkının da anılan tasarrufa bağlantılı olarak devir alana geçeceği 1163 Sayılı Yasa hükmü gereğidir. Devir ile birlikte devreden üyenin hakla bağlantısının kesileceği kuşkusuzdur. Öte yandan, kesinleşen takip sonucu oluşan borçtan dolayı haczinde mevcut bir hak veya alacak üzerine konması gerekeceği muhakkaktır. Taşınmaz kaydı üzerine 11.6.1999 tarihinde haciz şerhi konduğunda, dava dışı Mete'nin kooperatif üyeliğinden kaynaklanan bir hakkın bulunmadığı sabittir. Hal böyle olunca, davanın kabulü ile şerhin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir." (1. HD 25.04.2003, 4206/4927).

¹⁷⁴ Öğüz, s. 88.

¹⁷⁵ Gerek şahsi gerekse aynı haklar geçerli bir hukuki sebebe binaen ve gerçek hak sahibinden iktisap edilebilir. Ancak tapu sicilindeki aynı hak tescilinin yolsuz olması halinde üçüncü kişilerin iyiniyetli olarak iktisap ettikleri aynı haklar hukuki koruma altındadır.

¹⁷⁶ Şahsi haklar ancak gerçek hak sahibinden iktisap edilebileceğinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicinin temerrüt ya da kusuru sebebiyle feshedilerek ikame edilen tapu iptali ve tescil davasının kabul kararı üçüncü kişilerin iyiniyetli olarak kazandıkları aynı hakları etkilemeyecek ise de yüklenici ile yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi, şahsi hakkın niteliğini etkilemeyeceğinden, üçüncü kişilerin TMK'nun 1023. maddesinden faydalanması mümkün olmayacaktır.

¹⁷⁷ "Davacı tarafından tescili istenen payla ilgili olarak satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı aynı tarihte 673 yevmiye numarası ile tapuya şerh verildiği anlaşılmaktadır. Satış vaadinin tapuya şerh edildiği tarihin üzerinden beş yıldan fazla süre geçmiş ise de şerhin henüz kaldırılmadığı gerek davalı Kemal Çilingir, gerekse Kemal'den devralan Yavuz Kömürlü'nün tapu kaydındaki söz konusu şerhi görerek ve bilerek taşınmazı satın aldıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, tapu iptali ve tescil isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken davalı Kemal'in iyiniyetli üçüncü kişi olarak kabulü ve davacının muvazaa iddiasının kanıtlanmadığı gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir." (14.HD 06.12.2015, 15334/11654).

¹⁷⁸ Sungurbey, s. 112, 113.

B. Şerhin Sınırlı Aynı Hak İle Şerh Edilmiş Şahsi Hak Lehtarları ve Tasarruf Kısıtlamalarına Etkisi

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tapu siciline şerh verilmekle şahsi hakkın niteliği değişmeyip, sadece aynı etki sebebiyle üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme noktasında etkisi güçlenecektir. Dolayısıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh verilmesi tapu sicilini sonraki devir ve kısıtlamalara kapatmayacaktır. Ancak, şerh tapu siciline işlendiği tarih itibariyle sıra ve hukuki kimliğini kazanacağı için müteakiben aynı taşınmaz üzerine sonradan tesis edilmiş sınırlı aynı hak mahiyetindeki irtifak, rehin ya da diğer taşınmaz yükleri ve şerh edilmiş diğer şahsi haklar, şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alacaklısına karşı hüküm ifade etmeyecektir. Zira şerh, şahsi hakkın mevcudiyetini cebri şekilde bildirdiğinden¹⁷⁹, şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesi gereği hakkın yahut hukuki durumun icrası bir diğer ifadeyle mülkiyetin kazanılması üzerine bu mülkiyet vaziyeti ile çatışan ve hak sahibinin mülkiyet hakkını ihlal eden sınırlı aynı hakların terkinin talep edilebilecektir¹⁸⁰. Örnek kabilinden, şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesine istinatla dava ikame edip, mahkeme kararıyla mülkiyeti kazanan şahsi hak lehtarı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh verilmesinden sonra tesis edilmiş ve mülkiyet hakkıyla örtüşmeyen sınırlı aynı hakların (intifa/sükna/ipotek/üst vb.) terkinin isteminde bulunacaktır. Söz konusu istem, şerh edilmiş şahsi hakkın önceliğine dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi (TMK m. 1025) davası marifetiyle gerçekleşecektir. Zira tapu sicilinin düzeltilmesi isteminin dayanağı, maddi hukuk bakımından sona ermiş olmasına karşın şekli yönden tapu sicilinde varlığını sürdüren tescilin kılınmasına ilişkindir. Kaldı ki, şerh, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hak sahiplerine karşı ileri sürülmesi kanunun amir hükmüdür (TMK m. 1009/II). Buna karşın, şahsi hakların şerhinde, şerhe muhalif tasarrufların tescilinin tapu sicilini yolsuzlaştırmadığı ileri sürülerek şerh lehtarının TMK'nun 1025. maddesine dayalı dava açma hakkının bulunmadığı gibi buna ihtiyaç da olmadığı savunulmuştur¹⁸¹. Bu görüşün kabul edilmesi, TMK'nun 1025. madde referansı ile mülkiyet hakkına dayanmaksızın şerhe muhalif hakların bertarafını TMK'nun 716. madde referansı ile şerhe konu şahsi hakkın kazanılmasından sonrası için etkili olacağı için şerhin sağladığı sonraki kazanımları öne geçirecek ve şerh lehtarına tam bir koruma sağlamayacaktır. Zira tapu iptali ve tescil davasının kabulü, şerh tarihi itibariyle geçmişe etkili hukuki sonuç doğurmasını iktiza edecektir.

Tapu siciline şerh edilmiş satış vaadi sözleşmesinin konusu taşınmaz üzerinde üçüncü kişilerin kazandığı sınırlı aynı haklar, şerhe konu şahsi hakkın üstünlüğünü kabul etmiş durumdadır. Ancak, şerh sonrası tesis edilen sınırlı aynı haklar şahsi hakkın kullanılmasında ile hükümsüz olmayıp, şerh marifetiyle aynı etki kazanmış şahsi hak hamilinin terkin istemine maruz ve mahkûm olacaktır¹⁸². Terkin mükellefiyeti altındaki sınırlı aynı haklar, şerh sonrası tesis edilen ve doğmuş borcun ifasında şahsi hak lehtarına zarar verenlerdir¹⁸³. Hemen belirtmek gerekir ki şerh edilmiş şahsi hak ile çatışan sonraki sınırlı aynı hakların terkin edilebilmesi satış vaadine konu taşınmaz devrinin rıza ya da hükmi tescil ile gerçekleşmesine bağlıdır¹⁸⁴. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayalı dava hakkının kullanılması ihtimalinde şerh, zamanaşımının işlemesine engel değildir. Ancak, zamanaşımı şerhin silinmesi için bir neden oluşturmayacaktır. Zira dava zamanaşımı, şerhin konusunu oluşturan şahsi

¹⁷⁹ Sebük, s. 59.

¹⁸⁰ Sungurbey, s. 118.

¹⁸¹ Üstündağ, s. 92.

¹⁸² Kocayusufpaşaoğlu, s. 204.

¹⁸³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 205.

¹⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 205.

hakka ilişkindir. Sınırlı aynı haklardan maada, şerh sonrası taşınmaz üzerine tesis edilen şerh edilmiş şahsi haklar ile tasarruf kısıtlamalarının da¹⁸⁵ şahsi hak lehtarının terkin talebine boyun eğmesi evleviyet kuralı gereğidir. Meğerki TMK'nun 1011. maddesine dayalı geçici tescil şerhi yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasına mümas ve müncer olsun. Zira geçici tescil şerhinin amacı kesin vaziyet hâsıl oluncaya kadar geçecek sürede iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımlarını önlemektir. Dolayısıyla geçici tescil lehtarının aynı hakkı kesinleşirse, taşınmaz satış vaadi şerhi, gerçek hak sahibinden kazanılmamış olup, yolsuz mesabesinde olduğundan, gerçek hak sahibinin mülkiyet hakkına boyun eğecektir.

C. Şerhin Vaat Alacaklısının Şahsi Alacaklısına Etkisi

Şahsi hakların mevcudiyeti ve geçerliliği kanunun ilgili hükümlerine tabidir. Dolayısıyla şerhin etkisi de bağlı olduğu hakkın temelini oluşturan hukuki işlemin mevcut ve geçerli olmasına bağlıdır. Şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alacaklısı, hakkın kendisine sağladığı imkânı kullanıp hukuki durumun icrasını müteakip mahkeme hükmü marifetiyle mülkiyeti kazanmakla birlikte sonradan kurulmuş ve mülkiyet hakkına yük teşkil eden bir şahsi hakkın varlığı halinde mülkiyet hakkına dayanarak şahsi hak niteliğindeki haczin kaldırılmasını isteyebilecektir¹⁸⁶. Nitekim vaat alacaklısı, hakkını kullanmadığı dönemde mülkiyet vaat borçlusu malik üzerinde olduğundan, tapu sicilinin kamuya açıklığı ilkesi gereğince mülkiyet karinesi malik üzerinde olduğundan, vaat borçlusunun alacaklılarının kesinleştirdikleri takip üzerine haciz pek tabidir ki sicilde kayıtlı taşınmaz üzerine tesis edilecektir¹⁸⁷. Keza vaat borçlusunun iflas etmesi halinde taşınmaz iflas masasına dâhil olacaktır. Ne var ki şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, sıra ve hukuki vaziyetini şerh tarihi itibarıyla iktisap edecek olup, sonraki hak sahiplerine karşı ileri sürülebilecektir¹⁸⁸. Dolayısıyla şerhten sonra aynı taşınmaz üzerine tesis edilen şahsi haklara ilişkin şerhler de hükümsüzdür. Bu sebeple şerh, munzam etkisiyle satış vaadi alacaklısına haczin

¹⁸⁵ Sebük, s. 67 vd.

¹⁸⁶ "Satış vaadi şerhinden sonra konulan haciz lehine şerh konulan kişiye karşı ileri sürülemeyeceğinden ve şerh sonrası 5 yıllık süre içerisinde taşınmaz lehine satış vaadi şerhi verilen şikâyetçiye devredildiğinden adı geçen icra mahkemesine başvurarak haczin kaldırılmasını istemesi mümkündür." (12. HD 09.02.2016, 2015/27944, 2016/3174).

¹⁸⁷ "Taşınmazın, borçlunun borcu nedeniyle haczedilebilmesi için haciz tarihinde borçlu adına kayıtlı olması zorunludur. Taşınmaz haciz tarihinde borçlu adına kayıtlı olduğundan, icra müdürünün haciz işleminde usulsüzlük bulunmamaktadır. Daha sonra tapu iptali ve tescil kararına dayalı olarak taşınmazın maliki olan 3. kişinin, haczin kaldırılması için, Hukuk Genel Kurulu'nun 13.06.2001 tarih ve 2001/12-461 Esas 2001/516 Karar sayılı kararında ve Dairemizin süreklilik arz eden içtihatlarında da belirtildiği üzere genel mahkemede mülkiyet hakkına dayalı olarak dava açması gerekir. O halde mahkemece istemin bu nedenlerle reddine karar verilmesi gerekirken, haczin kaldırılması yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." (12. HD 01/12/2015, 18174/30138).

¹⁸⁸ "Somut olayda; borçlu İsmail İçel'in noterlikçe yapılan satış vaadi sözleşmesi ile Metin Binici'ye, şikâyet konusu taşınmaz hisselerinin satışı vadettiği ve bu satış vaadi sözleşmesinin tapu kaydına 23.09.2013 tarihinde şerh verildiği, şikâyetçi tarafından 06.02.2014 tarihinde ve 5 yıllık süre içerisinde tapu maliki takip borçlusu tarafından şikâyetçiye devredildiği, 21.10.2013 tarihinde haciz konulduğu görülmüştür. Bu durumda, satış vaadi şerhinden sonra konulan haciz lehine şerh konulan kişiye karşı ileri sürülemeyeceğinden ve şerh sonrası 5 yıllık süre içerisinde tapuda taşınmazı devreden şikâyetçinin haczin kaldırılması yönündeki şikâyetin mahkemece kabulü ile icra müdürlüğünce tapu kaydına konulan haciz şerhinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile şikâyetin reddine karar verilmesi isabetsizdir." (12. HD 03.03.2015, 2014/29907, 2015/4707).

terkinini¹⁸⁹ ve taşınmazın iflas masasından kurtulmasını sağlayacaktır. Her iki vaziyet de, doğmuş olan borcun ifasında şerh lehtarına zarar verir mahiyettedir. Ancak, haczin kaldırılması için anılan süre içerisinde (Beş yıl) tescil davası açılması ve üçüncü kişi adına taşınmazın tescil işleminin tamamlanması zorunludur. Şerh, aynı etki fonksiyonu ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu taşınmaz mülkiyetinin cebri icraya maruz kalmasına engel değildir. Zira şerhin doğrudan cebri icra ve bu bağlamda ihaleyi savuşturma etkisi yoktur¹⁹⁰. Ancak, şerh lehtarı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkını kullanmadan evvel taşınmaz vaat borçlusunun alacaklısı tarafından paraya çevrilir ise üçüncü kişi mülkiyeti şerh hakkıyla yükümlü olarak kazanacaktır¹⁹¹. Bir diğer ifadeyle taşınmaz satış vaadi alacaklısı hakkını cebri icra satışından kazanan üçüncü kişiye karşı da şerhin aynı etkisi sebebiyle ileri sürebilecektir¹⁹². Meğerki şerh, satış şartnamesi ve mükellefiyet listesinde mevcut olmasın. Şerh ile takviye edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan şahsi hak, şerh öncesi tesis edilen şahsi ve aynı haklara öncelik ve takaddüm etmesi söz konusu olmayacaktır¹⁹³. Buna karşın, şerh süresinde sonra olsa bile tapu iptali ve tescil davasının kabulü ile

¹⁸⁹ “Taşınmaz maliki tarafından terkin talebi edilmediği için tapu sicilinde var olmaya devam eden şerh etkisini devam ettireceğinden ve tapu kaydına bir taraf lehine satış vaadi şerhi işlenerek aleniyet kazandıktan sonra mevcut şerhe rağmen başkaca kısıtlamalar işlenmişse bunlara değer tanınmayacağından, tapunun aleniyet prensibi gereği sonradan konulan şerh sahiplerinin daha önce konulan şerhi gördükleri kabul edileceğinden, dava konusu taşınmazın tapu kaydına, davalı alacaklı Fuat Kutlu lehine Kastamonu 3. İcra Müdürlüğünün 2009/3159 Esas sayılı dosyası üzerinden konulan 12.09.2014 tarihli ve 12394 yevmiye numaralı haciz şerhiyle davalı alacaklı Mehmet Apaydın lehine Kastamonu 3. İcra Müdürlüğünün 2009/4122 Esas sayılı dosyası üzerinden konulan 17.10.2011 tarih 15343 yevmiye numaralı haciz şerhinin de terkinine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulmasına karar verilmiştir.” (14. HD 07.05.2019, 2018/4129, 2019/4081).

¹⁹⁰ “4721 Sayılı TMK'nun 705. maddesi gereğince cebri icra yolu ile satışta ihalenin kesinleşmesi koşulu ile mülkiyet ihale tarihinde alıcıya geçer. İİK'nun 134/son ve 135/1. maddeleri uyarınca, ihalenin kesinleşmesi ile icra müdürlüğüne taşınmazın alıcı adına tescili için tapuya yazı yazılır. Tapuda üçüncü kişi lehine tedbir şerhi olması taşınmazın ihale alıcısı adına tesciline engel değildir. İcra müdürlüğünün yasanın amir hükmüne aykırı davranışı bir hakkın yerine getirilmemesi olup, İİK'nun 16. maddesi uyarınca süresiz şikâyete tabidir.” (12. HD 13.03.2013, 2012/32809, 2013/9083).

¹⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 206.

¹⁹² “Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kural olarak şahsi hak doğuran bir sözleşme olmakla birlikte, Tapu Kanunu'nun 26 ncı ve Türk Medeni Kanunu'nun 1009 uncu maddesi uyarınca tapu kaydına işlenmekle aynı etkinlik ve aleniyet kazanır. Tapu Kanunu'nun 26 ncı maddesine göre bu hak 5 yıl süreyle üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Fakat bu ileri sürme yetkisi önleyici nitelikte değildir; bir diğer ifade ile taşınmaz satış vaadi alacaklısı taşınmazın rızaen temlikli, satışı, başlanması veya üzerine ipotek konulması ya da taşınmazın haczedilmesini engellemez. Taşınmazın icra daire-since satışı sırasında da bu şerh tapu kaydında ve dolayısıyla mükellefiyetler listesinde bulunacağından, satış vaadi alacaklısının hakkını yeni malike karşı ileri sürmesi de mümkün olacaktır.” (HGK, 01.04.2015, 2013/12-1693, 2015/1135).

¹⁹³ “ TMK'nun 1009. maddesinde arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği hükmüne bağlanmıştır. Davacıda usulüne uygun olarak düzenlenmiş satış vaadi sözleşmesinin tapu kaydına şerh verilmesi için Tapu Sicil Müdürlüğüne başvuruda bulunmuş, ancak taşınmaz kaydındaki kamu hacizleri nedeni ile şerh istemi reddedilmiştir. Taşınmaz kaydındaki kamu hacizlerinin satış vaadi sözleşmesinin şerhine engel teşkil etmeyeceği kuşkusuzdur. Mahkeme de bu gerekçelerle davayı kabul etmiştir.” (14. HD 20.01.2012, 2011/15119, 2012/563).

mülkiyet vaat alacaklısına intikal edeceğinden, sonraki hacizler aynı nitelikteki mülkiyet hakkına karşı hüküm ifade etmeyecektir.¹⁹⁴.

SONUÇ

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir borçlandırıcı hukuki işlemdir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi taraflar arasında nispi bir borç ilişkisi tevhit edip, kendisine taşınmazın satışı vaat olunan tarafın hakkı, vaat borçlusu maliki satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin irade beyanında bulunmaya zorlamaktır. Söz konusu hak, aynı mahiyette olmadığından kural olarak ancak borçlandırıcı sözleşmenin tarafına karşı ileri sürülebilir. Buna karşın taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tapu siciline taraflardan birinin istemi üzerine şerh verilmesi halinde, hakkın niteliği aynı hak olmamakla birlikte şerh sebebiyle aynı tesir kazanmıştır. Söz konusu aynı tesir, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan şahsi hakkın herkese karşı değil, şerhten sonra taşınmaz üzerinde hak sahibi olanlara karşı ileri sürülmesini sağlayacaktır. Zira şerh verilmiş kişisel haklar, aynı haklar gibi herkese karşı değil, sadece şerh verilmiş taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hak sahiplerine karşı ileri sürülebilme yetkisini haizdir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhi iki etkiyi içinde barındıracaktır. Bunlardan ilki, şerhten sonra taşınmazın her yeni maliki, mülkiyeti döneminde doğan borç ile sorumludur. Şerh sonrası taşınmazı iktisap eden her yeni malik borçlanma iradesi olmadığı halde eşyaya bağlı borç ilişkisi sebebiyle vaat alacaklısına taşınmazı devir ve tescil yükümlülüğü altına girecektir. Şerhin ikinci etkisi ise şerhten sonra kişisel hakkın konusu olan taşınmazda sınırlı aynı hak tescili ya da diğer kişisel bir hakkın şerhi marifetiyle kazanılan haklardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin etkisiz kalmasını sağlayan munzam ya da aynı bir etkidir. Mülkiyet satış vaadi alacaklısına intikal ettikten sonra hak sahibi, şerhten sonra taşınmaz üzerine tesis edilmiş olan ve mülkiyet hakkı ile bağdaşmayan bütün sınırlı aynı hakların terkin edilmesini talep ve dava edebileceği gibi şerhten sonra önceki malikin borcu sebebiyle taşınmazın haczi halinde haczin mürtefi kılınmasını da isteyebilecektir. Zira şerhe rağmen yapılan sınırlı aynı hak tescilleri muteber olmadığı kadar şerh sonrası yapılan şahsi haklara ilişkin şerhler de şerh lehtarına karşı hükümsüzdür. Nitekim üzerinde şerh bulunan satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazın mülkiyetini cebri icra satışından kazanan kişi, şerh lehtarının haklarına maruz kalıp, katlanmak mükellefiyeti altına girecektir. Bir diğer ifadeyle şerh sonrası taşınmaz üzerine malikin borçlarından dolayı ipotek ya da haciz tatbik ettiren kişi, şerh lehtarının haklarına halel getiremeyeceği gibi, cebri icradan şerhe konu taşınmazı iktisap eden kişi de şerh lehtarının haklarını bertaraf edemeyecektir. Ancak, bu korumanın sağlanması, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tapu kütüğüne şerh edilmiş olsa dahi, şerh lehtarı adına tescil işlemi gerçekleşmedikçe mülkiyetin intikalini sağlamayacağından, ipotek, haciz ya da diğer takyidatların kaldırılması için şerhten itibaren beş yıl içerisinde tescil davası açılması ve üçüncü kişi adına taşınmazın tescil işleminin tamamlanması zorunludur. Zira tapu sicilindeki şahsi yük ya da sınırlı aynı sınırlamalar ile diğer takyidatların terkinini aynı hak sahibine tanınmıştır. Kaldı ki malikin tasarruf işlemlerini icra edebilmesi mülkiyetin tapu siciline tescil edilmiş olmasına bağlıdır. Şerhin gerek eşyaya bağlı borç

¹⁹⁴ “Her ne kadar taşınmaz satış vaadi şerhi 5 yıl süre ile geçerli ve tapu iptal davası 5 yıllık süre geçtikten sonra açılmış ise de, sonuçta bu satış vaadi şerhine dayalı olarak verilmiş ve kesinleşmiş bir tapu iptal tescil kararı olduğundan, kararın kesinleşmesinden sonra konulan haciz sonuç doğurmayacağından şikâyetin kabulü yerine 5 yıllık süreden sonra tapu iptal tescil davası açılması gerekçe yapılarak şikâyetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” (12. HD 07.02.2012, 2011/16970, 2012/2507).

gerekse aynı etkisi kurucu nitelik mahiyetinde olup, şerhin etkisi, konusunu oluşturan nispi hak ile sınırlı olacaktır. Şahsi haklar ancak gerçek hak sahibinden kazanılacağından, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazın yolsuz tescilli olarak tapu sicilinde kayıtlı olması şerh lehtarının tapu siciline güven ilkesinden (TMK m. 1023) faydalanmasına cevaz vermeyecektir.

KAYNAKÇA

- Aday Nejat, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992.
- Antalya Gökhan, Eşya Hukukuna Hâkim İlkelerden Aleniyet İlkesi, MÜHFHAD, 2017, C. 23, S. 3, s. 419- 440.
- Ayiter Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953.
- Başpınar Veysel, Sınırlı Ayni hakların Sırası, TNBHD, S. 78 1993.
- Buz Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Bütün Yılmaz Derya, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, TAAD, S. 38 (s. 107-130).
- Cansel Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964.
- Çenberci Mustafa, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1986.
- Doğan Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Kısıtlamasının Şerhi Ankara 2004.
- Erel Şafak, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.
- Erman Hasan, Arsa payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959.
- Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982.
- Kurt Ekrem, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul 2004.
- Nomer Haluk Nami/Ergüne Serkan, Eşya Hukuku, İstanbul 2020.
- Oğuzman Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, İstanbul 2020.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2020.
- Oğuzman Kemal, Eşyaya Bağlı Hak Kavramı Ve Ayrıcı Vasıfları, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, (s. 108-126).
- Olgaç Senai/Karahasan Mustafa, Gayrimenkullerin Akid Esasına Dayanan İktisap Ve Tescilleri, İstanbul 1956.
- Öğüz Tufan, Taşınmazlar Üzerinde Ayni Hak İktisabında İyiniyetin Korunmadığı Haller, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, İstanbul 1988.
- Özçelik Ş. Barış, Tapu Siciline Güvenin Korunması, Ankara 2016.
- Sebük Tahir, Şüfa, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul 1951.
- Sapanoğlu Süleyman, Tapu İptali Ve Tescil Davaları, Ankara, 2015.
- Sarı Suat, Arsa Payı karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Hakkın Şerhi, İÜHFMD, C. LXIV, S.2, (s. 273-299). 2006.
- Saymen Ferit/Elbir Halid, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954.
- Sirmen Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2017.
- Sungurbey İsmet, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963.
- Surlu Mehmet Handan, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 2007.
- Şahan Gökhan, Kişisel Hakların Şerhi, Ankara 2020.

Topuz Murat, Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara 2020.

Ünal Mehmet, Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra Düzeni, Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009.

Üstündağ Saim, Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959. (Tapu Kütüğü).

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.

Von Tuhr A (Çev. Edege Cevat), Borçlar Hukuku, C. 1, İstanbul 1952.

Yakuppur Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2015.

Yıldırım Abdülkerim, Türk Hukukunda Tapuya Güven Yoluyla Ayni Hak Kazanımı, Ankara 2016.

4f TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA ÜRETİCİNİN SINIRLI AYIP SORUMLULUĞU VE ZORUNLU GARANTİ SORUMLULUĞU

(PRODUCER'S LIMITED DEFECT LIABILITY AND OBLIGATORY GUARANTEE UNDER THE CONSUMER PROTECTION LAW)

Dr. Öğr. Üyesi Erhan KANIŞLI* **

ÖZ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 11/2 uyarınca üretici, satıcının ayıplı ifası durumunda tüketiciye karşı satıcı ve ithalatçı ile birlikte müteselsilen sorumludur. Bu sorumluluk sınırlı ayıp sorumluluğudur. Zira tüketici, üreticiye karşı sadece ücretsiz onarım veya ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkını ileri sürebilir. Üretici, ayıbın malı piyasaya sürdükten sonra doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur. Sınırlı ayıp sorumluluğunun yanısıra, üreticinin (ve ithalatçının), TKHK m. 56 çerçevesinde garanti belgesi ile satılması zorunlu olan maldaki ayıba ilişkin garanti sorumluluğu da bulunmaktadır. Zorunlu garanti sorumluluğu kapsamında, tüketicinin öncelikli olarak kullanması gereken hak, garanti süresi içinde ortaya çıkan ayıbın ücretsiz onarılmasını isteme hakkıdır. Şayet maddede belirtilen sebepler nedeniyle onarım hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemişse, tüketici artık diğer seçimlik haklarından birini kullanabilir. Ancak her hâlükârda, tüketicinin üreticinin garanti sorumluluğuna başvurabilmesi için ayıbın kullanım hatasından kaynaklanmaması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Üreticinin Sorumluluğu, Garanti Sorumluluğu, Garanti Belgesi, Ayıp Sorumluluğu, Tüketicinin Korunması

ABSTRACT

Pursuant to Article 11/2 of the Consumer Protection Law (CPL) numbered 6502, in case of seller's defective performance, the producer is held liable jointly and severally with the seller and importer to the consumer. This liability is considered as limited defect liability in that the consumer may solely exercise either the right to repair free of charge or the right to replacement towards the producer. The producer's liability is excluded if the producer proves that the defect of the sold good has emerged after he placed the good on the market. Alongside the limited defect liability, within the scope of Article 56 of the CPL, the producer incurs guarantee liability for the defect of a good which is to be sold with the warranty certificate. Under this obligatory (statutory) guarantee, the right which the consumer is entitled to in the first place is the right to free repair of the good, the defect of which

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 27.01.2021. İlk hakem raporu tarihi: 05.02.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 09.02.2021 Onaylanma tarihi: 09.02.2021

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID Belirleyicisi: 0000-0003-0395-4267.

Esere Atıf Şekli: Erhan Kanişlı, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Üreticinin Sınırlı Ayıp Sorumluluğu ve Zorunlu Garanti Sorumluluğu", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1003-1036.

arises in the course of guarantee period. In cases where the repairment is not performed at all or properly due to reasons set forth in the respective article, the consumer may exercise one of other alternative rights. Yet, in any case, in order for the consumer to have recourse to the producer's guarantee liability, the defect should not be caused by any misuse or abuse of the consumer.

Keywords: *Producer's Liability, Guarantee, Liability, Certificate of Warranty, Warranty for Defective Goods, Consumer Protection*

GİRİŞ

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK)² varlık sebebi, tüketicilerin piyasaya mal ve hizmet sunan girişimcilerle olan ilişkilerinde korunma ihtiyacıdır. Satıcı, üretici ya da ithalatçı karşısında gerek bilgi eksikliği gerekse ekonomik açıdan güçsüzlüğü sebebiyle zayıf konumda bulunan tüketici, TKHK'da öngörülen düzenlemeler kapsamında çeşitli yönlerden korunmaktadır. Bu düzenlemelerin bazıları tüketicinin sözleşme iradesinin sağlıklı ve bilinçli oluşmasına (irade özerkliğinin korunmasına), bazıları da tüketicinin sağlığının, vücut bütünlüğünün ve malvarlığının korunmasına hizmet etmektedir³. Kanun koyucu tüketicilerin hangi açılardan korunacağını genel ve soyut bir ifadeyle TKHK m. 1'de belirtmiş, çeşitli maddelerle de bu korumayı somutlaştırmıştır. Bu kapsamda, girişimcilerin tüketiciyi belirli sözleşmeler açısından sözleşme öncesinde veya sırasında bilgilendirme yükümü, aldatıcı reklamlara ve haksız ticari uygulamalara ilişkin yasak ve yaptırımlar, sözleşmelerde yer alan haksız şartlara ilişkin denetim ve mal veya hizmetlerin ayıplı ifası halinde tanınan haklar örnek olarak sayılabilir.

Tüketici esas olarak kendisine mal veya hizmet sunan sözleşme tarafına karşı korunmaktadır. Ancak bazı hallerde tüketicinin haklı menfaatleri gereği sözleşme tarafı olmayan kişilere karşı da korunması gerekir. Nitekim günümüzdeki uzmanlaşma ve işbölümüne dayalı pazarlama ve dağıtım ağı dikkate alındığında, tüketicinin karşısına sorumlu olarak sadece bu ağın son halkası olan nihai satıcıyı çıkarmanın bazı durumlarda tüketiciyi koruma amacı bakımından yetersiz olduğu görülmektedir.

Kanun koyucu bu ihtiyaca cevap olarak, tüketicinin satın aldığı malların ayıplı çıkması halinde, TKHK m. 11/2 uyarınca üreticinin ve ithalatçının onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları bakımından, tüketiciye karşı satıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağını öngörmüştür. Ürünü en iyi bilen ve özelliklerine hâkim olan kişi üreticidir. Bu nedenle, ürünü piyasaya sürerek ekonomik menfaat elde eden üreticiyi, üründeki ayıp kendisinden kaynaklandığı takdirde sorumlular arasına dâhil etmek pratik açıdan yerindedir. Üreticinin yurt dışında olduğu ihtimallerde, tüketicinin etkin korunması adına daha kolay ulaşılabileceği ithalatçının da sorumlu tutulması aynı şekilde anlamlıdır.

Öte yandan, TKHK m. 11/2'de düzenlenen sınırlı ayıp sorumluluğu dışında, TKHK m. 56'da ayrıca garanti belgesiyle satılması zorunlu olan mallar bakımından üretici ve ithalatçının garanti sözleşmesinden doğan sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu noktada belirtelim

² Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG. 28.11.2013/28835.

³ Grunewald Barbara / Peifer Karl-Nikolaus, **Verbraucherschutz im Zivilrecht**, Springer Verlag Berlin Heidelberg, 2010, N. 2; Sirmen Lâle, "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", **Journal of Yaşar University**, Yıl 2013, Cilt 8, Özel Sayı, s. 2465, 2466.

ki, TKHK çerçevesinde ve malın ayıplı çıkması sebebiyle gündeme gelen bu iki sorumluluktan başka, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu⁴ m. 6 uyarınca üreticinin piyasaya sürdüğü ürünlerden zarar görenlere karşı haksız fiile dayanan özel ve kusura bağlı olmayan bir tazminat sorumluluğu da bulunmaktadır. Aslında “üreticinin sorumluluğu” kavramının teknik anlamda karşılığı budur. Bu bağlamda, üreticinin sorumlu olduğu zararlar, hatalı (güvenli olmayan) ürünün yol açtığı ölüm ve yaralanmadan doğan zararlar (kişiyen gelen zararlar) ile hatalı ürün dışındaki malların hasara uğraması veya telef olmasından doğan zararlardır (mala gelen zararlar)⁵.

O halde, bugün için Türk hukuku açısından üreticinin üç farklı sorumluluğu söz konusudur: (i) Tüketici işlemleri kapsamında, ayıplı ifadan doğan sınırlı sorumluluk, (ii) yine tüketici işlemleri kapsamında, zorunlu garantiye dayanan sorumluluk ve (iii) zarar görenin tüketici sıfatına sahip olup olmamasından ya da ürünü tüketici işlemi ile elde edip etmemesinden bağımsız olarak, ÜGTDK m. 6 uyarınca hatalı ürünlerden kaynaklanan tazminat sorumluluğu. Bu üç sorumluluk türünün bazı olaylarda bir arada bulunabilmesi mümkün olmakla beraber, hukuki temelleri, şartları ve kapsamlarının farklı olduğu belirtilmelidir.

Bu çalışmada, öncelikle üreticinin TKHK m. 11/2 çerçevesinde ayıptan doğan sınırlı sorumluluğu incelenecek, bu bağlamda sorumluluğun şartları, kapsamı, tüketicinin hakları, masraflar ve diğer zararlardan sorumluluk ve zamanaşımı konuları üzerinde durulacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde, üreticinin TKHK m. 56 uyarınca zorunlu garanti sorumluluğu ele alınacak ve özellikle bu hükmün TKHK m. 11/2 ile ilişkisi konusunda ortaya çıkan sorunlara ve doktrindeki görüşlere işaret edilerek, değerlendirmede bulunulacaktır. Üreticinin ÜGTDK açısından sorumluluğu ise bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Gerek sınırlı ayıp sorumluluğunda gerekse zorunlu garantiden doğan sorumlulukta, ithalatçı üretici ile birlikte müteselsil sorumlu tutulduğundan, çalışma boyunca sadece üreticiden bahsedildiği hallerde, aksi belirtilmedikçe, aynı zamanda ithalatçının da sorumlu olduğu akıld tutulmalıdır.

⁴ Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, Kanun Numarası: 7223, Kabul Tarihi: 05.03.2020, RG. 12.03.2020/31066.

⁵ Hess Hans-Joachim, **Kommentar zum Produktheftpflichtgesetz**, 2. Bası, Paul Haupt Verlag, 1996, Art. 1, N. 29; Öztan Bilge, **İmalatçının Sorumluluğu**, Turhan Kitabevi, 1982, s. 93 vd.; Havutçu Ayşe, **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 82 vd.; Baysal Başak, **Haksız Fiil Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık 2019, N. 3.135; Atamer Yeşim M. / Kurtulan Güner Gökçe, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş Müdür?”, **AÜHF**, C. 70, S. 2, 2021, s. 566; Ünal A ve Kalkan A, “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler”, **TAAD**, Yıl 11, S. 39, Temmuz 2019, s. 67, 68. Kanişlı Erhan, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 78, S. 3, Aralık 2020, s. 1419; Al Dursun, “7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Kapsamında Ürün Kavramı ve Üreticinin Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 169, Eylül 2020, s. 1810. Örnek olarak, elektrik aksamında bozukluk bulunan mikrodalga, kanserojen madde içeren oyuncak, ABS (kilitlemeyi önleyen fren sistemi) sensörü hatalı üretilen otomobil, bileşiminde cilt hastalıklarına yol açabilecek kimyasal bulunan saç bakım şampuanı, genetiği değiştirilmiş gıda maddesi gibi ürünlerin vücut bütünlüğüne ya da diğer mallara verdikleri zararlar bu sorumluluğun kapsamına girer. Güncel bir Yargıtay kararından örnek vermek gerekirse, “*Davacılar, davalı tarafından üretilen ve garanti belgesi düzenlenen düdüklü tencerenin 08.11.2011 tarihinde yemek pişirildiği sırada patladığı ve o sırada mutfakta bulunan küçük kızları.....'nun yüzünde, kolunda ve boynunda 2. derece yanıklar meydana geldiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile baba... ve anne... için ayrı ayrı 10.000,00 TL manevi tazminat ile 1.500,00 TL maddi tazminatın,..... için 15.000,00 TL manevi ve 2.000,00 TL maddi tazminatın, abla... için 5.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini talep ve dava etmişlerdir.*” (Y. 3. HD., E. 2020/4192, K. 2020/4648, T. 23.9.2020, www.kazanci.com.tr).

I. ÜRETİCİNİN SINIRLI AYIP SORUMLULUĞU

A. Genel Bakış

TKHK m. 11/2 uyarınca üreticinin (ve ithalatçının), satıcı ile tüketici arasındaki sözleşmenin ayıplı ifasına bağlı olarak belirli seçimlik haklar açısından sınırlı ayıp sorumluluğu bulunmaktadır⁶. Bu sorumluluk, ilgili hükümde, “*ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Bu fıkradaki hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu noktada, konunun daha sağlam temelde incelenebilmesi için, öncelikle üretici, ithalatçı ve ayıp kavramlarının açıklanması faydalı olacaktır.

Üretici, TKHK m. 3/1 (n)’de, “*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal ya da bu malların hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine markasını, unvanını veya herhangi bir ayırt edici işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde hayli geniş tanımlanır.

İthalatçı ise TKHK m. 3/1 (e)’ye göre, “*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere mal veya hizmetleri ya da bu malların hammaddelerini yahut ara mallarını ticari veya mesleki amaçlarla ithal ederek satım, kira, finansal kiralama veya benzeri bir yolla piyasaya süren gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade eder. Bazı yazarlar, ithalatçı tanımındaki “piyasaya süren gerçek veya tüzel kişi” ibaresinin, ithalatçı ile “satıcı ve sağlayıcı” kavramlarının ayırt edilmesini engelleyecek şekilde yanlış anlaşılmaya yol açabileceği görüşündedir. Onlara göre, buradaki piyasa ibaresi, tüketicilere doğrudan mal veya hizmet sunulan perakende piyasası anlamına geldiğinden, tanımdaki “piyasaya sürme” faaliyeti de, bizzat satıcı veya sağlayıcının faaliyetine gönderme yapar. Bu sebeple, ithalatçının, tüketicilere doğrudan mal veya hizmet sunan değil, satıcı veya sağlayıcıya mal ve hizmet sunan kişi olarak anlaşılması gerekir⁷. Kanaatimizce, yazarların endişesi bir ölçüde yersizdir⁸. Zira tanımdaki “piyasaya sürme” ifadesinin, nihai kullanıcılarla sözleşme yapmak, yani tüketicilere yönelik doğrudan mal veya hizmet sunmak olarak anlaşılma zorunluluğu yoktur. Aşağıda daha ayrıntılı açıklayacağımız üzere, “piyasaya sürme” ifadesini, malın ithalatçının hâkimiyet ve etki alanından çıkması, örneğin toptancıya, tek satıcıya veya perakendeciye teslimi olarak anlamak gerekir. Kısacası Kanun’daki piyasaya sürme kavramı, ürünün perakende piyasası da dâhil, ürünün sürüm ve dağıtım zincirine sokulması şeklinde geniş yorumlanmalıdır. TKHK m. 11/2’deki “*üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra*

⁶ TKHK’nın ayıp sorumluluğuna ilişkin maddeleri satış sözleşmesi terminolojisine göre kaleme alınmışsa da, burada hatırlanmalıdır ki, tüketici işlemi niteliğinde olan eser sözleşmesi ya da kira sözleşmesindeki ayıplar için de söz konusu maddeler uygulama alanı bulur (Gümüş Mustafa Alper, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1**, Vedat Kitapçılık 2014 s. 104; İnceoğlu M. Murat, “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar)**, Der. Doç. Dr. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 154 vd.). Diğer taraftan önemle belirtelim ki, teorik olarak, tüketicinin karşısında haklarını yöneltilebileceği üç kişi bulunsun da, tüketici pratikte çoğu zaman (satıcı dışında veya satıcı ile beraber) ya üreticiye ya da ithalatçıya başvuracaktır. Zira eğer ürün yurt içinde üretilmişse, zaten ithalatçının varlığından söz edilemez. Ürünün yurt dışında üretilip, Türkiye’ye ithal edildiği hallerde ise, tüketici çoğu zaman daha kolay ulaşacağı ithalatçıya dava açmayı tercih edecektir (İnceoğlu, s. 195; Kanışlı, s. 1422 dn. 18).

⁷ Gümüş, **Şerh**, s. 22, 23; Çabri Sezer, **6502 sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Adalet Yayınevi, 2016, s. 31, 32.

⁸ Başka bir gerekçeyle aynı yönde bkz. Erbek Odabaşı Özge, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Garanti Belgesinin Hukuki Niteliği”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 624-625.

ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz” hükmü de bu yönde bir yorumu destekler.

Doktrinde genel kabul gören tanıma göre, ayıp, satılarda, satıcının vadettiği niteliklerin bulunmaması ya da (aynı türden diğer şeylerle karşılaştırıldığında) satılanın kullanım amacı bakımından değerini ve sözleşmeye göre beklenen faydayı azaltan ya da kaldıran nitelik eksikliklerinin bulunmasıdır⁹. Bu bağlamda, ayıp, satıcının gerçeğe uygun olmayan nitelik vaadinden (zikir ve vaat edilen nitelik eksikliğinden) veya maldaki lüzumlu (gerekli) nitelik eksikliğinden kaynaklanabilir. Aynı tanıma dayanmakla birlikte, TKHK m. 8’de ayıp daha ayrıntılı kaleme alınmıştır¹⁰: “(1) *Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır. (2) Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir*”¹¹.

⁹ Yavuz Cevdet, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, 1. Bası, Beta, 1989, s. 18; Tandoğan Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1**, 5. Basıdan 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 163; Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017, s. 100; Özel Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 112; Cumalıoğlu Emre, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Satıcının Ayıplı Maldan Sorumluluğunun Koşulları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 20, 21.

¹⁰ Bu düzenleme yapılırken, 1999/44 sayılı AB Direktifi (25.5.1999 tarihli, 1999/44 AT sayılı Tüketici Malları Satış Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi) m. 2 esas alınmıştır (Direktif ile ilgili açıklamalar için bkz. Erlüle Fulya, “Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, 2004, s. 419 vd.; Demir Mehmet, “Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme”, **AÜHFĐD**, C. 54, S. 3, 2005, s. 26 vd.). Buna rağmen, düzenlemedeki ayıp tanımının belirli açılardan Direktif’teki karşılığı ile tam olarak örtüşmediği görülmektedir (bu konuda ayrıntılı karşılaştırma için bkz. Atamer Yeşim M. / Baş Ece, “Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayrıptan Doğan Sorumluluk”, **İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları Ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı**, C. 88/1, 2014, s. 22-27). Belirtmek gerekir ki, yakın bir tarihte, Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından tüketici satışlarına ilişkin yeni bir Direktif yayımlanmıştır (20.5.2019 tarihli, 2019/771 AT sayılı Malların Satış Sözleşmelerinin Bazı Yönleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi). Bu Direktif’in 23’üncü maddesine göre, 1999/44 sayılı AB Direktifi, 1.1.2022 itibarıyla yürürlükten kalkacaktır. Direktif’in 24’üncü maddesine de, bu tarihten önce akdedilen sözleşmelere Direktif hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Ayıbın kapsamı, Direktif’te sözleşmeye aykırılık kavramı altında 5 ila 9. maddeler arasında düzenlenmiş olup, esas itibarıyla (eski) 1999/44 sayılı AB Direktifi m. 2 ile paralellik arz etmektedir. Yeni Direktif ile ilgili açıklamalar için bkz. Atamer Yeşim M. / Hermidas Semir, “Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf”, **Aktuelle Juristische Praxis (AJP)**, S. 48, s. 48 vd.

¹¹ TKHK m. 8/3’te ise, malın ifa zamanında teslim edilmemesi, montajının gereği gibi yapılmaması ve montaj talimatının eksik ya da yanlış olması hallerinin ayıplı ifa kabul edileceği belirtilmektedir: “Sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi veya montajın satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hallerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj

Üreticinin tüketici sözleşmesinin ayıplı ifasından kaynaklanan sınırlı ayıp sorumluluğu, yalnızca iki seçimlik hak bakımından söz konusudur. Tüketici, ayıplı ifa halinde, satıcıya karşı ücretsiz onarım, bedel indirimi, ayıpsız benzeriyle değiştirme¹² ve sözleşmeden dönme haklarına sahipken; üretici ve ithalatçıya karşı ancak ücretsiz onarım veya ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarını kullanabilir¹³. Doktrinde bazı yazarlar, 4077 sayılı eski TKHK m. 4/3'teki düzenlemeyle kıyaslandığında, TKHK m. 11/2'nin tüketicinin korunması

hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur". Montajın gereği gibi yapılmaması ve montaj talimatındaki eksiklik/yanlışlığın ayıplı ifa sayılması 1999/44 sayılı AB Direktifi m. 2/5'teki düzenlemeden alınmıştır. Bu noktada, malın tesliminde temerrüt halinin Kanun'a dâhil edilmesinin AB hukuku ile bağdaşmadığı ayrıca not edilmelidir. Ayıp kavramının sınırlarını zorlayan bu düzenleme hakkındaki görüşler için bkz. Atamer / Baş, s. 25, 26; Çabri, s. 177-181; Aydoğdu Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, 2015, s. 133 vd.; Cumaloğlu, s. 23.

¹² Bu hak, TKHK m. 11/1 (ç)'de "*satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme*" şeklinde ifade edilmiştir. Ayıpsız misli ibaresinden hareketle hükmün sözüne sıkı sıkıya bağlı kalındığında, bu hakkın sadece çeşit satışlarında kullanılabilceği, parça satışlarında kullanılamayacağı gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak, doktrindeki hâkim görüş tarafından da haklı olarak işaret edildiği gibi, hükmü hem tüketiciyi koruma amacı hem de TBK m. 227/1 b. 4 ekseninde yorumlayarak, bu hakkın sadece çeşit satış için değil, imkân bulunduğu takdirde parça satışı açısından da kullanılabilceği sonucuna varılmalıdır (Gümüş, **Şerh**, s.120, 121; Çabri, s. 260; İnceoğlu, s. 181; Serozan Rona / Baysal Başak / Sanlı Kerem Cem, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, On İki Levha Yayıncılık, 2019, N. 778; karşı görüş için bkz. Aydoğdu, **Tüketici**, s. 173. TBK m. 227/1 b. 4 açısından, eski BK'dan farklı olarak, parça-çeşit ayrımı tartışması sona ermiştir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yücedağ Nafıye, **Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı -TBK ve CISG Uyarınca-**, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 167 vd.). Bu sebeple, biz, makalede "ayıpsız misliyle değiştirme" yerine, hükmün amacını ve kapsamını daha iyi yansıtmaya bakılmadan, TBK m. 227'deki "ayıpsız benzeriyle değiştirme" kavramını kullanmayı tercih ediyoruz (aynı ifadeyi tercih eden yazarlara örnek olarak Çabri, s. 260; bu hakkı "yenisi ile değiştirme" şeklinde ifade eden yazarlar için bkz. Atamer / Baş, s. 37; İnceoğlu, s. 180; Aslan İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Ekin 2015, s. 195; Yücedağ, s. 167; Birinci Uzun, Tuba, "Garanti Belgesi Uygulaması, Bu Uygulama İle Tüketicie Sağlanan Koruma ve Karşılaşılan Sorunlar", **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl 5, Sayı 46, Haziran 2010, s. 100).

¹³ Sözleşmeden dönme ve bedel indirimi hakları yenilik doğuran haklardır (Buz Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, 2005, s. 179; Yavuz Cevdet/ Acar Faruk/ Özen Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 16. Baskı, Beta, 2019, s. 88; Gümüş, **Şerh**, s. 109 vd.; Atamer Yeşim M. / İnceoğlu M. Murat, "Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu Sorunu", İstanbul, 2012, s. 55; Atamer / Baş, s. 35). Buna karşılık, ücretsiz onarım ve malın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi (TKHK'daki ifadeyle "ayıpsız misli ile değiştirilmesi") seçimlik haklarının niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu haklar da yenilik doğuran hak niteliğindedir (Yavuz / Acar / Özen, s. 88; Zevkililer Aydın / Gökyayla K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 134; Gümüş, **Şerh**, s. 121; Aslan, **Tüketici**, s. 170). Yargıtay da bu görüştedir (bkz. Y. 13. HD., E. 2008/11013, K. 2009/2410, T. 25.2.2009; Y. 13. HD., E. 2018/2931, K. 2019/10307, T. 22.10.2019; tüketici haklarını terditli kullansa dahi Mahkeme'nin terditli şekilde hüküm kuramayacağı yönünde bkz. Y. 13. HD., E. 2018/489, K. 2019/7685, T. 25.6.2019; Y. 13. HD., E. 2016/27257, K. 2020/2249, T. 17.2.2020, www.kazanci.com.tr). Bizce de üstün tutulması gereken görüşe göre, söz konusu haklar aynen ifa talebinin devamı görünümünde olup, alacak hakkı niteliğindedir (Buz, s. 171, 172; Serozan / Baysal / Sanlı, N. 778; Kahveci Nalan, **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, Adalet Yayınevi, 2014, s. 137; Atamer / İnceoğlu, s. 55; İnceoğlu, s. 191; Atamer / Baş, s. 35; Kapanacı Kadir Berk, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayrıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesen Garanti Taahhütleri**, XII Levha Yayıncılık, 2012, s. 46 vd.; Çabri, s. 224; Erbek Odabaşı, s. 625; Aslan Bayram, **Tüketicinin Onarım Hakkı**, Lykeion, 2018, s. 51, 52).

açısından bir geriye gidiş olduğu görüşündedir¹⁴. Zira eski düzenlemede, üretici ve ithalatçının, tüm seçimlik haklar bakımından satıcı, bayi ve acente ile birlikte müteselsilen sorumluluğu kabul edilmişti¹⁵. Bize göre, yeni düzenleme menfaatler dengesi açısından eskisine nazaran daha yerinde bir düzenlemedir¹⁶.

Tüketici, onarım ya da ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarından birini, müteselsil sorumlulardan (satıcı, üretici ve ithalatçıdan) dilediğine ya da hepsine karşı ileri sürebilir¹⁷. Bu hakların kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkan onarım borcu ve ayıpsız benzeriyle değiştirme borcunun yerine getirilmesinden, satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsil sorumlu kılınmıştır. Buna göre, söz gelimi tüketici onarım hakkını satıcıya karşı kullanmış ve fakat satıcı bu borcu hiç ya da gereği gibi ifa edememişse, tüketici dilerse aynı hakkı üretici ve/veya ithalatçıya karşı ileri sürebilir¹⁸. Bu düzenleme ile, her ne kadar tüketici ile aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da, üretici ve ithalatçı, anılan seçimlik hakların borçlusu olarak kabul edilmiş ve tüketiciye bu kişilere karşı “doğrudan talep hakkı” tanınmıştır¹⁹. Kanundaki ayıplı mala ilişkin hükümlere esas teşkil eden 1999/44 sayılı AB Direktifi’nde (ve bunu yakın bir zamanda ilga edecek 2019/771 sayılı AB Direktifi’nde) karşılığı bulunmayan bu sorumluluk²⁰, gerekçede belirtildiği üzere sözleşmenin nispiyeti ilkesinin bir istisnasını

¹⁴ Aydoğdu, **Tüketici**, s. 115; Aydoğdu Murat, **Milli Şerh (National Commentary) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Editörler: Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, 1. Bası, Aristo Yayınevi, 2016, m. 11, s. 315, 316; Aslan, **Tüketici**, s. 193; Ceylan Ebru, “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Garanti Belgesi ve Satış Sonrası Hizmetlere İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2016, s. 422.

¹⁵ 4077 sayılı eTKHK m. 4/3: “İthalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur”.

¹⁶ Aynı görüşte bkz. Atamer / İnceoğlu, s. 69, 70; İnceoğlu, s. 198, 199; Atamer / Baş, s. 53 (“Dolayısıyla tüketicinin, üreticiye karşı dönme yenilik doğuran beyanında bulunarak, satıcıya ödemiş olduğu parayı veya bedelin indirilmesi hakkını kullanarak aradaki farkı kendisinden geri istemesi mümkün olmaz. Zira tüketici üreticiye, ondan geri isteyebileceği bir ödemeye yapmamıştır. Tüketici bu yenilik doğuran haklarını ancak satıcıya karşı kullanabilir”. A.g.m., s. 54’ten naklen); Kapancı, **Satış**, s. 78, 79; Kara İlhan, **Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, Engin Yayınevi, 2015, s. 788; Aslan, **Onarım**, s. 160; Çilci Çiğdem, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Ayıplı Mal Satışı Nedeniyle Müteselsil Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 30.

¹⁷ Gümüş, **Şerh**, s. 117; Erbek Odabaşı, s. 631.

¹⁸ Gümüş, **Şerh**, s. 117; İnceoğlu, s. 195; Erbek Odabaşı, s. 631.

¹⁹ Fransız hukuku kaynaklı **doğrudan talep hakkı** (*action directe*), alacaklının, borçludan başka kişilere, âdeta arada bir sözleşme ilişkisi varmış gibi sözleşme hükümlerine göre başvuru hakkı olarak tanımlanmaktadır (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, s. 200 vd.; Kırcı Çiğdem, **Ürün Sorumluluğu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, s. 21 vd.; Kapancı, **Satış**, s. 73 vd.). Konumuz özelinde bakıldığında, bu imkân, tüketicinin, sözleşme konusu malın sürüm ve dağıtım zincirinde yer almakla birlikte sözleşme tarafı olmayan üretici, ithalatçı, toptancı ve diğer ara satıcılara karşı sözleşmesel haklarını ileri sürebilmesi şeklinde görünüm arz eder. TKHK m. 11/2’den anlaşılabilir, Türk kanun koyucusu, doğrudan talep hakkını sadece belirli haklar ve belirli kişiler açısından kabul etmiştir.

²⁰ 1999/44 sayılı AB Direktifi m. 4 ve yeni 2019/771 sayılı AB Direktifi m. 18’de sadece (“*right of redress*” başlığı altında), nihai satıcının, üretim ve tedarik zincirindeki diğer girişimcilere rücu imkânı kaleme alınmıştır. Bu maddelere göre, nihai satıcı, üreticinin, aynı sözleşme zincirindeki ara satıcının veya başka bir aracının fiilinden ya da ihmalinden kaynaklanan sözleşmeye aykırılık sebebiyle tüketiciye karşı sorumlu tutulmuşsa, aynı sözleşme zincirindeki sorumlu ya da sorumlulara rücu edebilecektir. Ancak bu düzenleme, Birliğe üye ülkelerin tüketiciyi daha fazla korumak adına, tüketicinin üreticiye ve ithalatçıya doğrudan başvurabilmesi yönünde iç hukuklarında düzenleme

teşkil etmekte ve kanundan kaynaklanmaktadır. Burada nispiyet ilkesinin aşılmasının gerekçesi olarak, satıcının çoğunlukla malın onarımına ilişkin teknik altyapısının ve bilgisinin olmaması; kaldı ki üreticinin de sadece teknik bilgisi olan elemanların (yetkili servis istasyonlarının) ürüne müdahale etmesini istemesi gibi sebepler öne sürülebilir²¹. Kanaatimizce, kanun koyucunun bu tercihi, AB hukukundaki düzenlemeye kıyasla tüketicinin korunması açısından daha isabetlidir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, ara mal veya hammadde üreticisinin ve ithalatçısının (yani kısmi üreticilerin ve kısmi ithalatçıların) TKHK m. 11/2 çerçevesinde sorumlu olup olmayacağıdır. Zira TKHK m. 3/1 (e) ve (n)'deki ithalatçı ve üretici tanımlarına bakıldığında, ara mal ve hammadde üreticilerinin (ve ithalatçıların) de zikredildiği görülmektedir. Örneğin arıtmalı bir su sebiline motoru, elektrik aksamı veya su tankı gibi bütünleyici parçaları ara mal, sebilen tamamı ise nihai maldır. Acaba tüketici, bozuk çıkan su sebili için ara mal üreticisine de ücretsiz onarım ya da ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi haklarını ileri sürebilir mi?

TKHK m. 11/2'nin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında, hammadde ve ara mal üreticilerinin (ve ithalatçıların) de müteselsil sorumlular arasında yer aldığını söylemek gerekir. Ancak bizce de benimsenmesi gereken görüşe göre, hükmün bu şekilde yorumu, tüketicinin gereğinden çok fazla korunması anlamına geleceğinden kabul edilmemelidir²². Belirtmek gerekir ki, ara mal ve hammadde üreticilerinin nihai malı üreten (nihai) üretici ile birlikte sorumluluk süjesi olarak kabul edilmesi, aslında üreticinin sınırlı ayıp sorumluluğu için değil, hatalı (güvenli olmayan) ürünler nedeniyle zarar görenlere karşı haksız fiil sorumluluğu açısından anlamlıdır. Nitekim gerek üreticinin hatalı ürünlerden sorumluluğuna ilişkin 85/374 sayılı AB Direktifi'nde gerekse bu Direktif'i esas alan ulusal kanunlarda, ara mal ve hammadde üreticisinin (ve ithalatçısının) sorumluluk süjesi olarak kabul edilmesinin altında yatan mantık da, ürün sorumluluğuna sebep olan zararların bütünlük menfaatinin ihlali sonucu ortaya çıkan zararlarla sınırlı olmasıdır²³. Bu bakımdan, ürünün kullanıcıları-

yapmalarına engel teşkil etmemektedir (Erlüle, s. 429; nihai satıcının rücu hakkıyla ilgili ayrıca bkz. Demir, s. 35, 36).

²¹ Atamer / Inceoğlu, s. 50, 51; Atamer / Baş, s. 52; Aslan, **Onarım**, s. 159, 160. Hatta tüketiciye bu yönde bir imkân tanınmaması halinde, tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıpsız benzeri ile değiştirme haklarını kullandığı hallerde, satıcının da malı kendisine temin eden kendisinden önceki tedarikçiye rücu edeceği ve böylece üreticiye kadar uzanabilecek rücu zincirinin masraflı olacağı ve zaman kaybı teşkil edeceği de ileri sürülmektedir. Dolayısıyla tüketiciyi kısa yoldan üreticiye ulaştırmanın bu doğrultuda amaca uygun olduğu yönünde bkz. Yavuz, s. 200, 204; Atamer / Inceoğlu, s.50, 51; Atamer / Baş, s. 52. Kanun'un (m. 11'e ilişkin) gerekçesinde ise, üretici veya ithalatçının sınırlı sorumluluğu şu şekilde ifade edilmiştir: "Üretici veya ithalatçı ile tüketici arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Tüketici, üreticiye veya ithalatçıya karşı bir ödeme yapmadığı için sözleşmeden dönme hakkını kullanarak, satıcıya ödemiş olduğu parayı üretici veya ithalatçıdan geri alması veya bedel indirimi hakkını kullanması mümkün değildir. Tüketici bu haklarını ancak satıcıya karşı kullanabilir. Buna karşılık ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirmenin üreticiden veya ithalatçıdan istenmesi anlamlıdır. Zira elinde yeni mal bulunan veya o malı gereği gibi onaracak olan üretici veya ithalatçıdır. Dolayısıyla bu hallerde, sözleşmelerin nisbiligi ilkesini aşarak tüketicinin doğrudan üreticiye veya ithalatçıya gidebilmesi kabul edilmiştir".

²² Gümüş, **Şerh**, s. 23, 31; Çabri, s. 32, 67 vd.; Erbek Odabaşı, s. 624. Şüphesiz, uygulamada tüketici çoğu zaman tespiti daha kolay olduğundan, hammadde ve ara mal üreticisi (ya da ithalatçısı) yerine nihai üreticiye (veya ithalatçıya) başvurmayı tercih edecektir (Kanişlı, s. 1427).

²³ Havutçu, **Üretici**, s. 32 vd.; Akçura Karaman Tuba, **Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 189 vd.; Kanişlı, s. 1421-1427, 1436.

nın ya da ürünle ilgisi olmayan üçüncü kişilerin kişivarlığına veya mallarına verilen zararlarda sorumluların sayısını artırmak amaca uygundur. Keza Türk hukukunda bu sorumluluğu düzenleyen ÜGTDK açısından da aynı durum söz konusudur²⁴. Buna karşılık, sözleşme tarafları arasındaki edim dengesinin zarar görmesi anlamına gelen ifa menfaatinin ihlalinde, alıcının (tüketicinin) bu şekilde korunmasına ihtiyaç yoktur. Bu ihlalin asıl ve doğal muhatabı, sözleşmenin diğer tarafı olan satıcıdır. Kanun koyucu sadece bazı pratik mülahalalara istinaden sözleşmenin nispliği ilkesini yumuşatmayı tercih etmiş ve üreticiyi ayıptan sınırlı olarak sorumlu tutmuştur. Nitekim Kanun'daki ayıp hükümlerine temel teşkil eden 1999/44 sayılı AB Direktifi m. 1/2 (d) bendindeki üretici tanımına bakıldığında da, hammadde ve ara ürün üreticilerinden/ithalatçılarından bahsedilmediği görülür. Aynı tanım, bu Direktif'in halefi olan 2019/771 sayılı AB Direktifi m. 2/4'te de korunmuştur.

Şu halde, menfaatler durumu dikkate alındığında, nihai malın üreticisi ve nihai malın ithalatçısının da satıcı yanında sorumlu tutulması makul bir tercihken, bu alanı ara mal ve hammadde üreticileri ve ithalatçılarıyla genişletmek isabetli bir düşünce değildir. Kaldı ki, aksi bir yorum, üreticinin ve ithalatçının TKHK m. 56 uyarınca zorunlu garanti taahhüdüne tabi mallar için söz konusu olan garanti sorumluluğu ile TKHK m. 11/2'deki ayıptan doğan sınırlı sorumluluğu arasında sorumluluk sùjeleri bakımından uyumsuzluk yaratacaktır. Zira TKHK'daki tanımlardan farklı olarak, Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 4'teki üretici ve ithalatçı tanımlarında, ara mal ve hammadde üreticileri ve ithalatçıları kapsam dışında bırakılmıştır. Bu gayet normaldir, zira mantıklı olan, mala ilişkin garanti taahhüdünün kısmi üretici veya kısmi ithalatçı tarafından değil, nihai üretici ya da nihai ithalatçı tarafından verilmesidir. Bu açıklamalar ışığında sonuç olarak, TKHK m. 11/2'deki üretici ve ithalatçı kavramlarını amaca uygun şekilde dar yorumlamak gerekir.

B. Sorumluluğun Şartları ve Kapsamı

Üreticinin (ve ithalatçının) sınırlı ayıp sorumluluğuna başvurulabilmesi için, öncelikle satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğması gerekir. Şöyle ki, tüketici, sözleşmenin kurulduğu sırada, satış konusu malın ayıplı olduğunu bilmemeli ve bilemeyecek durumda olmalıdır (TKHK m. 10/2)²⁵. Ayrıca, maldaki ayıbın (gerek açık gerekse gizli ayıp olsun) en geç, hasarın tüketiciye geçtiği anda (teslim sırasında) var olması aranır²⁶. Ancak işaret edelim ki, TKHK m. 11/2 c. 3'e göre, "üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz". Aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz bu sorumluluktan kurtulma imkânı, üreticinin ve ithalatçının ayıp sorumluluğunun neden "sınırlı" olduğunun bir başka yönden açıklamasıdır. Zira malın piyasaya sürülmesi anı ile tüketiciye teslimi anı arasında oluşan ayıplar için, satıcının sorumluluğu bulursa dahi, üreticinin ve ithalatçının sorumluluğu yoktur.

Diğer taraftan, satıcının da TKHK m. 9/2'deki olguları ispatlayarak, üretici ve ithalatçı ile birlikte yer aldığı sorumlular zincirinden çıkması mümkündür. Şöyle ki, satılan malın üretici ya da ithalatçı tarafından yapılan reklam veya ilanlardaki nitelikleri taşımadığı hallerde, satıcı söz konusu fıkradaki kurtuluş kanıtlarından birine dayanarak ayıp sorumluluğundan kurtulabilir. Bunun için satıcının, "kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla

²⁴ Her ne kadar ÜGTDK m. 3/1 (g) ve (ğ)'de yer alan üretici ve ithalatçı tanımlarında bu yönde bir açıklık olmasa da, amaçsal ve Direktif'e uygun yorum ilkesi çerçevesinde aynı sonuca ulaşılmaktadır (bu konuda bkz. Atamer / Kurtulan Güner, s. 548; Kanişlı, s. 1426 vd.).

²⁵ Satıcının nitelik vaadinden kaynaklanan bir ayıbın söz konusu olması halinde, artık alıcının ayıbın varlığını bilebilecek durumda olması dikkate alınmaz (TKHK m. 83/1'in atfıyla TBK m. 222/2).

²⁶ Gümüş, Şerh, s. 93; Atamer / Baş, s. 27.

yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satış sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya satış sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını” ispatlaması gerekir. Böyle bir durumda, tüketici artık sadece üretici ve/veya ithalatçıya başvurabilecektir²⁷.

Satıcının vaat ettiği niteliklerin malda bulunmaması nedeniyle sorumlu olduğu ihtimallerde, bir an için üreticinin ve ithalatçının da TKHK m. 11/2 uyarınca sorumlu olup olmayacağı sorulabilir. Zira TKHK m. 11/1’de “malın ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda” denerek, ayıbın gerçeğe uygun olmayan nitelik vaadinden ve lüzumlu nitelik eksikliğinden kaynaklanması halleri aynı şekilde değerlendirilmiştir. Zaten esas itibarıyla satıcının sorumluluğu dikkate alınarak kaleme alınan bu maddede söz konusu ayırımın yapılmasına da gerek yoktur. Fakat bu ayırım, aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenen üretici ve ithalatçının sorumluluğu açısından önemlidir. Doktrinde, üretici ve ithalatçının sadece lüzumlu nitelik eksikliğinden (dürüstlük kuralına göre malda bulunması gereken nitelik eksikliğinden) sorumlu olup, satıcının zikir ve vaat ettiği niteliğin malda bulunmamasından sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir²⁸. Bu görüş bizce de yerindedir. Zira üreticinin (ve ithalatçının) sorumlu tutulmasının altında yatan temel mantık, malın üreticinin hâkimiyet alanında bulunduğu sıradaki ayıplarından, yani malın üretici tarafından kontrol edilebilir nitelik eksikliklerinden onu sorumlu tutmaktır. Nitekim TKHK m. 11/2 c. 3’teki sorumluluktan kurtuluş imkânı da bu mantığa dayanır.

Sorumluluğa başvurabilmek için, söz konusu seçimlik hakların yasal sınırlarına (kullanılma şartlarına) uyulmalıdır. Yani onarımın ya da ayıpsız benzeriyle değiştirmenin objektif olarak mümkün olması ve satıcı, üretici veya ithalatçı açısından orantısız güçlükler doğurmaması gerekir²⁹. Her ne kadar kanunda bu iki hakkın kullanılması, “satıcı” için orantısız güçlük doğurmama şartına bağlanmışsa da, bizce, şayet bu haklar üretici ya da ithalatçıya yöneltilmişse, bu şartın var olup olmadığı bu sefer onlar açısından değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle, üretici veya ithalatçı, kendilerine karşı ileri sürülen onarım talebini, onarımın “satıcı” için orantısız güçlük doğurduğu gerekçesiyle reddedemez. Zira sorumluluğun koruma amacı böyle bir savunmanın yapılmasını engeller. Öte yandan, bazı hallerde, kendilerine ileri sürülen hak bakımından orantısız güçlüğü üretici ya da ithalatçı açısından da söz konusu olması ihtimal dâhilindedir. Örneğin satın alınan otomobilin far lambası yanmı-

²⁷ Gümüş, Şerh, s. 94.

²⁸ Atamer / Baş, s. 54; Çabri, s. 254.

²⁹ Maddede, TBK m. 227’nin ifade tarzıyla paralel olarak, ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı için “*imkân varsa*” (TKHK m. 11/1 ç.) ve ücretsiz onarım için “*aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde*” (TKHK m. 11/1 c.) şeklinde sınırlamalar getirilmiş olmakla birlikte, ayrıca 99/44 sayılı AB Direktifi m. 3/3 esas alınarak, iki hakkın da satıcı için “*orantısız güçlük doğurmaması*” yönünde bir sınırlama daha zikredilmiştir. Ancak doktrinde kabul edildiği üzere, sadece ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı için değil, ayrıca onarım hakkı için de hakkın kullanılmasının objektif anlamda mümkün olması gerekir. Bu bakımdan, onarımı imkânsız olan ya da ayıpsız bulunmayan mala ilişkin bu haklar kullanılamaz (Gümüş, Şerh, s. 115 vd.; Atamer / Baş, s. 37, 38). Bununla beraber, söz konusu hakların kullanılmasına için ayrıca satıcı açısından orantısız güçlük doğurmaması gerektiği de belirtilmiştir. Maddede ücretsiz onarım için öngörülen “*aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde*” şeklindeki sınırlama ise, aslında orantısız güçlük doğurmaması sınırlamasının içinde yer alır. Zira aşırı masraf gerektiren onarım, malı onaracak satıcı için orantısız güçlük doğuran durumlardan birisidir (Gümüş, Şerh, s. 115; Atamer / Baş, s. 39). Orantısızlığın tespitinde hangi kriterlerin dikkate alınacağı, TKHK m.11/3’ün son cümlesinde örnekleyici olarak, “*malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurunun tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği*” şeklinde sayılmıştır.

yorsa, üreticiden yenisinin verilmesinin istenmesi, bu ayıbın onarımı daha az maliyetle ve kolaylıkla mümkün olduğundan orantısızlık savunmasıyla karşılaşır³⁰. Bu konuda dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus, TKHK m. 11/3'te, onarım veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesinin orantısız güçlük yaratacak olması halinde tüketicinin yalnızca sözleşmeden dönme ya da bedel indirimi hakkını kullanabileceğine işaret edilmesidir. Ancak, burada hükmü şu şekilde amacına uygun olarak yorumlamak gerekir: Onarım talebi ya da ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi talebi orantısız güçlük doğuruyorsa, tüketici, dönme veya bedelde indirim hakları dışında, dilerse orantısız güçlük yaratmayan onarım ya da ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkını da kullanabilmelidir³¹. Söz gelimi çalışmayan far lambası nedeniyle otomobilin yenisıyla değişimini talep etmek bu sınırlamaya takılsa da, burada tüketiciye onarımı isteme hakkı vermemenin haklı bir gerekçesi yoktur.

Türk Borçlar Kanunu (TBK)³² m. 227/3'te düzenlenen satıcının ikinci servis şansı, yani satıcının ayıplı çıkan malın ayıpsız benzerini hemen vererek (ve zararın tamamını gidererek) alıcının seçimlik haklarını bloke etme imkânı, doktrindeki hâkim görüşe göre, TKHK m. 83/1'in atfıyla tüketici sözleşmelerine de uygulanır³³. Bu imkândan, üreticinin ve ithalatçının da kendisinden onarım talep eden tüketiciye karşı yararlanabilmesine cevaz vermek gerekir. Nitekim bu imkânın tanınmasının temelinde hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2/2) yatar.

TKHK m. 11/2 c. 3'te “*Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz*” denilerek, üretici ve ithalatçının sorumluluktan kurtulma imkânı kaleme alınmıştır. Sorumluluktan kurtulma bakımından, piyasaya arz kavramından ne anlaşılması gerektiği bu noktada oldukça önemlidir. Piyasaya arzın tanımını TKHK'da yer almamakla birlikte, 4703 sayılı Ürünler İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun m. 3/(k)'de bu tanım, “*Ürünün, tedarik veya kullanım amacıyla bedelli veya bedelsiz olarak piyasada yer alması için yapılan faaliyeti*” şeklinde yapılmıştır³⁴. ÜGTDK m. 3/(k)'ye göre ise, “*Piyasaya arz: Ürünün piyasada ilk kez bulundurulmasını ifade eder*”. İki tanım da kavramsal ve zamansal netlik sağlamaktan uzak olduğundan, tanımı somutlaştırmak için doktrine başvurmak faydalı olacaktır. Doktrindeki tanıma göre, ürünün piyasaya arzı, ürünün üreticinin

³⁰ Bu ihtimalde aynı hak satıcıya karşı kullanıldığında, onarımın ifası onun için evleviyetle orantısız güçlük doğuracaktır. Ancak yine de, üretici (veya ithalatçı), tüketicinin yönelttiği onarım talebini, satıcı açısından değil, kendisi açısından orantısız güçlük doğurduğu gerekçesiyle reddedebilir.

³¹ İnceoğlu, s. 187; Şenocak Zarife, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Özel Sayı, 2014, s. 35.

³² Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG. 04.02.2011/27836.

³³ Gümüş, **Şerh**, s. 122; Çabri, s. 269. Karşıt görüş için bkz. Aslan, **Tüketici**, s. 174. Bu hak birçok yazar tarafından “ikinci servis şansı” adıyla anılmaktadır (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer Yeşim M., **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, Beta, 2005, s. 354 vd.; Serozan Rona, “CISG ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, **İÜHFİM**, C. LXX, S. 2, 2012, s. 211, 212).

³⁴ 92/59 sayılı AB Genel Ürün Güvenliği Direktifi'ni esas alarak çıkarılan bu Kanun, ürünlere ilişkin teknik düzenlemelerin, standartların hazırlanması ve uygulanmasına ilişkin çerçeve kanundur (Ürünler İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 4703, Kabul Tarihi: 29.06.2001, RG. 11.07.2001/24459). Ancak hemen hatırlatalım ki, bu Kanun, ÜGTDK'nın 12.03.2021 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte ilga olmuştur (ÜGTDK m 25/1: “29/6/2001 tarihli ve 4703 sayılı Ürünler İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun yürürlükten kaldırılmıştır”).

(veya ithalatçının) iradesi doğrultusunda onun hâkimiyet alanından çıkarak sürüm ve dağıtım zincirine sokulmasıdır. Böylelikle ürün, üreticinin ya da ithalatçının fiili hâkimiyetinden çıkarak başkasının tasarrufuna bırakıldığında piyasaya sunulmuş sayılır³⁵. Dolayısıyla, ürünün piyasaya arzından sonra oluşan ayıplar için, örneğin ürünün kullanım ya da tüketim süresi geçmesine rağmen satılmaya devam edilmesinde olduğu gibi toptancının ya da nihai satıcının deposunda doğan ayıplarda, üreticinin veya ithalatçının bu durumu ispat ederek (karineyi çürüterek) sorumluluktan kurtulması mümkündür³⁶. Hiç şüphesiz, üreticinin veya ithalatçının sorumluluktan kurtulabilmesi için, maldaki ayıbın, malın piyasaya sürülmesinden önce (üretim sürecinde) gizli halde dahi var olmaması gerekir. Bu bakımdan, maldaki gizli ayıbın üretim sürecinden kaynaklanmasına rağmen piyasaya arzdan sonra keşfedildiği durumlarda, üretici veya ithalatçının bu hükme dayanabilme imkânı yoktur³⁷.

Bu noktada, cevaplanması gereken bir diğer soru, TKHK m. 8/3'te satıcının ayıp sorumluluğu kapsamında sayılan, (i) malın kararlaştırılan ifa zamanında teslim edilmemesi, (ii) montaj talimatındaki eksiklikler/yanlışlıklar nedeniyle tüketicinin montajı hatalı yapması ve (iii) malın satıcı ya da onun sorumluluğu altındaki kişiler (ifa yardımcıları) tarafından gereği gibi monte edilmemesi hallerinde, üreticinin zikredilen seçimlik haklar bakımından sorumlu olup olmayacağıdır.

İlk ihtimalden başlarsak, satıcının malı vadesinde teslim etmediği hallerde üreticinin sorumlu olmayacağı açıktır. Zira bu sorun ürünün piyasaya sürülmesinden sonraki döneme ilişkin olduğundan TKHK m. 11/2 c. 3 gereği üreticinin sorumluluğu gündeme gelmez³⁸. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının kararlaştırıldığı ihtimallerde ise, montaj hatası montaj talimatındaki eksiklik veya yanlışlığa dayanıyorsa, bu sorun, ürünün üreticinin hâkimiyet alanında bulunduğu dönemden kaynaklandığından üreticinin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Diğer bir deyişle, ürün, montaj talimatındaki eksiklik ya da yanlışlık ile birlikte piyasaya sürüldüğünden, tüketici onarım ya da ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarını üreticiye karşı kullanabilir. Son olarak, montajın gereği gibi yapılmadığı durumlarda ise, iki ihtimali baştan birbirinden ayırmak gerekir. Şayet montajın gereği gibi yapılmaması, malın (ürünün) üretim aşamasından kaynaklanan bir ayıba dayanıyorsa, üreticinin sorumluluğuna gidilebileceği açıktır. Burada montajın satıcı ya da onun sorumlulu-

³⁵ Öztan, s. 22; Kirca, **Üretici**, s. 167, 168; Akçura Karaman, s. 342; Atamer / Kurtulan Güner, s. 558; Kanişlı, s. 1444.

³⁶ Atamer / Baş, s. 54; Çabri, s. 254. Önemle vurgulamak gerekir ki, TKHK m. 11/2 c. 3'te aksi ispat edilebilen tüketici lehine bir kanuni karine söz konusudur. Dolayısıyla, satıcının ayıplı ifası halinde, otomatikman üretici ve ithalatçı da söz konusu haklar bakımından satıcı ile birlikte yasal teselsül gereği sorumludur. Üreticinin ve ithalatçının, sorumluluktan kurtulmak için hükümde belirtilen durumu ispat etmesi, yani karineyi çürütmesi gerekir. Ne var ki, Yargıtay'ın bir kararında bu durumun gözden kaçırıldığı yönünde yorumlanabilecek şu ifadelerle rastlanmaktadır: "*Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz hükmü getirilmiş olup, bu hüküm karşısında Mahkemece davalı... AŞ'nin davalının davaya konu araçta var olduğunu ileri sürdüğü ayıptan sorumlu olup olmadığını kararda tartışılmadığı ve neden sorumlu tutulduğuna dair gerekçe gösterilmediği anlaşılmaktadır. O halde Mahkemece, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında sorumlu olup olmadığı irdelenerek ve gerekçeleri de gösterilmek suretiyle bu davalı hakkında bir karar verilmesi gerekirken, bu değerlendirmeye yapılmaksızın yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*" (Y. 13. HD., E. 2015/33630, K. 2016/24098, T. 22.12.2016, www.kazanci.com.tr).

³⁷ Gümüş, **Şerh**, s. 117, 118.

³⁸ Hiç kuşkusuz, geç teslim edilen malda üretim aşamasından kaynaklanan bir nitelik eksikliği (ayıp) varsa durum değişir.

ğundaki bir kişi tarafından veyahut özel servisler veya üreticiye bağlı (yetkili) servisler tarafından yapılması arasında bir fark yoktur³⁹. Söz gelimi, parçaları ve rafları zaten ayıplı üretilmiş bir kütüphanenin montajında gerekli tüm çaba sarf edilse de sonuç değişmeyeceğinden, montajın kim tarafından gerçekleştirildiğine bakılmaksızın üreticinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Montajın gereği gibi yapılmaması ürünün piyasaya sürülmesinden önceki bir ayıptan kaynaklanmıyorsa, söz gelimi parçalarında herhangi bir ayıp bulunmayan elbise dolabı, montajı yapan servis elemanının özensizliği nedeniyle ayıplı kurulduysa, önceki ihtimaldeki kadar kolay bir çıkarım yapmak zordur. Farz edelim ki, bu montajın üreticiye bağlı (yetkili) servis elemanları tarafından kötü yapılması söz konusuysa, üretici, dolabın piyasaya sürüldüğü sırada herhangi bir ayıbı olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecek midir?

Kanaatimizce burada, öncelikle servisin kim tarafından verildiğine bakmak gerekir. Eğer montaj, satıcı veya satıcının sorumluluğu altındaki bir kişi tarafından yapılmışsa, söz konusu montaj hatasından dolayı üreticinin sorumluluğuna gidilemez. Montaj hatası, üreticiye bağlı olmayan özel servislerin ayıplı hizmetinden kaynaklanıyorsa, sonuç yine aynıdır. Eğer üreticiye bağlı, yani üretici tarafından kurulan ya da üretici ile anlaşmalı olan (yetkili) servis montajı gereği gibi yapmamışsa, üreticiye bu kurtuluş imkânı, TKHK m. 11/2 c. 3'ün sözüne rağmen tanınmamalıdır. Zira Kanun'un tüketiciyi koruma amacı ve bu sebeple öngörülen üreticinin (ve ithalatçının) sınırlı ayıp sorumluluğu, hükmün bu doğrultuda uygulanmasını zorunlu kılar. Burada hâkim, (i) hükmün özü ile sözünün bağdaşmadığından hareketle, bu yönde bir istisnayı içermeyen hükmü amaca uygun sınırlamaya tabi tutarak örtülü boşluğu doldurabileceği gibi, (ii) üreticinin söz konusu hükmeye dayanarak sorumluluktan kurtulmasını hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle de engelleyebilir⁴⁰. Ayrıca, Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği m. 14/1'deki "*Üretici veya ithalatçılar, yetkili servis istasyonlarının ayrı bir tüzel kişiliği olsa dahi, satış sonrası hizmetlerin sağlanmasından ve yürütülmesinden yetkili servis istasyonları ile birlikte müteselsilen sorumludur*" hükmü de bu konuda pekâlâ yol gösterici olabilir.

Üreticinin sınırlı ayıp sorumluluğuna ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer husus, ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme borcunun, TKHK m. 11/4'te öngörülen süreler içinde yerine getirilmemesinin sorumluluğuna etkisidir. Hükmün şu şekildedir: "*Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, bu Kanunun 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde yerine getirilir. Aksi hâlde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakla serbesttir*".

³⁹ Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği m. 4(h)'ye göre, "*Özel servis: Herhangi bir üretici veya ithalatçıya bağlı olmaksızın faaliyette bulunan servis istasyonlarını*"; m. 4(m)'ye göre, "*Yetkili servis istasyonu: Üretici veya ithalatçıların ürettikleri veya ithal ettikleri mallar için; kullanım ömürleri süresince satış sonrası montaj, bakım ve onarım hizmetlerini yürütmek üzere, kendileri tarafından veya aralarındaki sözleşme uyarınca, bu amaçla yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan ya da kurulmuş bulunan tesisleri*" ifade eder.

⁴⁰ Örtülü boşluk konusunda bkz. Kırca Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", *AÜHFĐ*, C. 50, S. 1, 2001, s. 98 vd.; Akbulut Pakize Ezgi, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması*, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 100 vd. Hakkın kötüye kullanılması yasağı ile örtülü boşluk arasındaki ilişki konusunda bkz. Kırca, *Örtülü Boşluk*, s. 113, 114; Akbulut, s. 110 vd.

Görüldüğü üzere, ücretsiz onarım veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi haklarının kullanılması halinde, hakkın yöneltildiği kişinin, onarım borcunu ya da değiştirme borcunu TKHK m. 11/4'e göre taşınırlarda azami 30 iş günü içinde, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise 60 iş günü içinde yerine getirmesi gerekir. Bununla birlikte, aynı fıkranın atfı yaptığı TKHK m. 58'e dayanılarak çıkarılan Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği'nin ekinde belirtilen mallar açısından (ki bu malların hepsi taşınır niteliğindedir), azami tamir süresi 20 iş günü olarak belirtilmiştir⁴¹. Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği'nde belirtilen azami tamir süresi, garanti belgesiyle satılma mecburiyeti bulunan mallar için geçerlidir. Bu sebeple, garanti belgesine tabi olmayan taşınır mallar için azami onarım süresi 30 iş günüdür. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, maddede işaret edilen süreler, aynı zamanda tüketicinin bu süre boyunca bekleme zorunluluğunu da ifade etmektedir. Yani onarım ya da ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkını kullanan tüketici, kanuni süre içinde kullandığı haktan vazgeçip başka bir seçimlik hakkını kullanamayacaktır⁴². Hiç şüphesiz, bu süre içinde malın onarımının ya da ayıpsız benzeriyle değiştirilmesinin imkânsız olduğu anlaşıldığı takdirde, (TKHK m. 56/3'ten destek alan genişletici yorumla) tüketici, diğer seçimlik haklarına başvurmakta serbesttir.

TKHK m. 11/4'e göre, onarım veya ayıpsız benzeriyle değiştirme borcu, hakkın yöneltildiği üretici, ithalatçı ya da satıcı tarafından söz konusu süreler içinde yerine getirilmezse, "tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir". Bu noktada, acaba tüketici diğer seçimlik haklarını artık herhangi bir sınırlama olmaksızın, üretici ya da ithalatçıya karşı kullanabilecek midir sorusu akla takılmaktadır. Örneğin, tüketici ayıplı çıkan kahve makinesinin onarılmasını ilk olarak satıcıdan istemiş ve fakat satıcı süresinde onarımı gerçekleştirilmemişse, tüketici, normalde (TKHK m. 11/2'ye göre) üretici veya ithalatçıya karşı kullanamayacağı sözleşmeden dönme ya da bedel indirimi haklarını, bu sefer onlara karşı ileri sürebilecek midir?

Hükmün salt lafzından hareketle cevap bulma ihtimali yoktur. Doktrinde ileri sürülen şu görüş bizce de benimsenmelidir. Bu görüşe göre, nasıl ki üretici ve ithalatçı, tüketicinin ilk kez sorumluluğa başvurduğu durumda (ilk aşamada), sadece onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları bakımından satıcıyla birlikte müteselsilen sorumluyorsa, aynı esas, onarım ya da ayıpsız benzeriyle değiştirme taleplerinin öngörülen süreler içinde yerine

⁴¹ Yönetmelik'in ekinde bazı taşınır için bu süre 45 iş günü olarak belirlenmiştir. Yönetmelik'in 14. maddesinin 4. fıkrası ise şu şekildedir: "Malın garanti süresi içerisinde yetkili servis istasyonuna veya satıcıya tesliminden itibaren arızasının on iş günü içerisinde giderilememesi halinde, üretici veya ithalatçının; malın tamiri tamamlanıncaya kadar, benzer özelliklere sahip başka bir malı tüketicinin kullanımına tahsis etmesi zorunludur. Benzer özelliklere sahip başka bir malın tüketici tarafından istenmemesi halinde üretici veya ithalatçılar bu yükümlülüğünden kurtulur. Buna ilişkin ispat yükümlülüğü üretici veya ithalatçıya aittir". İş günlerinin hesaplanmasında Cumartesi günleri sayılır, Pazar günleri sayılmaz (İnceoğlu, s. 184; Kara, s. 382).

⁴² Nitekim katıldığımız görüşe göre, onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları, aynen ifa talebinin uzantısı niteliğinde olup, yenilik doğuran hak teşkil etmezler. Tüketicinin bu hakları kullandıktan sonra fikir değiştirip başka bir seçimlik hakkını kullanması (*ius variandi*) mümkündür. Ancak kanun koyucu TKHK m. 11/4'te, onarım ya da ayıpsız benzeriyle değiştirme taleplerinin daha sonra değiştirilebilmesini zikredilen sürelerin geçmesi şartına bağlamıştır (İnceoğlu, s. 192; Atamer / Baş, s. 37, 40; tüm seçimlik hakların yenilik doğuran hak olduğunu belirterek aynı sonuca işaret eden güncel bir karar için bkz. Ankara BAM, 3. HD., E. 2018/1612, K. 2019/637, T. 4.4.2019, www.lexpera.com.tr). Alıcının tüm seçimlik haklarda, sonradan değiştirme -*ius variandi*- hakkı bulunduğu yönünde bkz. Serozan / Baysal / Sanlı, N. 746; Y. 13. HD., E. 2013/30931, K. 2014/16684, T. 29.5.2014, www.kazanci.com.tr

getirilmemesi durumunda (ikinci aşamada) da geçerli olmalıdır⁴³. TKHK m. 11'in gerekçesinde belirtilen, tüketicinin, satıcıya ödediği bedeli aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan üretici ya da ithalatçıdan dönme ya da bedel indirimi haklarını kullanarak istemesinin mümkün olmadığı yönündeki temel düşünceden ayrılmayı gerektiren bir durum yoktur. O halde, bu hüküm çerçevesinde gerçekleşecek çeşitli olasılıkları şu şekilde somutlaştırabiliriz:

(i) Garanti belgesine tabi taşınır mal ayıplıdır. Tüketici, onarım hakkını (üreticiye, ithalatçıya ya da satıcıya karşı) kullanır. Onarım borcu “20 iş günü” içinde yerine getirilmez. Bu durumda tüketici, dönme ya da bedel indirimi haklarını sadece satıcıya karşı; ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkını ise satıcı, üretici ya da ithalatçıya karşı kullanabilir⁴⁴.

(ii) Garanti belgesine tabi taşınır mal ayıplıdır. Tüketici, ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkını (üreticiye, ithalatçıya ya da satıcıya karşı) kullanır. Ayıpsız benzeriyle değiştirme borcu “30 iş günü” içinde yerine getirilmez. Bu durumda tüketici, dönme ya da bedel indirimi haklarını sadece satıcıya karşı; onarım hakkını ise satıcı, üretici ya da ithalatçıya karşı kullanabilir.

(iii) Garanti belgesine tabi olmayan taşınır mal ayıplıdır. Tüketici, onarım hakkını (üreticiye, ithalatçıya ya da satıcıya karşı) kullanır. Onarım borcu “30 iş günü” içinde yerine getirilmez. Bu durumda tüketici, dönme ya da bedel indirimi haklarını sadece satıcıya karşı; ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkını ise satıcı, üretici ya da ithalatçıya karşı kullanabilir.

(iv) Garanti belgesine tabi olmayan taşınır mal ayıplıdır. Tüketici, ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkını (üreticiye, ithalatçıya ya da satıcıya karşı) kullanır. Ayıpsız benzeriyle değiştirme borcu “30 iş günü” içinde yerine getirilmez. Bu durumda tüketici, dönme ya da bedel indirimi haklarını sadece satıcıya karşı; onarım hakkını ise satıcı, üretici ya da ithalatçıya karşı kullanabilir⁴⁵.

C. Masraflar ve Diğer Zararlardan Sorumluluk

Üreticinin sınırlı ayıp sorumluluğu konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, seçimlik hakların kullanılmasından kaynaklanan masrafların kimden talep edilebileceğidir. TKHK m. 11/6 gereğince, üreticinin (ve ithalatçının) kendisine karşı ileri sürülen onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarının kullanılması neticesinde ortaya çıkan masraflardan sorumluluğu söz konusudur. Hükümde “*seçimlik haklar nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır*” denmektedir. Burada dikkat edilirse, TKHK m. 11/2’de zikredilen, onarım borcunun ve ayıpsız benzeriyle değiştirme borcunun ifası konusunda satıcının, üreticinin ve ithalatçının müteselsil sorumluluğundan farklı olarak, hükmün ifadesinden, seçimlik hakkın kullanılmasına bağlı masrafların “sadece seçimlik hakkı yerine getiren kişiden” talep edilebileceği anlamı çıkmaktadır⁴⁶.

⁴³ Atamer / Baş, s. 55, 56; Erbek Odabaşı, s. 633; aksi görüş için bkz. Ceylan, s. 423; Aydoğdu, Şerh, m. 11, s. 267, 272.

⁴⁴ Bu ve ikinci ihtimalde, üreticinin (ve ithalatçının) TKHK m. 56 çerçevesinde zorunlu garantiden kaynaklanan sorumluluğu saklıdır. Bu konu çalışmanın ikinci bölümünde incelenecektir.

⁴⁵ Konut ve tatil amaçlı taşınmazların garanti belgesiyle satışı söz konusu olamayacağından, yukarıdaki olasılıklar bu denli çeşitli olmaz. Bununla birlikte, taşınmazlar için ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı pratikte çoğu zaman “imkân bulunmaması” nedeniyle kullanılamayacaktır. Yine, taşınırlardan farklı olarak, taşınmazlar açısından hem onarım hem de ayıpsız benzeriyle değiştirme talepleri almış iş günlük süreye tabidir.

⁴⁶ Aynı yönde bkz. Gümüş, Şerh, s. 105.

Kanaatimizce, hükmün lafzı TKHK m. 11'in koruma amacıyla uyuşmamaktadır. Şöyle ki, gerekçede de zikredildiği üzere, bu madde ile, onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarının, tüketicinin daha fazla korunabilmesi amacıyla sadece sözleşmenin tarafı olan satıcıya değil, ayrıca sözleşmenin nispiyeti ilkesi aşılarak üreticiye veya ithalatçıya karşı kullanılmasını sağlanmıştır (TKHK m. 11/2). Söz gelimi termostatu bozuk olan kahve makinesinin tamir edilmesi talebini satıcıya karşı kullanan tüketici, eğer satıcı bu talebi yerine getirmezse ya da yerine getiremezse, aynı hakkı diğer müteselsil borçlulardan, yani üreticiden ya da ithalatçıdan veya her ikisinden talep edebilecektir. Bu noktada, TKHK m. 11/6'daki seçimlik hakkın kullanılmasına ilişkin masrafların tazminine ilişkin ifadeye baktığımızda, örneğin noter vasıtasıyla gönderilen ihtarname masrafı, gözden geçirme masrafları veya kahve makinesinin satıcının iş yerine götürülmesi için yapılan ulaşım masraflarının, sadece borcu ifa edene karşı ileri sürülebileceğini görmekteyiz. Şu halde, hükmün salt lafzından hareket edersek, kahve makinesini yenisi ile değiştiren ya da onaran satıcının bu masrafları karşılamayı reddetmesi halinde, bu masrafların üretici ya da ithalatçıdan istenebilmesi mümkün değildir. Çünkü seçimlik hak sadece satıcıya karşı ileri sürülmüş ve yenisi ile değiştirme borcunu da o ifa etmiştir. Ancak açıkça görüleceği üzere, seçimlik haklar açısından tüketicinin tanınan korumanın, masraflar açısından tanınmamasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Masraflara ilişkin sorumluluk da, tıpkı ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarındaki gibi müteselsil olmalı ve tüketici, masraflara yönelik talebini, seçimlik hakkın kim tarafından yerine getirildiğinden bağımsız olarak, üreticiye, ithalatçıya ve/veya satıcıya karşı ileri sürebilmelidir.

Masrafların kapsamıyla ve bundan kaynaklanan tazminat sorumluluğuyla ilgili olarak, Kanun'un gerekçesinde, "*örneğin, nakliye, posta veya iletişim masrafları gibi. Tüketicinin seçimlik haklarını kullanma sebebiyle hiçbir masrafa katılmak zorunda bırakılmamalıdır*" denilmektedir. Bu ifadeden hareketle şu sonuçlara varılabilir: Öncelikle, tüketicinin cebinden çıkacak parayı düşünerek seçimlik haklarını kullanmaktan çekinme tehlikesini önlemek adına, Kanun'da masraflar açısından özel bir kusursuz sorumluluk öngörülmüştür⁴⁷. İkinci olarak, bu kusursuz sorumluluk, her türlü ayıp zararları için değil, yalnızca seçimlik hakkın kullanımına bağlı olan, ulaşım, iletişim, noter, işçilik masrafları gibi zarar kalemleri açısından getirilmiştir. Bu zarar kalemleri dışındaki, örneğin maldaki onarıma bağlı değer eksilmesi, onarım süresince söz konusu malın kullanılmaması nedeniyle uğranılan kayıplar, bu sürede başka bir malın kiralanması için yapılan harcamalar bu kapsamda sayılmaz. Diğer bir ifadeyle, bunlar kanun koyucunun "masraflara" ilişkin korumasından yararlanmaz. Bunların tazmini, TKHK m. 11/6'da belirtildiği üzere, TBK hükümlerine göre talep edilecektir⁴⁸. Bu bağlamda, tüketici, her seçimlik hak ile birlikte tazminat isteyebileceği gibi, tek başına da tazminat talep edebilir. Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkıyla birlikte talep

⁴⁷ Havutçu Ayşe, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal ve Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı (Özellikle Bedensel Zararlar Yönünden)", **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2, TBB Yayınları**, 2016, s. 102. Masraflar konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Arbek Ömer, **Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi**, Yetkin Yayınları, 2005, s. 204 vd.; Atamer / Baş, s. 41, 42.

⁴⁸ Havutçu, **Üretici**, s. 37; Havutçu, **Ayıp**, s. 102 vd. Bütünlük menfaatinin ihlalden doğan, yani sözleşme konusu şey dışındaki mallara veya kişivarlığına gelen zararlar da aynı şekilde TBK hükümlerine göre tazmin edilir (A.g.m., s. 107; Aydoğdu, **Şerh**, m. 11, s. 300, 301; Çabri, s. 260, 268; Aydoğdu, **Tüketici**, s. 175; Atamer / Baş, s. 49). Manevi zararların tazmini için de aynı durum geçerlidir (Çabri, s. 271; Aydoğdu, **Tüketici**, s. 177).

ettiği tazminata TBK m. 229/1 b. 3 ve TBK m. 229/2; diğer seçimlik haklarla beraber talep ettiği tazminata (TBK m. 227/2 uyarınca) TBK m. 112 hükmü uygulanır⁴⁹.

“Masraflar” dışındaki zararlara, yani TBK hükümlerine göre tazmini istenecek zararlara ilişkin aydınlatılması gereken bir diğer husus şudur: Acaba tüketici, onarım veya ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarını kullandığı takdirde, onun bu haklarla birlikte veya tek başına isteyebileceği tazminat açısından da üretici ve ithalatçının satıcı ile birlikte müteselsilen sorumluluğu bulunmakta mıdır? Termostatı bozulan kahve makinesinin tamirini üreticiden isteyen tüketici, aynı zamanda onarım sonucu oluşan değer eksikliği ya da makine onarımdayken benzeri bir makine için ödediği kira bedelini üreticiden ya da ithalatçıdan isteyebilir mi? Benzer şekilde, termostatı bozuk olduğundan cam demliği patlayan makinenin yenisiyle değiştirilmesini isteyen tüketici, patlamadan dolayı yaralanmışsa, bedensel zararlarının tazmini talebini TKHK m. 11/6 çerçevesinde üretici veya ithalatçıya karşı ileri sürebilir mi?

Bu noktada, iki ihtimali en başından birbirinden ayırmak gerekir. Eğer tüketici sözleşmeden dönme ya da bedel indirimi haklarını kullandıysa, zaten bu haklar sadece satıcıya karşı ileri sürülebileceğinden, karanlıkta kalan bir durum yoktur. Tüketici, gerek bu seçimlik haklar gerekse bunlarla birlikte talep edilecek tazminat için üreticiye ya da ithalatçıya başvuramaz. O halde, cevaplanması gereken soru, tüketicinin onarım ya da ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarından birini kullandığı durumlara inhisar eder. Zira üreticinin ve ithalatçının kanundan doğan sorumluluğu bu haklara ilişkindir.

Doktrindeki bir görüşe göre, üretici ve ithalatçının tazminat açısından da müteselsil sorumluluğu söz konusudur⁵⁰. Yani tüketici onarım hakkını ya da ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkını müteselsil sorumlulardan hangisine karşı ileri sürmüş olursa olsun, diğer sorumluların da tüketicinin ayıplı ifa nedeniyle uğradığı zararlar açısından müteselsilen sorumluluğu söz konusudur. Buna karşılık, bizce üstün tutulması gereken diğer görüş ise, bu haklarla birlikte ya da ayrı olarak talep edilecek tazminat, (TBK m. 112 çerçevesinde) sözleşmesel sorumluluğa dayandığından üretici veya ithalatçının sorumluluğuna gidilemez⁵¹. Zira ayıplı ifa nedeniyle istenen tazminat, sözleşmeye aykırılıktan (kötü ifadan)

⁴⁹ Gümüş, **Şerh**, s. 104; Aydoğdu, **Şerh**, m. 11, s. 301; Çabri, s. 270; Aydoğdu, **Tüketici**, s. 176; Havutçu, **Ayıp**, s. 109. Eser sözleşmesi türünde bir tüketici işlemi söz konusuysa, (TBK m. 475/2 uyarınca) TBK m. 112 uygulanır.

⁵⁰ Gümüş, **Şerh**, s. 105; Aydoğdu, **Şerh**, m. 11, s. 320; Aslan, **Tüketici**, s. 211. *İnceoğlu* da büyük ölçüde bu görüşe katılmaktadır. Fakat yazarı diğerlerinden ayıran nokta, satıcı, üretici ve ithalatçının müteselsil sorumluluğunu, kural olarak tüketicinin bütün seçimlik hakları bakımından kabul etmesidir. Buna göre, bedelde indirim hakkını satıcıya karşı kullanan tüketici, zararının tazminini satıcı, üretici ve ithalatçıdan müteselsilen talep edebilecektir. Ancak yazar, dönme hakkı bakımından ayrık bir sonuca varmaktadır. Yazar, dönme sonucu talep edilecek tazminat taleplerinin doğrudan satış sözleşmesinden kaynaklandığı gerekçesiyle, bu zararlardan sadece satıcının sorumlu olacağı düşüncesindedir (İnceoğlu, s. 198). Yargıtay, konuyla ilgili bir kararında, davacı tüketicinin, ayıplı çıkan otomobilin serviste geçen onarımı süresince başka bir araç kiralama için ödediği kira bedelini tazminat olarak davalı ithalatçı firmadan talep edebileceğine hükmetmiştir. Ancak kararda, söz konusu onarım hakkının ayıp sorumluluğunu düzenleyen TKHK m. 11'e mi, yoksa garanti sorumluluğunu düzenleyen TKHK m. 56'ya mı dayandığı hususuna değinilmemiştir (Y. 19. HD., E. 2018/2890, K. 2020/39, T. 23.1.2020, www.kazanci.com.tr).

⁵¹ Hiç kuşkusuz, ayıplı mal nedeniyle kişivarlığı ya da malları zarara uğrayan tüketicinin, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) m. 6 uyarınca üreticinin (ve ithalatçının) kusursuz sorumluluğuna başvurabilmesi mümkündür. Söz gelimi, termostatı bozuk kahve makinesinin patlaması nedeniyle yaralanan ya da eşyaları zarar gören tüketici bu Kanun'a dayanarak üreticiden ürün sorumluluğu tazminatı talep edebilir. Üreticinin bu kapsamdaki sorumluluğu, piyasaya sürdüğü hatalı (Kanun'undaki ifadeyle “uygun olmayan”) ürünlerin yol açtığı zararlardan kaynaklanmakta

kaynaklanır ve fakat üretici ya da ithalatçı ile tüketici arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur⁵². Bu görüşü destekleyen başka bir argüman da şudur: TKHK m. 11/2’de, müteselsil sorumluluğun sadece onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları bakımından, yani “seçimlik haklar” açısından söz konusu olduğu belirtilmiştir. Oysa tazminat talep etme bir seçimlik hak değildir. Ayrıca hükmün amacı da, menfaatler dengesine uygun olarak, üretici ve ithalatçının ayıba ilişkin sorumluluğunu söz konusu seçimlik haklarla sınırlı tutmaktır. Şu halde, gerek seçimlik haklarla birlikte gerekse tek başına kullanılсын, tazminat talebinin tek muhatabının sözleşmenin tarafı olan satıcı olduğu kabul edilmelidir.

D. Zamanaşımı

Üreticinin satıcının ayıplı ifasına bağlı olan sınırlı ayıp sorumluluğu, TKHK m. 12/1 uyarınca (taşınır) malın tüketiciye tesliminden itibaren 2 yıllık zamanaşımı süresine tabidir⁵³. Şayet malın tüketiciye ayıplı tesliminde satıcının ağır kusuru (kastı veya ağır ihmali) varsa, doktrindeki hâkim görüş, burada TBK m. 231/2’yle örtüşecek şekilde yorum yapılması ve buna bağlı olarak, sorumluluğa TBK m. 146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği yönündedir⁵⁴. *Gümüş*’e göre, buradaki 10 yıllık süre, ağır kusurlu satıcıya rağmen, kendisi ağır kusurlu olmayan üretici ve ithalatçı için de uygulanmalıdır. Zira Kanun’da üretici ve ithalatçı için öngörülen müteselsil sorumluluk teminat amaçlı bir sorumluluktur. Bu argümanın doğal sonucu olarak, yazara göre, üretici veya ithalatçı ağır kusurluysen satıcının ağır kusurlu olmadığı ihtimallerde ise, üretici ve ithalatçıya karşı ileri sürülen talepler 10 yıllık zamanaşımına değil, 2 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır⁵⁵. Buna karşılık, *İnceoğlu*, böyle bir ayırım yapmanın haklı bir gerekçesi bulunmadığından hareketle, ister satıcı, ister üretici ya da isterse ithalatçı ağır kusurlu olsun, her hâlikârda tüm sorumlular bakımından 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiği düşüncesindedir⁵⁶.

Fikrimizce *Gümüş*’ün görüşünün takip edilmesi daha isabetli olacaktır. Zira üreticinin ve ithalatçının sınırlı ayıp sorumluluğu, esas itibariyle satıcı ile tüketici arasındaki söz-

olup, haksız fiil temeline dayanır. Zarar görenin tazminat talep edebilmesi için, üründeki (maldaki) hatayı, zararı ve hata ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağıını ispat etmesi gerekir. Üreticinin aynı zamanda satıcı olduğu hallerde, tüketici dilerse TKHK m. 11/6’ya dayalı sözleşmesel sorumluluğa, dilerse ÜGTDK m. 6 çerçevesinde sözleşme dışı sorumluluğa başvurabilir (bu yönde ayrıntılı açıklamalar için bkz. Atamer / Kurtulan Güner, s. 547 vd.; Kanışlı, s. 1421 vd.; Baysal, N. 3.125 vd.).

⁵² Havuççu, *Ayıp*, s. 107, 108.

⁵³ Zamanaşımı, üretici için de malın satıcı tarafından tüketiciye teslimi anından itibaren işlemeye başlar (Atamer / Baş, s. 60). TKHK m. 3/(h)’deki “mal” tanımı ile TKHK m. 3/(n)’deki “üretici” tanımı birlikte okunduğunda, pratikte pek rastlanmayacak olsa bile, konut veya tatil amaçlı taşınmazlar açısından da üreticinin sınırlı ayıp sorumluluğunun gündeme gelebileceği söylenebilir. Örneğin kirişleri ya da kolonları sağlam olmayan, düşük şiddetli bir depreme dahi dayanamayacak nitelikte inşa edilen bir yapının yüklenicisi, üretici sıfatıyla ve satıcı ile birlikte, onarım hakkı ve (ihtimali düşük de olsa) ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı bakımından tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olacaktır. Ayıplı konut veya tatil amaçlı taşınmazlar için zamanaşımı süresi ise, bunların tüketiciye tesliminden itibaren 5 yıldır (TKHK m. 12 c. 2).

⁵⁴ *Gümüş*, *Şerh*, s. 128; *İnceoğlu*, s. 201; Atamer / Baş, s. 59; Kara Doğan, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayrıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayrıptan Doğan Def’i Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 442, 443. Y. HGK., E. 2017/13-650, K. 2020/301, T. 12.3.2020 (www.ictihatbulteni.com); Y. HGK., E. 2013/19-1696, K. 2015/1109, T. 27.3.2015 (www.kazanci.com.tr).

⁵⁵ *Gümüş*, *Şerh*, s. 129, 130.

⁵⁶ *İnceoğlu*, s. 203.

leşmeye ve satıcının ayıplı ifasına bağlı bir sorumluluktur. Dolayısıyla, satıcının ağır kusuru halinde, 10 yıllık zamanaşımı süresi, kendisinde ağır kusur bulunmayan üretici veya ithalatçıya karşı ileri sürülecek onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme talepleri için de uygulanmalıdır. Buna paralel olarak, satıcının ağır kusurlu olmadığı durumlarda, üretici veya ithalatçı ağır kusurlu olsa dahi bunlara karşı ileri sürülen haklar da 2 yıllık zamanaşımına tabi olmalıdır. Özetle, bütün sorumlular bakımından aynı zamanaşımı süresi söz konusu olmalı ve bu sürenin ne kadar olacağı konusunda ise, “satıcı açısından” uygulanacak süre belirleyici olmalıdır⁵⁷.

II. ÜRETİCİNİN ZORUNLU GARANTİ SORUMLULUĞU

A. Kavramsal Çerçeve ve TKHK m. 56'nın İçeriği

TKHK m. 11/2'deki sınırlı ayıp sorumluluğunun yanısıra, üreticinin (ve ithalatçının), TKHK m. 56 çerçevesinde garanti belgesine tabi mallar bakımından garanti sözleşmesinden doğan sorumluluğu da bulunmaktadır⁵⁸. Belirtmek gerekir ki, TKHK m. 11/2'deki sınırlı ayıp sorumluluğunun doğması için, ayıplı malın garanti belgesi ile satılma zorunluluğuna tabi bir mal olması gerekmez. TKHK m. 3/1 (h) bendindeki “mal” tanımını karşılayan herhangi bir malın ayıplı olması bu sorumluluk için yeterlidir. Oysa TKHK m. 56 ve buna dayanılarak çıkarılan 2014 tarihli Garanti Belgesi Yönetmeliği (Yönetmelik) uyarınca, üreticinin garantiden doğan sorumluluğunun doğması ve tüketicinin bu garantiden kaynaklanan haklarını kullanabilmesi için, ayıplı malın Yönetmelik'in ekindeki listeye dâhil olması aranır (Yönetmelik m. 2).

Garanti süresi malın teslimi anından itibaren asgari iki yıldır⁵⁹. Ancak nitelikleri gereği bazı mallar için, garanti süresinin farklı ölçü birimleriyle belirlenmesi de mümkündür (TKHK m. 56/2, Yönetmelik m. 6/1). Ancak her hâlükârda, hangi ölçü birimi önce tamamlanırsa o dikkate alınır ve garanti süresi sona erer. Örneğin otomobiller için ayrıca 80.000

⁵⁷ Yargıtay'ın şu kararı, açık olmamakla birlikte bu yönde yorumlanmaya elverişlidir: “*Ne var ki söz konusu cihaz garanti süresinin dolmasının akabinde arızalanmış ve bu arıza sebebiyle kullanılamaz hâle gelmiştir. Davacı, onarım talep ettiğinde garanti süresinin dolduğu belirtilerek neredeyse yeni bir televizyon alabileceği miktarda tamir ücreti istenmesi üzerine eldeki davayı açmak zorunda kaldığını ifade etmiştir. Yapılan yargılamada, televizyonun anakartında meydana gelen ve görüntü vermemesine sebep olan arızanın üretimden kaynaklı gizli ayıp mahiyetinde olduğu, zamana bağlı olarak ortaya çıktığı ve kullanıcı hatasının bulunmadığı bilirkişi tarafından tespit edilmiştir. Bir elektronik cihazın anakartının onun asli fonksiyonlarını yerine getirmesini sağladığı genel hayat tecrübesiyle de malumdur. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde satın alınan maldaki üretimden kaynaklı ayıbın ağır kusurla tüketiciden gizlendiğinin kabulü gerekir. Bu hâlde üretici yanında satıcı da tüketicinin seçimlik haklarından sorumlu tutulmalıdır.*” (Y. HGK., E. 2017/13-650, K. 2020/301, T. 12.3.2020, www.kazanci.com.tr).

⁵⁸ TKHK m. 56/1: “*Üretici ve ithalatçılar, tüketicilere yönelik üretilen veya ithal edilen mallar için içeriği yönetmelikle belirlenen bir garanti belgesi düzenlemek zorundadır. Bu belgenin tekemmül ettirilerek tüketicilere verilmesi sorumluluğu satıcıya aittir.*”

⁵⁹ Yönetmelik m. 6/3: “*Malın arızalanması durumunda, tamirde geçen süre garanti süresine eklenir.*” Garanti süresinin zamanaşımı süresine etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kapancı, **Satış**, s. 171 vd.; Malsch Christina, **Die Herstellergarantie im Schuld-, Kartell- und Wettbewerbsrecht**, Mannheim 2004 (https://madoc.bib.uni-mannheim.de/873/1/Malsch_Dissertation.pdf), s. 76 vd.; Kara, **Ayıp**, s. 324 vd.; Türkmen Ahmet, “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, **DEÜHFD**, C.16, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Özel Sayı, C. III, 2015, s. 3421 vd.

km veya yazıcılar için 30.000 baskıya kadar şekilde garanti süresi konabilir⁶⁰. TKHK m. 56'da düzenlenen zorunlu garanti dışında, üreticinin, Kanun'da zorunlu garanti ve sınırlı ayıp sorumluluğu çerçevesinde tanınan haklara ilave olarak, “*değişim, onarım, bakım, bedel iadesi ve benzeri hususlarda*” tüketiciye ihtiyari garanti vermesi de mümkündür (TKHK m. 57)⁶¹.

Zorunlu garanti çerçevesinde, üretici (veya ithalatçı) ile tüketici arasında asgari içeriği Kanun ve Yönetmelik ile belirlenen bir garanti sözleşmesi kurulur⁶². Üreticinin zorunlu garanti taahhüdüne dayanan bu sözleşme ilişkisi, satıcı ile tüketici arasındaki satış sözleşmesinin kurulmasıyla doğmakla birlikte⁶³, bu sözleşmeden ayrı bir borç ilişkisi teşkil eder⁶⁴. Bu ilişkiyi somutlaştıran garanti belgesini doldurarak tüketiciye teslim etmesi gereken ise satıcıdır (TKHK m. 56/1). Hemen belirtelim ki, garanti belgesi, üreticinin (veya ithalatçının) garanti taahhüdünü somutlaştıran bir belgeden ibaret olup, bu taahhüdün geçerlilik şartı değildir. Zira zorunlu garanti kanuna dayanır ve garanti belgesi düzenlensin düzenlenmesin, satıcı ile tüketici arasında Yönetmelik'in ekinde sayılan herhangi bir mala ilişkin sözleşmenin kurulmasıyla kanun gereği doğar. Şu halde, garanti belgesinin iki fonksiyonu vardır. Birincisi, tüketicinin, garantili malı hangi satıcıdan ne zaman satın aldığı konusunda ispat

⁶⁰ TKHK m. 56'nın gerekçesinde bu durum, “*Örneğin, fotokopi makinelerinde çekim adedi, otomobillerde katedilen kilometre, otomobil lastiklerinde ise dış derinliği gibi. Bunlardan hangisi önce dolarsa garanti süresinin sona erdiği kabul edilmektedir*” şeklinde ifade edilir.

⁶¹ TKHK m. 57/1: “*İhtiyari garanti, tüketicinin yasal hakları saklı kalmak kaydıyla mal veya hizmetle ilgili; değişim, onarım, bakım, bedel iadesi ve benzeri hususlarda satıcı, sağlayıcı, üretici veya ithalatçı tarafından verilen ilave taahhüdü ifade eder*”. İhtiyari garanti konusunda bkz. Çabri, s. 922 vd.; Kapancı, **Satış**, s. 226-228; Akkanat Öztürk Elif Beyza, **Tüketici Satımında Garanti Belgesinin Hukuki Niteliği**, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 85 vd.; Arbek, s. 138, 139; Ceylan, s. 426 vd.

⁶² Gümü, **Şerh**, s. 119; Çabri, s. 913 vd.; Erberk Odabaşı, s. 660, 661. Garanti taahhüdünün asgari içeriği, Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin “*Garanti belgesinde bulunması zorunlu bilgiler*” başlıklı 7. maddesinde sayılmıştır. Öte yandan, üreticinin yasal bir zorunluluk ile garanti sorumluluğuna tabi tutulması, 2019/771 sayılı AB Direktifi'nde söz konusu olmayıp, burada üretici, ithalatçı ya da satıcının, satış sözleşmesinden bağımsız olarak garanti taahhüdünde bulunması ihtiyari şekilde düzenlenmiştir. Keza bu Direktif'in selefi olan 1999/44 sayılı AB Direktifi m. 6 da aynı kapsamdadır. 2019/771 sayılı AB Direktifi m. 2/12'ye göre; “*Ticari garanti, satıcının yasal ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ek olarak, satıcı ya da üretici (garanti veren) tarafından tüketiciye verilen, malların garanti belgesinde ya da sözleşmenin kuruluşu sırasında veya ondan önce yayınlanmış ilgili reklamda belirtilen özellikleri ya da sözleşmeye uygunlukla ilgili olmayan başka gerekleri karşılamaması halinde, ödenen bedelin iadesi, malların onarımı, bakımı ya da diğer herhangi bir imkânı sağlayacağı konusundaki taahhüdü ifade eder*”. 2019/771 sayılı AB Direktifi'ne göre, üretici, m. 17/2'de öngörülen tüketicilerin yanıltılmasını önlemeye yönelik kurallar ile garanti taahhüdünün asgari içeriğine ilişkin kurallara uymak kaydıyla, garanti kapsamını belirlemede serbesttir.

⁶³ Gümü, **Şerh**, s. 119; Kapancı, **Satış**, s. 143, 144; Schwizer Angelo, **Herstellergarantien in Konsumentenverhaeltnissen**, Dike Verlag AG, 2016, N. 17; Kahveci, s. 152; Erberk Odabaşı, s. 660 (yazar, garanti ilişkisinin esas olarak malın tüketiciye teslim edilmesiyle doğacağı görüşündedir. Bize göre, garanti ilişkisinin, malın tüketiciye teslimi ile geriye etkili olarak sözleşmenin kurulduğu andan itibaren hüküm ifade edeceğini kabul etmek daha doğru olacaktır). Üretici ile tüketici arasındaki zorunlu garanti ilişkisinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Erberk Odabaşı, s. 656 vd.; iradi garanti taahhütlerinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Schwizer, N. 33 vd.

⁶⁴ Früh Sibylle, **Die Rechtliche Bedeutung des Garantiescheins beim Kauf von Konsumgütern**, Zürich, 1982, s. 4, 46; Lips Michael, **Die Kaufrechtliche Garantie Unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zum Bezug von Original-Ersatzteilen und Wiederverwertung von Ersatzteilen**, Zürich Schulthess, 2002, s. 11; Malsch, s. 65.

aracı olmasıdır⁶⁵. İkincisi de, tüketicinin sahip olduğu hakları öğrenmesine yarayan bilgilendirme fonksiyonudur. Nitekim Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 4/1 (c)'ye göre; “*Garanti belgesi: Üretici ve ithalatçılar tarafından, tüketiciye yönelik üretilen, ithal edilen veya satılan mallar için düzenlenen ve tüketicinin sahip olduğu hakları gösteren belgeyi*” ifade eder. Öte yandan, garanti belgesinin düzenlenmemiş ya da düzenlenmesine karşın satıcı tarafından tüketiciye verilmemiş olması, yükümlülüğe aykırı davranan üretici, ithalatçı veya satıcının TKHK m. 77/6 uyarınca idari para cezasına çarptırılmasına neden olacaktır.

Zorunlu garanti çerçevesinde üretici, tüketicinin satın aldığı malda garanti süresince meydana gelen ayıplara karşı, Kanun (ve Yönetmelik) tarafından tüketiciye tanınan hakları yerine getireceğini taahhüt eder. Bu noktada önemle belirtelim ki, tüketicinin garantiden kaynaklanan hakları, satıcı ile arasındaki satış sözleşmesinin ayıplı ifasında kaynaklanan haklarını etkilemez. Bu bakımdan, garanti belgesiyle satılan bir mal ayıplı çıktığı takdirde, tüketicinin ayıptan doğan ve zorunlu garantiden doğan yarışan hakları vardır. Tüketici için, biri ayıptan, diğeri zorunlu garantiden doğan iki farklı hukuki ilişki söz konusudur⁶⁶. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır, ancak şimdiden kısaca belirtelim ki, kanun koyucu bu iki hukuki ilişkiyi gereksiz yere ve birçok yorum güçlüğüne sebep olacak şekilde birbirine bağlamıştır.

Garanti sözleşmesinde garanti veren, belirli bir ekonomik risk gerçekleştiği takdirde garanti alanın uğrayacağı zararı karşılama borcu altına girer⁶⁷. Şahsi teminat sözleşmesi niteliğinde olan ve isimsiz sözleşme kategorisinde yer alan garanti sözleşmesi, garanti alanın borç ilişkisine girdiği üçüncü bir kişinin edimi yerine getirmemesinden ya da garanti alanın belirli bir davranışa girişmesinden kaynaklanan zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhütle üzerine aldığı sözleşmedir⁶⁸. Bu tanıma paralel şekilde, doktrine göre bağımsız garanti sözleşmeleri, üstlenilen riskin özelliğine göre ikiye ayrılır. Garanti verenin, üçüncü bir kişi (borçlu) ile garanti alan arasındaki sözleşmede yer alan edimin üçüncü kişi tarafından ifa edilmemesinden sorumlu olmayı üstlenmesi, teminat (kefalet benzeri) amaçlı

⁶⁵ Akkanat Öztürk, s. 71, 72; Havutçu, **Üretici**, s. 42 dn. 55; Kahveci, s. 150. Ayrıca belirtmek gerekir ki, garanti belgesi kıymetli evrak niteliğini haiz değildir (Früh, s. 137 vd.; Lips, s. 26 vd.; Schwizer, N. 138).

⁶⁶ Havutçu, **Üretici**, s. 44; Früh, s. 131; Lips, s. 53; Serozan / Baysal / Sanlı, N. 717; Atamer / İnceoğlu, s. 53; İnceoğlu, 223; Kapancı, **Satış**, s. 224; Kahveci, s. 152, 153; Erbek Odabaşı, s. 665; Türkmen, s. 3440, 3441.

⁶⁷ Tandoğan Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 855; Reisoğlu Seza, **Garanti Mukavelesi**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963, s. 9; Lips, s. 22; Malsch, s. 35; Develioğlu Hüseyin Murat, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 294 vd.; Kapancı, **Satış**, s. 109; Emmenegger Susan, “Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft – vom bundesrechtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen”, **ZBJV 145/2009**, s. 563; Akkanat Öztürk, s. 17; Canbolat Ferhat / Topuz Seçkin, “Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımı Uygulanacak Kistaslar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 78, 2008, s. 56, 57; Turan Gamze, “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 66, 2006, s. 28, 29; Atasoy Kemal, “Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5**, S. 1, Ocak 2019, s. 125; Göçer Ahmet Alpaslan, **Garanti Belgeleri**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013, s. 5.

⁶⁸ Tandoğan, **C. II**, s. 809; Yavuz / Acar / Özen, s. 841, 842; Gümüş Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II**, 3, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 501; Develioğlu, s. 34; Kapancı, **Satış**, s. 115; Kahraman Zafer, **Saf Garanti Taahhütleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 16, 17; Kapancı Kadir Berk, “Satıcının Satış Konusuyla İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6**, S. 2, 2015, s. 330, 331; Canbolat / Topuz, s. 54.

garanti sözleşmesini ifade eder⁶⁹. Diğer garanti sözleşmesi türü ise, saf (yönelmeyi amaçlayan) garanti sözleşmesi olup, burada garanti veren, garanti alanı belirli bir davranışa yönlendirmek amacıyla, söz konusu davranıştan o kişi için doğacak tehlikeleri üzerine alır⁷⁰. Hangi tür olursa olsun, garanti verenin, ekonomik riskin gerçekleşmesiyle ortaya çıkan zararı tazmin etme borcu, garanti alanın ifa menfaatini karşılamayı amaçlar. Burada garanti verenin olumlu zararı karşılama borcu, kusurdan bağımsız sonuç sorumluluğuna dayanır⁷¹. Garanti alanın zararının aynen ya da nakden karşılanabilmesi mümkündür. Bu konuda evvela taraflar arasındaki garanti sözleşmesine bakılır⁷².

Üretici ile tüketici arasındaki zorunlu garantiye dayanan ilişki, bu ayırmda saf garanti sözleşmesi kategorisinde yer alır⁷³. Buna göre, garanti veren üretici, tüketiciyi ürettiği ürünü satın almaya yönlendirmek amacıyla, üründe garanti kapsamındaki riskler gerçekleştiği takdirde tüketicinin zararını karşılamayı taahhüt eder. Başka bir anlatımla, üretici, tüketicinin satın aldığı malın garanti süresi içinde belirli özelliklerini koruyacağına ya da bu süre içinde malda malzeme, işçilik ya da montaj bakımından bir arıza çıktığı takdirde, zararın, arzanın onarılmasıyla ya da başka yollarla giderileceğine ilişkin tek taraflı taahhütte bulunur⁷⁴. Böylece tüketiciye güven vererek onu malı satın almaya ikna etmek amaçlanır⁷⁵. Ancak kanun koyucu, TKHK m. 56 ve Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 8 ve 9 uyarınca sözleşme özgürlüğünü sınırlayarak, zararın, sadece tüketicinin kullanacağı ücretsiz onarım hakkı ile giderileceğini öngörmüştür. Yani zorunlu garanti sisteminde, zararın aynen (malın onarılması yoluyla) karşılanması esası benimsenmiştir⁷⁶. Hiç şüphesiz, üretici (ithalatçı veya satıcı), dilerse bu kanuni garanti korumasını genişletecek şekilde zararın farklı bir yolla giderilmesine yönelik ihtiyari garanti taahhüdünde de bulunabilir.

Garanti sözleşmelerinin tabi olduğu bağımsızlık ilkesi, yani garanti sözleşmesinin varlığı ve geçerliliğinin temel borç ilişkisinin varlığına ve geçerliliğine bağlı olmaması ilkesi, zorunlu garantiler bakımından uygulanmaz. Zira zorunlu garantinin uygulanabilmesi için tüketicinin taraf olduğu satış sözleşmesinin geçerli olması gerekir⁷⁷.

Zorunlu garanti sözleşmesi çerçevesinde, tüketicinin kullanacağı haklar kademeli olarak düzenlenmiştir. TKHK m. 56/3'e göre, "*Tüketici bu Kanununun 11 inci maddesinde*

⁶⁹ Tandoğan, C. II, s. 804; Yavuz / Acar / Özen, s. 843; Zevkliler / Gökyayla, s. 706; Gümüş, BÖ, s. 508, 509; Develioğlu, s. 16; Kapancı, **Satış**, s. 115; Kahraman, s. 18; Akkanat Öztürk, s. 17; Kapancı, **Garanti**, s. 331.

⁷⁰ Tandoğan, C. II, s. 806; Yavuz / Acar / Özen, s. 848; Zevkliler / Gökyayla, s. 705; Gümüş, BÖ, s. 509; Develioğlu, s. 15; Kapancı, **Satış**, s. 115; Kahraman, s. 21, 22; Akkanat Öztürk, s. 17; Kapancı, **Garanti**, s. 332.

⁷¹ Yavuz / Acar / Özen, s. 852; Malsch, s. 35, 36; Develioğlu, s. 296; Kapancı, **Satış**, s. 152, 153; Atasoy, s. 125, 126; karşı. Kahraman, s. 44, 45.

⁷² Tandoğan, C. II, s. 855; Reisoğlu, s. 170; Kapancı, **Satış**, s. 153, 154; Kapancı, **Garanti**, s. 337, 338.

⁷³ Kapancı, **Satış**, s. 140; Kahraman, s. 57; Erbek Odabaşı, s. 650.

⁷⁴ Havutçu, **Üretici**, s. 38; Früh, s. 49; Arbek, s. 144, 145; Göçer, s. 122.

⁷⁵ Früh, s. 50; Kahraman, s. 56.

⁷⁶ Gümüş, **Şerh**, s. 119; Havutçu, **Üretici**, s. 43; Kapancı, **Satıcı**, s. 154, 155; Türkmen, s. 3441.

⁷⁷ İnceoğlu, s. 223; Karakocalı Ahmet, **Milli Şerh (National Commentary) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Editörler: Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, 1. Bası, Aristo Yayınevi, 2016, m. 56, s. 917; Birinci Uzun, s. 97; karşı. Kapancı, **Satış**, s. 140, 141. Garanti sözleşmelerindeki bağımsızlık ilkesi konusunda bkz. Reisoğlu, s. 19; Develioğlu, s. 367 vd.; Kahraman, s. 37 vd.; Canbolat / Topuz, s. 60; Turan, s. 32; Emmenegger, s. 564; Aral Fahrettin / Ayrancı Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları 2019, s. 470.

belirtilen seçimlik haklarından onarım hakkını kullanmışsa, malın garanti süresi içinde tekrar arızalanması veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hâllerinde 11 inci maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Satıcı tüketicinin talebini reddedemez. Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur”.

Görülebileceği üzere, tüketici, garanti sorumluluğuna başvurabilmek için öncelikle TKHK m. 11’deki onarım hakkını kullanmak zorundadır. Tüketici bu hakkı, satıcıya, üreticiye ya da ithalatçıya karşı kullanabilir (Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 8). Onarım hakkını kullanmak, diğer bir ifadeyle zorunlu garantiye başvurmak için, tüketicinin ayıbın şartlarını ispat etmesi gerekmez. Ayıbın garanti süresi içinde gerçekleşmiş olması, tüketicinin zorunlu garanti kapsamında korunması için yeterlidir⁷⁸. Tüketici onarım hakkını kullanmış, fakat onarım borcu hükümde sayılan üç sebepten biri nedeniyle hiç ya da gereği gibi ifa edilmişse, tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbest kalır. Ancak hükmün ifadesine göre, bu hakların öncelikle satıcıya karşı kullanılması gerekir. Satıcı, tüketicinin kullandığı hakkı yerine getirmediği takdirde, artık üretici ve ithalatçı da satıcıyla birlikte, söz konusu hakkın kullanımından doğan borçtan müteselsilen sorumlu olacaktır. Aynı durum, daha ayrıntılı olmak üzere Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 8 ve 9’da düzenlenmiştir. TKHK m. 56/3’teki düzenleme bazı yönleriyle sorunlu olup, aşağıda doktrindeki eleştiriler çerçevesinde ayrıca incelenecektir.

Tüketicinin zorunlu garanti korumasından yararlanabilmesi için, ayıbın kullanım hatasına (kullanıcı hatasına) dayanmaması gerekir. Yani ayıba tüketicinin yol açtığı hallerde garanti sorumluluğu devre dışı kalır. Bu husus, Yönetmelik m. 11/1’de “*Tüketicinin malı tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan hususlara aykırı olarak kullanımından kaynaklanan arızalar hakkında 8 inci ve 9 uncu madde hükümleri uygulanmaz*” şeklinde ifade edilir. Önemle işaret edelim ki, tüketicinin malı tanıtma ve kullanma kılavuzuna aykırı şekilde kullandığı her durumda garanti sorumluluğu ortadan kalkmaz. Bunun için, ortaya çıkan ayıp ile kılavuza aykırı kullanım arasında nedensellik bağı olması gerekir⁷⁹. Söz gelimi, termostatı bozuk olan kahve makinesinin tüketici tarafından açılması halinde, garanti belgesinde yer alan, ürüne sadece yetkili servis tarafından müdahale edilmesi gerektiği yönündeki uyarı, makinenin içinin açılması ile termostat bozukluğu arasında herhangi bir sebep sonuç ilişkisi bulunmadığından tüketiciye karşı ileri sürülemez. Uygulamada maldaki ayıbın kullanım hatasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı öncelikle yetkili servisler tarafından incelenmekte ve bu inceleme sonucunda bir rapor düzenlenmektedir. Nitekim Yönetmelik m. 11/2 de aynı hususa işaret ederek, raporun azami tamir süresi içinde hazırlanarak tüketiciye verilmesini öngörmektedir. Burada önemle belirtelim ki, bu raporun garanti so-

⁷⁸ Kapancı, **Satış**, s. 99, 223. Bu noktada, ayıp sorumluluğundan farklı olarak, zorunlu garanti sorumluluğunun, garanti süresi içinde kalmak kaydıyla malın tesliminden (hasarın tüketiciye intikalinden) sonra gerçekleşen ayıpları da kapsamına aldığı belirtilmelidir (Kahveci, s. 154; Malsch, s. 54; Kapancı, **Satış**, s. 170; İnceoğlu, s. 223; Erbek Odabaşı, s. 665, 666). TKHK m. 56/3’te doğrudan TKHK m. 11’e (ayıp sorumluluğuna) gönderme yapılmış olması, bu ayıbın üstünü örtmemelidir. Diğer taraftan, TKHK m. 10/1’de tüketici lehine öngörülen 6 aylık ayıp karinesinin, ayıp sorumluluğunun koruma derecesini bir ölçüde garanti sorumluluğuna yaklaştırdığı da söylenebilir. Zira tüketici, bu hükümle, malın teslim anında ayıp olduğunu ispat külfetinden (bir diğer ifadeyle gözden geçirme ve bildirim külfetinden) azade kılınmıştır (ayıp karinesi konusunda bkz. Gümüş, **Şerh**, s. 96, 97; Çabri, s. 208 vd.; Aydoğdu, **Tüketici**, s. 166, 167; Helvacı Serap / Altın Yolcu Fatma Zeynep, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un İspat Yükü Adı Altında Getirdiği Düzenleme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 812).

⁷⁹ İnceoğlu, s. 231; Çabri, s. 919, 920; Karakocalı, m. 56, s. 925.

rumluluğu (ve ayıp sorumluluğu) bakımından mutlak belirleyici bir işlevi yoktur. Bu rapor ayıbın kaynağı açısından kesin ve aksi çürütülemez bir belge teşkil etmez⁸⁰. Nitekim Yönetmelik m. 11/3 de aynı hususa işaret eder⁸¹. Dolayısıyla bu rapor sadece, satıcı, üretici veya ithalatçının tüketicinin kullanım hatasını ispatlayarak sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirebilmelerine hizmet etmektedir.

B. TKHK m. 56'ya İlişkin Tartışmalı Noktalar ve Değerlendirme

Tüketicinin garantiden kaynaklanan haklarını düzenleyen TKHK m. 56/3, doktrinde birçok yazar tarafından çeşitli açılardan haklı olarak eleştirilmiştir⁸². Zira düzenleme, özellikle TKHK m. 11'deki ayıp sorumluluğu ile bağlantısı ve üretici garantisinin hukuki yapısına uymaması açısından sorunludur. Bunun temel nedeni, kanun koyucunun, zorunlu garanti ile ayıp sorumluluğu arasındaki yapısal farkları dikkate almadan iki sorumluluğu birbirine bağlamasıdır. Bu sorunları tek tek ortaya koyalım:

1. TKHK m. 56, üreticinin (ve ithalatçının) tüketiciye karşı zorunlu garantiden doğan sorumluluğunu düzenler ve yukarıda ifade edildiği gibi, tüketicinin kullanacağı onarım

⁸⁰ Akkanat Öztürk, s. 62 (Dolayısıyla, bu rapor davada sadece takdiri delil fonksiyonunu haizdir. A.g.e., s. 63); Aktünel Teoman, "Satıcının Onarım Garantisi", **İÜHFMD**, C. XXXVIII, Sayı 1-4, s. 558. Ayrıca, yetkili servise başvuran tüketicinin bu hareketinin mutlaka onarım hakkını kullandığı şekilde yorumlanmaması gerektiği de ayrıca not edilmelidir. Zira tüketici, ancak maldaki ayıbın kaynağına ve kapsamına ilişkin yeterli bilgi sahibi olduktan sonra seçimlik hakkını kullanmak isteyebilir (İnceoğlu, s. 193; Aydoğdu, **Şerh**, m. 11, s. 300; Karakocalı, m. 56, s. 923). Kaldı ki, yetkili servis raporuna ayıbın varlığı ya da yokluğu konusunda nihai sonuç bağlanması veya üreticinin garanti belgesine bu yönde bir kayıt eklemesi, aynı zamanda üretici garantisinin özünde yer alan, garanti süresi içinde ortaya çıkan ayıpların muhakkak giderileceği taahhüdü ile de çelişir (Schwizer, N. 179).

⁸¹ Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 11/3: "*Tüketiciler, ikinci fıkrada belirtilen rapora ilişkin olarak bilirkişi tarafından tespit yapılmaz talebiyle uyuşmazlığın parasal değerini dikkate alarak tüketici hakem heyetine veya tüketici mahkemesine başvurabilir*". Buna paralel olarak, uygulamada birçok davada kullanım hatasının bulunup bulunmadığı konusunda bilirkişiye başvurulmaktadır (örneğin bkz. Y. 13. HD., E. 2014/10247, K. 2015/403, T. 16.01.2015; Y. 13. HD., E. 2015/3001, K. 2016/3001, T. 4.2.2016; Y. 13. HD., E. 2018/5695, K. 2019/12686, T. 17.12.2019, www.kazanci.com.tr). Her ne kadar servis istasyonunun düzenlediği raporun garanti taahhüdünden kaynaklanan sorumluluk ya da ayıp sorumluluğu açısından belirleyici bir işlevi bulunmasa da, uygulamada tüketiciler açısından bu durum pek bilinmediğinden, tüketicinin menfaatleri, deyim yerindeyse girişimcinin (üretici, ithalatçı ya da satıcının) insafına kalmaktadır. Satın aldığı mal ayıplı çıkan tüketici, satıcıya ya da servis istasyonuna başvurduğunda, diğer seçimlik hakları yokmuşçasına onarımına yönlendirilmekte ve hatta bazen sadece onarım hakkının kullanılabilmesine inandırılmaktadır. Öte yandan, haklarının bilincindeki tüketicinin ise, satın aldığı mal ayıplı çıktığında önünde iki seçenek bulunmaktadır. Tüketicisi, (i) ya doğrudan tüketici hakem heyetine veya tüketici mahkemesine (TKHK m. 73/A uyarınca dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu dikkate alınarak) başvuracak ya da (ii) servis istasyonunun mala ilişkin yapacağı incelemenin sonucunu (raporu) bekleyip, ona göre hareket edecektir. Bu noktada, tüketicinin, onarım dışındaki diğer haklarından birini kullanmak niyetindeyse, ayıplı malı servise teslim ederken, ayıbın kullanıcının hatasından kaynaklanmadığının tespit edilmesi halinde onarım hakkını kullanmak istemediğini dile getirmesi, söz gelimi ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkını kullanmayı arzu ettiğini ya da rapor düzenlendikten sonra hangi seçimlik hakkı kullanacağını kendisine sorulmasını istediğini belirtmesi, zorunlu olmamakla beraber, uyuşmazlıkları önlemesi açısından onun yararına olacaktır.

⁸² Atamer / Baş, s. 55, 56; Gümüş, **Şerh**, s. 119, 120; Atamer / İnceoğlu, s. 53, 54; Kapanacı, **Satış**, s. 214 dn. 83; Erbek Odabaşı, s. 635 vd.; eski düzenleme ile ilgili olmalarına karşın, bugün de geçerlilik arz eden eleştiriler için bkz. Havuççu, **Üretici**, s. 44, 45.

hakkı, satış sözleşmesinden değil, aslında garanti sözleşmesinden kaynaklanan hakkıdır. Bu sebeple, TKHK m. 56/3'te “*Kanunun 11'inci maddesinde belirtilen seçimlik haklardan onarım hakkı*” denmesi teknik anlamda doğru değildir. Zira TKHK m. 11'deki hak, “ayıp sorumluluğundan doğan” onarım hakkıdır⁸³.

2. Tüketici, normal şartlarda, garantiden doğan onarım hakkını sadece üretici ve ithalatçıya karşı ileri sürebilmelidir. Zira garanti taahhüdünün tarafları üretici (veya ithalatçı) ile tüketicidir. Satıcının bu ilişkideki rolü, sadece garanti belgesini doldurarak tüketiciye teslim etmekten ibarettir⁸⁴. Satıcı garanti sözleşmesinin tarafı değildir. Ancak Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 8'de, bu hakkın satıcıya karşı da kullanılabilmesi ve bu hakkın kullanılmasından satıcı, üretici ve ithalatçının müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmiştir⁸⁵. Diğer bir deyişle, satıcı, hiç gerek yokken kanun koyucu tarafından, garanti sözleşmesi çerçevesinde üretici ve ithalatçı ile birlikte müteselsilen sorumlu kılınmıştır⁸⁶.

Bu noktada önemle belirtelim ki, tüketicinin ayrıca satıcı ile yaptığı sözleşmenin ayıplı ifasından kaynaklanan (TKHK m. 11 bağlamında) onarım hakkı da vardır. Hatta bu onarım hakkının borçluları da, TKHK m. 11/2'ye göre satıcı, üretici ve ithalatçıdır. Şu halde, garanti belgesiyle satılan malın ayıplı çıkması durumunda, tüketicinin hem ayıp sorumluluğuna dayanan hem de garanti sorumluluğuna dayanan onarım hakkı bulunmaktadır⁸⁷. Buna karşılık, kanun koyucu ayıptaki onarım hakkını garanti sözleşmesindeki onarım hakkı ile özdeş kabul ederek, ayıptan doğan onarım hakkını bu iki hukuki ilişkinin bağlantı noktası tayin etmiştir. TKHK m. 11'deki onarım hakkı seçildiğinde, tüketiciye zorunlu garantiye başvurmak şeklinde bir yol daha açılmaktadır. Fakat kanun koyucunun bu tercihi, tüketicinin maldaki ayıp nedeniyle satıcıya, üreticiye ya da ithalatçıya karşı ileri sürdüğü onarım talebinin hangi hukuki ilişkiden kaynaklandığı konusunda belirsizlik yaratacak cinstendir. Doktrinde, garanti belgesiyle satılan mal söz konusuysa, tüketicinin kullandığı onarım hakkının garantiden doğan onarım hakkı olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁸⁸.

3. Genel olarak üretici garantilerinde, garantinin konusu ve kapsamı bellidir. Yani, üreticinin garanti taahhüdünün mala ilişkin hangi riskleri kapsayacağı garanti belgesinde (ya da onun ekinde) zikredilir⁸⁹. Garanti süresi içinde ortaya çıkan ve garanti kapsamına giren sorunlar, maldaki “arıza” olarak adlandırılır. Arıza kavramı ile ayıp kavramı birbirinden

⁸³ Aynı yönde bkz. Gümüş, **Şerh**, s. 119.

⁸⁴ Satıcının üreticinin aracı kişisi mi yoksa temsilcisi mi olduğu tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Früh, s. 76 vd.; Lips, s. 12, 13; Schwizer, N. 64; Malsch, s. 45, 46.

⁸⁵ Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 8/1: “*Tüketicinin, Kanunun 11 inci maddesinde yer alan seçimlik haklarından ücretsiz onarım hakkını seçmesi durumunda satıcı, işçilik masrafı, değiştirilen parça bedeli ya da başka herhangi bir ad altında hiçbir ücret talep etmeksizin malın onarımını yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür. (2) Tüketici, ücretsiz onarım hakkını üretici veya ithalatçıya karşı da kullanabilir. Satıcı, üretici ve ithalatçı, tüketicinin bu hakkını kullanmasından müteselsilen sorumludur*”.

⁸⁶ Aynı yönde bkz. Havutçu, **Üretici**, s. 44. Burada tüketici için satıcıya ulaşmanın çoğu zaman daha kolay olması sebebiyle satıcının da sorumlu tutulduğu yönünde bkz. İnceoğlu, s. 232. Ancak, böyle bir gerekçeyle de olsa, böyle bir sorumluluk konstrüksiyonuna gerek yoktur. Zira tüketicinin zorunlu garanti düzenleminde hak aradığı ihtimallerde, ilk kendisine başvuru olan satıcı, onarım borcu açısından üretici ya da ithalatçının zaten ifa yardımcısı konumunda olacaktır.

⁸⁷ Atamer / İnceoğlu, s. 53; İnceoğlu, s. 223; Kapancı, **Üretici**, s. 224; Kahveci, s. 153; Erbek Odabaşı, s. 664.

⁸⁸ Kahveci, s. 153, 157, 158; Karakocalı, m. 56, s. 921; Arbek, s. 117; Erbek Odabaşı, s. 664, 665; Y. 19. HD., E. 2016/15766, K. 2018/682, T. 15.2.2018, www.kazanci.com.tr

⁸⁹ Havutçu, **Üretici**, s. 40, 41; Kapancı, **Satış**, s. 201.

farklıdır. Gerçi birçok durumda bu iki kavram örtüşür, ancak ayıp, arızadan daha dar bir alanı temsil eder⁹⁰. Çünkü ayıp sorumluluğu için, öncelikle ayıbın malın teslimi (hasarın geçişi) anında var olması gerekir. Oysa yukarıda da işaret edildiği gibi, garanti sorumluluğu açısından hasarın tüketiciye geçiş anının önemi yoktur. Burada maldaki arıza, ister hasarın intikalinden önce ister sonra gerçekleşsin, şayet garanti süresi içinde ortaya çıkmışsa, tüketiciden doğan haklarını kullanabilir⁹¹. Ayrıca, ayıp sorumluluğu için var olması gereken diğer şartlar da garanti sözleşmesine uygulanmaz⁹². Hal böyleyken, ne TKHK m. 56'da ne de Garanti Belgesi Yönetmeliği'nde zorunlu garantinin konusu ve kapsamına ilişkin bir açıklama yer almaktadır. Bu metinlerde sadece bazı yerlerde arıza kelimesi geçmekte (TKHK m. 56/3, Yönetmelik m. 6/3, m. 9/1 (a), m. 11/1 ve 2 gibi), ancak bu kelimenin tanımına rastlanmamaktadır. Kanun ve Yönetmelik'teki ilgili maddeler incelendiğinde anlaşılmaktadır ki, kanun koyucu az önce işaret ettiğimiz ayrımı göz ardı ederek, zorunlu garanti taahhüdünün içeriğini "ayıp" olarak belirlemiştir⁹³. Diğer bir ifadeyle, TKHK m. 56'ya göre garanti sorumluluğunun doğması için, garanti belgesine tabi bir malın, satış sözleşmesi açısından ayıplı olması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Bu sonuca, hem TKHK m. 11/4'te yer alan, garanti belgesine tabi malların onarımının Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği'ndeki azami tamir süresi içinde yerine getirilmesine ilişkin yollama ile, hem de TKHK m. 56/3'te (ve Yönetmelik m. 8 ve 9'da) "ayıptan doğan sorumlulukta" onarım hakkına ve diğer seçimlik haklara yapılan yollama ile ulaşılır.

Bu aşamada, üreticinin (veya ithalatçının) TKHK m. 11/2'ye dayanıp, mal kendisi tarafından piyasaya sürüldükten sonra ayıbın doğduğunu ispat ederek garanti sorumluluğundan kurtulabilmesi mümkün müdür sorusu sorulabilir. Zira kanun koyucu TKHK m. 56/3'te onarım hakkı için (TKHK m. 11'deki) ayıp sorumluluğuna gönderme yapılmıştır. O halde, acaba üretici, maldaki ayıbın üretim aşamasından kaynaklanmadığı, söz gelimi ürünün pazarlama ve dağıtım aşamasında yer alan kişilerin (toptancı veya perakendecinin) deposunda ya da mağazasında gerçekleştiğini ileri sürerek zorunlu garantiye dayanan tüketiciyi eli boş gönderebilecek midir? Burada üretici garantisinin altında yatan ratio ve biraz önce işaret ettiğimiz kavramsal ayrım dikkate alındığında, cevap hayır olmalıdır. Zira garanti sorumluluğunda, maldaki ayıp hangi aşamada doğarsa doğsun, şayet bu ayıp garanti süresi içinde ortaya çıkmış ve tüketicinin kullanım hatasından kaynaklanmamışsa, tüketici haklarını kullanabilir. Dolayısıyla, TKHK m. 56/3'ü bu doğrultuda yorumlamak isabetli olacaktır.

4. TKHK m. 56/3, Yönetmelik m. 8 ve 9 çerçevesinde, tüketicinin garanti sorumluluğu açısından sahip olduğu birincil hak ücretsiz onarım hakkıdır. Bu hakkın kullanılabilmesi için, garanti belgesiyle satılması zorunlu olan malın, satış sözleşmesine göre ayıplı olması gerekir. Tüketici, garantiden kaynaklanan onarım hakkını, tıpkı ayıp sorumluluğundaki gibi, satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya karşı ileri sürebilir. Ancak, onarım hakkı kullanıldıktan sonra, (i) eğer mal garanti süresi içinde yine arızalanırsa ya da (ii) tamiri için gerekli azami süre aşılsa veya (iii) tamirinin imkânsız olduğu anlaşılırsa, bu sefer tüketici ayıptan doğan diğer seçimlik haklarını (sözleşmeden dönme, bedel indirimi, ayıpsız benze-

⁹⁰ Havutçu, **Üretici**, s. 43, 44; Kapancı, **Satış**, s. 170, 223; Kahveci, s. 154; Erbek Odabaşı, s. 665.

⁹¹ Serozan / Baysal / Sanlı, N. 715; Lips, s. 26; Schwizer, N. 232; Kapancı, **Satış**, s. 99, 223; Inceoğlu, s. 223; Kahveci, s. 154.

⁹² Tüketici sözleşmelerinde ayıp sorumluluğunun şartları için bkz. Gümüş, **Şerh**, s. 87 vd.; Atamer / Baş, s. 27 vd.; Çabri, s. 184 vd.; Aydoğdu, **Tüketici**, s. 140 vd.

⁹³ Aynı yönde bkz. Akkanat Öztürk, s. 45 vd. Yazar, mevcut düzenlemeler ışığında, TKHK m. 56'da düzenlenen zorunlu garanti sorumluluğunun içerik olarak ayıp sorumluluğu ile aynı olduğunu ifade etmektedir (bkz. A.g.e., s. 49, 59).

riyle değiştirme haklarını) kullanabilecektir⁹⁴. Bu hakların muhatabı ise, TKHK m. 56/3'te satıcı olarak belirtilmiş, şayet satıcı tüketicinin kullandığı seçimlik hakkı yerine getirmezse, artık üreticinin ve ithalatçının da söz konusu hakkın kullanılmasından doğan borçtan satıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmüştür. Hükmün gerekçesinde bu durum, “satıcı tüketicinin seçtiği talebi yerine getirmek zorunda olup, tüketicinin seçtiği talep yerine getirilmez ise satıcı ile birlikte üretici veya ithalatçı da tüketiciye karşı müteselsil sorumlu olacaktır. Tüketici bu durumda seçtiği talebin yerine getirilmesi için üretici veya ithalatçıya da başvurabilecektir” şeklinde ifade edilmektedir⁹⁵.

TKHK m. 56/3'te öngörülen bu sorumluluk yapısı, ayıp sorumluluğu ile garanti sorumluluğu arasındaki farkları göz ardı ettiğinden sorunludur ve yorum uyumsuzluklarına yol açacak niteliktedir. Düzenlemedeki sorunları belirgin kılmak adına şu sorular sorulabilir. Onarım hakkından sonuç alamayan tüketici, diğer seçimlik haklarını, neden “sadece” satıcıya karşı kullanabilecektir? TKHK m. 11/2 uyarınca onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları, ayrıca üretici veya ithalatçıya karşı kullanılabilirken, TKHK m. 56/3'te neden önce satıcıya gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir? Bu farklı düzenlemenin haklı bir gerekçesi var mıdır?

Görünen o ki, kanun koyucu, garanti sorumluluğunun içine yine ayıp sorumluluğu yerleştirmeye çalışmış ve buna bağlı olarak, garantiden doğan onarım hakkı amacına ulaşmazsa, satıcıya karşı TKHK m. 11'de yer alan diğer seçimlik hakların ileri sürülebileceğini öngörmüştür⁹⁶. Bu noktada, TKHK m. 56/3'ün TKHK m. 11 ile bağlantılı şekilde okunması ve amaca uygun yorumlanması gerekir. Şöyle ki, tüketicinin kullandığı onarım hakkı, süresi içinde yerine getirilmemiş ya da ayıplı mal tekrar arızalanmış veya ayıplı malın onarımının imkânsız olduğu tespit edilmişse, tüketici diğer seçimlik hakları sadece satıcıya karşı kullanmak zorunda değildir. TKHK m. 11/2 ve 11/4'e paralel şekilde, tüketici dilerse ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkını üretici ya da ithalatçıya karşı da kullanabilir. Yani tüketici, onarım hakkı hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemişse, bu sefer (i) ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkını, üretici, ithalatçı veya satıcıya karşı, (ii) bedel indirimi veya sözleşmeden dönme haklarını ise sadece satıcıya karşı ileri sürebilir⁹⁷.

5. TKHK m. 56/3 ile ilgili tartışılması gereken bir diğer nokta da, hükmün son cümlesindeki “*Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur*” ibaresidir. Kanun koyucu burada, garanti sorumluluğuna (yani 4 numarada belirttiğimiz kademenin ardına) bir kademe daha sorumluluk ekleyerek, şayet tüketicinin satıcıya karşı ileri sürdüğü seçimlik hak, satıcı tarafından yerine getirilmemişse, bu seçimlik haktan doğan borçtan, üretici ve ithalatçının da satıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağını belirtmiştir.

Hükmün bu kısmını bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, bir tüketici ayıplı çıkan kahve makinesinin onarılmasını talep eder, ancak kahve makinesinin tamiri azami süre

⁹⁴ Garanti süresi içinde meydana gelen ikinci arızanın öncekiyle aynı olmasının şart olmadığı, arıza sebepleri farklı olsa dahi tüketicinin diğer seçimlik haklara başvurabileceği yönünde bkz. İnceoğlu, s. 228.

⁹⁵ Kanun koyucunun TKHK m. 11'de seçimlik haklar için vazettiği sınırlamalar (imkânsız olmama, aşırı masraf gerektirmeme ve orantısız güçlükler doğurmama gibi), bu maddedeki seçimlik haklara yollama yapan TKHK m. 56 için de geçerli kabul edilmelidir (aynı yönde İnceoğlu, s. 230; Özel, s. 294; Karakocalı, m. 56, s. 922).

⁹⁶ Havuçtu, **Üretici**, s. 45; Gümüş, **Şerh**, s. 119.

⁹⁷ Atamer / Baş, s. 55, 56; Erbek Odabaşı, s. 635, 636. Farklı görüşteki Gümüş ise, TKHK m. 56'nın TKHK m. 11 ile birlikte okunması durumunda dahi, diğer seçimlik hakların bu kademe sadece satıcıya karşı kullanılacağına belirtmektedir (Gümüş, **Şerh**, s. 120).

İNİNDE GERÇEKLEŞMEZ. BUNUN ÜZERİNE TÜKETİCİ, SATICIYA KARŞI SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKINI KULLANARAK BEDEL İADESİNİ TALEP EDER. BURADA, HÜKMÜ TKHK M. 11 DÜZENLEMESİNDEN İZOLE ŞEKİLDE ANLAMLANDIRDIĞIMIZDA, SATICI SATIŞ BEDELİNİ İADE ETMEDİĞİ TAKDİRDE, TÜKETİCİNİN KAHVE MAKİNESİ İÇİN ÖDEDİĞİ BEDELİ ÜRETİCİ YA DA İTHALATÇIDAN TALEP EDEBİLECEĞİ SÖYLENEBİLİR. AYNI DURUM, BEDEL İNDİRİMİ HAKKI KULLANILDIĞINDA DA SÖZ KONUSUDUR. YANI BU YÖNDE BİR YORUM TERCİH EDİLDİĞİNDE, TÜKETİCİ SON KADEMEDEN BÜTÜN SEÇİMLİK HAKLARINI ÜRETİCİ YA DA İTHALATÇIYA KARŞI İLERİ SÜREBİLECEKTİR.

Doktrindeki bazı yazarlar hükmün bu şekilde uygulanması gerektiği görüşündedirler. Bu yazarlara göre, satıcıya karşı ileri sürülen talepler, satıcı tarafından yerine getirilmediği takdirde, üretici ve ithalatçı, bu borçların ifasından ve uğranılan zararlardan satıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur⁹⁸. Henüz az sayıda olmakla birlikte, yargı kararlarında da bu görüşün benimsenmeye başlandığı söylenebilir⁹⁹.

Bizce de üstün tutulması gereken görüşe göre, burada yapılması gereken, hükmü bağlantı kurduğu ayıp sorumluluğu (TKHK m. 11) ekseninde okuyarak amaca uygun yorumlamaktır¹⁰⁰. Bu görüş çerçevesinde, tüketicinin sadece satıcıya karşı kullanabileceği sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarının satıcı tarafından yerine getirilmemesi durumunda; diğer bir deyişle, satıcının bedeli iade etmemesi ya da indirilen kısmı geri vermemesi halinde, tüketicinin bu borçların ifasını üreticiden ya da ithalatçıdan talep etme imkânı yoktur. Zira TKHK m. 11/2'ye göre, nasıl ki tüketici, ayıp sorumluluğu kapsamında üretici veya ithalatçıya karşı sadece ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme taleplerini ileri sürebiliyorsa, aynı sonucu TKHK m. 56/3'ün bu kısmı için de kabul etmek gerekir¹⁰¹. TKHK m. 11'in gerekçesinde belirtilen, tüketicinin, satıcıya ödediği bedeli aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan üretici ya da ithalatçıdan dönme ya da bedel indirimi haklarını kullanarak istemesinin mümkün olmadığı yönündeki temel düşünce, burada da benimsen-

⁹⁸ Gümüş, *Şerh*, s. 119, 120; Çabri, s. 914, 918; Aydoğdu, *Tüketici*, s. 101; Aydoğdu, *Şerh*, m. 11, s. 272; Karakocalı, m. 56, s. 923, 924; Inceoğlu, s. 232; Kara, *Tüketici*, s. 793, 794; Ceylan, s. 423; Aslan, *Anarım*, s. 196.

⁹⁹ "...tüketicinin ücretsiz onarım hakkını kullanması halinde, malın tamiri mümkün değil ise, tamir süresi aşılmış ise veya tamir yapılmasına rağmen tekrar arızalanır ise tüketici diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Bu seçimlik haklar kural olarak bedel iadesi ve misli ile değişim talepleridir. Tüketici bu seçimlik hakları, satıcı ile birlikte üretici ve ithalatçıya karşı kullanabilir. Çünkü, 6502 sayılı Yasa'nın 56/3. maddesi ve yukarıda belirtilen Garanti Belgesi Yönetmeliği'nin 9. maddesi gereğince, onarım hakkı kullanılmışsa, malın garanti süresi içinde tekrar arızalanması veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hâllerinde tüketici diğer seçimlik hakları kapsamında kalan bedel iadesi veya misli ile değişim talebini satıcı ile birlikte üretici ve ithalatçıya karşı birlikte kullanabilir". Bkz. Samsun BAM, 5. HD., E. 2018/806, K. 2018/757, T. 17.5.2018; aynı yönde bkz. Samsun BAM, 5. HD., E. 2017/61, K. 2017/160, T. 28.3.2017; Ankara BAM, 3. HD., E. 2018/2565, K. 2019/1918, T. 6.11.2019; Y. 19. HD., E. 2016/15766, K. 2018/682, T. 15.2.2018, www.lexpera.com.tr

¹⁰⁰ Atamer / Baş, s. 55, 56; Şenocak, s. 37; Aslan, *Tüketici*, s. 156; Erbek Odabaşı, s. 637, 638; Çilci, s. 34; dolaylı olarak aynı görüşte bkz. Özel, s. 294, 295.

¹⁰¹ Atamer / Baş, s. 55, 56; Erbek Odabaşı, s. 637, 638. Örneğin ayıplı çıkan kahve makinesine ilişkin onarım hakkı zamanında yerine getirilmeyen tüketicinin, ilk olarak satıcıdan makinenin ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini talep etmiş olması ve satıcının bu borcu da yerine getirmemiş olması ihtimalinde, aynı hakkı üretici ya da ithalatçıya karşı ileri sürmesi mümkündür. Ayrıca, ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı kullanıldığı ihtimallerde Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 10 uyarınca, "Garanti uygulaması sırasında değiştirilen malın garanti süresi, satın alınan malın kalan garanti süresi ile sınırlıdır" (bu düzenlemenin adil olmadığı, malın değiştirilmesi ile birlikte yeni bir sürenin başlaması gerektiği yönünde bkz. Ceylan, s. 419).

melidir. Ayrıca üretici garantisinin amacı ve hukuki yapısıyla örtüşmeyecek şekilde, tüketicinin ekstra bir müteselsil sorumlulukla bu denli aşırı korunmasının gereği yoktur. Bu gerekçelerle, özensiz kaleme alınan bu hükmün amaca uygun şekilde daraltılarak uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Buraya kadarki açıklamalar ışığında, TKHK m. 56 ve TKHK m. 11/2 hükümleri hakkında birkaç noktanın altı çizilmelidir. İlk olarak, sözleşmenin ayıplı ifa edildiği hallerde, tüketici TKHK m. 11/2 uyarınca satıcı dışında zaten üretici ve ithalatçıya başvurabilmekteyken, TKHK m. 56'da üretici ve ithalatçı için ayrıca zorunlu garanti sorumluluğu öngörülmesine gerek olup olmadığı ciddi anlamda sorgulanmalıdır. Bu konuda *Atamer*, ayıplı ifa hükümlerinin tüketiciyi yeteri kadar korumasına karşılık, bir de zorunlu garanti sistemi getirmenin hukuk politikası açısından yerinde bir tercih olmadığı görüşündedir¹⁰². Ayrıca AB hukukunda zorunlu garanti sistemi söz konusu olmadığından, TKHK m. 56'daki düzenlemenin Türkiye ile AB arasındaki Gümrük Birliği Antlaşması kapsamında bir ticaret engeli teşkil edebileceği de ileri sürülmektedir¹⁰³.

Belirtmek gerekir ki, üretici garantisi, esas itibarıyla piyasada tüketicileri malı satın almaya yönlendirmeyi amaçlayan bir rekabet aracıdır¹⁰⁴. Dolayısıyla, zorunlu garanti uygulaması getirilirken sözleşme özgürlüğüne müdahalenin menfaatler dengesine ne oranda zarar vereceği, bu müdahaleyi meşru kılacak bir gerekçenin bulunup bulunmadığı etraflıca araştırılmalıdır. Kanaatimizce, olması gereken hukuk açısından, üretici ve ithalatçının TKHK m. 11/2'deki sınırlı ayıp sorumluluğu varken, zorunlu garanti sorumluluğuna gerek yoktur. Şayet uygulamadaki alışkanlığa istinaden ve tüketiciyi daha güvende hissettirmek amacıyla zorunlu garanti uygulamasından vazgeçilmek istenmiyorsa, bu sefer de TKHK m. 11/2'deki sorumluluğun öngörülmemesi gerektiği görüşündeyiz.

Son olarak, bu iki sorumluluğun birçok durumda aynı anda uygulanabilecek olması, doktrinde haklı olarak işaret edildiği üzere, uygulamada taleplerin birbirine karışması ve hangi talebe dayanılarak dava açıldığının anlaşılabilmesi gibi sorunlar doğurabilecektir¹⁰⁵. Bu durum, hiç şüphesiz hukuk güvenliği açısından da sakıncalıdır.

SONUÇ

Üretici, TKHK m. 11/2'ye göre, satıcının ayıplı ifası halinde ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları bakımından tüketicie karşı satıcı ve ithalatçı ile birlikte müteselsilen sorumludur. Bu sınırlı ayıp sorumluluğu çerçevesinde, tüketici, üretici (ve ithalatçı) ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da, bu kişilere söz konusu seçimlik haklar vasıtasıyla kanun gereği doğrudan başvurabilme imkânına sahiptir. Üreticinin sınırlı ayıp sorumluluğu, satıcının ayıp sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır.

Her ne kadar TKHK m. 11/2'nin lafzından anlaşılmasa da, hükmün amacı gereği ara mal ya da hammadde üreticisinin (kısmi üreticinin) sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla, hükümde geçen üretici kavramından anlaşılması gereken, tüketiciye sunulmuş olan nihai malın üreticisidir. Öte yandan, TKHK m. 11/2 c. 3 uyarınca üreticinin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür. Buna göre, üretici, mal kendisi tarafından piyasaya sürüldükten sonra, yani iradesi doğrultusunda hâkimiyet alanından çıkıp sürüm ve dağıtım zincirine girdikten sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur.

¹⁰² Atamer Yeşim M., "Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 – Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri", *Batider*, C. XXIV, S. 1, 2007, s. 104; aynı yönde bkz. Atamer / İnceoğlu, s. 54.

¹⁰³ Atamer, *Eleştiriler*, s. 104; Atamer / Baş, s. 55.

¹⁰⁴ İnceoğlu, s. 233; Kapancı, *Satış*, s. 150.

¹⁰⁵ Atamer / İnceoğlu, s. 54; Kapancı, *Satış*, s. 214 dn. 83.

Çalışmada ele alınan konulardan biri de, TKHK m. 8/3'te satıcının ayıp sorumluluğuna dâhil olan, (i) malın tüketiciye kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi, (ii) montaj talimatındaki eksiklikler/yanlışlıklar nedeniyle tüketicinin montajı hatalı yapması ve (iii) malın satıcı ya da onun sorumluluğu altındaki kişiler (ifa yardımcıları) tarafından gereği gibi monte edilmemesi durumlarında üreticinin söz konusu seçimlik haklar açısından sorumlu olup olmayacağıdır.

İlk durumda üreticinin TKHK m. 11/2 c. 3 gereği sorumlu olmayacağı aşikârdır. İkinci durum açısından, yani tüketici tarafından yapılması öngörülen montajın hatalı yapılması montaj talimatnamesindeki eksiklik ya da yanlışlıktan kaynaklanıyorsa, üreticinin sorumluluğu devam eder. Üçüncü durum açısından ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir. Eğer montajın gereği gibi yapılmaması, kaynağını üretim aşamasında, yani ürünün piyasaya sürülmesinden önceki dönemde bulan bir ayıptan ileri geliyorsa, üreticinin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Buna karşılık, montajın gereği gibi yapılmaması üretim aşamasındaki bir ayıptan kaynaklanmıyorsa, üreticinin sorumlu olup olmayacağı montaj hizmetinin kim tarafından verildiğine bağlıdır. Eğer montaj hizmeti üreticiye bağlı, bir diğer ifadeyle üretici tarafından kurulan veya üretici ile anlaşmalı olan (yetkili) servis tarafından gereği gibi yapılmamışsa, üretici sorumluluktan kurtulamamalıdır. Şayet montaj hizmeti satıcı ya da satıcının sorumluluğu altındaki bir kişi tarafından veya üreticiye bağlı olmayan özel servis tarafından gereği gibi yerine getirilmemişse, üreticinin sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Tüketicinin ayıplı malın ücretsiz onarımı veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi haklarından birini kullanması halinde, şayet bu hakların kullanılmasından doğan borç satıcı, üretici veya ithalatçı tarafından TKHK m. 11/4'te öngörülen süreler içinde ifa edilmezse, aynı hükümde tüketicinin diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbest olacağı öngörülmektedir. Ancak bu noktada, tüketicinin TKHK m. 11/2 çerçevesinde (ilk aşamada) üreticiye ve ithalatçıya karşı ileri süremeyeceği sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelde indirim hakkını, bu ihtimalde (ikinci aşamada) bu kişilere karşı kullanıp kullanamayacağı sorusu akla gelir. Katıldığımız görüşe göre, TKHK m. 11/2'deki sınırlı sorumluluk bu ihtimalde de benimsenmelidir. Buna göre, tüketici, onarım ya da ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı yasal süre içinde yerine getirilmediği takdirde, diğer tüm seçimlik haklarını satıcıya karşı kullanabilir, ancak üreticiye ve ithalatçıya karşı sadece onarım veya ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarını ileri sürebilir.

TKHK m. 56'da üreticinin (ve ithalatçının) garanti belgesine tabi mallar açısından zorunlu garanti sorumluluğu düzenlenmektedir. Bu madde çerçevesinde, üretici ile tüketici arasında üreticinin zorunlu garanti taahhüdüne dayanan bir garanti sözleşmesi kurulur. Zorunlu garantinin tüketiciye tanıdığı haklar, tüketicinin satıcı ile arasındaki sözleşmenin ayıplı ifası halinde sahip olduğu hakları etkilemez. Garanti belgesiyle satılan bir malın ayıplı çıkması durumunda, tüketicinin ayıptan doğan hakları (TKHK m. 11) ile zorunlu garantiye dayanan hakları (TKHK m. 56) yarışır.

Zorunlu garanti kapsamında tüketicinin kullanacağı haklar, TKHK m. 56/3'te kademe şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, malda garanti süresi içinde bir ayıp meydana geldiği takdirde, tüketici ilk olarak onarım hakkını kullanmak zorundadır. Tüketici onarım talebini satıcıya, üreticiye ya da ithalatçıya karşı ileri sürebilir. Bu kişiler, hükümde zikredilen sebepler nedeniyle onarım borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmezlerse, tüketici, bedelde indirim, ayıpsız benzeriyle değiştirme ve sözleşmeden dönme haklarından birini kullanabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, tüketicinin zorunlu garantiden kaynaklanan hakları kullanabilmesi için, ayıp, tüketicinin kullanım hatasından kaynaklanmamalıdır.

Çalışmada doktrindeki eleştiriler ve tartışmalı hususlar dikkate alınarak, TKHK m. 56/3 düzenlemesi çeşitli yönlerden incelenmiştir. Bu düzenleme, özellikle TKHK m. 11'deki ayıp sorumluluğu ile bağlantısı bakımından sorunludur. Kanun koyucu, zorunlu garanti ile ayıp sorumluluğu arasındaki yapısal farkları göz ardı ederek, bu iki sorumluluğu belirli atıflarla birbirine bağlamış ve ayıptan doğan onarım hakkını da bağlantı noktası tayin etmiştir. Bu düzenleme, tüketicinin onarım hakkının somut olayda hangi hukuki ilişkiden kaynaklandığı noktasında belirsizlik yaratmaya müsaittir.

TKHK m. 56/3'te, onarım hakkı belirtilen sebeplerle hiç ya da gereği gibi yerine getirilmeyen tüketicinin diğer seçimlik haklarını satıcıya karşı kullanabileceği zikredilmektedir. Aynı hükmün son cümlesinde ise, satıcının bu talebi yerine getirmemesi durumunda, satıcı, üretici ve ithalatçının müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmektedir. Doktrinde bu düzenlemenin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Biz, çalışmada belirttiğimiz gerekçelerle, bu hükmün TKHK m. 11/2 ekseninde ve buradaki menfaatler dengesiyle uyum içinde anlamlandırılması gerektiği görüşündeyiz. Bu bağlamda, tüketici, sözleşmeden dönme ve bedelde indirim haklarını sadece satıcıya karşı kullanabilmesi, üreticinin (ve ithalatçının) sorumluluğu onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarıyla sınırlı olmalıdır.

KAYNAKÇA

Akbulut Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Akçura Karaman Tuba, **Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, 2008.

Akkanat Öztürk Elif Beyza, **Tüketici Satımında Garanti Belgesinin Hukuki Niteliği**, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Akünel Teoman, "Satıcının Onarım Garantisi", **İÜHFİM**, C. XXXVIII, Sayı 1-4, s. 547-570.

Al Dursun, "7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Kapsamında Ürün Kavramı ve Üreticinin Sorumluluğu", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 169, Eylül 2020, s. 1802-1804.

Aral Fahrettin / Ayrancı Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları 2019.

Arbek Ömer, **Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi**, Yetkin Yayınları, 2005.

Aslan Bayram, **Tüketicinin Onarım Hakkı**, Lykeion, 2018. ("Onarım")

Aslan İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Ekin 2015. ("Tüketici")

Atamer Yeşim M. / Baş Ece, "Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Koruması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", **İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı**, C. 88/1, 2014, s. 19-60.

Atamer Yeşim M. / Hermidas Semir, "Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf", **Aktuelle Juristische Praxis (AJP)**, S. 48, s. 48-67.

Atamer Yeşim M. / İnceoğlu M. Murat, "Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu Sorunu", İstanbul, 2012.

Atamer Yeşim M. / Kurtulan Güner Gökçe, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?”, **AÜHFD**, C. 70, S. 2, 2021, s. 543-588.

Atamer Yeşim M., “Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 – Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri”, **Batider**, C. XXIV, S. 1, 2007, s. 81-106. (“*Eleştiriler*”)

Atamer Yeşim M., **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, Beta, 2005. (“*CISG*”)

Atasoy Kemal, “Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, Ocak 2019, s. 101-134.

Aydoğdu Murat, **Milli Şerh (National Commentary) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Editörler: Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, 1. Bası, Aristo Yayınevi, 2016. (“*Şerh*”)

Aydoğdu Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, 2015. (“Tüketici”)

Baysal Başak, **Haksız Fiil Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık 2019.

Birinci Uzun, Tuba, “Garanti Belgesi Uygulaması, Bu Uygulama İle Tüketicilere Sağlanan Koruma ve Karşılaşılan Sorunlar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl 5, Sayı 46, Haziran 2010, s. 95-103.

Buz Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, 2005.

Canbolat Ferhat / Topuz Seçkin, “Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kısıtlar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 78, 2008, s. 53-76.

Ceylan Ebru, “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Garanti Belgesi ve Satış Sonrası Hizmetlere İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2016, s. 415-438.

Cumalioğlu Emre, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Satıcının Ayıplı Maldan Sorumluluğunun Koşulları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 20-29.

Çabri Sezer, **6502 sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Adalet Yayınevi, 2016.

Çilci Çiğdem, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Ayıplı Mal Satışı Nedeniyle Müteselsil Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Demir Mehmet, “Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme”, **AÜHFD**, C. 54, S. 3, 2005, s. 23-51.

Develioğlu Hüseyin Murat, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

Emmenegger Susan, “Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft – vom bundesrechtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen”, **ZBJV** 145/2009, s. 561-582.

Erbek Odabaşı Özge, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Garanti Belgesinin Hukuki Niteliği”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 611-677.

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017.

Erlüle Fulya, “Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, 2004, s. 419-434.

Früh Sibylle, **Die Rechtliche Bedeutung des Garantiescheins beim Kauf von Konsumgütern**, Zürich, 1982.

Göçer Ahmet Alpaslan, **Garanti Belgeleri**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013.

Grunewald Barbara / Peifer Karl-Nikolaus, **Verbraucherschutz im Zivilrecht**, Springer Verlag Berlin Heidelberg, 2010.

Gümüş Mustafa Alper, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1**, Vedat Kitapçılık 2014. (“*Şerh*”)

Gümüş Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014. (“*BÖ*”)

Havuççu Ayşe, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıplı Mal ve Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı (Özellikle Bedensel Zararlar Yönünden)”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2**, TBB Yayınları, 2016, s. 91-114. (“*Ayıp*”)

Havuççu Ayşe, **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, 2005. (“*Üretici*”)

Helvacı Serap / Altınar Yolcu Fatma Zeynep, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un İspat Yükü Adı Altında Getirdiği Düzenleme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 804-822.

Hess Hans-Joachim, **Kommentar zum Produkthaftungsgesetz**, 2. Bası, Paul Haupt Verlag, 1996.

İnceoğlu M. Murat, “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar)**, Der: Doç. Dr. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 153-238.

Kahraman Zafer, **Saf Garanti Taahhütleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Kahveci Nalan, **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, Adalet Yayınevi, 2014.

Kanişli Erhan, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 78, S. 3, Aralık 2020, s. 1413-1468.

Kapancı Kadir Berk, “Satıcının Satış Konusuyla İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2015, s. 319-368. (“*Garanti*”)

Kapancı Kadir Berk, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayrıntı Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesin Garanti Taahhütleri**, XII Levha Yayıncılık, 2012. (“*Satış*”)

Kara Doğan, **Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayrıntı Sorumlulukta Zamanasını ve Ayrıntı Doğan Def’i Hakları**, On İki Levha Yayıncılık, 2020. (“*Ayıp*”)

Kara İlhan, **Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, Engin Yayınevi, 2015. (“*Tüketici*”)

Karakocalı Ahmet, **Milli Şerh (National Commentary) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Editörler: Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, 1. Bası, Aristo Yayınevi, 2016.

Kırca Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, **AÜHFD**, C. 50, S. 1, 2001, s. 91-119. (“*Örtülü Boşluk*”)

Kırca Çiğdem, **Ürün Sorumluluğu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007. (“*Üretici*”)

Lips Michael, **Die Kaufrechtliche Garantie Unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zum Bezug von Original-Ersatzteilen und Wiederverwertung von Ersatzteilen**, Zürich Schulthess, 2002.

Malsch Christina, **Die Herstellergarantie im Schuld-, Kartell- und Wettbewerbsrecht**, Mannheim 2004 (https://madoc.bib.uni-mannheim.de/873/1/Malsch_Dissertation.pdf).

Özel Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Öztan Bilge, **İmalatçının Sorumluluğu**, Turhan Kitabevi, 1982.

Reisoğlu Seza, **Garanti Mukavelesi**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963.

Schwizer Angelo, **Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen**, Dike Verlag AG, 2016.

Serozan Rona / Baysal Başak / Sanlı Kerem Cem, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Serozan Rona, “CISG ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, **İÜHFMD**, C. LXX, S. 2, 2012, s. 207-220.

Sirmen Lâle, “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, **Journal of Yaşar University**, Yıl 2013, Cilt 8, Özel Sayı, s. 2465- 2476.

Şenocak Zarife, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Özel Sayı, 2014, s. 30-37.

Tandoğan Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1**, 5. Basıdan 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, 2008. (“*C. I*”)

Tandoğan Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010. (“*C. II*”)

Turan Gamze, “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 66, 2006, s. 27-50.

Türkmen Ahmet, “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, **DEÜHFMD**, C.16, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Özel Sayı, C. III, 2015, s. 3389- 3448.

Ünal Akın / Kalkan Arif, “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler”, **TAAD**, Yıl 11, S. 39, Temmuz 2019, s. 45-82.

Yavuz Cevdet / Acar Faruk / Özen Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 16. Baskı, Beta, 2019.

Yavuz Cevdet, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, 1. Bası, Beta, 1989.

Yücedağ Nafiye, **Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı -TBK ve CISG Uyarınca-**, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Zevkliler Aydın / Gökyayla K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020.

**¶ KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU KAPSAMINDA GEÇİCİ İŞ
GÖREMEZLİK TAZMİNATI**
(TEMPORARY INCAPACITY COMPENSATION UNDER HIGHWAYS TRAFFIC LAW)

Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım KESER**

ÖZ

Geçici iş göremezlik tazminatı, bedensel zarar türlerindedir. Bu tazminat türünün sadece kazanç kaybından mı oluştuğu yoksa hayat fonksiyonlarının yerine getirilememesinden kaynaklanan efor kaybından mı oluştuğu konusunda herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca Karayolları Trafik Kanunu kapsamında oluşan geçici iş göremezlik zararının sağlık gideri kapsamına girip girmediğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesinin I. fıkrasında zarar türüne ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmeden trafik kazasına uğrayanların sağlık hizmet bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Karayolu Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A.5. maddesinin (b) bendinde geçici iş göremezlik döneminde ortaya çıkan, çalışma gücünün tamamen veya kısmen azalmasına bağlı giderler sağlık gideri teminatı kapsamında düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Karayolları Trafik Kanunu'nun 90. maddesine ilişkin vermiş olduğu kısmi iptal kararı sonrasında haksız fiilden kaynaklanan bütün geçici iş göremezlik tazminatlarının Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel sorumluluk ilkelerine göre belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca geçici iş göremezlik tazminatının hukuki niteliği içerik yönünden yapılacak değerlendirmelerde önemli rol oynayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Geçici iş göremezlik tazminatı, geçici efor kaybı, kazanç kaybı,

ABSTRACT

Temporary incapacity benefit is a type of physical damage. There is no legislative regulation on whether this type of compensation consists only of loss of earnings or loss of effort due to failure to fulfill life functions. In addition, it is also necessary to evaluate whether the temporary incapacity damage incurred within the scope of the Highways Traffic Law is included in the scope of health expenses. Without any regulation regarding the type of damage, first paragraph of Article 98 of the Highways Traffic Law sets out that the health care expenses of those who suffered from traffic accidents shall be covered by the Social Security Institution. According to subparagraph (b) of Article A.5 of Highway Motor Vehicles Compulsory Liability Insurance General Conditions, expenses arising due to the

[¶] Eserin Dergimize geliş tarihi: 29.01.2021. İlk hakem raporu tarihi: 12.02.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 08.02.2021. Onaylanma tarihi: 28.03.2021

* İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7990-4218.

Esere Atıf Şekli: Yıldırım Keser, "Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Geçici İş Göremezlik Tazminatı", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 1037-1054.

total or partial decrease in the working power during the temporary incapacity period are regulated within the scope of health expense coverage. After the partial annulment decision of the Constitutional Court regarding Article 90 of the Highway Traffic Law, all temporary incapacity compensation arising from tort should be determined according to the general liability principles regulated in the Turkish Code of Obligations. In addition, the legal nature of temporary incapacity compensation will play an important role in evaluations to be made in terms of content.

Keyword: *Temporary incapacity compensation, temporary loss of effort, loss of earnings.*

GİRİŞ

Geçici iş göremezlik tazminatı, haksız fiilden zarar görenin tedavi ve iyileşme sürecinde uğradığı zarardır. Geçici iş göremezlik sürecinde kazanç kaybı başta olmak üzere efor kaybı, iş kaybı, eğer zarar gören öğrenci ise okulda başarısızlığı nedeniyle yıl kaybı gibi pek çok zarar doğabilir. Bu nedenle geçici iş göremezlik zararının içeriği her somut olaya göre değerlendirilmelidir. Çalışmamızda geçici iş göremezliğin tanımı, hukuki niteliği, şartları ve Karayolları Trafik Kanunu gereğince bu tazminattan sorumluların kimler olabileceği hususları değerlendirilecektir.

Geçici iş göremezlik tazminatının hesabında kişinin yaşı, çalışması karşılığı elde ettiği kazancı, kusuru değerlendirilmelidir ve geçici iş göremezlik süresi boyunca kişi %100 iş göremez kabul edilmelidir. Karayollarında meydana gelen trafik kazalarından dolayı geçici iş göremezlik tazminatından sorumluluk, kimlerin sorumlu olacağı ve sorumluluk şartları öncelikle Karayolları Trafik Kanunu'na göre belirlenmelidir. Tazminatın içeriği ise Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre değerlendirilmelidir.

I. Tanımı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda geçici iş göremezlik zararı, zarar türleri arasında doğrudan sayılmamış ve tanımı da yapılmamıştır. Geçici iş göremezlik zararının tanımı konusunda öğretide görüş birliği yoktur.

ANTALYA'ya göre, bedensel zararın geçici ya da sürekli ayrımı zarar dönemi için anlam ifade eder. Geçici bedensel zararlar iyileşme anına kadar, sürekli bedensel zararlar ise ölüm tarihine kadar olan zarar dönemi için belirlenir¹.

EREN, geçici iş göremezlik zararını zarar gören kişinin iyileşene kadar çalışmamasından doğan kazanç kaybı olarak tanımlamaktadır². Yazara göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin II. bendinde düzenlenen "kazanç kaybı" zarar türü ile kastedilen geçici iş göremezlik zarardır.

¹ Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 162.

² Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 846, Eren, "Türk Borçlar Hukukunda Kişiyi İlişkin Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Ankara 2016, s. 63.

OĞUZMAN/ÖZ'e göre geçici iş göremezlik zararı çalışma gücünün muhtemel kayıp süresine ilişkin kazanç kaybıdır³. Yazarlar muhtemel kayıp süresini tazminat davasında hükmün verileceği tarihe kadar olan dönem olarak değerlendirmektedir⁴.

TANDOĞAN, zarar görenin hüküm anında iyileşmiş olması halinde zararın genel olarak zarar görenin çalışmadığı süre için mahrum kaldığı ücretten ibaret olduğunu belirtmektedir. Yazarın geçici iş göremezlik zararını zarar görenin iyileşme tarihine kadarki kazanç kaybı olarak nitelendirdiği anlaşılmaktadır⁵.

ÇELİK, geçici iş göremezlik zararını, haksız fiilden zarar gören kişinin kalıcı bir bedensel zararının olup olmadığı tespit edilmeden önce tedavi ve iyileşme süresindeki geçici güç kaybı zararı olarak tanımlamaktadır⁶. ÇELİK'e göre, geçici iş göremezlik zararı kazanç kaybı ile sınırlı değildir⁷. Yazar, bu görüşünün gerekçesinde, şartları oluştuğunda kazanç kaybının geçici iş göremezlikteki zarar türlerinden biri olarak ortaya çıkabildiğini ancak bunun dışında geçici güç kaybı, iş kaybı gibi kayıpların da geçici iş göremezlik zararı olabileceğini belirtmektedir. Ayrıca, ölüm haksız fiil sonucunda hemen meydana gelmemişse zarar görenin ölene kadar geçen süredeki tedavi giderleri dışındaki zarar da geçici iş göremezlik zararıdır⁸.

GÜLEÇ UÇAKHAN, zarar görenin dava ya da hükümden önceki tedavi süresinde şifa bulması ya da tıp tekniği ile arızalara tesir etme olanağının kalmamış olması halinde geçici iş göremezliğin söz konusu olduğunu belirtmektedir⁹.

Yargıtay' a göre, geçici iş göremezlik zararı, zarar görenin, haksız fiil sonucu bir süre tedavi görmesi, iyileşinceye kadar çalışmaması bu yüzden iş ve kazanç kaybına uğramasıdır¹⁰. Yargıtay, geçici iş göremezlik döneminde kişinin %100 iş gücü kaybına uğradığının kabulü ile hesaplama yapılması gerektiğine hükmetmektedir¹¹.

³ Oğuzman, M. Kemal/Öz, M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 97.

⁴ Oğuzman/Öz, s. 96.

⁵ Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1961 s. 285.

⁶ Çelik, Çelik Ahmet, Bedensel Zararlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 115-116, Çelik, Çelik Ahmet, Tazminat ve Alacak Davalarında Güncel Sorunlar C. II, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020, s. 223.

⁷ Çelik, Bedensel Zararlar, s. 129.

⁸ Çelik, Bedensel Zararlar, s. 142.

⁹ Güleç Uçakhan, Sema, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 383.

¹⁰ Yargıtay 17. HD 2015/9347 E., 2018/4033 K., K.T. 11.04.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET:20.01.2021). Yargıtay 4. HD 2012/8598 E., 2013/7796 K., K.T. 25.04.2013 (www.yargitay.gov.tr, ET:20.01.2021) "Geçici iş göremezlik zararı, zararı görenin yaptığı iş ve gelir durumu itibarıyla iyileşme süresinde elde edemediği kazançtan ibarettir." Yargıtay 4. HD 2010/11441 E., 2012/393 K., K.T. 18.01.2012 "Geçici iş göremezlik zarar hesabı, vücut bütünlüğü zarar gören kişinin tıbben şifa bulacağı süre esas alınarak belirlenir. Yerel mahkemeye, davacının tıbben şifa bulacağı süre belirlenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken iş ve güçten kalma süresine göre belirlenen zarar tutarına karar verilmiş olması doğru değildir." (www.yargitay.gov.tr, ET:20.01.2021).

¹¹ Yargıtay 17. HD 2016/11332 E., 2019/4583 K., K.T. 11.04.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET:20.01.2021) "Bu durumda, 18.11.2011 kaza tarihinden itibaren zarar gören üçüncü kişinin (1967 doğumlu...) isteyebileceği geçici iş göremezlik süresi (tedavi) içinde %100 malul kaldığı göz önüne alınarak hesaplama yapılması gerekmektedir." Yargıtay 17. HD 2016/17797 E., 2019/7350 K., K.T. 11.06.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET:07.01.2021), Yargıtay 17. HD 2018/2456 E., 2019/12267 K.,

Geçici iş göremezlik tanımı ve içeriği tespit edilmeden önce Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi değerlendirilmelidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde bedensel zararların özellikle; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olduğu düzenlenmiştir. Düzenlemede sınırlı sayı prensibi benimsenmemiştir¹². 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrasında¹³ ise benzer düzenleme yer almaktaydı. Eski ve yeni düzenleme arasındaki en önemli farkın yeni düzenlemede “kazanç kayıpları”na yer verilmesi olduğu görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde yer alan “kazanç kaybı” kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Sorumluluk hukukunda kazanç kaybı kavramı çok geniş bir kavramdır. Bedensel zararlarda kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması ya da kayımdan kaynaklanır¹⁴. Çalışma gücü kavramının kapsamına bir kimsenin zihni, ruhi veya bedeni yeterliliklerine bağlı olarak ortaya çıkan her türlü ekonomik verimlilik girer¹⁵. Çalışma gücü azalması ya da kaybı geçici olabileceği gibi sürekli de olabilir¹⁶. Bu nedenle zarar, çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan ekonomik kayıplardır¹⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin II. bendinde yer verilen “kazanç kaybı” ifadesi III ve IV. bentte düzenlenen zarar türlerini kapsamamaktadır. Kanaatimizce, geçici iş göremezlik tazminatının içeriğinin sadece kazanç kaybı ile sınırlı olduğu sonucuna varılmamalıdır. III. bent incelendiğinde; çalışma gücünün kaybedilmesinde geçici ya da sürekli olmasına dayalı ayırım yapılmadığı görülmektedir. Nitekim çalışma gücünün azalması ya da yitilmesi sürekli olabileceği gibi geçici de olabilir. Bu nedenle de kazanç kaybından kaynaklanmayan fakat hayat fonksiyonlarının gereği gibi yerine getirilememesinden ortaya çıkan her türlü kaybın III. bende dayalı olarak talep edilebilmesi mümkündür. Dolayısıyla geçici iş göremezlik döneminde vücut fonksiyonlarının gereği gibi yerine getirilememesinden dolayı ortaya çıkan kayıpların geçici iş göremezlik tazminatı olarak III. bent kapsamına talep edilebilmesi mümkündür.

Geçici iş göremezlik tazminatının konusunu şartları oluştuğunda kazanç kaybı da oluşturabilir, geçici efor kaybı da oluşturabilir. Geçici iş göremezliğin konusunun kazanç kaybı olması durumunda tazminatın hukukî sebebi Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin II. bendidir. Geçici iş göremezlik tazminatının konusunun hayat fonksiyonlarının gereği gibi yerine getirilmemesine sebep olan geçici efor kaybı olması durumunda tazminatın hukukî sebebi Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin III. bendidir. Kanaatimizce, geçici

K.T. 19.12.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET:07.01.2021), Yargıtay 17. HD 2016/2034 E., 2018/11387 K., K.T. 28.11.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET:07.01.2021).

¹² Antalya, s. 161, Karacan Çetin, Hatice, Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 202.

¹³ 818 sayılı Borçlar Kanunu md 46/f.1, “Cismani bir zarara düşer olan kimse külliye veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyânını ve bütün masraflarını isteyebilir.”

¹⁴ Antalya, s. 165, Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 379.

¹⁵ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 604.

¹⁶ Tandoğan, Mesuliyet, s. 285, Eren, Bedensel Zararlar, s. 63, Havutçu, Ayşe/Gökyayla, Emre, Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 155, Baysal, Başak, Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 405, Antalya'ya göre, çalışma gücünün azalması geçici veya sürekli, yitilmesi ise sürekli niteliktedir (Antalya, s. 167).

¹⁷ Eren, Bedensel Zararlar, s. 62.

iş göremezlik zararı, zarar görenin iyileşinceye ya da tedavi süresi bitinceye kadar bu dönemde uğradığı kazanç kaybı veya hayat fonksiyonlarını gereği gibi yerine getirememesinden kaynaklanan zarardır. Örneğin % 70 engelli Bay (A)'nın hastaneye rutin kontrolüne giderken geçirdiği trafik kazası nedeniyle 2 ay hastanede yoğun bakımda kaldığını düşünelim. Bay (A)'nın engeli nedeniyle çalışıp kazanç elde etmemesi nedeniyle kazanç kaybı olmamasının hiçbir önemi olamayacaktır. Çünkü Bay (A) haksız fiil sonucu bir süre %100 engelli hale gelmiş ve kendi yaşam standardını yitirmiş, başkasına daha çok bağımlı hale gelmiştir. Bu durumda Bay (A)'nın geçici iş göremezlik zararının bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Aynı örnekte Bay (A)'nın kazadan önce %100 engelli olduğunu varsaydığımızda ise, Bay (A)'nın iş gücü kaybı %100 olduğundan geçici iş göremezlik zararından bahsedilemeyeceği kabul edilmelidir.

II. Geçici İş Göremezlik Tazminatının Hukuki Niteliği

Geçici iş göremezlik tazminatında, “fark teorisi” esas alınırsa tazminata hükmedilmesi için malvarlığında zarar görenin rızası dışında azalma meydana gelmesi gerekir¹⁸. Normatif zararda ise malvarlığının kapsamı hukuki değerlendirme ile tespit edilmektedir¹⁹; malvarlığı ve maddi zarar kavramlarının kapsamı genişletilmektedir²⁰. Normatif zarar, malvarlığında azalma olmasa da bazı malları kullanma ya da bir tatil yapma imkânından haksız fiil sonucu yoksun kalınması nedeniyle uğranılan zararlardır²¹.

BAYSAL, çalışmayan kişinin iş gücü kaybı sonucu fark teorisine göre malvarlığından parasal eksilme olmayacağından zararın gerçekleşmeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre, normatif zarar teorisinde kişinin iş gücü kendi başına bir malvarlığı değeri olduğundan bu iş gücü kaybı malvarlığı değerinde azalma anlamına gelmektedir²².

EREN, maddi zararının malvarlığında meydana gelen azalma olduğunu ve kural olarak kişilik haklarının malvarlığı kapsamına girmediğini belirtmektedir. Yazar niteliği itibarıyla kişilik hakları içerisinde yer alan vücut bütünlüğünün ihlalini istisna hallerden biri olarak değerlendirmektedir. Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle zarar görenin bir süre çalışmaması ya da çalışma gücünün belli bir oranda sürekli kayba uğramasını malvarlığı- nın ekonomik yönden olumsuz etkilenmesine örnek olarak göstermektedir²³.

ANTALYA'ya göre, normatif zararda malvarlığına dahil olmayan veya dahil edilmesi zor olan bazı değerlerin de zarar kavramının kapsamına dahil edilerek tazmin edilebilmesi sağlanmaktadır. Yazara göre, bu zarar türü zarar görene ait hakkın veya şeyin maddi değerinden bağımsız olarak değerlendirilebilir. Zararın içeriği ise, hak sahibine ait kullanma hakkı ve buna karşılık gelen bir kullanma bedelinden ibaret olabilir²⁴.

Geçici iş göremezlik tazminatının hukuki niteliği somut olaya göre değerlendirilmelidir. Kazanç kaybının söz konusu olduğu hallerde malvarlığındaki eksilme nedeniyle fark teorisine göre bir zarar olduğu, efor kaybı olarak nitelendirilmesi gereken hallerde ise normatif zarar teorisine göre bir zarar olduğu kabul edilmelidir.

¹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 548, Tandoğan, Mesuliyet, s. 64, Oğuzman/Öz, s. 39, Baysal, s. 161,

¹⁹ Baysal, s. 161.

²⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 548.

²¹ Oğuzman/Öz, s. 41-42.

²² Baysal, s. 157 vd.

²³ Eren, Borçlar Hukuku, s. 590-591.

²⁴ Antalya, s. 153.

III. Geçici İş Göremezlik Tazminatının Ortaya Çıkış Halleri

Geçici iş göremezlik zararının içeriği de her somut olaya göre farklılık göstermektedir. Bu hususta üç farklı değerlendirme yapılabilir.

Birinci ihtimalde, geçici iş göremezlik hali iyileşme ile sona erebilir. Bu ihtimalde tazminatın içeriği, tedavi süresi, iyileşme süresi ve zarar görenin yaşı, çalışması karşılığı olan geliri ve kusuru dikkate alınarak tespit edilecektir; bu süre boyunca zarar gören %100 iş göremez olarak kabul edilir²⁵. Tedavi süresi tedaviye yönelik her türlü tıbbi müdahalenin bitimine kadar geçen süredir; iyileşme süresi ise, tedavi süresinin bitiminden kişinin işine dönebilmesi, günlük işlerini başkasının yardımı olmadan yapabilmesine kadar geçecek süredir²⁶.

İkinci ihtimalde geçici iş göremezlik süresi boyunca gerekli tedaviler yapılmış olmasına rağmen kişinin haksız fiil öncesi sağlığına kavuşamaması durumu ile karşılaştırılabilir. Bu durumda zarar görenin sürekli olarak tam veya kısmi iş göremez hale gelmesi söz konusudur. Bu ihtimalde tazminat hesaplanırken, tedavi süresi boyunca zarar gören %100 iş göremez olarak kabul edilir²⁷, yaşı, kusuru ve varsa çalışması karşılığı olan geliri de dikkate alınarak tazminat hesaplanır.

Üçüncü ihtimalde ise geçici iş göremezlik süreci ölümle son bulabilir. Bu ihtimaldeki unsur ise zarar görenin haksız fiilin işlendiği tarihten ölüm tarihine kadar geçirdiği tedavi süresidir. Bu sürede zarar gören %100 iş göremez kabul edilir²⁸, yaşı, kusuru ve çalışması karşılığı olan geliri dikkate alınarak tazminat hesaplanır.

IV. Sürekli İş Göremezlik Tazminatı ile Geçici İş Göremezlik Tazminatının Karşılaştırılması

Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin III. bendinde çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar düzenlenmiştir. Bu düzenlemedeki kayıplar geçici ve sürekli iş göremezlikten kaynaklanan kayıplardır. Sürekli iş göremezlik zararının tanımı kanunda yapılmamıştır. Sürekli iş göremezlik zararında zarar görenin çalışma gücünün sürekli olarak azalması ya da tamamen kaybedilmesi söz konusudur²⁹. Sürekli iş göremezlik tazminatında üzerinde durulması gereken önemli hususlardan biri de sürekli iş göremezliğin varlığına rağmen malvarlığında azalma meydana gelmemesi ihtimâlidir. Örneğin, %5 sürekli iş göremez hâle gelen kişi aynı işi yapmaya devam ediyorsa ve aynı geliri elde ediyorsa bu durumda kişinin malvarlığında herhangi bir azalma meydana gelmemektedir. Yalnız, %5 sürekli iş göremez hâle gelen kişi aynı işi yerine getirmek için daha fazla efor harcamak zorunda kalmaktadır. Efor kaybına bağlı zarar, Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde kavram olarak düzenlenmemiştir. Ancak zarar türleri sınırlı sayıda düzenlenmediğinden efor kaybına bağlı kayıpların şartları oluştuğunda zarar görenden tazmini talep edilebilir.

²⁵ Yargıtay 17. HD 2016/2034 E., 2018/11387 K., K.T. 28.11.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET:07.01.2021).

²⁶ Çelik, Bedensel Zararlar, s. 117-118.

²⁷ Yargıtay 17. HD 2016/17797 E., 2019/7350 K., K.T. 11.06.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET:07.01.2021).

²⁸ Yargıtay 17. HD 2014/10654 E., 2016/4964 K., K.T. 19.04.2016 (www.yargitay.gov.tr, ET:07.01.2021).

²⁹ Eren, Borçlar Hukuku, s. 846, Eren, Bedensel Zararlar, s. 63, Zorluoğlu Yılmaz, Tehlike Sorumluluğunda Bedensel Zararlar ve Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 95-96.

Yargıtay, sürekli iş göremezliği organ eksilmesi veya organ zayıflaması sonucu beden gücünün belli bir oranda azalması durumu olarak tanımlamaktadır³⁰. Yargıtay'a göre, zarar gören sürekli iş göremez hale gelmesinden dolayı meydana gelen beden gücü kaybı nedeniyle gelirinde ve malvarlığında herhangi bir eksilme olmasa dahi aynı işi yapmak için haksız fiilin işlenmesinden önceki döneme göre daha fazla efor harcıyorrsa efor tazminatı talep edebilir³¹. Bu nedenle zarar gören işsiz, yaşlı, emekli, ev kadını, çocuk da olsa, günlük yaşamlarını sürdürürlerken maluliyetleri oranında hayatlarının zorlaşacak olması nedeniyle "efor tazminatı" isteme hakları bulunduğu kabul edilmektedir³². Sürekli iş göremezlik zararı zararı görenin gelir elde edecek bir işte çalışıp çalışmaması yalnızca tazminata esas ücretin belirlenmesi açısından önemlidir. Çünkü sürekli iş göremezlik zararı her zaman malvarlığında eksilme olarak karşımıza çıkmaz. Bu zararın kimi zaman da normatif zarar olarak nitelendirilebilmesi mümkündür. Örneğin zarar gören kişi haksız fiil sonucunda %10 iş göremez hale gelse de aynı işi yapıp çalışmasının karşılığı olarak aynı geliri elde edebilir. Bu durumda zarar gören gelir kaybına uğramasa da haksız fiil nedeniyle aynı işi yapabilmesi için daha fazla efor sarf etmektedir. Sarf edilen eforun ekonomik karşılığı olarak hükmedilecek tazminat da normatif zarar kapsamına girecektir.

V. Kişisel Özelliğin Geçici İş Göremezlik Tazminatına Etkileri

Geçici iş göremezlik tazminat talebine ilişkin değerlendirmeler yapılırken kişinin yaşı, eğitim durumu, mesleği ve çalışmaya bağlı gelir elde edip etmediği ya da gelir elde etme ihtimalinin olup olmadığı hususlarının ayrıca değerlendirilmesi gerektiğinden aşağıda belirttiğimiz beş farklı başlık kapsamında değerlendirme yapmayı uygun görüyoruz.

1. Çalışmanın Geçici İş Göremezlik Tazminat Talebi

Zarar gören kişinin çalışmayan bir kişi olması durumunda da geçici iş göremezlik süresi boyunca hayat fonksiyonlarını gereği gibi yerine getirememesi hâli söz konusu olur. Bu durumda da zarar görenin Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin III. bendine dayanarak geçici iş göremezlik tazminatı talep edebilmesi mümkündür.

³⁰ Yargıtay 17. HD 2018/959 E., 2018/11263 K., K.T. 26.11.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET:20.01.2021), Yargıtay 17. HD 2015/6586 E., 2018/357 K., K.T. 29.01.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET:20.01.2021), Yargıtay 17. HD 2014/1724 E., 2015/13653 K., K.T. 09.12.2015 (www.yargitay.gov.tr, ET:20.01.2021), Yargıtay 4. HD 2012/8598 E., 2013/7796 K., K.T. 25.04.2013 (www.yargitay.gov.tr, ET:13.01.2021) "Sürekli iş göremezlik zararı ise beden gücü kaybına uğrayan kişinin, zarar görmeyen önce yapmakta olduğu iş için daha fazla güç (efor) harcaması nedeniyle doğan zarardır. Davacı herhangi bir iş yapmasa dahi, meydana gelen beden gücü kaybı nedeniyle günlük işlerini gerçekleştirmesi sırasında daha fazla güç harcayacağı açıktır."

³¹ Yargıtay 17. HD 2017/1282 E., 2019/8969 K., K.T. 07.10.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET:06.01.2021), "Davacı kazadan sonra maaşını aynı miktarda almaya devam etmekte ise de, ... bu kazancı elde etmek için % 17,2 oranında daha fazla efor sarfedeceğinden, dosyaya sunulan bordrolardaki miktarların gelir olarak esas alınıp tazminat hesabı yapılması gerektiği açıktır." Yargıtay 17. HD 2017/686 E., 2019/9616 K., K.T. 17.10.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET:06.01.2021), Yargıtay 17. HD 2015/9347 E., 2018/4033 K., K.T. 11.04.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET:28.12.2020), Yargıtay 17. HD 2016/10015 E., 2019/4332 K., K.T. 09.04.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET: 28.12.2020).

³² YHGK 2018/142 E., 2018/1625 K., K.T. 06.11.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET:09.12.2020).

Yargıtay'ın haksız fiilden zarar gördüğü tarihte çalışmaya bağlı geliri olmayanın geçici iş göremezlik tazminatı talep edemeyeceği yönünde kararı bulunmaktadır³³. Yargıtay bir kararında ise, çalışma karşılığı elde edilen gelire ilişkin değerlendirme yapmaksızın geçici iş göremezlik süresinde zarar görenin kaybının ekonomik karşılığının tazminini öngörmektedir³⁴. Yargıtay'ın haksız fiilden zarar gören çalışmıyor olsa da geçici iş göremezlik tazminatı talep edebileceğine hükmettiği kararları da bulunmaktadır³⁵. Karara konu olayda 19 yaşındaki kursiyerin kazanç elde etmemesine rağmen kaza nedeniyle tedavi ve iyileşme süresince günlük işlerini yapamamasından dolayı tazminat isteyebileceği vurgulanmıştır. Kanaatimizce, bu karar tekniği yerindedir çünkü zarar görenin geçici iş görmezlik sürecinde hayat fonksiyonlarını gereği gibi yerine getirememesi nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin III. bendi uyarınca tazminat talep etme hakkı vardır.

2. Emeklinin Geçici İş Göremezlik Tazminat Talebi

Sürekli iş göremezlik zararında, zarar gören çalışıyorsa emeklilik dönemi pasif dönem olarak kabul edilerek asgari geçim indirimsiz net asgari ücret üzerinden bu döneme ilişkin efor tazminatı hesaplanır³⁶. Bunun sebebi zarar görenin pasif dönemde de günlük işlerini vb yaparken maluliyeti oranında zorlanacak ve daha fazla efor sarf edecek olması-

³³ Yargıtay 17. HD 2017/4133 E., 2019/10949 K., K.T. 21.11.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET:09.12.2020) “Davacının olay nedeniyle uğradığı sürekli iş göremezlik zararı nedeniyle hesaplanan 21.825,92 TL tazminatın olay tarihi olan 31/10/2009 tarihinden itibaren işleyen yasal faizi ile birlikte davalıdan sigorta poliçesindeki limit ile sınırlı olarak alınıp davacı tarafa verilmesine, olay tarihi itibarıyla davacının herhangi bir maddi geliri olmadığından geçici iş göremezlik tazminatına ilişkin davanın sübuta ermediğinden reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına...”

³⁴ Yargıtay 17. HD 2015/16620 E., 2018/8938 K.10.10.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET:16.12.2020) Yargıtay üniversite öğrencisinin geçici iş göremezlik süresi döneminde okuluna ara verdiğinin bu nedenle okulunun uzadığının tespit edilmesi halinde zarar hesabının yapılabileceğine hükmetmiştir.

³⁵ Yargıtay 17. HD 2014/19844 E., 2017/2798 K., K.T....03.2017, (www.yargitay.gov.tr, ET:08.12.2020) “kaza tarihinde çalışmayan davacının Endüstri Meslek Lisesi mobilya dekorasyon bölümünden 2012 yılında mezun olduğu ve ustalık belgesi aldığı anlaşılmaktadır. O halde Mahkemece, davacının maluliyet durumu belirlendikten sonra; geçici iş göremezlik yönünden asgari ücret üzerinden; eğer kalıcı iş göremezliğinin(maluliyeti) bulunduğu tespit edilirse kalıcı iş göremezlik yönünden iş bulma süresi de nazara alınarak teknik lise mobilya dekorasyonu bölümünden mezun olan ve ustalık vasfına sahip bir kimsenin alabileceği gelir üzerinden hesaplama yapılarak karar verilmesi gerekirken, geçici iş göremezlik yönünden asgari ücretin üzerindeki gelire göre yapılan hesap hükme esas alınarak karar verilmesi de doğru görülmemiştir.”, Yargıtay 17. HD 2014/14910 E., 2016/11553 K., K.T. 15.12.2016 “iyileşme sürecinin 6 ay uzayabileceği belirlenmiş, aktüerya bilirkişi raporunda ise davacının kursiyer olması nedeniyle geçici iş göremezlik hali için zararı bulunmadığı bildirilerek tazminat hesaplaması yapılmamıştır. Kaza tarihinde anılan davacı 19 yaşında olup, kursiyerdir. Yalnızca meslek sahipleri ve çalışıp kazanç elde etmekte olanların değil, uğranılan kaza nedeniyle tedavi ve iyileşme sürecinde günlük işlerini yapamayan diğer kişilerin de maddi tazminat talep edebileceğinin kabulü gerekmekte olup, olay sırasında 19 yaşında olan davacının tedavi ve iyileşme sürecinde maddi tazminat isteyebileceği gözetilerek aktüerya bilirkişisinden bu süre için asgari ücret üzerinden tazminat miktarı hesaplatılır, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (www.yargitay.gov.tr, ET:09.12.2020).

³⁶ Yargıtay 17. HD 2020/405 E., 2020/5729 K., K.T. 15.10.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET:16.12.2020), Yargıtay 17. HD 2018/3873 E., 2020/90 K., K.T. 27.01.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET:16.12.2020), Yargıtay 17. HD 2016/15564 E., 2019/9790 K., K.T. 22.10.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET:16.12.2020).

dır. Aynı gerekçe ile haksız fiil tarihinde emekli olan zarar görenin geçici efor tazminatı talebinin de kabul edilerek asgari geçim indirimsiz net asgari ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekmektedir³⁷. Emekli kişinin kazanç kaybından söz edilebilmesi için ise gelir elde edecek başka bir işte çalışıyor olması gerekir. Örneğin Bay (A)'nın emekli olduğunu ve bir bahçesinin bulunduğunu, bu bahçedeki ürünlerden de düzenli gelir elde ettiğini kabul edelim. Bu durumda Bay (A)'nın bahçesinde bizzat çalışarak gelir elde etmesi ile bahçesinde işçi çalıştırarak ya da bahçesini kiralayarak gelir elde etmesi arasında fark vardır. Geçici iş göremezlik tazminatında esas alınacak ücret kişinin çalışmasının sonucunda elde ettiği gelirdir. Buna göre Bay (A)'nın kazanç kaybı talep edebilmesi için bahçede bizzat çalışarak gelir elde ediyor olması gerekmektedir. Yargıtay, zarar görenin yatağa bağımlı şekilde sürekli maluliyetinin olduğu durumda geçici ve sürekli iş göremezlik ayırımı yapmadan emekli kişinin maluliyeti nedeniyle yaşamsal faaliyetlerini sürdürmesi için emsallerine göre fazla çaba veya (efor) sarf etmesinin bir ekonomik değere karşılık geldiğine hükmetmiştir. Ayrıca zarar gören kişinin emekli olmasının efor tazminatı talep etmesine engel olmadığı ve kaza tarihinden itibaren sürekli iş göremezlik tazminatı hesaplaması yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir³⁸. Kanaatimizce geçici iş göremezlik süresinde zarar görenin %100 geçici efor kaybına uğradığı kabul edildiğinden sürekli tam iş göremezlik durumunda yapılacak tazminat hesabında geçici ve sürekli iş göremezlik ayırımına gerek kalmayacaktır. Ancak sürekli kısmi iş göremezlik söz konusu olduğunda başka bir deyişle zarar görenin sürekli maluliyet oranı %100'ün altında bir oran olduğunda zarar görenin geçici iş göremezlik ve sürekli iş göremezlik tazminatı hesaplaması ayrı ayrı yapılmalıdır.

3. Ev Hanımının Geçici İş Göremezlik Tazminat Talebi

Ev hanımının zararının hesaplanması sırasında geçici ve sürekli iş göremezlik ayırımı yapılmaksızın bir çalışmanın karşılığı değil, ekonomik bir değer taşıyan yaşamsal faaliyetlerin sürdürülmesinin karşılığı olarak asgari geçim indirimsiz asgari ücret esas alınmalıdır³⁹. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında⁴⁰ ev hanımının yaşamsal faaliyetlerinin sürdürülmesi hususunun göz önünde bulundurulması, kararlarda açıkça tartışılmasa da, geçici iş göremezlik zararının efor kaybı zararı olarak kabul edilmesinin sonucudur. Aksi halde geçici iş göremezlik zararının sadece kazanç kaybı olarak kabul edilmesi halinde ev hanımının da zararının bulunmadığının kabulü gerekecektir ve bu anlayışın da sorumluluk hukuku ilkeleleriyle bağdaşabilmesi mümkün değildir.

³⁷ Yargıtay 17. HD 2015/238 E., 2017/6036 K., K.T. 29.05.2017 (www.yargitay.gov.tr, ET: 09.12.2020), Yargıtay 17. HD 2018/5781 E., 2018/12498 K., K.T. 19.12.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET: 09.12.2020), Yargıtay 4 HD **2016/13625 E., 2019/1700 K., K.T. 21.03.2019** (www. https://non.hukukwork.com ET: 09.12.2020) “Davacı maddi tazminat istemini geçici iş görmezlik süresi için talep etmiş olduğuna göre davacının emeklilik dışında yapmış olduğu balıkçılık ve çiftçilik faaliyeti ile ilgili gelir kaybı tespit edilebildiği takdirde tespit edilen bu gelir üzerinden, bu hususun kanıtlanmadığı takdirde ise asgari ücret baz alınarak geçici iş göremezlik zararının kapsamının belirlenmesi gerekir.”

³⁸ Yargıtay 17. HD 2015/10705 E., 2018/5316 K., K.T. 21.05.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET: 09.12.2020).

³⁹ Yargıtay 17. HD 2016/901 E., 2019/295 K., K.T. 17.01.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET: 09.12.2020), Yargıtay 4. HD 2014/5224 E., 2015/1788 K., K.T. 19.02.2015 (www.yargitay.gov.tr, ET:14.12.2020), Yargıtay 17. HD 2019/2909 E., 2020/7805 K., K.T. 30.11.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET: 09.12.2020).

⁴⁰ Yargıtay 17. HD 2019/2627 E., 2020/5544 K., K.T. 13.10.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET: 14.12.2020), Yargıtay 17. HD 2016/2650 E., 2018/12099 K., K.T. 12.12.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET: 14.12.2020).

4. Çocukların Geçici İş Göremezlik Tazminat Talebi

Hayat fonksiyonlarının gereği gibi yerine getirilememesinden doğan kayıpların geçici iş göremezlik tazminatının kapsamına gireceği kabul edilirse, çocukların da bu tazminatı talep edebileceği sonucuna varılmalıdır. Yargıtay çocukların gelir getiren bir iş yapmadıkları takdirde kazanç kayıplarının söz konusu olmayacağına bu nedenle geçici iş göremezlik tazminatı talep edemeyeceklerine hükmetmektedir⁴¹. Ancak maluliyet oranlarının tespiti durumunda Yargıtay'ın, çocuğun maluliyeti nedeniyle kaza tarihinden itibaren tazminat hesabı yapılması gerektiği yönünde kararları da bulunmaktadır⁴². Yargıtay geçmiş yıllardaki kararlarında geçici iş göremezlik zararını da çocuğunun fazla efor sarf ederek hayatını devam ettirmek durumunda kalacağından asgari ücret düzeyinde kazanç kaybı zararı tespit edilmesi gerektiğini kabul etmekteydi⁴³. Daha sonra içtihatlarında değişikliğe giderek efor

⁴¹ Yargıtay 17. HD 2020/3100 E., 2020/6803 K., K.T. 10.11.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET: 08.12.2020), Yargıtay 17. HD 2019/3385 E., 2020/2422 K., K.T. 02.03.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET: 08.12.2020), Yargıtay 17. HD 2016/17823 E., 2019/7660 K., K.T. 17.06.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET: 09.12.2020), Yargıtay 17. HD 2016/18255 E., 2019/7657 K., K.T. 17.06.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET: 09.12.2020), Yargıtay 17. HD 2016/13485 E., 2019/5519 K., K.T. 06.05.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET: 09.12.2020), Yargıtay 17. HD 2016/7860 E., 2019/2467 K. K.T. 05.03.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET: 11.12.2020), Yargıtay 17. HD 2015/13302 E., 2018/6158 K., K.T. 20.06.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET: 11.12.2020) "henüz 5 yaşında olup gelir getiren bir işte çalışması olamayacağı, efor tazminatı verilmesini gerektiren kalıcı bir maluliyeti de bulunmadığından, tedavi müddeti boyunca mahrum kaldığı herhangi bir kazancı olmadığı göz önüne alındığında mahkemece geçici iş göremezlik zararı bulunmadığının gözetilmemesi doğru değildir.", Yargıtay 17. HD 2014/10208 E., 2016/10838 K., K.T. 24.11.2016 (www.yargitay.gov.tr, ET: 11.12.2020), Yargıtay 17. HD 2020/3100 E., 2020/6803 K., K.T. 10.11.2020.

⁴² Yargıtay 17. HD 2017/3674 E., 2019/10324 K., K.T. 07.11.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET:25.11.2020), Yargıtay 17. HD 2016/10015 E., 2019/4332 K., K.T. 09.04.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET: 25.11.2020), Yargıtay 17. HD 2016/10582 E., 2019/8243 K., K.T. 19.09.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET: 25.11.2020), Yargıtay 17. HD 2016/2455 E., 2019/1005 K., K.T. 05.02.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET: 25.11.2020) "Somut olayda; hükme esas alınan bilirkişi raporunda, beden gücü kaybına uğrayan davacı...'ün 18 yaşından itibaren kazanç sağlamaya başlayacağı kabul edilerek, bu yaştan itibaren zarar hesabı yapılmış ise de, yukarıda yapılan açıklamalar göz önünde tutularak kazadan sonra tedavi süresinde %100 malul sayılan davacı çocuğun sürekli çalışma gücünü yitirdiği tarihten itibaren (olay tarihi) zararın oluşacağı kabul edilerek hesaplama yapılması gerektiğinden, yazılı olduğu şekilde eksik inceleme ve araştırma ile karar verilmiş olması doğru görülmemiş ve kararın bozulması gerekmiştir", Yargıtay 17. HD 2016/364 E., 2017/10371 K., K.T. 13.11.2017 (www.yargitay.gov.tr, ET: 25.11.2020).

⁴³ Yargıtay 17. HD 2014/7328 E., 2014/8576 K., K.T. 29.05.2014 (www.yargitay.gov.tr, ET: 26.11.2020) "Somut olayda; mahkemece, hükme esas alınan aktüer bilirkişi raporunda, kaza tarihinde 8 yaşında olan davacı... için beden gücünün belli bir oranda azalması nedeniyle yaşitlarına göre sakatlığı oranında daha fazla güç ve çaba harcayacağından kazanç elde etmiyor olsa bile tazminat isteme hakkının olduğu benimsenmiş ve geçici iş göremezlik zararı, 8 yaşından itibaren doktor raporu ile belirlenen 18 aylık iyileşme dönemi bitimine kadar hesaplanmış, sürekli iş göremezlik zararı da iyileşme döneminin bitim tarihinden itibaren başlayarak hesaplanmıştır. Bu durumda; mahkemece hükme esas alınan bu bilirkişi raporunda belirlenen zarar miktarının efor tazminatına ilişkin olmasına ve davacı tarafından da efor tazminatı istenebileceğine göre hesaplama yönteminin doğru olduğunun kabulü gerekir." Yargıtay 17. HD 2013/13253 E., 2014/18409 K., K.T. 11.12.2014 (www.yargitay.gov.tr, ET: 26.11.2020) "Adli Tıp Kurumu marifeti ile tespit edilen maluliyete ilişkin rapora göre, trafik kazasında sürekli malul kalacak derecede yaralanmayan davacının iyileşme süresinin 9 aya kadar uzayacağı, bu dönemde ise %100 malul sayılacağı belirtilmiş, mahkemece davacı küçüğün gelir getirici işte çalıştığına ispat edilemediği gerekçesi ile maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir. Halbuki beden gücü kaybı nedeniyle 9 aylık geçici iş göremezlik döneminde de daha fazla efor sarf ederek hayatını idame ettirmek durumunda olacak davacının, bu dö-

kaybını sadece sürekli maluliyetin olması durumunda kabul ettiği, geçici iş göremezlik zararını ise kazanç kaybı olarak nitelendirdiği görülmektedir⁴⁴.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu kararı yerinde değildir. Bu durumu bir örnek üzerinden açıklayalım. Aynı trafik kazasında sınıf arkadaşı olan 16 yaşında (A) ve aynı yaştaki (B) kaza geçirmiştir. Her ikisi öğrenci olup, herhangi bir kazanç getirici işte çalışmamaktadırlar. Kaza sonucu, (A), iki ay boyunca geçici iş göremez hâle gelmiştir. İki ay sonunda iyileşmiş ve eski gücüne kavuşmuştur. (B) ise iki ay boyunca geçici iş göremez hâle gelmiş ve bu sürenin sonunda tedavisi bitmiştir. Tedavi sonunda (B), %2 oranında sürekli iş göremez hâle gelmiştir. Yargıtay'a göre (A)'nın geçici iş göremezlik tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. (B)'nin kısmi sürekli iş göremezliği söz konusu olduğundan (B) kaza tarihinden itibaren %2 maluliyeti oranında sürekli iş göremezlik tazminatı talep edebilecektir. Burada sorun teşkil eden nokta ise sürekli iş göremezlik zararının kaza tarihinden itibaren başlatılması ve gerçekleşen geçici iş göremezlik döneminin dikkate alınmaksızın doğrudan sürekli iş göremezlik tazminatı hesabının yapılmasıdır⁴⁵. Yargıtay'ın bu karar tekniğinin örnekten görüleceği üzere yerinde olmadığı açıktır. Geçici iş göremezlik tazminatı, sürekli iş göremezlik tazminatından ayrı bir tazminattır. Bu nedenle de geçici iş göremezlik süresi içerisinde zararın sürekli iş göremezlik tazminatıyla ilişkilendirilerek hüküm tesis edilebilmesi doğru değildir. Örneğimizde (A) ve (B) lehine hükmedilecek geçici iş göremezlik tazminat miktarı aynı olmalıdır çünkü her ikisi de kusursuz olup her ikisinin de geçici iş göremezlik süresi aynıdır.

nem için asgari ücret düzeyinde kazanç kaybı zararının tespit edilip hüküm altına alınması gerekir iken mahkemece, davacının bu kısma ilişkin tazminat talebinin reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.”, Yargıtay 17. HD 2013/9064 E., 2014/8672 K., K.T. 11.12.2014 (www.yargitay.gov.tr, ET: 25.11.2020), Yargıtay 17. HD 2013/13253 E., 2014/18409 K., K.T. 11.12.2014 (www.yargitay.gov.tr, ET: 25.11.2020)

⁴⁴ Yargıtay 17. HD 2019/6646 E., 2020/6446 K., K.T. 03.11.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET: 11.12.2020) “davacının kaza tarihinde 11 yaşında olduğu ve gelir getiren bir işte çalışmadığı, buna göre tedavi müddeti boyunca mahrum kaldığı herhangi bir kazancı bulunmadığı anlaşılmış, efor kaybının ve buna ilişkin tazminat talebinin sürekli maluliyetin varlığı halinde göz önünde bulundurulması gerektiği değerlendirilmiş, geçici iş göremezlik zararı tazmin koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş;... kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 17. HD 2015/3443 E., 2017/9234 K., K.T. 17.10.2017 (www.yargitay.gov.tr, ET: 11.12.2020) “Hesap bilirkişisinin Efor tazminatı olarak tarif ettiği durum sürekli maluliyetin varlığı halinde göz önüne alınması gereken bir husus olup, tedavi müddeti boyunca mahrum kaldığı herhangi bir kazancı olmadığından, mahkemece geçici işgöremezlik zararı bulunmadığının gözetilmemesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.”

⁴⁵ Yargıtay'ın çalışanlara ilişkin olarak yapmış olduğu geçici iş göremezlik döneminin bitimi sürekli iş göremezlik döneminin başlangıç anını çalışmayanlara farklı uygulaması yerinde değildir. Bu nedenle Yargıtay 17. HD 2018/1656 E., 2019/11650 K., K.T. 09.12.2019 tarihli kararının geçici iş göremezlik dönemine ilişkin ilke kararı niteliği kazanması ve kural olarak geçici iş göremezlik döneminin değerlendirilmesinde uygulanması gerekir. Yargıtay da kararlarında sürekli iş göremezlik zararının iyileşme süresinden sonraki dönem olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay 17. HD 2018/1656 E., 2019/11650 K., K.T. 09.12.2019 “...davacının kazadan kaynaklanan yaralanması nedeniyle iyileşme süresinin 6 ay olduğu bilirkişi raporuyla saptandığından, bu süre için tam maluliyete göre ve bu sürenin bitiminden sonraki dönem içinse %16,2 maluliyet oranı üzerinden tazminat hesaplaması yapılması gerektiği dikkate alınmadan, anılan 6 aylık süre için hem tam maluliyete göre hem de %16,2 maluliyet oranına göre olmak üzere iki kez tazminat hesaplanması hatalı olup, bu hataları içeren hesap raporunun hükme esas alınması da doğru olmamıştır.” (www.yargitay.gov.tr, ET:20.01.2021), Yargıtay 17. HD 2013/14895 E., 2015/3805 K., K.T. 03.03.2015 “...davacının iyileşme süresinin tamamlandığı 03.04.2007 tarihinden sonraki sürekli iş göremezlik zararının hesaplanmasında...” (www.yargitay.gov.tr, ET:20.01.2021).

5. Devlet Memurlarının Geçici İş Göremezlik Tazminat Talebi

Devlet memurları geçici iş göremezlik döneminde maaşlarını almaya devam ettikleri için herhangi bir “kazanç kayıpları” söz konusu olmamaktadır. Geçici olarak yoksun kaldıkları “efor kaybından” dolayı zarara uğramaktadırlar. Uğramış oldukları “efor kaybı” nedeniyle de geçici iş göremezlik tazminatı talep edebilmeleri o dönemde çalışmalarına karşılık gelecek geliri elde ettikleri için mümkün değildir. Yargıtay’a göre memurların, geçici iş göremezlik dönemine ilişkin tazminat taleplerinin reddi gerekir⁴⁶. Ancak Yargıtay kararlarında bir hususa dikkat çekerek devlet memurlarının geçici iş göremezlik döneminde ek ücretten mahrum kaldıklarının ispatlanması halinde bu ücreti talep edebilecekleri yönünde hüküm tesis etmektedir⁴⁷. Örneğin öğretmen geçici iş göremezlik döneminde maaşını almaya devam etmesine karşın ek ders, kurs ücreti gibi gelirlerinden mahrum kaldığını ispat edebildiği takdirde bu ek gelirlerin tazminini talep edebilir⁴⁸. Kanaatimizce Yargıtay’ın bu yöndeki içtihatları yerindedir. Devlet memurlarının bu dönemde ücretlerini alıyor olmaları halinde efor tazminatının karşılandığı kabul edilmelidir. Ayrıca bu durumda kazanç kaybından bahsedilebilmesi için kişinin haksız fiile maruz kalmamış olması halinde kazanacağı ücretle haksız fiile maruz kaldıktan sonra çalışmadığı dönemde kazandığı ücret arasında farkın bulunması gerekmektedir.

VI. Geçici İş Göremezlik Tazminatından Sorumluluğun Şartları

Geçici iş göremezlik tazminatının şartları Türk Borçlar Kanunu’nda doğrudan düzenlenmemiştir. Geçici iş göremezlik tazminatına talep edilecek zarar türleri arasında yer verilmiştir. Bu nedenle sorumluluk şartları sorumluluk hukuku ilkelerine göre belirlenmelidir.

1. Zarar Görenin Geçici İş Göremezlik Hali Bulunmalıdır

Geçici iş göremezlik tazminat hesabında, zararın kapsamının belirlenmesi açısından zarar görenin geçici iş göremezlik süresinin tespiti gerekmektedir. Yargıtay, bu belirlemenin Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşların uzman doktor heyeti tarafından ve yürürlükte olan mevzuata göre yapılması gerektiğine hükmetmektedir⁴⁹. Buna göre, maluliyete ilişkin haksız fiilin

⁴⁶ Yargıtay 17 HD 2013/15515 E., 2015/2628 K., K.T.12.02.2015 (www.yargitay.gov.tr, ET: 25.11.2020). “Davacı Jandarmada başçavuş olup çalışmadığı dönemde maaşını almaya devam edeceğinden, hükme esas alınan bilirkişi raporunda maaş bordrosuna göre 1,5 ay süre için hesaplanan 5.222,64 TL geçici iş göremezlik tazminatına hükmedilmesi isabetli değildir.”, Yargıtay 17 HD 2016/15329 E., 2019/4283 K., K.T. 08.04.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET: 25.11.2020).

⁴⁷ Yargıtay 17. HD 2016/2699 E., 2018/12106 K., K.T. 12.12.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET: 25.11.2020). “İlgili kişi... raporlu kaldığı 9 aylık geçici iş göremezlik döneminde polis memuru (devlet memuru) olup çalışmadığı dönemde maaşını almaya devam edeceğinden, dosya kapsamındaki bilirkişi raporu hükme esas alınarak geçici iş göremezlik tazminatına hükmedilmesi hatalı olmuştur. Esas olan, burada tazminine dair karar verilecek miktar, polis memurunun gerçek zararı kadar olup, bunun da çalışmadığı dönemde eğer alıyorsa fazla çalışma ücreti gibi yan ödemelerden ibaret olduğu göz önüne alınmalıdır.”, aynı yönde bkz. Yargıtay 17. HD 2015/13133 E., 2018/7216 K., K.T.16.07.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET:11.01.2021), Yargıtay 17. HD 2016/15329 E., 2019/4283 K., K.T. 08.04.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET:11.01.2021), Yargıtay 17. HD 2016/19010 E., 2019/8366 K., K.T. 23.09.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET:11.01.2021).

⁴⁸ Yargıtay 17. HD 2016/4734 E., 2019/1208 K., K.T. 11.02.2019 (www.yargitay.gov.tr, ET:12.01.2021).

⁴⁹ Yargıtay 17. HD 2019/2585 E., 2020/3385 K., K.T. 11.06.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET:11.01.2021), “Maluliyete ilişkin alınacak raporlar kaza tarihi 11.10.2008 tarihinden önce ise Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü, 11.10.2008 tarihi ile 01.09.2013 tarihleri arasında Çalışma

gerçekleştiği tarih 11.10.2008 tarihinden önce ise Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü, 11.10.2008 tarihi ile 01.09.2013 tarihleri arasında ise Çalışma Gücü Ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, 01.09.2013 tarihinden sonra ise Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliğine uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

2. Maddi Zarar Bulunmalıdır

Geçici iş göremezlik zararı sadece kazanç kaybı olarak değerlendirilemeyeceğinden her zaman malvarlığında eksilme olarak karşımıza çıkmaz. Bu zararın kimi zaman da normatif zarar olarak nitelendirilebilmesi mümkündür. Bu nedenle zarar görenin geçici iş göremezlik süresinin tespit edilmesi halinde maddi zararın bulunduğu kabul edilmelidir.

3. Uygun Nedensellik Bağı Bulunmalıdır

Fiilin, hayatın olağan akışına göre, niteliği itibarıyla sonucu meydana getirmeye elverişli olması halinde zarar ile fiil arasında uygun nedensellik bağının varlığı kabul edilmektedir⁵⁰. Geçici iş göremezlik tazminatı talep edilebilmesi için hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Zarar görenin geçici iş göremezlik süresinin haksız fiil neticesinde meydana geldiğinin heyet raporu ile tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin trafik kazası neticesinde Bay (A)'ya uygulanan tedavi daha önceden var olan böbrek hastalığını olumsuz yönde etkilemiş ve tedavi sürecinin uzamasına sebep olmuş olabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, geçici iş göremezlik süresinin Bay (A)'nın trafik kazasında yaralanması nedeniyle geçirdiği tedavi ve iyileşme süresine ilişkin olduğudur.

4. Davalının Sorumlu Olmasını Gerektiren Kusuru veya Bir Kusursuz Sorumluluk Hali Bulunmalıdır

Geçici iş göremezlik tazminatından sorumluluk kusura dayalı olabileceği gibi kusursuzluk sorumluluktan da doğabilir. Bu nedenle geçici iş göremezlik tazminatı talep edilebilmesi için sorumluluğun şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi gereğince haksız fiile dayalı olarak geçici iş göremezlik tazminatının talep edilebilmesi için hukuka aykırı fiildeki kusurun, geçici iş göremezlik zararı ile kusur arasındaki uygun nedensellik bağının ispat edilmesi gerekir.

Güçü Ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, 01.09.2013 tarihinden sonrada Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliğine uygun olarak düzenlenmesi gerekir...29/07/2013 tarihli Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığından alınan raporda, 2 ay geçici iş göremezliği olduğu belirlenmiş olup yukarıda açıklanan esaslara göre hazırlanmamıştır. Dosya içerisinde bulunan 09/07/2014 tarihli ATK'dan alınan Çalışma Gücü Ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'ne göre düzenlenen raporda, "...iyileşme süresinin 21.7.2011 tarihinden itibaren 3 (üç) aya kadar uzayabileceği belirtilmiştir. Buna göre, davacının geçici iş göremezlik zararının, ATK raporunda belirlenen 3 aya göre hesap edilmesi gerekirken, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığından alınan rapora göre hesap edilerek hükme esas alınması doğru görülmemiştir.", Yargıtay 17. HD 2019/2697 E., 2020/8083 K., K.T. 03.12.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET:11.01.2021), Yargıtay 17. HD 2019/2909 E., 2020/7805 K., K.T. 30.11.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET:11.01.2021), Yargıtay 17. HD 2019/6204 E., 2020/6652 K. (www.yargitay.gov.tr, ET:11.01.2021), K.T. 05.11.2020, 2019/2967 E., 2020/5778 K., K.T. 15.10.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET:11.01.2021), 2019/2208 E., 2020/5549 K., K.T. 13.10.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET:11.01.2021).

⁵⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 573, Tandoğan, Mesuliyet, s. 268-269, Eren, Borçlar Hukuku, s. 607, Oğuzman/Öz, C.2, s. 45.

VII. Geçici İş Göremezlik Tazminatından Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Sorumlular

1. Sürücü/İşleten/Teşebbüs Sahibinin Sorumluluğu

Sürücü, “karayolunda motorlu veya motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare eden kişi”ye denir (KTK md 3/57). İşleten, araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan, başka bir kişinin aracını kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işleten ve araç üzerinde fiili tasarrufta bulunan kişidir. (KTK md 3/60). Teşebbüs sahibinin tanımı Karayolları Trafik Kanunu’nda yer almamaktadır. KARACAN, işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin Karayolları Trafik Kanunu’nun 3. maddesinde yer alan işleten tanımının unsurlarını taşıması halinde işleten olarak kabul edileceğini ifade etmektedir⁵¹. HAVUTÇU/GÖKYAYLA’ya göre teşebbüs sahibi kavramı kapsamına özellikle otobüs firmaları ve karayolunda yük taşımacılığı yapan nakliyat firmaları girmektedir⁵².

“İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur” (KTK md 85/V).

Karayolları Trafik Kanunu’nun 85. maddesinin I. fıkrasında motorlu aracın işletilmesinin sebep olduğu “bir kimsenin ölmesi” veya “yaralanmasından” doğan zararlardan işleten ve teşebbüs sahibinin kusursuz olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Karayolları Trafik Kanunu’nun 85. maddesinin I. fıkrasında düzenlenen sorumluluk tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluktur⁵³. Bu düzenlemeye göre, işleten hiçbir kusuru olmasa bile aracın işletilmesi nedeniyle oluşan zararları gidermek zorundadır.

Geçici iş göremezlik tazminatı, bedensel zarar türü olduğundan Karayolları Trafik Kanunu’nun 85. maddesinin I. fıkrası gereğince işletenin ve sürücünün sorumlu olacağı açıktır.

2. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Sigorta Şirketinin Sorumluluğu

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (Trafik Sigortası Genel Şartları) 14.05.2015 tarih ve 29355 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. “Trafik Sigortası Genel Şartları”nın “Kapsama giren teminat türleri” başlıklı A.5. maddesinin (b) bendinde⁵⁴ üçüncü kişinin trafik kazası

⁵¹ Karacan Çetin, s. 97.

⁵² Havutçu/Gökyayla, s. 48.

⁵³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 523, Eren, Borçlar Hukuku, s. 762, Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1981, s. 30, Yılmaz, Hamdi, Karayolları Trafik Kanununda Zararın Paylaştırılması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s. 17, Çelik, Bedensel Zararlar, s. 376, Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 504, Gökyayla, Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Seçkin, Ankara 2004, s. 97, Karacan Çetin, s. 58, Adal, Erhan, “Trafik Kazalarında Zarar Görenin Himayesi” Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Batider, C. II, S. 3, Mart 1964, s. 384, Havutçu/Gökyayla, s. 29.

⁵⁴ “Trafik Sigortası Genel Şartları”nın “Kapsama giren teminat türleri” başlıklı A.5. maddesinin (b) bendinde “Sağlık Giderleri Teminatı: Üçüncü kişinin trafik kazası dolayısıyla bedenen eski haline dönmesini teminen protez organ bedelleri de dahil olmak üzere yapılan tüm tedavi giderlerini içeren teminatır. Kaza nedeniyle mağdurun tedavisine başlanmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ile trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler sağlık gi-

nedeniyle uğradığı geçici iş göremezlik döneminde gerçekleşen zararların sağlık gideri teminatının kapsamında ve Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğunda olduğu hususlarına yer verilmiştir. Düzenlemede geçici iş görmezlik tazminatı kavramına doğrudan yer verilmemiş olup, geçici iş göremezlik süresi döneminde ortaya çıkan kayıplar örnekleme yoluyla sayılmıştır. Bu nedenle sigorta şirketinin geçici iş göremezlik tazminatından sorumluluğu hususu açık ve net değildir.⁵⁵

Çalışmamızın Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sorumluluğuna ilişkin bölümünde Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme incelenmiş ise de bu bölümde de anılan düzenlemeye sigorta şirketlerinin sorumluluğunun irdelenmesi açısından değinilecektir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesinin I. fıkrasında trafik kazaları sebebiyle kazaya uğrayanların sağlık giderlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Yasal düzenlemede geçici iş göremezlik tazminatına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Sigorta şirketlerinin "Trafik Genel Şartları"nda yer alan düzenleme nedeniyle Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında geçici iş göremezlik tazminatından sorumluluğu değerlendirilmelidir. Yargıtay ve Bölge Adliye Hukuk Mahkemeleri kararları incelendiğinde sigorta şirketlerinin geçici iş göremezlik tazminatından sorumlu olduğu yönünde hüküm tesis edildiği görülmektedir.⁵⁶

deri teminatı kapsamındadır. Sağlık giderleri teminatı Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğunda olup ilgili teminat dolayısıyla sigorta şirketinin ve Güvence Hesabının sorumluluğu 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98' inci maddesi hükmü gereğince sona ermiştir." düzenlemesi yer almaktadır.

⁵⁵ Yetiş Şamlı, Kübra, "Geçici İşgöremezlik Zararlarının Zorunlu Trafik Sigortası Teminatı Kapsamında Olup Olmadığının Değerlendirilmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 4, İstanbul 13 Şubat 2021, s. 1776.

⁵⁶ Yargıtay 17. HD 2019/6271 E., 2020/8104 K., K.T. 03.12.2020 "Anayasa Mahkemesinin 17.7.2020 tarihinde 2019/40 E-202/40 K. sayılı kararı ile Karayolları Trafik Kanunu'nun 90. maddesinin birinci cümlesinde yer alan "...ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda..." ibaresi ile ikinci cümlesindeki "...ve genel şartlarda..." ibaresinin ve 92. maddesinin (i) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiş olması nedeniyle davacının zararının ve zararın kapsamının 2918 sayılı KTK'nın ve 6098 sayılı TBK'nın haksız fiile ilişkin hükümlerine ve Yargıtay uygulamalarına göre belirlenmesi gerekir... Somut olayda, mahkemece, 2918 sayılı Yasanın 98. maddesi kapsamında kalan tedavi giderleri yönünden Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sorumluluğu bulunduğundan ve davanın 6111 sayılı Yasanın yürürlük tarihinden sonra açılmış olmasına göre, davanın reddine karar verilmesi doğru olmakla birlikte geçici işgöremezlik talepleri yönünden sigorta şirketlerinin sorumluluğu devam ettiğinden davacının talep ettiği geçici işgöremezlik dönemi için aktüerya raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulması doğru görülmemiştir." İstanbul BAM 9. HD 2019/3421 E., 2020/255 K., K.T. 17.02.2020 "KTK'nın 98. maddesinde, yeni Genel Şartlardaki sağlık giderleri teminatına ilişkin düzenleme doğrultusunda Sigorta Şirketleri ve Güvence Hesabının sorumluluğunun sona ereceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığından 98. madde hükmü dışında kalan teminatlar (belgesiz sağlık giderleri, geçici bakıcı gideri ve geçici iş göremezlik tazminatı) bakımından sorumlulukları devam edecektir."

Konya BAM 3. HD 2018/63 E., 2018/51 K., K.T. 21.12.2018 tarihli kararında "Trafik Sigortası Genel Şartlar"ın A.5 (b) maddesi ile KTK'nın 98'inci maddesi ile sınırları belirlenen sağlık giderleri teminatı kapsamını genişlettiği, bir kanun maddesinin kapsamının idarenin bir düzenlemesi olan genel şartlar ile genişletmesi ve daraltmasının düşünülemeyeceği, "Trafik Sigortası Genel Şartları"nın tarafı olmayan SGK'ya idari bir düzenleme ile kanuni düzenlemenin aksine bir sorumluluk yüklenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle geçici işgöremezlik zararından sigorta şirketinin sorumlu olduğu yönünde karar vermiştir.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesinde Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sorumlu olduğu tedavi giderleri arasında "kazanç kaybına" ve/veya "efor kaybına" bağlı geçici iş göremezlik zararının yer almadığı açıktır. Nitekim Yargıtay da "Trafik Sigortası Genel Şartları"ndan önceki kararlarında geçici iş göremezlik, bakıcı gideri ve tedavi yol giderine ilişkin tazminat kalemlerinin Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesi kapsamındaki "trafik kazaları nedeniyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer resmi ve özel sağlık kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri"ne ilişkin tedavi giderlerinden olmayıp Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası poliçesi gereğince sigorta şirketlerinin sorumluluğunun devam ettiğine hükmetmiştir⁵⁷. Dolayısıyla Yargıtay geçici iş göremezlik zararının Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sorumluluğunda olduğuna ilişkin Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenleme bulunmadığını açıkça vurgulamışken "Trafik Sigortası Genel Şartları"nda yer alan düzenlemelerin uygulanabilmesi mümkün değildir.

14.04.2016 tarihinde Karayolları Trafik Kanunu'nun 90'ıncı maddesinde⁵⁸ yapılan değişiklik ile tazminat hesaplamalarının genel şartlara göre yapılması düzenlenmişti. Ancak bu düzenleme ile getirilen "bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda" ibaresi Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.2020 tarih ve 31269 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 17.07.2020 tarih ve 2019/40 E., 2020/40 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararından sonra tazminat hesaplamaları sorumluluk hukukunun genel ilkelerine göre yapılacaktır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususların düzenlendiği Karayolları Trafik Kanunu'nun 92'nci maddesinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında belirtilen hallerin teminat dışında olduğuna ilişkin (i) bendi⁵⁹ de iptal edilmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra Karayolları Trafik Kanunu'nun 92'nci maddesinde geçici iş göremezlik tazminatının zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

3. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Sorumluluğu

25.02.2011 tarih ve 27857 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 13.02.2011 tarihli 6111 Sayılı Yasa'nın 59. maddesiyle Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesinde trafik kazası nedeniyle kazaya uğrayanların tedavi masraflarının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Yargıtay'a göre Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesindeki değişikliklerle belgeli tedavi giderleri yönünden sorumluluk Sosyal Güvenlik Kurumu'nundur; belgesiz tedavi giderlerinden ise sigorta şirketi, işleten ve sürücünün sorumluluğu devam etmektedir⁶⁰. Sosyal Güvenlik Kurumu, sigortaliya yapılan

⁵⁷ Yargıtay 17. HD 2012/5743 E., 2013/4496 K., K.T. 01.04.2013 (www.yargitay.gov.tr, ET:24.12.2020), Yargıtay 17. HD 17. HD 2012/9123 E., 2013/6376 K., K.T. 06.05.2013 (www.yargitay.gov.tr, ET: 24.12.2020), Yargıtay 17. HD 2013/11242 E., 2014/13027 K., K.T. 30.09.2014 (www.yargitay.gov.tr, ET: 24.12.2020), Yargıtay 17. HD 2014/16455 E., 2014/13330 K., K.T. 14.10.2014 (www.yargitay.gov.tr, ET: 24.12.2020), Yargıtay 17. HD 2015/12543 E., 2018/8251 K., K.T. 26.09.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET: 24.12.2020).

⁵⁸ KTK md 90 (Değişik:14/4/2016-6704/3 md.) Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun ve genel şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.

⁵⁹ KTK md 92-i) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler.

⁶⁰ Yargıtay 17. HD 2019/6028 E., 2020/7134 K., K.T. 17.11.2020 (www.yargitay.gov.tr, ET:05.01.2021), Yargıtay 17. HD 2016/16097 E., 2019/6856 K., K.T. 28.05.2019

tedavi giderlerine ilişkin geçici iş göremezlik ödemesini sürücü/işletenden ve poliçe limiti ile sınırlı olmak kaydıyla sigorta şirketinden rücu edebilir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddesinin IV. fıkrasında⁶¹ yer alan düzenleme uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumu'nun zarar verene rücu hakkı bulunmaktadır.

VIII. Sonuç

Geçici iş göremezlik tazminatı bedensel zararın türlerinden biridir. Geçici iş göremezlik tazminatının içeriği ve tanımı kanunda düzenlenmemiştir. Öğretide iş göremezliğin tanımı konusunda görüş birliği yoktur. Geçici iş göremezlik tazminatı, efor kaybı ve/veya kazanç kaybı nedeniyle ortaya çıkabilir. Geçici iş göremezliğin tanımı üç ihtimâlin varlığı dikkate alınarak yapılabilir. Birinci ihtimâlde, haksız fiilden zarar gören geçici iş göremezlik süresi boyunca tedavi görüp, iyileşerek eski çalışma gücüne kavuşabilir. Bu durumda geçici iş göremezlik, zarar görenin zarar gördüğü tarihten tedavisi sona erene kadar geçen süredir. İkinci ihtimâlde, zarar gören tedavi sonunda eski sağlığına kavuşamaz ve kısmi de olsa sürekli iş göremez hâle gelir. Bu durumda geçici iş göremezlik, zarar görenin sürekli iş göremez hâle gelmesine kadarki dönemdir. Üçüncü ihtimâlde ise, geçici iş göremezlik hâli ölümle son bulmaktadır. Bu durumda geçici iş göremezlik süresi ölüm tarihine kadar geçen süredir.

Geçici iş göremezlik tazminatı süresince zarar gören %100 iş göremez kabul edilmedir. Çalışması karşılığı elde ettiği geliri ve varsa kusuru dikkate alınarak geçici iş göremezlik tazminatı hesaplanmalıdır. Geçici iş göremezlik tazminatı hesaplanırken geliri olanların asgari ücretten az olmamak üzere elde ettiği gelirleri esas alınır. Geliri olmayan küçükler, ev hanımları gibi kişilerin geçici iş göremezlik süresi boyunca asgari ücret esas alınarak tazminat hesabı yapılmalıdır. Geçici iş göremezlik döneminde kazanç kaybının söz konusu olması hâlinde tazminatın hukuki sebebi Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin II. bendidir. Kazanç kaybı söz konusu olmasa bile zarar görenin vücut fonksiyonlarını haksız fiil nedeniyle yerine getirememesinden dolayı uğradığı efor kaybı ve diğer kayıplarını Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinin III. bendine göre talep edebilmesi mümkündür. Talep edilen tazminatın gerekçesi efor kaybı olduğunda geçici iş göremezlik tazminatının hukuki niteliği de normatif zarar halini almaktadır.

Geçici iş göremezlik tazminatının sağlık giderleri kapsamında değerlendirilebilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle karayollarında meydana gelen trafik kazalarında zarar görenlerin talep edebilecekleri geçici iş göremezlik tazminatı, Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesinin I. fıkrasında düzenlenen sağlık giderleri kapsamında değerlendirilemez. Ayrıca, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A.5. maddesinin (b) bendinde ise üçüncü kişinin trafik kazası nedeniyle uğradığı geçici iş göremezlik döneminde gerçekleşen zararların sağlık gideri teminatının kapsamında ve Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğunda olduğu düzenlenmişse de, Trafik Sigorta Genel

(www.yargitay.gov.tr, ET:05.01.2021), Yargıtay 17. HD 2015/15148 E., 2018/7353 K., K.T. 04.09.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET:05.01.2021), Yargıtay 17. HD 2015/16660 E., 2018/5375 K., K.T. 22.05.2018 (www.yargitay.gov.tr, ET:05.01.2021), Yargıtay 17. HD 2014/16985 E., 2017/993 K., K.T. 02.02.2017 (www.yargitay.gov.tr, ET:05.01.2021), Yargıtay 17. HD 2014/9573 E., 2017/519 K., K.T. 24.01.2017 (www.yargitay.gov.tr, ET:06.01.2021), Yargıtay 17. HD 2014/22585 E., 2016/11028 K., K.T. 29.11.2016 (www.yargitay.gov.tr, ET:06.01.2021).

⁶¹ 5510-md.21/4-“İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.”

Şartları, düzenleyici işlem niteliğinde olduğundan kanundaki düzenlemeyi sınırlandıramaz ya da genişletemez. Bu nedenle de geçici iş göremezlik tazminatı hesabında uygulanabilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Adal, Erhan, “Trafik Kazalarında Zarar Görenin Himayesi” Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Batider, C. II, S. 3, Mart 1964.

Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Baysal, Başak, Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Çelik, Çelik Ahmet, Bedensel Zararlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018 (Atıf şekli: Çelik, Bedensel Zararlar).

Çelik, Çelik Ahmet, Tazminat ve Alacak Davalarında Güncel Sorunlar C. II, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020 (Atıf Şekli: Eren, Borçlar Hukuku).

Eren, Fikret, “Türk Borçlar Hukukunda Kişiyi İlişkin Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Ankara 2016, s.57-89 (Atıf Şekli: Eren, Bedensel Zararlar).

Gökyayla, Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Seçkin, Ankara 2004.

Güleç Uçakhan, Sema, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Havutçu, Ayşe/Gökyayla, Emre, Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Hukuki Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.

Karacan Çetin, Hatice, Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2020.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1981.

Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1961 (Atıf Şekli: Tandoğan, Mesuliyet).

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Yetiş Şamlı, Kübra, “Geçici İşgöremezlik Zararlarının Zorunlu Trafik Sigortası Teminatı Kapsamında Olup Olmadığının Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 4, İstanbul 13 Şubat 2021, s. 1763-1781.

Yılmaz, Hamdi, Karayolları Trafik Kanununda Zararın Paylaştırılması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.

Zorluoğlu Yılmaz, Tehlike Sorumluluğunda Bedensel Zararlar ve Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

** ANONİM ŞİRKET OLAĞAN GENEL KURUL TOPLANTISININ
ZAMANINDA YAPILMAMASININ DOĞURDUĞU HUKUKİ SORUNLAR**
(*THE LEGAL PROBLEMS OF THE ORDINARY GENERAL MEETING IS NOT DONE ON THE
TIME IN JOINT STOCK COMPANY*)

Dr. Öğr. Üyesi Sami KOCABIYIK***

ÖZ

Genel kurul anonim Şirketin en üst düzey karar organıdır. Genel kurul yılda bir defa olağan ve gerekli hallerde olağanüstü toplanır. Bu bağlamda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda olağan toplantıların her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılması öngörülmüştür (TTK m. 409).

Anonim Şirketlerin büyük çoğunluğunda mali hesap yılı (faaliyet dönemi) ile takvim yılı paralellik arz etmektedir. Bu durumda olağan genel kurul toplantısının 31 Marta kadar yapılması gerekmektedir. Ancak çoğu kez bu takvim sarmaktadır.

Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nda değişiklik öngören Kanun Tasarısı Taslağı ile anonim Şirketlerde olağan genel kurul toplantılarının faaliyet döneminin ilk beş ayı içerisinde yapılabilmesine imkan tanınmıştır. Ancak söz konusu Tasarı henüz yasalaŐmamıŐtır. Dolayısıyla uygulamada olağan genel kurul toplantılarının 3 ay içinde yapılması kuralına çok defa uyulmamaktadır. Mülga 6762 Sayılı Ticaret Kanunu'nda, olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılmaması, herhangi bir hukuki ve cezai yaptırıma bađlanmamıŐtır. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da benzer durum devam etmektedir. Bu çalışmada bu durumun ne gibi sorunlar yarattığına, hangi yaptırımlara tabi tutulacağına değinilerek sorunun çözüme katkıda bulunmak amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Genel Kurul Toplantısı, Gecikme, Hukuki Sonuçlar

ABSTRACT

The general assembly is the highest-level decision-making body of the joint stock company and meets once a year in ordinary and necessary cases. In this context, it is foreseen that ordinary meetings will be held within three months after the current year in the Turkish Commercial Code numbered 6102 (Com. C Art. 409).

There were no legal and penal sanctions in the that ordinary meetings wouldn't have been held on time, in the Old Commercial Code numbered 6762. There are no sanctions in the New Code too. However, the Draft Law amending the Turkish Commercial that ordinary

[] Eserin Dergimize geliş tarihi: 04.07.2019. İlk hakem raporu tarihi: 11.10.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 28.03.2021. Onaylanma tarihi: 10.05.2021.

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4194-0093.

Eserin Atıf Şekli: Sami Kocabiyik, "Anonim Şirket Olağan Genel Kurul Toplantısının Zamanında Yapılmamasının Doğurduğu Hukuki Sorunlar", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1055-1076.

meetings will be held within five months after the current year, but it hasn't yet been enacted. Therefore, the rule of conducting ordinary general assembly meetings is held within 3 months is not complied with too many times.

There is a parallelism between the fiscal and the calendar year in the majority of joint stock companies. In this case, the ordinary general assembly meeting should be held until March 31st. However, this calendar often delays. In this study, it is aimed to contribute to solution of this issue by explaining what kind of problems were caused to and which sanctions can be applied.

Keywords: Joint Stock Company, Ordinary Meeting, Delay, Legal Results

I. GİRİŞ

Anonim şirketin en üst düzey karar organı olan genel kurul pay sahiplerinin veya temsilcilerinin katılımıyla yılda en az bir kere olağan ve gerektiğinde olağanüstü toplanmaktadır. Genel kurul toplandığında, kanun ve esas sözleşme ile kendisine yetki verilmiş konularda karar almaktadır. Genel kurulda alınan kararlar, toplantıya katılıp olumsuz oy veren pay sahipleri dahil bütün pay sahiplerini, yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticileri, yani herkesi bağlamaktadır. Genel kurul bir icra (yürütme) organı olmadığı için alınan kararlar sebebiyle sorumluluğu bulunmamaktadır¹. Yönetim kurulu alınan kararları uygulamakla görevli olduğundan sorumluluk da yönetim kurulundadır². Genel kurulun görev ve yetkilerinden esas sözleşmenin değiştirilmesi, yönetim kurulu üyelerinin seçimi, süreleri, ücretleri ile huzur hakkı, ikramiye ve prim gibi haklarının belirlenmesi, ibraları hakkında karar verilmesi ve görevden alınmaları, kanunda öngörülen istisnalar dışında denetçinin seçimi ile görevden alınması, finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kâr üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra katılması dâhil, kullanılmasına dair kararların alınması, kanunda öngörülen istisnalar dışında şirketin feshi ve önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı devredilemez görev ve yetkiler olarak TTK m. 408/II'de düzenlenmiştir³. TTK m. 408/II, birinci cümlede "*Çeşitli hükümlerde öngörülmüş bulunan devredilemez görevler ve yetkiler saklı kalmak üzere,*" denilmesinden bahisle bu sayımın sınırlayıcı olmadığı sonucu, lafzi yorumla ortaya konabilir.

Tek pay sahipli anonim şirketlerde bu pay sahibi genel kurulun tüm yetkilerine sahiptir. Tek pay sahibinin genel kurul sıfatıyla alacağı kararların geçerlilik kazanabilmeleri için yazılı olmaları şarttır (TTK m. 408/III). Bu durumda olağan toplantının kendisi gündeme gelmeyecek ve dolayısıyla geç yapılması ya da hiç yapılmaması gibi bir sorun doğmayacaktır. Ancak yukarıda görüldüğü üzere, genel kurula çok önemli görev ve yetkiler veril-

¹ Genel kurul bir karar organıdır. Yürütme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle kararların uygulanmasından genel kurul değil, bu kararları uygulayan organ ve üyeleri (yönetim kurulu) sorumludur. Bkz. **Oğuz İmregün**, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası. İstanbul: Yasa Yayınları, 1989, s.105; **Ünal Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3.Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s.255; **Mehmet Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 13. Bası. İstanbul: BETA Yayınları, 2019, s. 150; **Sami Karahan/Ayşegül Sezgin Huysal**, Şirketler Hukuku, 1. Baskı. Konya: Mimoza Yayınları, s.495.

² **Hasan Pulaşlı**, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Birinci Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s.580-581.

³ Geniş bilgi için bkz. **Pulaşlı**, s.451-454.

miştir. Bununla beraber genel kurulun yetkisi dışında bir karar alması, anonim şirketin temel yapısına aykırı bir karar olacağından, söz konusu kararın TK 447/I, c uyarınca batıl olduğu sonucuna varılabilir⁴.

Genel kurul, her yıl faaliyet dönemi (hesap yılı) sonundan itibaren 3 ay içinde (genellikle 1 Ocak - 31 Mart) ve yılda en az bir kere toplanır⁵. Buna *olağan toplantı* denir⁶. Olağan sıfatı; bu toplantının her yıl yapılacağı ve TTK m. 409/I'de en azı öngörülen hususların (Finansal tabloların, YK'nın yıllık raporlarının, kar ve kazanç oranlarının belirlenmesi gibi) görüşülüp karara bağlanacağı anlamına gelmektedir⁷.

Uygulamada 3 aylık süre, çoğunlukla düzen hükmü olarak yorumlanmakta ve sorun da buradan doğmaktadır. Olağan genel kurulun asgari gündemi, TTK m. 409/I ve Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik⁸m. 13'de belirlenmiş olup, bu hususlar olağan genel kurul toplantısının mutad içeriğini oluşturmaktadır.

Anonim şirket olağan genel kurul toplantısı gerekli toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabileceği gibi (TTK m. 421/I); azlığın talebi üzerine genel kurulun bir karar almasına gerek olmaksızın bazı konular (finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular), toplantı başkanının kararıyla bir ay sonraki toplantıya bırakılır (TTK m. 420/I). Bu durumda ikinci toplantılar, ilkinin devamı sayılacaktır (Yön. m. 28). Toplantının bu nedenlerle ertelenmesi, toplantının geç yapılması anlamına gelmemekte olup bizim bahsettiğimiz sorunun alanı dışına çıkmaktadır.

Olağanüstü toplantılar ise lüzum görüldükçe (örn. acil sermaye artırım) yapılır ve zorunlu bir içeriği bulunmamaktadır⁹. Lüzumlu konularda karar alınacağından gündem de buna göre belirlenir. Olağanüstü toplantılarda da toplantının geç yapılması gibi bir sorun doğmamakta olup, toplantıyı gerektiren sebep doğduğu zaman yapılmaktadır; sonuç olarak önceden belirlenmiş bir zamanı ve gündemi bulunmamaktadır. Bununla beraber, yapıma ihtiyacına rağmen YK toplantıyı geciktirirse, TTK m. 553 çerçevesinde sorumluluk davası gündeme gelebilir¹⁰.

Diğer taraftan elektronik ortamda genel kurul toplantıları yapılması da mümkündür. Konu ile ilgili Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik de bulunmaktadır¹¹ (TTK m. 1527/V)¹². Bu yönetmeliğin amacı esasen, anonim

⁴ **Bahtiyar**, s.200. Benzer yönde bkz. **İmregün**, s.100-104; **Pulaşlı**, s.455.

⁵ Üç (3) aylık bu süre, Alman hukukunda hesap yılı kapanışından itibaren 8 ay iken, İsviçre hukukunda ise 6 aydır. Bkz. **Pulaşlı**, s.455, dn.20'den.

⁶ Olağan genel kurul toplantıları hakkında geniş bilgi için bkz. **İmregün**, s.107 vd.; **Pulaşlı**, s.455-458; **Bahtiyar**,s.156 vd..

⁷ **Oruç Hami Şener**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Birinci Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012, s.442; **Tekinalp**, s.260.

⁸ RG: T. 28.11.2012, S. 28481. Bundan sonra kısaca "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

⁹ Olağanüstü genel kurul toplantıları hakkında geniş bilgi için bkz. **İmregün**, s.110 vd.; **Pulaşlı**, s.457.

¹⁰ TTK m. 553'ün geniş değerlendirilmesi için bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 391-409; **Şener**, Ortaklıklar, s.404 vd.;**Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.16-55 vd..

¹¹ RG: T. 28.08.2012, S. 28395. Bundan sonra kısaca "Elektronik Yönetmeliği" olarak anılacaktır.

¹² Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Mehmet Bahtiyar**, Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, "6102 Sayılı TTK. ve İkincil Düzenlemelere Göre Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi-I", İstanbul 2013, s.111-132; **Esra Hamamcıoğlu**, Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, "6102 Sayılı TTK. ve İkincil Düzenlemelere Göre Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi-I", İstanbul 2013, s.132-168. Esasında genel kurul toplantı sorunlarının virtüel (sanal) toplantı yoluyla çözümü, diğer bir deyişle internet üzerin-

şirket genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy kullanmaya ilişkin usul ve esasların düzenlenmek olup, olağan genel kurul toplantılarının zamanını değiştiren ya da kaldıran bir hüküm içermemektedir. Elektronik Yön. m. 9/Te göre, genel kurul toplantısı fiziki ve elektronik ortamda aynı anda açılmaktadır; dolayısıyla toplantının geç yapılması sorunu elektronik ortamda toplantıya katılmak isteyen hak sahibi için de geçerlidir (Elektronik Yön. m.7-8)¹³.

Genel kurul kendiliğinden toplanan bir organ değildir. Yetkili kişilerce usulüne uygun şekilde çağırılması gerekir. Buna göre genel kurul, süresi dolmuş olsa bile, yönetim kurulu tarafından toplantıya çağırılabilir. Tasfiye memurları da, görevleri ile ilgili konular için, genel kurulu toplantıya çağırabilirler (TTK m. 410/I). Yönetim kurulunun, devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumlarında, mahkemenin izniyle, tek bir pay sahibi genel kurulu toplantıya çağırabilir. Mahkemenin kararı kesindir (TTK m. 410/II). Bazı hallerde azınlık, hatta yerine göre kayyım, iflas idaresi ve tüm ortaklar da genel kurulu toplantıya çağırabilir¹⁴.

Genel kurul toplantıya, esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanan ilanla çağrılır. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılır. Pay defterinde yazılı pay sahipleriyle önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine, toplantı günü ile gündem ve ilanın çıktığı veya çıkacağı gazeteler, iadeli taahhütlü mektupla bildirilir (TTK m. 414/I)¹⁵.

Bütün payların sahipleri veya temsilcileri, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, genel kurula katılmaya ve genel kurul toplantılarının yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla, çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın, genel kurul olarak toplanabilir ve bu toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabilirler¹⁷. Çağrısız toplanan genel kurulda, gündeme oybirliği ile madde eklenebilir; aksine esas sözleşme hükmü geçersizdir (TTK m. 416)¹⁸.

II. OLAĞAN GENEL KURUL TOPLANTISI

Genel kurul toplantılarının, yapılış zamanı bakımından olağan ve olağanüstü (TTK m. 409), katılmak isteyen pay (hak) sahiplerinin fiziken bulunup bulunmaması bakımından ise fiziki ve elektronik ortamda (TTK m. 1527-1528), genel kurulu toplantıya çağırıp çağırılmama bakımından ise çağrılı ve çağrısız (TTK m. 410-416) olmak üzere yapılabileceği yukarıda izah edilmeye çalışılmıştır¹⁹.

den "on-line katılım" sağlanarak çözümü çok önceleri gündeme getirilmiştir. Bkz. **Şaban Kayıhan**, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet", BATİDER, C.XXII, S.1 (Haziran 2003), s.89 vd..

¹³ **Pulaşlı**, s.462-467; **Karahan / Sezgin Huysal**, s.522-523.

¹⁴ Genel kurulu toplantıya çağırma ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. **Tekinalp**, s.260-262; **İmregün**, s.112-116; **Pulaşlı**, s.467-470; **Bahtiyar**, s.163-167; **Karahan / Sezgin Huysal**, s.503-504.

¹⁵ İnternet sitesi açma yükümlüğüne tabi şirketlerin internet sitelerinde de ayrıca ilan edilir. Ayrıca bkz. **İmregün**, s.116 vd..

¹⁶ Çağrının şekli ve usulü hakkında daha fazla bilgi için bkz. **İmregün**, s.116 vd.; **Pulaşlı**, s.470-472.

¹⁷ Nisabın toplantı süresince korunması ile ilgili eleştiriler için bkz. **Mehmet Bahtiyar**, "Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının Toplantı Süresince Korunması Şartına İlişkin TTK. 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s. 59 vd..

¹⁸ **Tekinalp**, s.260; **Pulaşlı**, s.458; **Karahan / Sezgin Huysal**, s.508.

¹⁹ Bkz. Yuk. I.

Genel kurul toplantı türleri arasında en önemlisi şüphesiz olağan genel kurul toplantısıdır. Çünkü her faaliyet döneminde önceden belirlenmiş bir zamanda ve gündeme yapılmaktadır. Gündemi kanunen belirlenmiş olup toplantıda görüşülmesi istenen başkaca konular da varsa önceden tespit edilmekte ve pay sahiplerine duyurulmaktadır. Gündemde yer almayan konular kural olarak toplantıda görüşülememektedir. Bu kurala *gündeme bağlılık kuralı* denmektedir (TTK 413/II)²⁰. Ancak bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır.

Pay sahiplerinin tamamının hazır bulunması halinde, gündeme oy birliği ile konu ilave edilebilir (TTK m. 416/II). Diğer bir deyişle, çağrısız toplantının şartı aynı zamanda gündeme madde ekletmenin de ön şartıdır. Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi, yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesi ile ilgili sayılı (TTK m. 413/III). Her pay sahibi, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer alması bile genel kuruldan isteyebilir (TTK m. 438/I). Son olarak haklı sebeplerin varlığında yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması (TTK m. 364) sayılabilir^{21,22}.

Genel kurul toplantısına katılmaya yetkili olanlar; (yönetim kurulu tarafından düzenlenen "hazır bulunanlar listesi"nde adı bulunan) pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri, denetçiler, ve Ticaret Bakanlığının²³ izni ile kurulan şirketlerde bakanlık temsilcisi, eski adıyla hükümet komiseridir (TTK 407/3)²⁴.

Anonim şirket yönetim kurulu, genel kurulun çalışma esas ve usullerine ilişkin kuralları içeren, Ticaret Bakanlığı tarafından asgari unsurları belirlenecek olan bir iç yönerge hazırlar. İç yönerge genel kurulun onayından sonra yürürlüğe girer ve aynı zamanda ticaret siciline tescil ve ilan edilir (TTK m. 419/II). Yönetim kurulu, Bakanlığın örnek olarak hazırladığı iç yönerge uygun bir yönerge hazırlamak zorundadır. Bu iç yönergede genel kurul çalışmalarına ilişkin esas ve usullerin belirlenmesine yönelik ilave kurallar yer alabilir (Yön. m. 41). Örnek yönergede olağan genel kurul toplantılarının geç yapılmasına ya da hiç yapılmasına veyahut da bu durumun sonuçlarına değinilmemiştir²⁵.

Genel kurul toplantı tutanağı²⁶, pay sahiplerini veya temsilcilerini, bunların sahip oldukları payları, gruplarını, sayılarını, itibarî değerlerini, genel kurulda sorulan soruları, verilen cevapları, alınan kararları, her karar için kullanılan olumlu ve olumsuz oyların sayılarını içerir. Genel kurulda görüşülen ve karara bağlanan hususlar tutanakla tespit edilir. Bu tutanağı toplantı başkanı ve bakanlık temsilcisi imzalar. Aksi halde tutanak geçersiz sayılır

²⁰ **Pulaşlı**, s.475.

²¹ Daha fazla bilgi için bkz. **İmregün**, s.117-121; **Tekinalp**, s.269; **Pulaşlı**, s.473-474; **Bahtiyar**,s.161-163; **Karahan / Sezgin Huysal**, s.505.

²² **Pulaşlı**, s.476-478. Genel kurulda müzakere edilen konular sonrası şirketin yönetiminin, güvenin kaybolduğu kişilere (yönetim kurulu üyelerine), yeniden toplantı yapılınca kadar bırakılması, genel kuruldan beklenmemelidir. Bkz. **İmregün**, s.119.

²³ 703 Nolu KHK ile "Gümrük ve Ticaret Bakanlığı" ile Ekonomi Bakanlığı ile birleştirilerek "Ticaret Bakanlığı" ismini almıştır. Bkz. RG: 9.7.2018, S.30743. Bundan sonra sadece "Ticaret Bakanlığı" denildiğinde, "Gümrük ve Ticaret Bakanlığı" da kastedilmiş olacaktır.

²⁴ **Tekinalp**, s.270-278; **İmregün**, s.125-129; **Bahtiyar**,s.170-174; **Karahan / Sezgin Huysal**, s.509-518.

²⁵ **Karahan / Sezgin Huysal**, s.519.

²⁶ Genel kurula katılan pay sahiplerine ilişkin bilgilerin, toplantı ve karar yeter sayılarının ve gündemde yer alan konulara ilişkin yapılan müzakere ve alınan kararların yer aldığı belgeye tutanak denir. Bkz. **Karahan / Sezgin Huysal**, s.519. Ayrıca bkz. **İmregün**, s.146-147; **Pulaşlı**, s.507; **Mehmet Bahtiyar**, Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Tutanağı ve Özellikle Kararların Hükümsüzlüğüne Etkileri, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu. İstanbul: Seçkin Yayinevi, 2019, s. 37 vd..

(TTK m. 422/I). Görüldüğü üzere, TTK m. 422/I'de, tutanağın toplantı başkanlığı ve bakanlık temsilcisi tarafından imzalanması gerektiği; aksi halde toplantıda alınan kararların geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Bununla beraber, tutanakta bulunması gereken diğer unsurların eksik olmasının ne gibi hukuki sonuç doğuracağına değinilmemiştir. BAHTİYAR bu noktada, ilgili hükmün lafzına uygun olarak tutanağın en azından bu fıkırdaki sayılan bilgileri içermesinin gerektiğini; ilgili hükmün, emredici nitelikte bir şekil kuralı olduğunu, o nedenle, sadece ilgili hükümde sayılan kişilerin (toplantı başkanı ve bakanlık temsilcisi) imzasındaki eksikliklerin değil, tutanağın içermesi gereken bilgilerdeki eksikliklerin de tutanaktaki kararların geçersiz sayılmasına neden olacağını, bu kurala uyulmadığı takdirde uygulanacak yaptırımın ise butlan, yani kesin geçersizlik olacağını, TBK m.12, 27'den hareketle bizce de haklı olarak ileri sürmektedir²⁷.

Yönetim kurulu, tutanağın noterce onaylanmış bir suretini derhâl ticaret sicili müdürlüğüne vermek ve bu tutanakta yer alan tescil ve ilana tabi hususları tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür; tutanak ayrıca hemen şirketin internet sitesine konulur (TTK m. 422/II)²⁸. Genel kurul tarafından verilen kararlar, toplantıda hazır bulunmayan veya karara olumsuz oy veren pay sahipleri hakkında da uygulanır (TTK m. 422).

Pay sahipleri genel kurul toplantılarına, temsilcileri vasıtasıyla katılabilir ve oy kullanabilirler; yani genel kurulda bireysel temsil mümkündür. Her bir pay sahibi oy kullanacak sadece tek bir temsilci atayabilir. Ancak birden fazla temsilci ile genel kurulda temsil edilmesi önyünde bir engel bulunmamaktadır. Payın birden fazla sahibi varsa bu kişiler genel kurulda paydın doğan haklarının kullanılması için bir temsilci atarlar. Tevdi eden temsilcisi ise²⁹, tevdi işlemi tek başına temsil yetkisi sağlamaz, ayrıca temsil yetkisinin de verilmesi gerekir^{30 31}.

Genel kurullar, Kanunda veya esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörölmüş bulunan hâller hariç, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşılmadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz. Kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir (TTK m. 418). İlk toplantıda ¼ yetersayı sağlanamazsa pay sahipleri yeniden GK toplantısına çağrılır ve bu toplantıda herhangi bir nisap aranmaz. Her iki durumda da kararlar toplantıda hazır bulunanların çoğunluğu ile alınır. Buna *adi nisap* denir³².

Adi (basit) nisap yanında Kanun ile ağırlaştırılmış (özel) nisaplar da bulunmaktadır.

Kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantı için toplantı nisabı, şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edilme-

²⁷ Bahtiyar, Toplantı Tutanağı, s. 48.

²⁸ Pulaşlı, s.510; Bahtiyar, Toplantı Tutanağı, s. 52.

²⁹ TTK m.428'de "Organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilci" düzenlenmekte iken, 15/2/2018 tarihinde 7099 sayılı torba kanununun 23 maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁰ Pay üzerinde intifa hakkı bulunduğu takdirde oy kullanma hakkı intifa hakkı sahibine (TTK m.432); ancak rehin ve benzeri durumlarda pay sahipliği hakları pay sahibine aittir (TTK m.427).

³¹ Pay sahibinin genel kurulda temsili ve türleri hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **Argun Karamanhoğlu**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kurul Toplantısında Temsili, 1. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s.73-119. Ayrıca bkz. **Pulaşlı**, s.481-499.

³² İmregün, s.131; Pulaşlı, s.499-501.

sidir. Bu fıkrada öngörülen nisapları düşüren veya nispi çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir (TTK m. 421/I). Esas sözleşme değişikliklerinde imtiyazların etkisizleştiği gözden kaçırılmamalıdır (TTK m. 479/III).

Şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi, imtiyazlı pay oluşturulması, nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması, şirketin feshi kararı, tasfiye aşamasında önemli miktarda aktiflerin toptan satılabilmesi, her çeşidi ile tahviller, finansman bonoları, varlığa dayalı senetler iskonto esası üzerine düzenlenenler de dahil diğer borçlanma senetleri alma ve değiştirme hakkını haiz senetler ile her çeşit menkul kıymet çıkarma kararı verme gibi nitelikli kararlar için de esas sözleşmeyi değiştiren kararlarda olduğu gibi özel (ağırlaştırılmış) nisap aranır. Bu kararlar, sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır (TTK m. 421/III)³³. İlk toplantıda belirtilen nisaba ulaşamadığı takdirde izleyen toplantılarda da aynı nisap aranır.

Bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar ile şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararlar ise oybirliği ile alınır³⁴. İlk toplantıda belirtilen nisaba ulaşamadığı takdirde izleyen toplantılarda da aynı nisap aranır (TTK m. 421/II)³⁵.

Oy hakkı, payın kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenmiş bulunan en az miktarının ödenmesiyle doğar (TTK m. 435). Pay sahipleri, oy haklarını genel kurulda, paylarının toplam itibarıyla değerleriyle orantılı olarak kullanır (TTK m. 434/I). Her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir (TTK m. 434/II)³⁶.

Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz (TTK m. 436/I). Şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz (TTK m. 436/II)³⁷.

Genel kurul kararlarının hükümsüzlük (sakatlık) hallerini; yokluk, butlan ve iptal edilebilirlik olarak sıralamak mümkündür. TTK'da sadece butlan ve iptal edilebilirliğe ilişkin hükümler getirilirken; açıkça yokluğa değinilmediği görülmektedir³⁸. Yokluktan başlanılacak olursa,

Hukuki işlemin kurucu unsurlarındaki eksiklik yokluk sonucunu doğurmaktadır. Bu bakımdan genel kurul kararlarının oluşabilmesi için iki kurucu unsur gerekir: Bunlardan

³³ Yönetmelik'te şirketin önemli miktarda aktifin toptan satışında da bu nisapların uygulanacağı ifade edilmektedir (Yön. m. 22/12). Ancak ikincil mevzuat ile böyle bir düzenleme getirilmesi ve kanun ile adi nisaba bağlanan bir hususun yönetmelikle ağırlaştırılması mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca bkz. **Levent Biçer / Esra Hamamcıoğlu**, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı (TTK m. 408/2-f)", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1 (Haziran 2013), s.42-45.

³⁴ Genel Kurul payları birleştiriliyorsa yine oybirliği aranır (TTK m. 477/II).

³⁵ Genel kurul toplantı ve karar yetersayıları ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. **Tekinalp**, s.278-280; **Bahtiyar**, s. 178-186; **Pulaşlı**, s.499-506; **Karahan / Sezgin Huysal**, s.520-523.

³⁶ **İmregün**, s.135.

³⁷ **İmregün**, s.136-139.

³⁸ **Bahtiyar**, genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü hallerine "askıda hükümsüzlüğü" de eklemekte, örnek olarak da TTK m.455'deki esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararının, üçüncü kişilere karşı tescilden önce hüküm ifade etmemesini göstermektedir. Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s.201. Askıda hükümsüzlük hakkında detaylı bilgi için bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s.38-50.

birincisi genel kurulun toplantı yapması, ikincisi ise karar almasıdır. Bunlardan birinde eksiklik olursa karar alınmamış sayılır. Bu bakımdan toplantı yapılmadan karar alınmışsa, toplantı yetersayısı olmadığı halde toplantı yapılmışsa, bakanlık temsilcisi gerektiren hallerde bakanlık temsilcisi toplantıda hazır bulunmamış veya tutanağı imzalamamışsa, yetkisiz kişiler tarafından yapılan çağrı üzerine yapılan toplantı yapılmışsa, gündem gereği gibi bildirilmemişse, karar yetersayılarına uyulmamışsa yokluk sonucu doğacaktır³⁹.

İşlemin kurucu unsurları tamam, ancak konusu emredici hükümlere, kanuna, ahlaka, kamu düzenine aykırı veya imkansız ise işlem batıldır (TTK m. 447). Bu bağlamda; pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran, pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran ve anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan kararları batıldır. Bu sayım sınırlayıcı değildir⁴⁰.

Öğretide, kamu düzeni düşüncesi ile getirilen düzenlemelere aykırılık halinde de butlan yaptırımının ortaya çıkacağı kabul edilmektedir⁴². TTK m. 400'e aykırı olarak denetçi seçimi, TTK m. 456/1'e aykırı olarak sermaye artırımı kararı; TTK m. 548'e aykırı olarak malvarlığının dağıtımına başlanmasından sonra verilen tasfiyeden dönme kararı bu hususa örnek olarak verilebilir. Butlanın ikincilliği prensibine dikkat edilmelidir. Zira butlan ile işlem baştan itibaren hükümsüz hale geldiği ve bir süre sınırlanmasına bağlı olmadan ileri sürülebildiği için aynı zamanda işlem güvenliğini de zayıflatmaktadır. Dolayısıyla ilk olarak iptal yaptırımına gidilmelidir⁴³.

Kanun⁴⁴ veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı⁴⁵ olan genel kurul kararları aleyhine karar tarihinden itibaren 3 aylık hak düşürücü süre içinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde dava açılır⁴⁶.

Toplantıda hazır bulunup da karara olumsuz oy veren ve bu muhalefeti tutanağa geçiren (*muhalefet edenlerin tutanağı imzalamaları zorunlu değildir*), toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi

³⁹ **Pulaşlı**, s.511-513; **Karahan / Sezgin Huysal**, s.524-525.

⁴⁰ Butlan halleri Kanunda "özellikle" denilmek suretiyle sayıldığından, sayılanların örnek kabilinden (temel sebepler) olduğu ve sınırlı sayıda (numerus clausus) olma özelliği taşımadığı anlaşılmaktadır. Bkz. **Pulaşlı**, s.516.

⁴¹ Ayrıca bkz. YHGK. T. 02.04.2014, E. 2013/11-1048, K. 2014/430.

⁴² **Karahan / Sezgin Huysal**, s.525.

⁴³ Bkz. TTK m.447'nin gerekçesi. **A. Bumin Doğrusöz / Öznur Onat/Funda Tunçel**, Gerekçeli Türk Ticaret Kanunu, İstanbul: İSMMO Yayınları, 2012, s.677'den.

⁴⁴ Yokluk ve butlan yaptırımının uygulanmasına sebep olmayan emredici kanun hükümlerine aykırılık halleri ile butlana sebep olan kanuna aykırılık halleri, özellikle üçüncü kişilerin hakları korunuyorsa gündeme gelecektir; zira bu kişilerin iptal davası açma hakları bulunmamaktadır.

⁴⁵ Dürüstlük kuralı hakkında geniş bilgi için bkz. **Senai Olgaç**, İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, 3. Baskı. Ankara: Olgaç Yayınları, 1975, s.12-13; **Aytekin Ataay**, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Üçüncü Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980, s.416 vd.; **Aydın Zevkçiler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla**, Giriş - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku - Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999, s. 161 vd.; **Şener Akyol**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995, s.19 vd.; **M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 16. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s.238 vd..

⁴⁶ **Pulaşlı**, s.528.

bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahiplerinin (*Kanuna aykırılık gerçekleşmeseydi başka bir yönde karar alınacak olması, yani karara etkili olma şartı aranmaktadır*) iptal davası açmak hakkı vardır^{47 48}.

Pay sahibinin davanın sonuna kadar bu sıfatı taşıması gerekmektedir. Payın devri sebebiyle pay sahipliği değişirse, devralanın dava hakkının devam etmediği kabul edilmektedir⁴⁹. Yönetim kurulu, kararların yerine getirilmesi, kişisel sorumluluğuna sebep olacağına yönetim kurulu üyelerinden her biri, intifa hakkı sahibi, halka açık ortaklıklarda Sermaye Piyasası Kurulu'nun da iptal davası açma hakkı vardır (SPK m. 23/II⁵⁰)⁵¹.

Yönetim kurulu iptal veya butlan davasının açıldığını ve duruşma gününü usulüne uygun olarak ilan eder ve şirketin internet sitesine koyar. İptal davasında üç aylık hak düşüren sürenin sona ermesinden önce duruşmaya başlanamaz. Birden fazla iptal davası açıldığı takdirde davalar birleştirilerek görülür. Mahkeme, şirketin istemi üzerine muhtemel zararlarına karşı davacıların teminat göstermesine karar verebilir. Teminatın nitelik ve miktarını mahkeme belirler (TTK m. 448)⁵².

Genel kurul kararı aleyhine iptal veya butlan davası açıldığı takdirde mahkeme, yönetim kurulu üyelerinin görüşünü aldıktan sonra, dava konusu kararın yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verebilir (TTK m. 449). İptal kararı kesinleştikten sonra, bütün pay sahipleri için hüküm ifade eder⁵³. Bu karar geriye etkilidir; ancak iyi niyetli üçüncü kişilerin edindikleri haklar saklıdır⁵⁴.

III. OLAĞAN GENEL KURUL TOPLANTISININ YAPILACAĞI SÜRE

Olağan genel kurul toplantısının süresinde yapılmamasından olağan genel kurul toplantısının yapılabilmesi için TTK. m.409/Γ'de öngörülen faaliyet dönemi sonundan itibaren

⁴⁷ **İmregün**, s.170 vd.; **Pulaşlı**, s.534 vd. Ayrıca bkz. **İsmail Kırca**, "Türk Ticaret Kanunu'nun Genel Kurul Kararlarının İptali Sebepleri İle İptal Davası Açabilecek Kişilere İlişkin Hükümleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", *BATİDER*, C.XXXI, S.4 (Aralık 2015), ss. 5-11.

⁴⁸ Kırca, ilgili hükümde çağrının usulüne göre yapılmaması gibi usule ilişkin iptal sebeplerine dayanarak her pay sahibine iptal davası açma hakkı verilmesini, bu sebeplerin sınırlanmış olmasını, örneğin pay sahibine, rüçhan hakkının haklı sebep olmaksızın kaldırılmayacağı (TTK m. 461/II) iddiasıyla iptal davası açma hakkı verilmemesini eleştirmektedir. Bkz. **Kırca**, s. 10. Yazarın eleştirisi dikkate değer olmakla beraber, bunun için TTK m. 446/1-b hükmünün açıklığı karşısında, bir kanun değişikliği gerektiği de açıktır.

⁴⁹ **Pulaşlı**, s.541. Aynı yönde bkz. Yar.11.HD., T.09.11.1983, E.1983/4928, K.1983/4923.

⁵⁰ "*Kurul, birinci fıkra çerçevesinde düzenlenen zorunluluklara uyulmaksızın gerçekleştirilen işlemlerin ortadan kaldırılmasına yönelik Kurul kararının tebliği tarihinden itibaren otuz gün içinde işlem öncesi durumun aynen sağlanmaması hâlinde idari para cezası verebilir ve bu işlemlerin iptali için 6102 sayılı Kanunun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde dava açabilir.*"

⁵¹ Ayrıca bkz. **Pulaşlı**, s.547.

⁵² Dolayısıyla iptal ve butlan davasına ilişkin ortak hükümler olduğu görülmektedir. Bkz. **Tekinalp**, s.348.

⁵³ İçerik ve şekil bakımından sakat olması nedeniyle iptal edilebilir bir karar, kararın iptaline ilişkin hüküm kesinleşinceye kadar geçerli bir karar olarak muamele görür. Bkz. **Erdoğan Moroğlu**, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 6. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 24.

⁵⁴ Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. **Tekinalp**, s.339-349; **İmregün**, s.151-190; **Bahtiyar**, s. 195-214; **Karahan / Sezgin Huysal**, s.523-532.

başlayan üç aylık süre içinde yapılamaması veyahut genel kurul toplantısı ile toplantı çağrısı arasında bulunması gereken TTK. m.414/I'de öngörülen ilandan itibaren iki haftalık süre dolmadan yapılması olarak anlaşılabilir. Kaynak İsviçre hukukunda OR. Artikel 805/III'e göre toplantı çağrısı ile genel kurul toplantı tarihi arasındaki süre en az yirmi gün olmak zorundadır. Şirket esas sözleşmesi ile bu süre uzatılabilir; ancak en fazla 10 güne kadar kısaltılabilir.

Bu çalışmanın giriş kısmında değinildiği üzere; anonim şirketlerin olağan genel kurul toplantılarının zamanında yapılmaması ile faaliyet dönemi sonundan itibaren başlayan üç aylık süre içinde toplantının yapılmaması kastedilmektedir. Kaynak İsviçre hukukunda OR. Artikel 699/II'de genel kurul toplantılarının faaliyet dönemi sonundan itibaren altı aylık süre içinde yapılması düzenlenmiştir. Federal Mahkeme bu sürenin daha da uzatan esas sözleşme değişikliği gibi düzenlemeleri geçersiz kabul etmiştir⁵⁵. Buna karşılık öngörülen sürenin bir düzen kuralı olduğu kabul edildiğinden⁵⁶, bu süreyi geçen çağrılar ve toplantıların istisnai olarak haklı görülebileceği ifade edilmiştir⁵⁷. Böyle bir durum ortaya çıktığında İsviçre kanun koyucusu bu durumun çaresi olarak denetim organının yükümlülüklerinin devreye gireceğini ve buna göre süresinde toplantı çağrısı yapmayan veya bunu engelleyen yönetim kurulunun varlığı halinde denetim kurulunun bu çağrıyı yapmakla yükümlü olduğunu düzenlemiştir⁵⁸. Buna karşılık bu yükümlülüğe uyulmamasının sonuçları hakkında ne OR'da ne de TTK'da bir yaptırım öngörülmemiştir⁵⁹.

Nitekim öğretide olağan genel kurul toplantısının zamanına ilişkin hükmün düzen kuralı olduğu, her ne kadar süre Kanunla düzenlense de toplantının daha sonra yapılmasının alınan kararın geçerliliğini etkilemeyeceği dile getirilmektedir⁶⁰. 2012 yılında yürürlüğe giren TTK ile bu hukuki boşluğun giderilmesi beklentisi de boşa çıkmış, herhangi hukuki ve/veya cezai yaptırım öngörülmediği için genel kurul toplantıları -Mart ayında yapılması gerekirken- Nisan, Mayıs hatta Ağustos ayına sarkmaya başlamıştır. Halbuki etkili bir yaptırım mekanizmasının olması bu sorunu giderecektir.

Örnek olması açısından değinilecek olunursa; "Elektronik işlemler ve bilgi toplumu hizmetleri" başlığı altında yer alan "İnternet sitesi" alt başlığı altındaki TTK'nın 1524. maddesi; sermaye (anonim) şirketlerine belli şartlar altında internet sitesi kurma yükümlülüğü getirmektedir⁶¹. Nitekim kanun koyucu TTK m. 1524/IV'de konu ile ilgili bir yönetmeliğe işaret etmiş ve Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik, RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁶².

⁵⁵ Peter Böckli, Schweizer Aktinenrecht mit Fusionsgesetz, Internatioğnalen Rechnungslegungsg-rundsätzen IFRS, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht und Corporate Governance, Dritte Auflage 2005, S.1260, dnt. BGE 107 II 246 ff.

⁵⁶ F. Wolfhart Bürgi, ZK (1969) Art. 699 N. 36; Christoph von Grejzer (1982A) 188; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (1996) § 23 N. 44; Böckli, § 12 N. 45.

⁵⁷ Böckli, § 12 N. 45.

⁵⁸ Böckli, § 12, N. 45.

⁵⁹ Krş.Fahri Özşungur, "Ticaret Şirketlerinde Genel Kurul Yapılmamasının Hukuki ve Cezai Yaptırımları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, S.2, Y.2014, s.125-126.

⁶⁰ Karahan / Sezgin Huysal, s.496.

⁶¹ Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Ömer Teoman, "Sermaye Ortaklıklarının İnternet Sitesi Açma ve Burada Yasada Öngörülen İçerikleri Yayımlama Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Yaptırımı Nedir?" BATİDER, 2011, C. XXVII, S. 4 (Aralık 2011), s. 5-12. Arif Duran, "Sermaye Şirketlerinde İnternet Sitesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2013.

⁶² RG: T.31.05.2013, S.28663.

Bu çalışmadaki somut sorunun çözümünde kıyasen uygulanabilmesi bakımından söz konusu yasal düzenlemeye bakıldığında; TTK m. 1524/II'de internet sitesi kurma yükümlülüğüne dair aynen şu yaptırımın yer aldığı görülmektedir:

“Birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerle uyulmaması, ilgili kararların iptal edilmesinin sebebinin oluşturur, Kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına yol açar ve kusuru bulunan yöneticiler ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna neden olur. Cezai hükümler saklıdır.”

Konu ile ilgili TTK m. 1524/I'in madde gerekçesine bakıldığında ise; aynen şu ifade ile karşılaşılmaktadır:

“Web sitesine konulması gereken bir içerik konulmamışsa, hukuka aykırılığın ve yönetim kurulunun görevini yerine getirmemesinin tüm sonuçları doğar. Meselâ: genel kurulun kararı iptal edilir, yönetim kurulu sorumlu tutulur, gereğinde işlem geçerlik kazanmayabilir.”

Bu yasal düzenlemeye bakıldığında; kanunun emredici hükümlerine (TTK m. 1524) uymamanın hem hukuki hem de cezai yaptırıma bağlandığı; ancak madde metninde cezai yaptırımın içeriğinin ne olduğuna değinilmediği görülmektedir. Konu ile ilgili “Cezai Sorumluluk” başlığı altında yer alan “Suçlar ve cezalar” alt başlığı altındaki TTK'nın 562. maddesinin 12. fıkrası ise aynen şöyledir:

“1524 üncü maddede öngörülen internet sitesini oluşturmayan şirketlerin yönetim organı üyeleri, yüz günden üçyüz güne kadar adli para cezasıyla ve aynı madde uyarınca internet sitesine konulması gereken içeriği usulüne uygun bir şekilde koymayan bu fıkrada sayılan failler yüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır”. Dolayısıyla kanun koyucu, internet sitesi kurma yükümlülüğüne uyulmamasını çifte yaptırıma bağlamıştır. Bu yaptırımları hukuki ve cezai yaptırımlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. **Hukuki yaptırımlar, genel kurul kararlarının iptalinin dava edilmesi⁶³ ve yönetim kurulu üyelerine sorumluluk davası açılmasıdır. Cezai Yaptırımlar ise yöneticilere idari/adli para cezası uygulanmasıdır.**

TTK m. 564'de çalışma konusunun çıkış noktasını oluşturan ve olağan genel kurul toplantılarının her faaliyet döneminin sonundan itibaren üç ay içinde yapılmasını öngören TTK m.409/I'e değinilmediği görülmektedir. Sonuç olarak aşağıda bu ve benzer yaptırımların TTK m.409/I için uygulanıp uygulanamayacağı irdelenecek ve çözüm yolları aranacaktır. Söz konusu düzenleyici süreye işlerlik kazandırılması açısından bu husus önem arz etmektedir.

IV. SÜRESİNDE YAPILMAYAN OLAĞAN GENEL KURULDA ALINAN KARARLARIN İPTALİ

Olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılmamasına bağlanabilecek yaptırımlar bağlamında genel kurul kararlarının iptali söz konusu olabilir mi sorusunu sormadan öncelikle bu müessese ile kanun koyucunun güttüğü amaç ve politikaya bakmak gerekir. Burada TTK m. 447 dışındaki kanunun emredici hükümlerine, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırı hareket edilmek suretiyle çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasına engel olunmak istenmiştir. Böylece bireysel hakların güvence altına alınması ve şirket içi demokrasi adına çoğunluğa karşı kullanılabileceği hukuki enstrüman ortaya konmaktadır.

⁶³ TTK m. 1524/I'e aykırılık halinin söz konusu iptal sebeplerine ek bir düzenleme olup olmadığı hakkındaki tartışmalar için bkz. **Duran**, s.102-106.

Genel kurul kararının iptali ile bu amaca hizmet edildiğine göre, öncelikle toplantının yapılmış olması karşısında amaca geç de olsa vasıl olunduğu, bu cihetle genel kurul kararlarının geçersizliğine hükmedilmesinin somut soruna çare olmayacağı, bilakis aksi sonuç vereceği kanaatindeyiz.

Diğer taraftan bu görüş, hukuk (işlem) güvenliği esas alındığında, işlemi ayakta tutma prensibi açısından da isabetli yaklaşım olacaktır. Böylece hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik haddinden fazla zorlanmamış olacaktır. Burada TTK m. 1524/II'nin dar yorumlanması fikri de ağır basmaktadır⁶⁴. Çünkü internet sitesi kurma yükümlülüğüne uyulmaması sonucu, ilanların burada yapılmamış olması, genel kurul toplantısına katılmayan pay sahibi için iptale gerekçe kılınabilir. Ancak bir pay sahibine, olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılmamasına bağlı olarak iptal davası açma hakkı vermek, amaca hizmet etmeyeceği gibi hukuki yarar⁶⁵ konusunda da soru işareti doğuracaktır. Dolayısıyla bu yaptırım seçeneğinin göz ardı edilmesi gerekmektedir.

V. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE SORUMLULUK DAVASI AÇILMASI

Olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılmamasına bağlanabilecek yaptırımlar arasında yönetim kurulu üyelerine sorumluluk davası açılmasının da belli şartlarla mümkün olduğu kanaatindeyiz⁶⁶.

Bilindiği üzere TTK'nın 359 ile 396 maddeleri arasında yönetim kurulu düzenlenmiş olup, anonim şirketlerde yönetim ve temsil yetkisinin yönetim kuruluna ait olduğu TTK m.365'de açıkça belirtilmiştir. Yönetim kurulunun genel kurul toplantı hazırlığını yapması ve toplantılarda alınan kararları yürütmesi, devredilmez görev ve yetkileri arasındadır (TTK m. 375/I-f). Yine genel kurula toplantıya çağırma kişi ve organlar arasında ilk sırada yönetim kurulu gelmektedir (TTK m. 410/I; Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik⁶⁸m. 9/I). Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu TTK m. 553 hükmü çok açıktır. TTK m. 553/I hükmü aynen şöyledir:

"Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar."

Yukarıda değinildiği üzere genel kurul toplantı hazırlığının ve toplantıya çağırmanın, istisnai durumlar (tasfiye gibi) hariç yönetim kurulunun inhisari yükümlülüğü altındadır. Bu durumda kusura dayanan (tazmin) sorumluluğun şartlarına bağlı olarak yönetim kuruluna

⁶⁴ Duran, s.101.

⁶⁵ Hukuki yarar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Hakan Pekcantez/Oğuz Atalay/Muhammed Özkes**, Medeni Usûl Hukuku, 12. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s.294 vd.

⁶⁶ Sorumluluk davası ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Pulaşlı**, s.881 vd.; **İmregün**, s.240-250; **Şener**, s.404-418.

⁶⁷ "Genel kurul yapılmamasının hukuki yaptırımı bağlandığını gösteren en önemli kanıtlardan birisi 6102 sayılı TTK m. 553 ve 644 üncü hükümleridir. Bu hükümlere göre anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ile limited şirketlerde şirket müdürleri, genel kurulu toplantıya çağırılmamalarından dolayı genel kurulun toplantı yapılmamasına sebebiyet verdikleri için, bu hükümler uyarınca, kanundan ve şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal etmeleri nedeni ile ortaya çıkabilecek zararlardan dolayı sorumlu olacaklardır.". Benzer yönde bkz. **Özsunğur**, s.126.

⁶⁸ RG: T. 28.11.2012, S. 28481.

sorumlu davası açılabilceğini ve tazminata hak kazanılabileceğini düşünmekteyiz⁶⁹. Pay sahiplerinin sesini duyurabileceği yegane alanlardan biri olan olağan genel kurul toplantılarının zamanında yapılmaması, keyfi hareket edilmesi, böylece şirket içi demokrasiye uyulmaması⁷⁰, aynı zamanda yönetim hak ve yetkisinin kötüye kullanılması anlamına gelmektedir⁷¹.

Yönetim kurulunun çağrısı zamanında gerçekleştirilmemesi gerek ihmalkârlık gerek unutkanlık sonucu olabileceği gibi kasten olduğu sonucu da değerlendirebilir⁷². Bu bağlamda şirketin zarar etmiş olması yönetim kurulunu sorumlu tutmak için yeterli olmayıp ayrıca kusur şartı aranmaktadır. Kusur, haksız fiil sorumluluğunun önemli bir şartı olup, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istememiş olmakla birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamak (ihmal) şeklinde tanımlanmaktadır⁷³.

Olağan genel kurulun zamanında yapılmaması halinde yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sorumlu tutulabilmesi için kusurlarının bulunması gerekmektedir. Burada hafif ihmal dahi kusurun varlığı bakımından yeterli görülebilir.

Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir (TTK m. 367). Dolayısıyla yönetim yetkisinin bölünmesi ve devrinde ilk olarak esas sözleşmede hüküm bulunmalı, ikinci olarak ise iç yönerge ile devir veya bölünmenin yapılmış olmasıdır.

Bu bağlamda TTK m. 367 hükmü çerçevesinde yönetim yetkisinin bölünmesi veya devri söz konusu değilse, yönetim kurulu üyelerinin tümü olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılmamasından sorumlu olurlar. Ancak iş bölümü yapılmış ve olağan genel kurul toplantıya çağrı yetkisi münhasıran bir veya birkaç üyeye verilmiş ise, onların şahsen sorumlu tutulabilmesi mümkün olacaktır. Böyle bir durumda diğer yönetim kurulu üyelerini kusurlu sayma imkanı bulunmamaktadır. Nitekim TTK ile ilk defa getirilen farklılaştırılmış teselsül (TTK m. 557⁷⁴) kurumu ile arzulanan hedeflerden birisi de budur⁷⁵.

⁶⁹ TTK m. 553'ün geniş değerlendirilmesi için bkz. **Bahtiyar**, s. 391-409.

⁷⁰ Nitekim TTK'nın birçok maddesinin (m. 141/I, 428/I) gerekçesinde "demokrasi" vurgusu yapılmaktadır. Ayrıca bkz. **Doğrusöz / Onat / Tunçel**, s.325 ve 650'den.

⁷¹ Hakkın kötüye kullanılması hakkında geniş bilgi için bkz. **Seyfullah Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Basım. Ankara: AÜHF Yayınları 1997, s.324-357; **Oğuzman / Barlas**, s.238 vd..

⁷² Bu durumu *pasif eylem* olarak nitelendirenler bulunmaktadır. Bkz. **Özşungur**, s.127.

⁷³ **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı. Ankara: Yetkin yayınları, 2012, s.570-571; **M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt - 2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s.53; **Safa Reisoğlu**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s.171.

⁷⁴ "*Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.*

Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir.

Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir."

⁷⁵ **Emin Çamurcu**, Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi, 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayınları 2015, s.113-124.

Sorumluluğu bulunan yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak tazminat davasında asıl hak sahibi şirket tüzel kişiliğidir. Dolayısıyla YK bu konuda karar alıp uygulayacaktır. Ancak davalı sıfatı YK üyelerinde olacak ve YK bu sebeple karar alamıyorsa GK karar verecektir ve bu kararda oy hakkında imtiyaz geçersizleşecektir (TTK m. 479).

Kanun koyucu TTK m.553'de ortaklar ve şirket alacaklılarına da dava açma hakkı vermiştir. Bu kapsamda, söz konusu kişilerin, kusurlu bulunan yöneticilere karşı, uğramış oldukları zararlarının, olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılmaması ile arasında illiyet bağının bulunması halinde tazminini talep etmeleri mümkündür.

Olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılması kuralına uymayan ve bundan sorumlu olan yöneticilere karşı tazminat davası, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TTK m. 560). Ancak, söz konusu fiil aynı zamanda cezayı gerektiriyorsa ve Türk Ceza Kanunu'na göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanacaktır.⁷⁶

Sorumlu kişiler aleyhine tazminat davası, mutlak ticari dava niteliğindedir ve şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılabilir (HMK m.14/II; TTK m. 561)⁷⁷. Mahkemenin yetkisi, kamu düzenini ilgilendiren kesin bir yetki kuralını içermediğinden, tarafların tazminat davası açılacak mahkemeyi yetki sözleşmesi ile belirlemesi de mümkündür (HMK m.17)⁷⁸⁷⁹.

VI. GÜMRÜK VE TİCARET BAKANLIĞI'NIN ANONİM ŞİRKET ALEYHİNE FESİH DAVASI AÇMA YETKİSİ

Genel kurul toplantısının hiç yapılmaması, organ eksikliğine ve dolayısıyla Kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmekte, şirketin feshinin istenmesini gündeme getirmektedir. Benzer şekilde genel kurul toplantısının zamanında yapılmamasının süreklilik arz etmesi, şirketin zorunlu organlarından olan genel kurulun yokluğu olarak değerlendirilebilir mi sorusunun cevabının verilmesi gerekir. Organ eksikliği olarak nitelendirilen bu durumda; şirket ortaklarına, alacaklılara, anonim şirketlerde ayrıca Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na şirket aleyhine fesih davası açma hakkı vermektedir (TTK m.530)⁸⁰.

⁷⁶ Özşungur, s.133.

⁷⁷ Ticari yargı hakkında geniş bilgi için bkz. **Sabih Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı. Ankara: BTHAE Yayınları, 2011, s.95-112; **Mehmet Bahtiyar**, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 16. Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s.74-85; **Ayşe Nur Berzek**, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 10. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s.34-38; **Ayşe Sumer**, Ticaret Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s.14-16; **Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı**, Ticari İşletme, 4.Baskı. Bursa: Dora Yayınları, 2013, s.70-77; **Oruç Hami Şener/Sevilay Uzunallı**, Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012, s.21 vd..

⁷⁸ “*Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır.*” (HMK m.17).

⁷⁹ Özşungur, s.133.

⁸⁰ Organ eksikliğine dayalı anonim şirketin feshi hakkında geniş bilgi için bkz. **İsmail Cem Soykan**, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, 1. Baskı. İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2012; **Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı**, Şirketler Hukuku Dersleri, 3. Basım. Bursa: Dora Yayınları, 2014, s.323; **Te-kinalp**, s.167-168; **Pulaşlı**, s.831; **Bahtiyar**, s.381; **Karahan / Hamdi Pınar**, s.716-718; **Şener**, s.590-596. Limited şirketler açısından krş. **Seniha Dal**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler Hukuku El Kitabı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013, s.48.

Konu ile ilgili TTK m. 530 aynen şöyledir:

"Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli olan organlarından biri mevcut değilse veya **genel kurul toplanamıyorsa**, pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığının istemi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, yönetim kurulunu da dinleyerek şirketin durumunu kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirler. Bu süre içinde durum düzeltilmezse, mahkeme şirketin feshine karar verir.

Dava açıldığında mahkeme, taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alabilir."

Dolayısıyla kanun koyucu, GK'nın uzun süreden beri mevcut olmamasını veya GK'nın toplanamamasını, özel bir sona erme (fesih) sebebi olarak Kanunda düzenlemiştir. Organ eksikliğinin, diğer bir deyişle organ yokluğunun anlamı geniştir⁸¹.

Kanaatimizce şirketin olağan genel kurul toplantılarının zamanında yapılmaması; arzıyet arz etmekten çıkmış süreklilik kazanmışsa, zamanından çok süre sonra yapılıyor ve pay sahiplerini mağdur ediyorsa (ultima ratio)⁸² olarak feshine başvurulabilir. Ancak önce diğer alternatif yolların (örn. sorumluluk davası, para cezaları) denenip denenmediği araştırılmalıdır. Diğer yaptırımlar uygulandığı halde sorun giderilememiş ve şirketin organı (GK) işlevsiz hale gelmiş ise feshin dava edilmesi zorunluluk arz edebilir. Burada yönetim hak ve yetkisini kötüye kullanan yönetim kurulu üyeleri ile pay sahipleri arasındaki menfaat dengesi iyi gözetilmeli ve ona göre karar verilmelidir.

VII. SÜRESİNDE YAPILMAYAN GENEL KURUL TOPLANTISI SONUCU ORTAYA ÇIKAN CEZAI YAPTIRIMLAR

A. İdari Para Ceza Uygulanması

İdarî para cezaları genel olarak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁸³m. 17'de idari yaptırım türlerinden biri olarak düzenlenmiştir⁸⁴. İlgili hükme göre, idari para cezasının maktu veya nispi olabileceği (KabK m. 17/I), idarî para cezasının kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebileceği, bu durumda idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulacağı açıkça düzenlenmiştir (KabK m. 17/II). İlgili hüküm bu yönüyle ayrıntılı düzenleme getirmiştir (KabK m. 17/I-VII).

Kabahatler Kanununda çeşitli kabahatler (KabK m. 32-43) ve bunun karşılığında idari yaptırım türleri (KabK m. 16-21) düzenlenmekle birlikte; bu konuda diğer (özel) kanun hükümlerinin saklı tutulduğu da aşikardır. Nitekim çalışma konusuyla bağlantılı olarak gerek TTK gerekse de TSY'nin birçok hükmünde idari para cezalarına rastlamak mümkündür.

İdari para cezaları, yaptırım türü olarak ceza hukuku alanına girmemekte, idare hukuku alanını ilgilendirmektedir. Bu yönüyle ceza hukukuna hakim olan kanunilik ilkesinden muaf olduğu gibi, kanun yanında ikincil mevzuat (tüzük, yönetmelik) ile düzenlenmesi de

⁸¹ **Pulaşlı**, s. 831.

⁸² Son çare ("*ultima ratio*") kavramı ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Hanife Öztürk Dirikkan**, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005., s.91 vd..

⁸³ RG: T. 31.03.2005, S. 25772.

⁸⁴ 5237 sayılı ve 2004 tarihli TCK ile beraber, cürüm-kabahat ayrımı tamamen terk edildiği; ceza hukuku anlamında tek bir grup suç olduğu ve bunun da "suç" terimi ile ifade edildiği; 5326 sayılı Kabahatler Kanunuyla ise, sadece idari müeyyidelerle müeyyide altına alınan idari suçların, yani kabahatlerin düzenlendiği dile getirilmektedir. Bkz. **Nevzat Toroslu**, Ceza Hukuku Genel Kısım. 19. Baskı. Ankara: Eylül 2013, s. 98.

mümkün olmaktadır. Dolayısıyla anonim şirketlerde ceza sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 562 vd. hükümlerine; konu ile ilgili idari para cezası düzenlemesi eklenebilir. Yine internet sitesi kurma yükümlülüğü vb. konularla ilgili yönetmelik çıkarıldığı gibi, çalışma konusu ile ilgili bir yönetmelik çıkarılıp idari para cezaları, dayanağını kanunlardan almak şartıyla bu yönetmelikte de düzenlenebilir⁸⁵.

İdari para cezası ödenmediği takdirde hapis cezasına dönüşmemesi bakımından adli para cezasından farklılık arz etmektedir. Ancak olağan genel kurul toplantılarının zamanında yapılması bakımından etkili bir yaptırım mekanizması olduğu düşünülebilir.

Halka açık şirketler bakımından bu konuda Sermaye Piyasası Kurulu'na da yetki verilebilir. Nitekim Kurul, Kanunun verdiği açık yetkiyle belli durumlarda halka açık şirketlere idari para cezası verebilmektedir. SPK m. 23/I'de sayılan önemli işlerde (örn. Borsa kotundan çıkma), ilgili mevzuatın çizdiği zorunlu usul ve esaslara uyulmadığı takdirde, Kurul ihlalin giderilmesi için uyarı yapmakta, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde işlem öncesi durumun aynen sağlanmaması hâlinde idari para cezası verebilmekte; hatta bu işlemlerin iptali için 6102 sayılı Kanunun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde dava açabilmektedir (SPK m. 23/II). Aynı şekilde yapılacak bir yasal düzenlemeyle zamanında olağan genel kurul toplantısı yapmayan halka açık şirketlere, Kurul tarafından idari para ceza verme yetkisi tanınıp böylece keyfiliğin önüne en azından halka açık ortaklıklar bakımından geçilebilir.

Yine halka kapalı şirketlerde de Ticaret Bakanlığı'na bu yetki tanınabilir⁸⁶. Nitekim Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanıp görüşe açılan Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı⁸⁷ ile sermaye (anonim) şirketlerinde olağan genel kurul toplantılarının faaliyet döneminin ilk beş ayı içerisinde yapılabilmesine imkan tanınmış, olağan genel kurulu süresinde toplantıya çağırılmayan yönetim kurulu üyeleri ile limited şirket müdürlerinin her biri hakkında dört bin Türk Lirası idari para cezası uygulanması öngörülmüştür⁸⁸. Ancak, anılan Tasarı henüz yasallaşmadığından, genel kurul toplantılarının yapılması hususundaki aksaklıklar devam etmektedir.

⁸⁵ Nitekim bankacılık uygulamasında Kurul kararıyla ve gerekçesi belirtilmek suretiyle, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kuruluşlara, gerçek ve tüzel kişilere idari para cezaları uygulanabilmektedir. Bkz. **Aysel Gündoğdu**, Bankacılık Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi 2015, s.131. İdari para cezaları yanında nispeten daha ağır suçlarda adli para cezası da verilebilmektedir. Tablo için bkz. **Gündoğdu**, s.133-134.

⁸⁶ 2011 yılında günümüze değin faaliyetlerini Ekonomi Bakanlığı ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı olarak sürdüren iki kurum birleştirilerek; 10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Ticaret Bakanlığı kurulmuş olup 10 Ocak 2019 tarihli ve 30651 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 27 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile teşkilat yapısı yeniden şekillendirilmiştir. Bkz. <https://ticaret.gov.tr/kurumsal/tarihce> (Erişim tarihi: 24.03.2021).

⁸⁷ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından 2016 yılında hazırlanan ve ilgili kurumların görüşü için sunulan "Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı" bundan sonra kısaca "Taslak" olarak anılacaktır. Tasarı taslağı metni için bkz. <http://www.iib.org.tr/tr/diger-duyurular-turk-ticaret-kanunu-tasarisi.html>,

⁸⁸ Soner Altaş, "Anonim ile Limited Şirketlerde Genel Kurul Toplantısı Yapmamanın Müeyyideleri", <https://vergialgi.net/ticaret-hukuku/anonim-ile-limited-sirketlerde-genel-kurul-toplantisi-yapmamanin-mueyyideleri> (25.04.2019).

B. Adli Para Ceza Uygulanması

Olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılmamasına bağlanabilecek yaptırımlar bağlamında, görevini yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerine adli para ceza uygulanması da gündeme gelebilir⁸⁹. Genel kurul toplantısını hiç yapmaması, bu nedenle genel kurul toplantı ve müzakere defterinde hiçbir kayda yer vermemesi nedeniyle, anılan şirketlere 6.000 TL'den 73.000 TL'ye kadar adli para cezası verilmesi de imkan dahilindedir⁹⁰. Ancak bu yaptırımın diğer yaptırımlar gibi kıyasen uygulanması mümkün değildir⁹¹.

Şirket içi düzeni korumaya yönelik TTK m. 409'un ağırlığı, topluma ve ekonomik düzene, kişi hak ve özgürlüklerine yönelik etkisi düşünüldüğünde; hapis cezasının ağır bir yaptırım olacağı akla gelebilir⁹². Çünkü bu fiil, suç olmaktan ziyade kabahate daha yakın durmaktadır. Nitekim adli anlamda cezalar, yaptırımlar arasında en ağır olduğu söylenebilir. Bu yönüyle suç biçimsel anlamda kaynağını ceza kanunlarından almakta, özü yönünden ise toplumun varlığını ve korunmasını imkansız kılan veya ağır biçimde tehlikeye sokan davranışlar veya bu derece ağır olmamakla beraber, devlet ve toplumda korunan değerlerin ihlal edici davranışlar olarak tanımlanmaktadır⁹³. Ancak somut sorun açısından en etkili çözümlerden biri olduğundan da şüphe yoktur.

Adli para cezası 5237 sayılı TCK'da düzenlenen ceza yaptırımlarından bir tanesidir. Dolayısıyla ceza özelliği itibarıyla öncelikle ceza hukuku ilke ve prensiplerine tabidir. Bu bağlamda "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" başlığı altında TCK m. 2'de düzenlenen hükme bakıldığında şöyledir⁹⁴:

"Madde 2- (1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz."

Diğer taraftan kanun koyucunun suç karşılığında uygulanan yaptırım arasında adli para cezalarını da saydığı görülmektedir (TCK m. 45). TCK m.50'de ise kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar arasında, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezası verilebileceği öngörülmektedir.

Buradan çıkan sonuç adli para cezasının çalışma konusuna giren hususta uygulanmasının ancak TTK'da bu yönde yapılacak kanuni düzenleme ile mümkün olacağı yönündedir. **Bu bağlamda TTK'nın "Cezai Sorumluluk" başlığı altındaki Onikinci Bölümündeki "Suçlar ve cezalar" başlığı altındaki 562nci maddesine; "409uncu madde gereğince olağan genel kurul toplantısının her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılması için gerekli hazırlığı ve çağırtyı yapmayan yönetim kurulu üyelerine" şeklinde bir düzenleme getirilmesi önerilmektedir.**

⁸⁹ Adli para cezaları hakkında geniş bilgi için bkz. **Toroslu**, s. 419 vd..

⁹⁰ **Özşungur**, s.132-133.

⁹¹ Ceza hukukundaki kıyas yasağı için bkz. **Mehmet Emin Artuk**, "Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi", Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi, (der. Y. Ünver, vd.), 1. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, (s. 39-59).

⁹² TTK m.562'deki ceza yaptırımları arasında ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapılması gibi hallerde (TTK m. 562/VIII) hapis cezası öngörülmektedir (Yine bkz. TTK m. 562/IX, XI).

⁹³ **Toroslu**, s. 91 vd..

⁹⁴ Ceza hukukunda kanunilik ilkesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Toroslu**, s. 38 vd..

Tayin edilecek cezanın miktarı konusunda tıpkı internet sitesini oluşturmayan şirketlerin yönetim organı üyeleri gibi (TTK m. 562/XII), yüz günden üçyüz güne kadar adli para cezası düşünülebilir. Caydırıcılık konusunda adli para cezalarının, yukarıda dile getirilen yaptırımların en etkili olacağı düşünülebilir. Çünkü adli para cezaları ödenmediği takdirde, hürriyeti kayıtlayıcı cezaya, yani hapis cezasına dönüşmektedir.

Kanaatimizce idari ve adli para cezalarının uygulanması, sorumluluk davaları açılmasına da engel değildir. Çünkü şirketin, dolayısıyla pay sahiplerinin; toplantının zamanında yapılmaması sebebiyle şirketin kaçırdığı fırsatlar, ödemek zorunda kaldığı cezalar yönünde iddiaları bulunabilir. Eşdeğer bir ifadeyle kusura dayanan sorumluluk hallerinde, tazmin edilebilir bir zarar doğmaktadır. Şirketin hiç zararı doğmasa bile şirket yöneticilerine (faillere), idari/adli para cezası uygulanabilirken, şirketin bu durumdan zararı da doğmuşsa, sorumluluk davası da gündeme gelecektir. O nedenle sorumluluk davalarını idari veya adli para cezaları gibi seçenek yaptırımların dışında bırakmak gerekir. Kaldı ki yukarıda izah edildiği üzere sorumluluk davası açabilmek için para cezalarında olduğu gibi açık bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır. TTK m.553 hükmü yeterli dayanak teşkil etmektedir. Ancak var olan tereddütleri gidermek adına mevcut Tasarı'da bu yönde açık düzenleme getirilebilir.

VIII. SONUÇ

Anonim şirketin en üst düzey karar organı olan genel kurul, pay sahiplerinin veya temsilcilerinin katılımıyla yılda en az bir kere olağan ve gerektiğinde olağanüstü toplanmaktadır.

Genel kurul, her yıl faaliyet dönemi sonundan itibaren 3 ay içinde (1 Ocak - 31 Mart) ve yılda en az bir kere toplanır. Uygulamada 3 (üç) aylık süre düzen hükmü olarak çoğunlukla yorumlanmakta ve sorun da buradan doğmaktadır.

Anonim şirketlerin olağan genel kurul toplantılarının zamanında yapılmaması ile ilgili olarak, ne TTK'da ne de eTK'da bir yaptırım öngörülmemiştir.

Olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılmamasına bağlanabilecek yaptırımlar bağlamında genel kurul kararlarının iptali söz konusu olabilir mi sorusunu sormadan önce öncelikle bu müessese ile kanun koyucunun güttüğü amaç ve politikaya bakmak gerekir.

Toplantının yapılmış olması karşısında amaca geç de olsa vasil olduğu, bu cihetle genel kurul kararlarının geçersizliğine hükmedilmesinin somut soruna çare olmayacağı, bilakis aksi sonuç vereceği kanaatindeyiz. Hukuk (işlem) güvenliği esas alındığında, işlemi ayakta tutma prensibi açısından da isabetli yaklaşım bu olacaktır. Böylece hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik haddinden fazla zorlanmamış olacaktır.

Olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılmamasına bağlanabilecek yaptırımlar arasında yönetim kurulu üyelerine sorumluluk davası açılmasının da belli şartlarla mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Genel kurul toplantısının zamanında yapılmamasının süreklilik arz etmesi, şirketin zorunlu organlarından olan genel kurulun yokluğu olarak değerlendirilebilir mi sorusunun cevabının verilmesi gerekir. Organ eksikliği olarak nitelendirilen bu durumda; şirket ortaklarına, alacaklılara, anonim şirketlerde ayrıca Ticaret Bakanlığı'na şirket aleyhine fesih davası açma hakkı vermektedir (TTK m.530). Kanaatimizce şirketin olağan genel kurul toplantılarının zamanında yapılmaması; arızet arz etmekten çıkmış süreklilik kazanmışsa, zamanından çok süre sonra yapılıyor ve pay sahiplerini mağdur ediyorsa son çare (ultimaratio) olarak feshe başvurulabilir. Ancak önce diğer alternatif yolların (örn. sorumluluk dava-

sı, para cezaları) denenip denenmediği araştırılmalıdır. Diğer yaptırımlar uygulandığı halde sorun giderilememiş ve şirketin organı (GK) işlevsiz hale gelmiş ise feshin dava edilmesi zorunluluk arz edebilir. Burada yönetim hak ve yetkisini kötüye kullanan yönetim kurulu üyeleri ile pay sahipleri arasındaki menfaat dengesi iyi gözetilmeli ve ona göre karar verilmelidir.

İdari para cezası ödenmediği takdirde hapis cezasına dönüşmemesi bakımından adli para cezasından farklılık arz etmektedir. Ancak olağan genel kurul toplantılarının zamanında yapılması bakımından etkili bir yaptırım mekanizması olduğu düşünülebilir. Halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulu'na, halka kapalı şirketlerde de Ticaret Bakanlığı'na bu yetki tanınabilir. Nitekim Taslak ile sermaye (anonim) şirketlerinde olağan genel kurul toplantılarının faaliyet döneminin ilk beş ayı içerisinde yapılabilmesine imkan tanınmış ve olağan genel kurulu süresinde toplantıya çağırılmayan yönetim kurulu üyeleri idari para cezası uygulanması öngörülmüştür.

Olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılmamasına bağlanabilecek yaptırımlar bağlamında, görevini yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerine adli para ceza uygulanması da gündeme gelebilir. Ancak bu yaptırımın diğer yaptırımlar gibi kıyasen uygulanması mümkün değildir. Caydırıcılık konusunda adli para cezalarının, yukarıda dile getirilen yaptırımların en etkili olduğu düşünülebilir. Çünkü adli para cezaları ödenmediği takdirde, hürriyeti kısıtlayıcı cezaya, yani hapis cezasına dönüşmektedir. Buradan çıkan sonuç adli para cezasının çalışma konusuna giren hususta uygulanmasının ancak TTK'da bu yönde yapılacak kanuni düzenleme ile mümkün olacağı yönündedir. Bu bağlamda TTK'nın "Cezai Sorumluluk" başlığı altındaki Onikinci Bölümündeki "Suçlar ve cezalar" başlığı altındaki 562nci maddesine "409uncu madde gereğince olağan genel kurul toplantısının her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılması için gerekli hazırlığı ve çağırısı yapmayan yönetim kurulu üyelerine" şeklinde bir düzenleme getirilmesi önerilmektedir.

Kanaatimizce idari ve adli para cezalarının uygulanması, sorumluluk davaları açılmasına da engel değildir. O nedenle sorumluluk davalarını, idari veya adli para cezaları gibi seçenek yaptırımların dışında bırakmak gerekir. Kaldı ki yukarıda izah edildiği üzere sorumluluk davası açabilmek için para cezalarında olduğu gibi açık bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır. TTK m.553 hükmü yeterli dayanak teşkil etmektedir. Ancak var olan tereddütleri gidermek adına mevcut Tasarı'da bu yönde açık düzenleme getirilebilir.

KISALTMALAR LİSTESİ

AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz./bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
dn.	: dipnot
E.	: Esas no
eTK	: 6762 sayılı Eski Ticaret Kanunu
f.	: fıkra
GK	: Genel Kurul
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

K.	: Karar no
KabK	: Kabahatler Kanunu
Krş./krş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
örn.	: örneğin
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
SPK	: 2012 Tarihli ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK	: 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YK	: Yönetim Kurulu
Yar.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
yuk.	: yukarıda

KAYNAKÇA

I-SÜRESİZ YAYINLAR (KİTAPLAR)

- Akyol, Şener, **Dürüstlük Kuralı**. İstanbul 1995.
- Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Baskı. Ankara: BTHAE Yayınları, 2011.
- Ataay, Aytekin, **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Üçüncü Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- Bahtiyar, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 16. Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 2015.
- Bahtiyar, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, "**6102 Sayılı TTK. ve İkincil Düzenlemelere Göre Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi-I**", İstanbul 2013, s.111-132.
- Bahtiyar, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş 13. Bası. İstanbul: BETA Yayınları, 2019.
- Bahtiyar, Mehmet, **Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Tutanağı ve Özellikle Kararların Hükümsüzlüğüne Etkileri**, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu. İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2019, s. 37-69.
- Berzek, Ayşe Nur, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, 10. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- Böckli, Peter, **Schweizer Aktinenrecht mit Fusionsgesetz, Internationales Rechnungslegungsgrundsätzen IFRS, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht und Corporate Governance**, Dritte Auflage 2005.

Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan, **Şirketler Hukuku Dersleri**, 3. Basım. Bursa: Dora Yayınları, 2014.

Çamurcu, Emin, **Anonim Ortaklıklarda Farklaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayınları 2015.

Dal, Seniha, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler Hukuku El Kitabı**. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.

Duran, Arif, "**Sermaye Şirketlerinde İnternet Sitesi**", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2013.

Edis, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 6. Basım. Ankara: AÜHF Yayınları, 1997.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı. Ankara: Yetkin yayınları, 2012.

Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter, **Schweizerisches Aktienrecht**, VerlagStampfli, Bern 1996.

İmregün, Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, Yenilenmiş 4. Bası. İstanbul: Yasa Yayınları, 1989.

Hamamcıoğlu, Esra, Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, "**6102 Sayılı TTK. ve İkincil Düzenlemelere Göre, Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi-II**", İstanbul 2013, s.132-168.

Karamanlıoğlu, Argun, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kurul Toplantısında Temsili**, 1. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt - 2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, **Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 16. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Öztaş, Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 16. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

Olgaç, Senai, **İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi**, 3. Baskı. Ankara: Olgaç Yayınları, 1975.

Öztürk Dirikkan, Hanife, **Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammed, **Medeni Usûl Hukuku**, 12. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.

Pulaşlı, Hasan, **Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Birinci Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

Reisoğlu, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 1999.

Sumer, Ayşe, **Ticaret Hukuku Ders Kitabı**, 1. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2015.

Şener, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Birinci Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012.

Şener, Oruç Hami / Uzunallı, Sevilay, **Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku**, 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012.

Tekinalp, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3.Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**. 19. Baskı. Ankara: Eylül 2013.

Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir / Gökyayla, K. Emre, **Medeni Hukuk Giriş - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku - Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

II- SÜRELİ YAYINLAR (MAKALELER)

Biçer, Levent / Hamamcıoğlu, Esra, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı (TTK m. 408/2-f)", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1 (Haziran 2013), s.33-52.

Kayıhan, Şaban, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet", **BATİDER**, C.XXII, S.1 (Haziran 2003), s.79-109.

Kırca, İsmail, "Türk Ticaret Kanunu'nun Genel Kurul Kararlarının İptali Sebepleri İle İptal Davası Açabilecek Kişilere İlişkin Hükümleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", **BATİDER**, C.XXXI, S.4 (Aralık 2015), ss. 5-11.

Özşungur, Fahri, "Ticaret Şirketlerinde Genel Kurul Yapılmamasının Hukuki ve Cezai Yaptırımları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVIII, S.2, Y.2014, s.119-137.

Teoman, Ömer, "Sermaye Ortaklıklarının İnternet Sitesi Açma ve Burada Yasada Öngörülen İçerikleri Yayımlama Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Yaptırımı Nedir?" **BATİDER**, 2011, C. XXVII, S. 4 (Aralık 2011), s. 5-12.

III- DİĞER YAYINLAR

Doğrusöz, A. Bumin / Onat, Öznur / Tunçel, Funda, **Gerekçeli Türk Ticaret Kanunu**, 2. Baskı. İstanbul: İSMMMO Yayınları, 2012.

<https://ticaret.gov.tr/kurumsal/tarihce>

<https://vergialgi.net/ticaret-hukuku/anonim-ile-limited-sirketlerde-genel-kurul-toplantisi-yapmamanin-mueyyideleri>.

**4f EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI SEBEBİNE DAYALI
BOŞANMA ÜZERİNE BİR İNCELEME**
(A STUDY BASED ON DIVORCEMENT DUE TO THE IRRETRIEVABLE BREAKDOWN OF
THE MARITAL UNION)

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe TEK BEN**

ÖZ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda sayılan belirli sebeplerle her iki eşin de evlilik birliğine mahkeme kararıyla son verilmesini isteme hakları bulunmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması, uygulamada boşanma sebepleri arasında başvuruda birinci sırada gelmektedir. Kanuna göre, ortak hayatın sürdürülmesi kendilerinden beklenmeyecek kadar çekilmez olması halinde eşler, bu boşanma sebebine dayanarak boşanma talep edebilmektedir. Çalışmada, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı bu boşanma sebebinin gerçekleşmesi için gereken şartlar, 743 sayılı Eski Medeni Kanun'un 134. maddesinde "şiddetli geçimsizlik" adıyla anılmakta olan eski düzenleme ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Kusurun, bir şart olarak kabul edilip edilmeyeceği ise, doktrindeki görüşler ve geçmişten günümüze Yargıtay tarafından verilen kararlar çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Evlilik birliği, evlilik birliğinin temelinden sarsılması, ortak hayatın yeniden kurulamaması, genel boşanma sebepleri, şiddetli geçimsizlik, kusur, def'i, hakkın kötüye kullanılması.

ABSTRACT

Both spouses have the right to request that the marital union be terminated by court order for certain grounds listed in the Turkish Civil Code (of 4721). Divorcement due to the irretrievable breakdown of the marital union regulated in the Article 166/I-II of the Turkish Civil Code (of 4721), is in the first place in the application among the other grounds of divorce in practice. According to Article 166 of the Turkish Civil Code, when the irretrievable breakdown of the marital union-led married couple's family life excessively unbearable (intolerable); based on this clause, married couples may demand divorcement. In this study, the conditions required for the divorcement due to the irretrievable breakdown of the marital union are compared with the old regulation which is called as "violent incompatibility" in the Article 134 of the Turkish Civil Code of 743. Whether the fault will be accepted

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 13.04.2020. İlk hakem raporu: 10.05.2020. İkinci hakem raporu: 08.07.2020. Onaylanma tarihi: 08.07.2020.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7272-7717.

Eserin Atf Şekli: Tuğçe Tekben, "Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma Üzerine Bir İnceleme", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1077-1130.

as a condition is examined within the framework of the opinions in the doctrine and the decisions made by the Supreme Court from past to present.

Keywords: *Marital union, the irretrievable breakdown of the marital union, failure to re-establish common life, general grounds of divorce, violent incompatibility, fault, exception, abuse of rights.*

1. Giriş

Türk Medeni Kanunu'nda sayılan belirli sebeplerle her iki eşin de evlilik birliğine mahkeme kararıyla son verilmesini isteme hakları bulunmaktadır. Uygulamada boşanma sebepleri arasında başvuruda birinci sırada gelen evlilik birliğinin temelinden sarsılması, Türk Medeni Kanunu'nda sayılmış olan ve bünyesinde tek bir olgunun yer aldığı özel boşanma sebeplerine göre çok daha kapsamlı olup, öngörülebilir ya da öngörülemez pek çok olayı içerebilmektedir. Bu çalışmada, bu boşanma sebebinin özellikleri ve gerçekleşmesi için gereken şartlar, boşanmaya yer veren prensipler ışığında incelenmiş, bu boşanma sebebinin, kanunda düzenlenen diğer boşanma sebepleri ile olan ilişkisi ve boşanmada hâkimin rolü ile tarafların durumu ele alınmıştır. Çalışmada, bu boşanma sebebinin gerçekleşmesi için kanunun aradığı şartlar, eski Medeni Kanun düzenlemesi ile karşılaştırmalı olarak ele alınmış olup, kusurun bir şart (unsur) olup olmadığı noktasında Yargıtay uygulamasının geçmişten günümüze ne yönde şekillendiği ise, karar örnekleriyle açıklanmıştır.

2. Genel Olarak

Kurulmasında kanunun aradığı şartları taşıyan mevcut ve geçerli bir evlilik ilişkisi, çeşitli sebeplerle ya kendiliğinden sona ermekte ya da mahkeme kararıyla sona erdirilmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)¹ İkinci Kitabı, *Aile Hukuku* hükümlerine ayrılmış olup, Bu Kitap içinde yer alan Birinci Kısım, *Evlilik Hukuku* hükümlerini düzenlerken, bu hükümler arasında Birinci Bölüm başlığı *Evlenme*'ye; İkinci Bölüm başlığı ise *Boşanma*'ya aittir. Boşanma, eşler henüz hayatta iken, mevcut ve geçerli bir evliliğe eşlerden birinin ya da her ikisinin kanunda yazılı boşanma sebeplerine dayanarak açacağı dava sonucunda hâkim kararıyla son verilmesidir². Boşanma davası, niteliği itibarıyla yeni-

¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Kabul Tarihi: 22. 11. 2001; Yürürlük Tarihi: 1. 1. 2002; RG Yayımlanma Tarihi: 8. 12. 2001, S. 24607.

² Tanımlar için bkz., Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**/Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2020, s. 104; Turgut **Akıntürk**/Derya **Ateş Karaman**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 13. Bası, İstanbul 2011, s. 235; Mehmet **Erdem**, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019, s. 100; Ferit Hakkı **Saymen**/Halid K. **Elbir**, Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul 1960, s. 233; Sevgi **Demir**, Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004, s. 39; Ahmet **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 110; Bilge **Özcan**, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 372; Samim **Gönensay**, Medeni Hukuk, Cilt 2, Kısım 1, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 63, Hukuk Fakültesi Seri: A., No: 6, İstanbul 1937, s. 72; Selahattin Sulhi **Tekinay**, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s. 165; Özge **Öztürk**, Genel Boşanma Sebepleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 5, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); Nazif **Kaçak**, Açıklamalı ve İçtihatlı Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Ankara 2007, s. 21; Akın **Çakın**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999, s. 2; Denis **Kılıç**, "Boşanma Hukukunda Kusur İlkesi", Leges Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 82, 83, 84, Yıl: 2016, s. 37, (<https://www.legesdergi.com/dergi/110>).

lik doğurucu bir dava olup, boşanma işlemi, eşlerden biri tarafından geçerli bir evliliğe son verilmesi için mahkemeye yöneltilmesi gereken bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması ile hâkimin vereceği karar üzerine gerçekleşmektedir. Boşanma sebepleri ise, Türk Medeni Kanunu'nun 161 ile 166 arasındaki hükümlerinde düzenlenmiş olup, bu sebeplerde sınırlı sayı ilkesi geçerlidir³. Söz konusu boşanma sebepleri de kendi aralarında eşlerin boşanma sebebinin gerçekleşmesinde kusurlu olup olmamasına veya hâkimin boşanmaya karar verip vermeme konusunda takdir yetkisi bulunup bulunmamasına göre çeşitli gruplara ayrılmaktadır. Öyle ki, bazı boşanma sebeplerinde hâkim, önüne gelen uyumsuzlukta, söz konusu boşanma sebeplerinin şartları gerçekleşmiş olsa bile, eşlerin ortak hayatı sürdürmelerinin mümkün olup olmadığı konusunda takdir yetkisi kullanabilmekte ve eşler açısından ortak hayatın çekilmez olduğuna kanaat getirmedeği sürece, davayı kabul etmemektedir. Nisbi boşanma sebebi olarak da isimlendirilen bu sebeplerin dışında kalan hallerde ise, hâkim şartların gerçekleşmesi ile boşanmaya karar vermek zorunda olup, bu tür boşanma sebepleri de mutlak boşanma sebepleri olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu boşanma sebeplerinin, ayrıca özel ve genel boşanma sebepleri olarak sınıflandırıldığı da eklemek gerekir. Bu ikili ayırımıda önemli olan ise, boşanmanın belli bir olguya bağlı olup olmamasıdır. Örneğin, zina (TMK m. 161), hayata kast, pek kötü muamele veya onur kırıcı davranış (TMK m. 162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m. 163), terk (TMK m.164) ve akıl hastalığı (TMK m. 165), özel boşanma sebepleri olarak kabul edilmekte iken, TMK m. 166'da düzenlenen, evlilik birliğinin temelinden sarsılması, anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılık sebebine dayalı boşanma ise, genel boşanma sebepleri olarak kabul edilir. İnceleme konumuzu oluşturan evlilik birliğinin temelinden sarsılması, genel bir boşanma sebebi⁴

³ Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku Cilt II, Aile Hukuku, Cüz I, Dördüncü Bası, İstanbul 1960, s. 159, 160; **Tekinay**, s. 171; Andreas **Schwarz**, Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 176, Hukuk Fakültesi No: 38, İkinci Bası, İstanbul 1946, s. 136; **Öztan**, s. 368; **Akuntürk/Ateş Karaman**, s. 243; **Erdem**, s. 100; Kemaleddin **Birsen**, Medeni Hukuk Dersleri, Genel İlkeler- Şahsın Hukuku- Aile Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul 1966, s. 314; Zerin **Akgün**, Boşanma Hukuku, İstanbul 1949, s. 42, 43; **Kaçak**, s. 29; **Çakın**, s. 13; Çınar Yıldırım **Korkmaz**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014, s. 23, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); Kudret **Güven**, "Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı: 2, Temmuz 2015, (s. 35-56), s. 39. Konumuzu oluşturan genel boşanma sebebinin içine şartlarını daha sonra sayacağımız eşler arasındaki geçimsizliği oluşturan her türlü halin dâhil edilebilmesi, sınırlı sayıda olma ilkesine zarar vermemektedir.

⁴ **Velidedeoğlu**, s. 180; Feyzi Necmeddin **Fezyioğlu**/Cumhur **Özakman**/Enis **Sarıal**, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1986, s. 255; **Tekinay**, s. 172; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 118; Bülent **Köprülü**/Selim **Kaneti**, Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3388, Hukuk Fakültesi Yayın No: 696, İstanbul 1985-1986, s. 173; **Schwarz**, s. 152; **Saymen/Elbir**, s. 254; **Birsen**, s. 327; Kemal **Oğuzman**/Mustafa **Dural**, Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 124; **Öztan**, s. 402, 403; **Kılıçoğlu**, s. 135; Hıfzı **Veldet**, "İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusur Meselesinin Anlaşılış Tarzında Tatbikat ve Nazariyat Arasındaki Farklar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 9, Sayı:1-2, Ocak 1943, s. 257, (<http://dergipark.org.tr>); **Erdem**, s. 123; Ali İhsan **Özguçur**, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 182; **Kaçak**, s. 29; Goncağül **Avcı**, Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma (TMK md. 166 f. 1- II), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, s. 24; Paul **Schwartz**/Kemal Sait **Mimaroglu**, "İsviçre ve Türk Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik Sebebiyle Boşanma", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, No: 3-4, 1962, s. 329-350, (<http://kitaplar.ankara.edu.tr>), s. 330; Erol **Cansel**, "Boşanmanın Dayandığı Esaslar", Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armaganı, 1925- 1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 63-113, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/>), s. 80; İlhan **Akipek**, Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1952, s. 56; Yaşar Şahin **Anıl**, Bo-

olup, bu boşanma sebebinin oluşması için, önceden saptanması mümkün olmayan sayısız ve pek çok değişik olay veya olgudan birinin ya da birkaçının somut olayda gerçekleşmesinin, ortak hayata devam etmeyi güçleştirilmesi aranır.

İnceleme konumuzu oluşturan evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK m. 166/1), yapılan diğer sınıflandırmalara göre ise, nisbi (takkiri)⁵ ve kusura dayanmayan bir boşanma sebebi⁶ olarak kabul edilir.

Çalışmamızda, *genel, nisbi ve kusura dayanmayan* şeklinde özelliklerini belirtmiş olduğumuz evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı boşanma davasının, kısaca, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve bu sarsılmanın eşlerden ortak hayatı sürdürmelerinin beklenemeyeceği kadar ciddi ve önemli olması şeklinde sayabileceğimiz yasal şartlarını, aşağıda ayrı başlıklar halinde ele alacağız. Ancak bundan önce, kısaca Kanunumuzda yer alan boşanma sebeplerine yön veren temel prensiplerden söz edecek ve daha sonra bu prensiplerle de bağlantılı olarak, eşlerin kusur durumunun, evlilik birliğinin temelinden sarsılması kavramına etkisi ve ilgisini inceleyeceğiz.

şanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Geçimsizlik, İstanbul 2008, s. 28, 29; Melike Ergün **Topçu**, Pek Kötü Davranış Sebebiyle Boşanma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 31, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); **Çakın**, s. 30; Nazmiye **Kara**, Boşanma Sebeplerinde Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Kavramı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, s. 23; Bilal **Köseoğlu/Köksal Kocağa**, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011, s. 49; **Avcı**, s. 19; Oğuz **Ersöz**, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, İstanbul 2018, s. 52; Derya Uçar **Toksöz**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2019, s. 32, 39, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); **Korkmaz**, s. 51; Tuba **Okumuş**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2011, s. 55, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); Berna Özcan **Çelik**, Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, s. 48, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); Ebru **Ceylan**, “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 12, Aralık 2018, s. 324, (<https://dergipark.org.tr/tr/>); Yasemin Okan **Koç**, Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebi ile Boşanma, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2019, s. 34, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); Filiz **Güneşlioğlu**, Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s. 16, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); **Öztürk**, s. 36, 37; Hilmi **Yazıcı/Hasan Atasoy**, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı 1952- 1970, s. 264; **Gönensay**, s. 81; Bilge **Öztan**, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 718; Aydın **Zevkililer/Beşir Acabey/Emre Gökyayla**, Medeni Hukuk, 6. Bası, Ankara 1999, s. 996; Nihat **İnal**, Uygulamada Örnek Kararlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Cilt I, Ankara 1997, s. 889; Ömer Uğur **Gençcan**, Boşanma Hukuku, Ankara 2006, s. 226; Namık **Yalçınkaya/Şakir Kaleli**, Boşanma Hukuku, İkinci Cilt, Ankara 1987, s. 1103; **Güven**, s. 37.

⁵ **Velidedeoğlu**, s. 180; **Oğuzman/Dural**, s. 124; **Erdem**, s. 123; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 119; **Köprülü/Kaneti**, s. 173, 175; **Kılıçoğlu**, s. 135. Aynı yönde Hüseyin **Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk**, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2013, s. 103; **Feyzioğlu**, s. 306; **Birsan**, s. 329; **Öztan**, s. 403; **Vel-det**, s. 257; **Cansel**, s.80; **Özüğür**, s. 183; **Kaçak**, s. 29; **Akipek**, s. 57; **Kara**, s. 23; **Avcı**, s. 21; **Ersöz**, s. 52; **Toksöz**, s. 35, 41; **Korkmaz**, s. 51; **Ceylan**, s. 323; Müge **Vatansaver**, Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2011, s. 119, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); **Koç**, s. 35; **Öztan**, (makale), s. 718; Zafer **Ergün**, Boşanma, 2. Basım, Ankara 2004, s. 60; **Gençcan**, s. 226; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1160; **Güven**, s. 38; **Topçu**, s. 33.

⁶ **Erdem**, s. 129; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 119; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 266; **Ersöz**, s. 52.

3. Boşanma Sebeplerine Yön Veren Temel Prensipler

Kanunda düzenlenen boşanma sebeplerinin temeline ilişkin olarak, bu boşanma sebeplerine yön veren başlıca beş ayrı prensipten (ilkeden) söz edebiliriz. Söz konusu prensiplerden ilki, irade prensibi (*das Willensprinzip*) olup, bu prensip, eşlerin evlenirken olduğu gibi boşanırken de özgür iradelerinin esas alınması gerektiğini temel almaktadır⁷. Hukukumuzda genel boşanma sebeplerinden biri olarak kabul edilen anlaşmalı boşanma (TMK m. 166/III), irade prensibinin etkilerini taşımaktadır. İkinci sırada gelen prensip ise, elverişsizlik (uygunsuzluk) prensibidir (*Zweckverfehlung*). Buna göre, eşlerden biri, çeşitli sebeplerle (akıl hastalığı, iktidarsızlık, cinsi sapıklık, bulaşıcı ve iğrendirici hastalıklar gibi ruhi ya da bedeni bir arızaya uğramış olması nedeniyle) evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevleri yapmak hususunda elverişsiz bir duruma gelmişse ya da nesillerin devamı ve yaşamı için tehlike arz eden bir halde bulunmakta ise, diğer eşin evliliğe mecbur edilmemesi ve boşanma davasının açılabilmesi mümkün olmalıdır⁸. Boşanmaya hâkim olan bir diğer prensip ise, eylemli (fiili) ayrılık prensibi olup, burada boşanma, eşlerin belki hiç, belki de uzun süredir bir araya gelmemeleri halinde, artık ortak hayatı sürdürme arzusunun ve inancının kalmasına bağlanmakta⁹ ve evlilikte kural, beraber yaşamak olsa da artık ayrı yaşamak, kural haline gelmiş olmaktadır. Hukukumuzda genel boşanma sebeplerinden biri olarak kabul edilen ortak hayatın yeniden kurulamaması, (TMK m. 166/IV), fiili ayrılık prensibinin etkilerini taşımaktadır.

Çalışma konumuzu oluşturan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına (TMK m. 166/I-II) dayalı boşanma sebebine yön veren prensip ise, evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibi (*das Zerrüttungsprinzip*) olup, burada kusurun önemi bulunmamakta ve eşlerde kusurun varlığı sorgulanmadan evliliğin temelinden sarsılması dikkat çekilmektedir. Bu prensibin temelindeki sarsılma, eşlerden birinin kusuru ile olabileceği gibi, eşlerin karşılıklı kusurlarıyla ya da kusurları olmadan da gerçekleşebilmektedir. Ancak evlilik birliğinin sarsılması, eşlerin kusuru ile bile meydana gelmiş olsa, bu kusurun boşanmaya karar verme konusunda bir etkisi olmayacaktır. Çünkü bu prensibe göre, boşanmayı

⁷ A. Egger, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi II. Cilt, Aile Hukuku, Birinci Kısım: Evlenme Hukuku, İstanbul 1943 (Çev.: Tahir Çağa), s. 145, 146; Saymen/Elbir, s. 238; Schwarz, s. 160; Köprülü/Kaneti, s. 151; Velidedeoğlu, s. 160; Feyzioğlu, s. 254; Birsen, s. 313; Öztan, s. 371; Veldet, s. 263; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 241; Akipek, s. 12; Cansel, s. 74 vd.; Kaçak, s. 26; Anıl, s. 20; Çakın, s. 9, 10; Kara, s. 8, 9; Toksöz, s. 25; Korkmaz, s. 18, 19; Okumuş, s. 41; Çelik, s. 12; Ceylan, s. 321; Kılıç, s. 41; Zahit Çandarlı, “Boşanma Hukuka Ait Prensipler”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 63, Yıl: 1949, s. 20-26, s. 22, 23; Vatansever, s.14; Koç, s. 9; Güneşlioğlu, s. 8; Avcı, s. 7; Öztürk, s. 11; Gençcan, s. 74; Mehmet Akif Tutumlu, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2002, s. 61, 62; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 972; Ömer Ergün, “TMK’nın 166’ncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri”, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi (SBArD), Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Yıl: III, Sayı: 6, s. 431-457, Diyarbakır, Eylül 2005, s. 433; Bilal Köseoğlu, “Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 1, (s. 7-14), Eylül 2006, s. 8; Topçu, s. 7.

⁸ Saymen/Elbir, s. 240; Schwarz, s. 159, 160; Köprülü/Kaneti, s. 152; Feyzioğlu, s. 253; Birsen, s. 313; Öztan, s. 371; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 242; Akipek, s. 14; Cansel, s. 79; Kaçak, s. 27; Anıl, s. 21; Çakın, s. 10, 11; Kara, s. 10, 11; Avcı, s. 8; Toksöz, s. 27, 28; Korkmaz, s. 21; Okumuş, s. 42; Çelik, s. 12; Ceylan, s. 322; Çandarlı, s. 24; Vatansever, s.16; Koç, s. 10, 11; Güneşlioğlu, s. 19; Öztürk, s. 12, 13; Gençcan, s. 75, 76; Tutumlu, s. 62; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 972; Ergün, (Armağan), s. 433; Köseoğlu, s. 8; Kılıç, s. 43; Topçu, s. 8.

⁹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 242; Anıl, s. 22; Çakın, s. 11, 12; Toksöz, s. 28; Korkmaz, s. 22; Okumuş, s. 12; Ceylan, s. 322; Vatansever, s. 16, 17; Koç, s. 11; Kara, s. 11, 12; Güneşlioğlu, s. 10; Öztürk, s. 13, 14; Gençcan, s. 76; Kılıç, s. 43; Topçu, s. 8.

gerektirecek sebep, kusur ya da kusurluluk değil, birliğin temelden sarsılmasıdır¹⁰ ve boşanmanın geçimsizliği yaratmak bakımından kusurlu olan eşin aleyhine uygulanan bir yaptırım (ceza) olarak düşünülmemesi gerekmektedir¹¹. Bu prensibe göre, eşlerde karı koca olma zihniyeti kaybolmuşsa, birlikte yaşama isteği, dirlik, düzen, güven, mutluluk, ilgi, bazen de sevgi ve saygı vb. duygular ortadan kalkmışsa, evliliğin, artık birliğin sona ermesini arzu edecek kadar derinden sarsıldığını, ortak hayatın çekilmez bir hale geldiğini kabul etmek gerekmektedir¹². Bu hususu, *Saymen/Elbir* şöyle açıklamıştır: “*Boşanma kötü bir şeydir fakat bazen zaruri bir kötülüktür. İşte, bu zaruri hal, evliliğin sarsılması olması halidir. Çökmeğe nail olan bir evi yıkmakta da fayda vardır*”¹³. Bunun sebebi ise, artık bu evliliğin eşlere, çocuklara ve ailenin geri kalan üyelerine acı ve üzüntü; geniş ölçekte ise topluma menfaat yerine zarar getirecek olması şeklinde belirtilmiş olup¹⁴, bu prensip doktrinde, *ictimai mülahaza*¹⁵ adıyla da anılmıştır.

Son sıraya aldığımız, kusur prensibi (*das Verschuldenprinzip*) ise, adından da anlaşılacağı üzere, ancak eşlerden birinin kusuru varsa boşanmanın gerçekleşebilmesini esas almaktadır. Kusur, doktrindeki hâkim görüş uyarınca, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimidir¹⁶. Boşanmada kusurluluk kavramı ise, evlilik birliğinin yükümlülüklerini eşlerden birinin ya da her ikisinin ihlal etmesi anlamına gelmektedir¹⁷. Bu prensibe göre, evlilik bağına kusuruyla zarar veren kimsenin, evliliğin devamını isteme açısından korunmaya hakkı olmadığı düşüncesinin yanı sıra, sadece kusursuz olan eş açısından ortak yaşam çekilmez hale gelmiş sayıldığı için, kusursuz olanın bu davayı açmaya hakkı olması gerektiğine işaret edilmektedir¹⁸. Başka bir deyişle, boşanma, kusurlu eşe uygulanan bir

¹⁰ *Saymen/Elbir*, s. 239, 240; aynı yönde bkz., *Köprülü/Kaneti*, s. 152; *Birsen*, s. 313; *Öztan*, s. 370; *Akıntürk/Ateş Karaman*, s. 241; *Velidedeoğlu*, s. 161, 162; *Feyzioğlu*, s. 253; *Cansel*, s.79; *Kaçak*, s. 26; *Anıl*, s. 20, 21; *Çakın*, s. 8, 9; *Kara*, s. 10; *Avcı*, s. 8; *Toksöz*, s. 26, 27; *Korkmaz*, s. 19, 20; *Çelik*, s. 11; *Ceylan*, s. 321; *Vatansever*, s. 15; *Koç*, s. 8; *Güneşioğlu*, s. 9; *Öztürk*, s. 10; *Gençcan*, s. 75; *Tutumlu*, s. 61; *Kılıç*, s. 42; *Zevkliler/Acabey/Gökyağla*, s. 971; *Ergün*, s. 10; *Topçu*, s. 7, 8. *Köseoğlu*, (s. 10)’da, evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibinin, kusur prensibinden başka bir şey olmadığını ifade etmiştir.

¹¹ *Saymen/Elbir*, s. 239, 240.

¹² *Akipek*, s. 14; *Köprülü/Kaneti*, s. 152; aynı yönde bkz., *Egger*, s. 147; *Velidedeoğlu*, s. 161; *Feyzioğlu*, s. 253; *Özguur*, s. 184; Nuşin *Ayiter*, “Geçimsizlik Sebebine Dayalı Yargıtay Uygulaması”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925-1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/>), s. 165- 175, s. 168; *Tutumlu*, s. 261.

¹³ *Saymen/Elbir*, s. 240.

¹⁴ *Velidedeoğlu*, s. 161; *Akıntürk/Ateş Karaman*, s. 241; *Çakın*, s. 33; *Veldet*, s. 264; *Vatansever*, s. 15; *Güneşioğlu*, s. 9; *Öztürk*, s. 45; *Tutumlu*, s. 61; *Zevkliler/Acabey/Gökyağla*, s. 971.

¹⁵ *Velidedeoğlu*, s. 161.

¹⁶ Fikret *Eren*, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 641. Sözlüklerde de benzer anlama gelecek tanımlar yapılmıştır. Örneğin bir tanıma göre kusur, “*Failin iradesinin, fiile, kanuna aykırı olarak yönelmesidir.*” (Bkz., Azmi *Uslu*, *Yeni Hukuk Lugatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 1964, s. 190).

¹⁷ *Öztan*, s. 369; *Yalçınkaya/Kaleli*, s. 1181; *Köseoğlu*, s. 7, 8. Doktrinde, *Gürsoy’a göre*, “*Aile ilişkisinde kusur bir trafik kazasında kusurlu olma veya olmamaya benzemez. Kusurlu eş, gerek boşanma sebebine dayanma gerekse bunun sonuçlarında farklı surette işleme tabi tutulmalıdır.*” (Bkz., Kemal Tahir *Gürsoy*, “Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925- 1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 29, <http://dergiler.ankara.edu.tr/>).

¹⁸ *Egger*, s. 146, 147; *Saymen/Elbir*, s. 238; *Köprülü/Kaneti*, s. 151, 152; *Velidedeoğlu*, s. 160; *Birsen*, s. 313; *Öztan*, s. 369; *Akıntürk/Ateş Karaman*, s. 240; *Veldet*, s. 263; *Cansel*, s. 77; *Ayiter*, s. 171; *Akipek*, s. 13; *Çakın*, s. 7, 8; *Kaçak*, s. 26; *Anıl*, s. 19, 20; *Kara*, s. 7; *Avcı*, s. 7; *Tok-*

yaptırım (ceza); zarar gören eşi himaye eden yasal bir araç olarak kabul edilmektedir¹⁹. Ancak, hemen ifade edelim ki, evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibine göre, evlilik birliğinin meydana getirdiği yükümlülükler eşlerin kusuruyla ihlal edilmeksizin de ortaya çıkabilecek herhangi bir olgu ya da durum nedeniyle, eşlerin ortak hayatı sürdürmeleri imkânsız hale gelebilmektedir. Bu prensibe göre, eşlere anlaşamamalarıyla (karakter farkı nedeniyle yaşanan uyuşmazlık) ya da ortak hayatı çekilmez hale getiren başka bir olgunun varlığı (kaza, hastalık) ile ilgili olarak bir kusur atfetme mecburiyetimiz bulunmaz. Oysa, kusur prensibinin kabulü halinde, eşler arasında her ikisinin de kusuru olmadan çözülemeyecek kadar derin bir husumet oluştuğu ve ortak hayatı sürdürmelerinin beklenemediği hallerde, boşanmaya karar verilemeyecektir²⁰.

4. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davasının Yasal Unsurları

4.1. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması

Evlilik birliği, TMK m. 185 uyarınca evlenmeyle kendiliğinden oluşan yasal bir birliktir. Eşler arasında önceden öngörülemeyen ya da öngörülmüş olsa bile, üstesinden gelinebileceği düşünülen çok değişik sebeplerle, eşlerin yaşamı beraber paylaşma amacı ve arzusunun kalmaması, eşler için evliliği devam ettirme hevesinin ve gelecek sürdürme gayesinin tükenmesi, “*eşler arasında önemli fikir ve duygu ayrılığı*”²¹ yaşanması gibi durumlar, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını göstermektedir.

Eski Medeni Kanun’un (eski MK)²² 134. maddesi, “*İmtizaçsızlık*” başlığını taşımakta olup, hükmün ilk fıkrası şu şekilde idi: “*Aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hale*

söz, s. 23, 34; **Korkmaz**, s. 16, 17; **Okumuş**, s.10; **Çelik**, s. 10; **Ceylan**, s. 320; **Çandarlı**, s. 20; **Vatansever**, s.12; **Koç**, s. 7; **Güneşlioğlu**, s.7; **Öztürk**, s. 9; **Gençcan**, s. 75; **Tutumlu**, s. 60; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 970, 971; **Ergün**, (Armağan), s. 432; **Köseoğlu**, s. 7, 8; **Kılıç**, 41; **Topçu**, s. 6, 7. Mukayeseli hukukta bu prensip ile ilgili olarak bkz., **Feyzioğlu**, s. 251; **Egger**, s. 146, 147

¹⁹ **Köprülü/Kaneti**, s. 151

²⁰ Bu durum, boşanmak isteyen eşler açısından olumsuz bir süreç yaratmış olmakla beraber, eşlerin boşanabilmek adına birbirlerine olmadık ithamlarda bulunmalarına, yalan yanlış kusurlar yüklemelerine ve belki de dostça ayrılmak üzere iken, kavga ederek ayrılmalarına sebep olabilecektir. Esasen bütün bunlar, bu prensibin olumsuz yönleri ve sakıncalarıdır. Bu sakıncaların varlığının yanı sıra, doktrinde bu prensibin, örneğin ayırt etme gücünün bulunmadığı hallerde uygulanabilir olmaması nedeniyle de eleştirildiğini görmekteyiz (bu konudaki eleştiriler için bkz., **Saymen/Elbir**, s. 238; **Egger**, s. 146; **Velidedeoğlu**, s. 160, 161; **Öztan**, s. 369; **Birsen**, s. 313; **Veldet**, s. 264; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 240; **Toksöz**, s. 24; **Korkmaz**, s. 17; **Çelik**, s. 10; **Ceylan**, s. 320, 321; **Çandarlı**, s. 21; **Avcı**, s. 7; **Vatansever**, s. 13; **Koç**, s. 7, 8; **Güneşlioğlu**, s. 8; **Öztürk**, s. 9; **Kara**, s. 8). Ayrıca bkz., Saibe Oktay **Özdemir**, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:35, Sayı: 1, 2015, s. 33 vd., (<https://dergipark.org.tr/tr/>); **Gençcan**, s. 75; **Tutumlu**, s. 61; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 971; **Köseoğlu**, s. 8.

²¹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 119. Aynı yönde bkz., **Çakın**, s. 34; Serap **Helvacı**, “İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2002, s. 1165; **İnal**, (Cilt I), s. 889; **Tutumlu**, s. 261. Geçimsizlik (*Zerrütting*) için, eşler arasında karşılıklı sevgi, saygı, dostluk ilişkisinin ortadan kalkmış olması, düşüncede duyguda birlik esasından bahsedilemiyor olmalıdır (**Schwarz**, s. 153; aynı yönde bkz., **Birsen**, s. 328).

²² 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi (Eski Medeni Kanun), Kabul Tarihi: 17. 2. 1926; Yürürlük Tarihi: 4. 10.1926; RG Yayın ve İlanı: 4. 4. 1926, S. 339.

gelmesini mucip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik başgösterdiği takdirde, karı kocadan herbiri, boşanma davasında bulunabilir”.

İlgili Kanun, 3444 sayılı Kanun²³ ile değiştirildikten sonra ise, söz konusu maddenin başlığı, “Evlilik birliğinin sarsılması veya müşterek hayatın yeniden kurulamaması” şeklinde değişmiş olup, hüküm fıkrası ise: “Evlilik birliği, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir [...]” şeklinde düzenlenmiştir.

Yürürlükteki Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesi ise: “Evlilik birliğinin sarsılması” başlığını taşımakta olup, hükmün ilk fıkrası şu şekildedir: “Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir”. Esasen, bu hüküm ile hükmün 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası hali incelendiğinde, bir önceki başlıkta yer alan “müşterek hayatın yeniden kurulamaması” ibaresinin kaldırılması ve metindeki “müşterek hayat” ifadesinin, “ortak hayat” şekline dönüştürülmüş olması dışında anlamlı bir farklılık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Eski MK m. 134’ün “İmtizaçsızlık” başlığından da anlaşıldığı üzere²⁴, eski düzenleme gereğince, bu boşanma sebebinin objektif şartı²⁵, doktrinde, “düzen bozukluğu”²⁶ olarak da ifade edilen “geçimsizlik” idi²⁷. Esasen burada, eşlerin bir anda ortaya çıkan bir olgu nedeniyle ya da baştan beri mevcut olan bir olgunun artık katlanılamayacak boyuta gelmesi nedeniyle, önemli derecede ve sürekli şekilde anlaşmazlık yaşamaları ve evlilik birliğini sürdürmemeleri anlatılmak istenmektedir. Bu tür geçimsizlikler, genellikle herhangi bir özel boşanma sebebine dâhil edilemeyen, ancak evliliklerde sık karşılaşılan durumlar olup, eşler arasındaki bu geçimsizliklerin boşanma sebebi oluşturabilmesi için ise, alelade bir geçimsizlik olmaması, kanuni ve uygulamadaki yerleşik ifadesiyle, *şiddetli geçimsizlik* olması şart idi.

²³ 4. 5. 1988 tarihinde, 3444 sayılı “743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanununun 49 uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun” ile söz konusu Medeni Kanun’un 134. maddesinde değişiklik yapılmıştır. (RG: 12.5. 1988, S. 19812).

²⁴ İmtizaç, Osmanlıca sözlüğe göre, “Muvafık ve mutabık olmak. Mezcolmak, uyuşmak. İyi geçinmek. Karışmak” şeklinde tanımlanmakta olup (<https://osmanlica.ihya.org/imtiazac-nedir-ne-demek.html>), imtizaçsızlık, uyuşmamak, anlaşamamak anlamına gelmektedir (bkz., Uslu, s. 149). Konuya ilişkin eserlerde, hükümde, imtizaçsızlık ile geçimsizlik sözcüklerinin eş anlamda kullanıldığı ifade edilmiştir (bkz., Yalçınkaya/Kaleli, s. 1104). Anıl’a göre, “İmtizaçsızlık, fikri anlaşmazlıkları, tarafların seciye ve karakter ayrılıklarını gösterir. Bu hal: ‘karı kocanın yekdiğerinin tutumlarını hoş karşılamadıkları bir durumdur’. Bu olgu eşlerin artık birbirleriyle anlaşamayacaklarını ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını gösterir.” (Bkz., Anıl, s. 185).

²⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 262; Feyzioğlu, s. 304; Velidedeoğlu, s. 182; Schwarz, s. 152; Saymen/Elbir, s. 255; Öztan, s. 404 vd.; Schwartz/Mimaroglu, s. 336; Birsan, s. 328; Esat Arsebük, Medeni Hukuk, Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Seri: II, Sayı: 18, Ankara 1940, s. 747; Kaçak, s. 36; Avcı, s. 26; Korkmaz, s. 54; Okumuş, s. 63; Özüğür, s. 185; Güneşlioğlu, s. 16; Öztürk, s. 43 vd.; Öztan, (makale), s. 718; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 998; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1104, 1115. Doktrinde objektif şartı, nesnel şart şeklinde isimlendirenler de olmuştur (bkz., Tutumlu, s. 264; Anıl, s. 36).

²⁶ Feyzioğlu, s. 301, 302; Köprülü/Kaneti, s. 173; Saymen/Elbir, s. 240; Schwarz, s. 152, 160; Birsan, s. 328; Öztan, s. 371; Çandarlı, s. 23, 24; Vatansver, s. 15; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 971; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1105, 1183.

²⁷ Velidedeoğlu, s. 181; Feyzioğlu, s. 304; Schwarz, s.152; Birsan, s. 328; Akipek, s. 56, 57; Arsebük, s. 11; Avcı, s. 26; Akgün, s. 74; Köprülü/Kaneti, s. 173.

TMK m. 166/I hükmü uyarınca, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma sebebinin gerçekleşmesi için ise, -ortak hayatın çekilmezliği yanında bu çekilmezliği gerektirecek unsur, çoğunlukla- “eşler arasında çok ciddi ve şiddetli bir geçimsizlik veya anlaşmazlık²⁸” olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, doktrinde de bu husus, “eşler arasında bu evliliği sürdürme konusunda ruh ve istek kalmamışsa, aralarındaki anlaşmazlık onlardaki bu ruhu ve bilinci söndürmüştü, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu sonucuna varılmak gerekir” şeklinde ifade edilmiştir²⁹. Burada evlilik, öyle bir durum almıştır ki, artık eşleri, bu bozuk düzeni yani kökünden sarsılmış evlilik hayatını yürütmeye zorlamak, daha kötü sonuçların doğumuna yol açabilmektedir.

Görüldüğü üzere, Türk Medeni Kanunu’nun konuyu düzenleyen 166. maddesinde, eskiden olduğu gibi “şiddetli geçimsizlik” ifadesi kullanılmamış, bunun yerine objektif şartı işaret etmek için “temelden sarsılma” ifadesi kullanılmış olup³⁰, temelden sarsılmanın, geçimsizliği de içine alan ama ondan çok daha geniş bir kavramı ifade ettiğini söylemek gerekir³¹. Nitekim doktrinde, özel ve genel boşanma sebeplerinin tek tek ele alınması yerine, evlilik birliğinin temelinden sarsılması şeklinde tek çatı altında toplanması gerektiği fikri dahi, ileri sürülmektedir³². Düşüncemize göre, her bir özel boşanma sebebinin gerçekleşmesi için kanunda aranan şartların kendine özgü nitelikler taşıması, bu boşanma sebeplerinin kusura bağlı olup olmamasına göre farklı sonuçların gerçekleşmesi ya da mutlak ve nisbi olarak sınıflandırılabilmesine göre farklı özelliklere sahip olması, bünyelerine uygun belirleyiciler olup, bu boşanma sebeplerinin tek bir şemsiyenin altında toplanması, mevcut hükümlerin somut ilişkilere uyarlanmasını ve bu çerçevede uygulanmasını zorlaştırabilir. Ayrıca, kanunda sayılan tüm bu boşanma sebeplerine yön veren prensiplerin de birbirinden farklı olması, kanunda yapılacak bu tür bir değişikliğin ufak çapta bir değişiklik sayılmayacağı göstermektedir. Kanunda şartları tek tek sayılan bu özel boşanma sebeplerinin dışında kalan ancak boşanma sebebi oluşturabilecek öngörülemeyen çeşitli olayların genel boşanma sebebi olan evlilik birliğinin temelinden sarsılması çatısı altında toplanması ise, bize göre isabetli bir düzenlemedir.

²⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 262; Erdem, s. 128, 129; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 999; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1115. Doktrinde, birbiriyle anlaşamayan, geçinemeyen kişilerin, dost, arkadaş ve eş olamayacağı ifade edilmiştir (Bkz., Saymen/Elbir, s. 255).

²⁹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 263; Saymen/Elbir, s. 255; Öztan, s. 405.

³⁰ Bkz., dn. 25’e ait metin. Yeni Kanundaki, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının, önceden -ortak hayatı çekilmez hale getirecek derecede- şiddetli geçimsizlik olarak belirlenen olguları kapsadığı yönünde bkz., Anıl, s. 34; Tekinay, s. 173; Avcı ise, (s. 26, 27), bir evliliğin temelinden sarsılmış olduğu hallerde, ortak hayatın çekilmesi diye bir kavram olmadığı için kanundaki kavram kargaşasının önlenmesi için, kanunda hala şiddetli geçimsizlik ifadesinin yer alması gerektiğini ileri sürmektedir.

³¹ Keza, TMK m. 166’nın kenar başlığı “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” olup, maddenin devamında yer alan fıkralarda “anlaşmalı boşanma” ve “fili ayrılık nedeniyle boşanma” düzenlenmiş, bu genel boşanma sebeplerinin kendine özel şartlarının gerçekleştiği hallerde ise, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı varsayılmıştır. Konuya ilişkin olarak bkz., TMK m. 166/III: “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır [...]” TMK m. 166/IV: “[...] her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.” şeklindedir.

³² Bkz., Ceylan, s. 330; Helvacı, s. 1169. Boşanmanın birden fazla sebebe bağlanmasının, aile birliğinin korunması açısından daha önemli ve faydalı olacağı yönündeki aksi görüş için bkz., Güven, s. 54, 55.

Eşlerin, TMK m. 185 vd. hükümlerinde düzenlenen evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemesi ya da yerine getirememesi, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açabilir³³. Ancak bu tür durumların, her zaman geçimsizliğe yol açması şart değildir. Zira Kanunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olacak olay ve olgular açısından, *sınırlı sayıda olma ve belirlilik* ilkeleri geçerli olmadığı için, pek çok olgunun buraya dâhil edilmesi mümkündür. O halde, mevcut olan ya da sonradan ortaya çıkan bir durum ya da olgu, eşler arasında şiddetli geçimsizliğe neden olmasa da, yine evlilik birliği temelden sarsılmış olabilecektir³⁴. Esasen Türk Medeni Kanunu'nun düzenlemesi de, bu yorumu yapmamıza imkân verecek şekilde kaleme alınmıştır. Bu durumda, hastalık ya da benzer bir sebeple eşlerden birinin evlilik birliğinin kendisine yüklemiş olduğu zorunlu görevleri yerine getiremediği hallerde, geçimsizlik yaşanmasa da, temelden sarsılma olgusundan söz edilebilecektir. Örneğin, eşlerden birinin evine dönerken trafik mağdalarının saldırısına uğradığını ve kafasına aldığı kuvvetli darbe nedeniyle çok fazla operasyon geçirdiğini varsayarsak, eşin konuşma, yürüme, çalışma ve diğer günlük hareketlerinde yavaşlamalar olması halinde, bu durum, eşler arasında bir geçimsizlik, anlaşmazlık vb. durumların yaşanmasına yol açmasa bile, yine de ortak hayatı devam ettirmenin eşlerden birisi açısından çekilmez hale gelmesi ile, evlilik birliği, temelden sarsılmış kabul edilecektir³⁵.

Doktrinde, şiddetli geçimsizliğe ya da evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olabilecek hallerde örnek olarak, eşler arasındaki karakter, zevk ve görgü farklarının zamanla büyümesi, cinsi dengesizlik, eşlerden birinin özellikle kocanın ekonomik durumunun bozulması ve evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevleri asgari ölçüde bile olsa yerine getirememesi³⁶, eşlerden birine zührevi hastalık aşılmanmış olması, eşlerin birinin diğerine duyduğu büyük nefret, eşlerden birinin eş dost yanında devamlı olarak diğer eşini rencide etmesi, eşlerin birbirlerinin dini ve milli değerlerine saygısızlık etmeleri, birbirlerinin ana babalarına hakaret etmeleri ve sevgi eksikliği, diğer eşin kan hısımlarına ya da üvey evlada karşı insafsızlık, iflas eden eşin çalışma arzusunu kaybederek, tembellik ve uyuşukluk içine düşmesi³⁷, sadakatsizlik, yuvaya ihaneti gösteren bir hastalığa yakalanmak, mesken seçiminde anlaşmazlık, karşılıklı yardım ödevlerinin ihlali³⁸ gibi haller sayılmıştır.

İşte, Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen bu boşanma sebebinin genel ve bütüncül yapısı ile öngörülemez pek çok olgu ve sebebi kapsayan özelliği, uygulamada çok uzun süredir diğer boşanma sebeplerine nazaran her zaman eşler tarafından en çok dayanılan boşanma hükmü olmasını³⁹ sağlamıştır. Ayrıca, diğer boşanma

³³ Bkz., Köseoğlu/Kocağa, s. 49; Kılıçoğlu, s. 137.

³⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 262; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 119; Erdem, s. 128, 129; Anıl, s. 36, 37; Çakin, s. 33; Oğuzman/Dural, s. 125, 126; Vatansver, s. 119; Ergün, (Armağan), s. 446. Doktrinde, sarsılmanın, mizaç uyumsuzluğu ile sınırlı olmaması ve her uyumsuzluğun da temelden sarsılmaya sebep olmaması nedeniyle, "imtizaçsızlık" yerine "temelden sarsılma" ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olduğu ifade edilmiştir (bkz., Zevkçiler/Acabey/Gökyayla, s. 996).

³⁵ Benzer bir örnek için bkz., Dural/Öğüz/Gümüş, s. 119.

³⁶ Feyzioğlu, s. 304.

³⁷ Velidedeoğlu, s. 182, 183; Schwarz, s. 154.

³⁸ Birsen, s. 328; Akgün, s. 71, 72, 73; Öztan, s. 406.

³⁹ Bkz., Velidedeoğlu, s. 187, 188; Schwartz/Mimaroglu, s. 330, 331, 332; Saymen/Elbir, s.241, 241; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 261, 262; Haluk Burcuoğlu, "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 3, (<https://dergipark.org.tr/tr/>); Veldet, s. 263; Yazıcı/Atasoy, s. 264; Gürsoy, s. 34; Cansel, s. 87; Ayiter, s. 167; Kaçak, s. 34, 35, 36; Kara, s. 14, 15; Korkmaz, s.53; Okumuş, s. 57, 58; Vatansver, s. 119; Koç, s. 35; Sabri Erdem, Aile Hukuku (Evllenme-Boşanma-Nafaka), Anka-

sebeplerine yönelik şartlar somut olayda tam olarak gerçekleşmediği ya da eşlerin asıl uyuşmazlığı ortaya koymadan boşanmak istedikleri durumlarda veya diğer boşanma sebeplerine göre dava açma süreleri kaçırıldığı zaman veyahut dava sebebinin oluşturduğu olguların tam olarak ispatlanmadığı hallerde, genel boşanma sebebine göre dava açtıkları görülmektedir⁴⁰. Şüphesiz ki çeşitli sebeplerle ortak bir hayat sürdürmekte zorlanan eşlerin, evlilik birliğini sonlandırmak için, özel bir boşanma sebebinin gerçekleşmiş olmasını bekleme zorunluluğu yoktur. Doktrinde, bu sebeple, kanun koyucunun bu genel boşanma sebebinin kabulde zorunluluk hissettiği⁴¹ ve kazuistik yöntemle belirlenen boşanma sebeplerinin tatminkâr olmadığı ifade edilmektedir⁴². Feyzioğlu, bu durumu ve hukukumuzda evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı boşanma davasına olan ihtiyacı “evlilik birliği, bu şiddetli geçimsizlik yüzünden öylesine sarsılmıştır ki, ortak hayatı ayakta tutmak adeta imkansızlaşmıştır. Bu çekilmezlik belki tek bir sebebe bağlı olmayabilir; fakat olaylar birbirini izlemiş, eşler arasındaki saygı ve sevgi bağları öylesine gevşemiş ve incelmıştır ki, en küçük bir müdahale ile birliğin tamamen kopması an meselesi haline gelmiştir. Bu halde boşanma kapısını açmaktan başka çare kalmamış demektir⁴³” şeklinde açıklamıştır.

4.2. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının, her iki eşe ya da eşlerden birine ortak hayatı sürdürme imkânı vermeyecek kadar ciddi derecede olması (çekilmezlik şartı)

Eski Medeni Kanun’un yürürlüğü döneminde, bu boşanma sebebinin ilk şartı “geçimsizlik” iken, ikinci şart, buna bağlı olarak gerçekleşen “çekilmezlik” idi⁴⁴. Bu geçimsizliğin, ortak hayatı çekilmez hale getirdiği evliliklerde ise, artık “şiddetli geçimsizliğin” yaşandığı kabul edilmekte idi. Diğer bir söyleyişle, MK m.134 uyarınca bu boşanma sebebinin gerçekleşmesi için, hangi sebeple olursa olsun eşler arasında ortak hayatın çekilmez hale gelmesine yol açacak derecede şiddetli bir geçimsizlik olması gerekiyordu⁴⁵. Eski Medeni Kanunda 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında ve Türk Medeni Ka-

ra 1966, s. 170; Öztürk, s. 40; Demir, s. 57; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1108 vd.; Ergün, (Armağan), s. 443; Anıl, s. 150.

⁴⁰ Aynı doğrultuda bkz., Akipek, s. 57; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 998. Ayrıca bkz., Kara, s. 16. Hemen eklemek gerekir ki, özel bir boşanma sebebinin varlığına rağmen, eşlerin bu özel sebep yerine, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi ile boşanma davası açması mümkündür. Ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., T. 29. 6. 2010, E. 2009/8440, K. 2010/12941: “Hem özel hem de genel sebebe dayanılarak boşanma davası açılmış ise, doğuracakları hukuki sonuçlar farklı olacağından öncelikle özel boşanma sebeplerinin bulunup bulunmadığı belirlenmeli, özel sebep varsa, bu sebebe dayanılarak, özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmemesi veya özel sebebe dayalı dava hakkının düşmüş olması halinde, deliller, genel boşanma sebebi çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir.” (Kazancı).

⁴¹ Feyzioğlu, s. 301.

⁴² Akipek, s. 56. Aynı yönde bkz., Çakın, s. 30; her uyuşmazlığın kazuistik olarak düzenlenemeyeceği hakkında bkz., Toksöz, s. 40; Korkmaz, s. 50

⁴³ Feyzioğlu, s. 302.

⁴⁴ Velidedeoğlu, s. 182, 183; Feyzioğlu, s. 304, 305; Schwarz, s. 152, 153, 154; Birsen, s. 328, 329; Akgün, s. 73, 74; Köprülü/Kaneti, s. 173, 174, 175; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 103; Gönensay, s. 81, 82; Arsebük, s.747, 748; Saymen/Elbir, s. 254, 255, 256; Schwartz/Mimaroglu, s. 336 vd.; Erdem, (Sabri), s. 172; İnal, (Cilt I), s. 889; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1115; Akipek, s. 59; Tekinay, s. 182.

⁴⁵ Oğuzman/Dural, s. 123; Akgün, s. 73; Erdem, (Sabri), s. 172; Saymen/Elbir, s. 255; Köprülü/Kaneti, s. 173; Feyzioğlu, s. 305; Tekinay, s. 182; Schwarz, s. 152; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1104, 1115, 1116 vd.; Öztan, s. 404; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 262; Çakın, s. 34; Anıl, s. 38, 150, 151.

nunu'nun 166. maddesine göre ise, bu boşanma sebebinin gerçekleşmesi için, geçimsizlik ya da başka bir sebeple ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenemeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması aranmaktadır⁴⁶. O halde, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davasının açılabilmesi için, sarsılmaya neden olan olaylar, o kadar ciddi ve önemli olmalıdır ki, bu sarsıntı somut ilişkide öyle derinden hissedilmelidir ki, bu nedenle artık eşlerden ortak hayatı devam ettirmeleri istenememeli, eş deyişle, ortak hayat çekilmez olmalıdır.

Doktrinde de, “*eşler arasındaki geçimsizliğin, ortak hayatı çekilmez hale getirdiğinin kabul edilebilmesi için, bu durumun eşlerdeki evlilik ruhunu söndürmüş, onları evlilikten nefret eder duruma sokmuş olması*”⁴⁷ gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle, eşler arasındaki her anlaşmazlığın buraya dâhil edilmemesi, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılması için somut ilişkide yaşananların, evlilik ilişkisinin doğasından kaynaklanan ve her ailede rastlanılan basit, hafif, hoş görülebilen ve geçici ufak tefek anlaşmazlıkların, gerginliklerin, dargınlıkların, kırgınlıkların ve sırf kapris olarak yapılan önemsiz davranışların, hayal kırıklıklarının üzerinde bir etki yaratmış olması gerekmektedir⁴⁸. Esasen, Kanunda da “temelden” sarsılma ifadesi ile işaret edilen bu durum, “*evlilik birliği içinde meydana gelen*

⁴⁶ **Oğuzman/Dural**, s. 123, 124, 125; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 971; **Veldet**, s. 266, 267; **Kılıçoğlu**, s. 140; **Helvacı**, s. 1165; **Tutumlu**, s. 264; **Ergün**, s. 60; **Gençcan**, s.227; **Anıl**, s. 37; **Egger**, s. 180; **Kaçak**, s. 29; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1124; **Öztan**, s. 403; **Köseoğlu**, s. 10; **Öztürk**, s. 41; **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 103; **Vatansever**, s. 117; **Korkmaz**, s. 59; **Toksöz**, s. 41, 44; **Çelik**, s. 48; **Topçu**, s. 32; **Çiğdem Yılmaz**, “Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Karar Kararı İncelemesi”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Aralık 2016, s. 155, (<http://dergipark.org.tr>). Eşlerin, ortak hayatı sürdürmelerinin beklenemez oluşunun, bu boşanma sebebinin ayrı bir şartı olmadığı, sarsılmanın şiddetinin derecesini belirleyen bir durum olduğu yönünde bkz., **Ergün**, (Armağan), s. 446.

⁴⁷ **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 265; **Öztan**, s. 405; **Saymen/Elbir**, s. 255. Örneğin bkz., Yargıtay 2. HD., T. 27. 6. 1991, E. 6255, K. 669: “*Meydana gelen bu kaza sonucunda müşterek çocukların ölmesi, davacıda olduğu gibi davalıda da derin üzüntü yaratmıştır. Ne var ki bu olayın müşterek hayatın devamına imkan bırakmayacak biçimde evlilik birliğini temelinden sarsmış olduğunu kabul etmek hayatın olağan akışına uygun düşmez. Bu durumda mahkemece davanın reddine karar vermek gerekirken [...]*.” (Kazancı). Bkz., Yargıtay 2. HD., T. 11. 4. 2006, E. 17864, K. 5230: “[...] toplanan delillerden, boşanma davası açıldıktan sonra da, tarafların aynı evde birlikte yaşamaya devam ettikleri, aynı yatakta birlikte yattıkları, birlikte tatil yaptıkları ve pikniğe gittikleri anlaşılmaktadır. Boşanma davasına rağmen tarafların aynı evde birlikte yaşamaları, birlikte tatile gitmeleri ve piknik yapmaları, evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını, ortak hayatın sürdürülebilir olduğunu gösterir [...]” (Legalbank).

⁴⁸ Aynı doğrultuda bkz., **Egger**, s. 177; **Tekinay**, s. 176; **Saymen/Elbir**, s. 255; **Öztan**, s. 404, 405; **Ayter**, s. 167; **Kaçak**, s. 37; **Anıl**, s. 36; **Avcı**, s. 21, 23; **Schwartz/Mimaroglu**, s. 336, 337; **Korkmaz**, s. 55; **Vatansever**, s. 15; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 971, 999; **Koç**, s. 37; **Öztürk**, s. 44, 45; **Turan Ateş**, “Medeni Kanunda Boşanma”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 2006, Cilt: 4, Sayı: 39, s. 743; **Tutumlu**, s. 61, 260; **Erdem**, (Sabri), s.172; **Nihat İnal**, Açıklamalı Nişanlanma, Evlenme, Mal Rejimi, Boşanma, Velayet, Nafaka ve Eşya Davaları, Anlara 2003, s. 330; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1163. Yargıtay HGK., T. 16. 3. 1968, E. 346, K. 141 sayılı kararına göre, “*münferit ve basit bir olayın, şiddetli ve müşterek hayatı çekilmez duruma sokan bir geçimsizlik sayılarak boşanma hükmü esas tutulması yersizdir [...]*.” (Bkz., **Anıl**, s. 253) Geçimsizlik sayılmayan hallere ilişkin kararlar için bkz., **Erdem**, (Sabri), s. 202-207; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1121-1124, 1298-1315; **Köseoğlu/Kocaağa**, s. 53-99; **Anıl**, s. 250- 253; **Yazıcı/Atasoy**, s. 265-331; **İnal**, s. 333-349; **Veli-dedeoğlu**, s. 206-213; **Feyzioğlu**, s. 315-318. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olmayan olgulara ilişkin örnekler için ayrıca bkz., **Okumuş**, s. 75-77; **Toksöz**, s. 107-119; **Korkmaz**, s. 90-93.

herhangi bir sıkıntı ve olumsuzluk olmayıp, ondan daha ağır bir durumdur"⁴⁹. Bu nedenle, "ani ve fevri hiddet ve hareketler, her ailede rastlanılabilen ufak tefek geçimsizlikler boşanma için kâfi sebep olamaz"⁵⁰.

Öncelikle, eşlerden birinin aile hukuku görevlerini ihlal etmesi, ciddi geçimsizlikler yaratabilen ve ortak hayatı çekilmez kılabilecek bir durumdur. Yükümlülüklerini ihlal eden eş, bu durumu bilerek ve isteyerek meydana getirilebileceği gibi; ihlalin olumsuz neticesi, eşin davranışlarının sonuçlarını umursamayan, ilgisiz bir yapıda olmasından da kaynaklanabilir⁵¹. Ancak her iki ihtimalde de, söz konusu durumun varlığı, eşler arasında geçimsizlik sonucunu doğurabileceği gibi, eşler arasında çok şiddetli kavgalar şeklinde cereyan eden bir geçimsizlik yaratmasa da, ortak hayatı çekilmez kılmış olabilir. Keza, eşlerin kaza ya da hastalık⁵² gibi (yani iradesi dışında meydana gelen) olumsuzluklar nedeniyle de, aile hukuku görevlerini ihlal etmesi karşılaşılabilecek bir durumdur. İşte burada da, eşler arasında geçimsizlik olsun ya da olmasın ortak hayatı sürdürmek, en az bir eş için imkânsızlaşabilir. Bunlara ilaveten, eşler arasında geçimsizliğe ve/veya çekilmezliğe sebep olabilecek diğer bir olgu ise, yaş, kültür seviyesi, karakter farklılıkları, sosyal yapı, beşerî ve kültürel yapı, yetişme şartları, dünya görüşleri vb. hususlardaki değişken durumlardır. Bu tür farklılıklar da, somut olayda evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ve beraber bir yaşam sürdürmenin eşlerden beklenememesine sebep olabilir. İşte bu saydığımız hallerden hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin, bunların somut olaydaki evlilik ilişkisinde öyle ciddi ve şiddetli etkileri olmalıdır ki, ortak hayatın devamı çekilmez bir hale gelmiştir, denilebilmelidir. Çünkü artık bu tür durumlarda, evlilikteki dirlik düzen bozulmuş, eşler arasındaki evli olma isteği ve düşüncesi fiilen sona ermiş, evlilik birliği kökünden sarsılmış demektir. İşte eşler, yaşadıkları ciddi geçimsizlikler nedeniyle aynı evin içinde bulunmaya bile tahammül edemeyecek halde ise veya geçimsizlik haricinde başka önemli ve ciddi bir olumsuz durumun varlığı nedeniyle eşlerden ortak hayatı sürdürmeleri beklenemeyecek ise, artık ortak hayatın çekilmez hale geldiğini ve dolayısıyla evlilik birliğinin temelden sarsıldığını ve bu boşanma sebebinin oluştuğunu kabul etmek gerekir⁵³.

⁴⁹ **Erdem**, s. 128. Bu ağır geçimsizlik durumunun eşler arasında olması ise esastır. Yargıtay'ın da isabetle belirttiği üzere (bkz., Yargıtay 2. HD., T. 3. 5. 1960, E. 2056, K. 2663, <http://www.e-uyar.com/>), eşlerin babaları arasındaki geçimsizliğin boşanma nedeni olmasından söz edilemez.

⁵⁰ **Velidedeğlü**, s. 182. Yargıtay HGK., T. 14. 2. 1968, E. 1597, K. 79 sayılı kararına göre: "[...] davalının kızgınlıkla söylediği yakışsız sözler, başlı başına bir boşanma sebebi oluşturmazlar [...]" (Bkz., **Anıl**, s. 253).

⁵¹ Eşlerin kasten ya da ihmal ile bu davranışı gerçekleştirebileceği konusunda ayrıca bkz., **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1181, 1182.

⁵² Aile hukuku yükümlülüklerinin ihlal edilmesine yol açacak herhangi bir hastalık ya da arıza, TMK m. 2 ölçüsünde buraya dâhil edilebilir. Doktrinde, akıl hastalığı olmasa da kleptomani ve psikopati gibi sebeplerin de burada sayıldığını görmekteyiz (bkz., **Öztaş**, makale, s. 719; **Gençcan**, s. 231, **Schwarz**, s. 154; **Egger**, s. 182).

⁵³ **Feyzioglu**, s. 305; **Egger**, s. 180; **Köprülü/Kaneti**, s. 174; **Schwarz**, s. 152, 154, 160; **Birsen**, s. 329; **Akgün**, s. 73; aynı yönde bkz., **Tekinay**, s. 173; **Öztaş**, s. 409; **Kaçak**, s. 37; **Anıl**, s. 37; **Çağın**, s. 51; **Kara**, s. 58; **Vatansever**, s. 119. Yargıtay'ın da kararlarında aynen bu ifadeleri kullandığını görmekteyiz. Bazı kararları örnek olarak buraya aynen alacağız. Örneğin, bir Yargıtay HGK kararına göre: "[...] yapılan soruşturma, toplanan delillerle davacı- davalı kocanın eşine şiddet uyguladığı, hakaret ettiği, kovduğu ve başka bir kadınla ilişkisinin bulunduğu davalı- davacı kadının ise güven sarsıcı davranışlar sergilediği, eşine hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir [...]" T. 2. 2. 2011, E. 2010/2-745, K. 2011/27 (bkz., İlhan **Helvacı**, Gerekçeli- Karşılaştırmalı- İçtihatlı- Notlu Türk Medeni Kanunu, Cilt II Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 128. Ayrıca bkz., Yargıtay HGK., T. 21. 6. 2006, E. 2006/2-451, K. 2006/464;

Hemen ifade edelim ki, yaşanan olumsuz durumun, sadece bir eş için çekilmezlik yaratmış olması, eş deyişle, eşlerden sadece birinin ortak hayatı devam ettiremeyecek durumda olması ya da bu konuda isteğinin tükenmiş olması, bu boşanma sebebinin oluşması için yeterlidir⁵⁴. Esasen, eşlerin ortak hayatı sürdürebilmek için gösterdikleri çabaya rağmen bu çabaların sonuç vermediği hallerde, artık çekilmezlik şartının gerçekleştiği söylenmelidir⁵⁵. Ancak, mevcut anlaşmazlığa ve geçimsizliğe rağmen, bu anlaşmazlığın boyutu ne olursa olsun, eşler ortak hayatı devam ettirmekte zorlanmıyorlarsa, sağlıklı bir şekilde evlilik ilişkisini sürdürebiliyorlarsa ya da sürdürmek istiyorlarsa, bu şartın gerçekleştiğinden (ortak hayatın çekilmezliğinden) söz edemeyiz⁵⁶. Dolayısıyla, böyle hallerde, evlilik birliği-

"[...]davacının evlilik sırasında eşiyle olan anlaşmazlıkları nedeniyle intihara teşebbüs etmesi ve psikolojik olarak rahatsızlanması sonucu evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsıldığı sonucuna varılmıştır[...]" Bkz., Helvacı, (TMK), s. 132. Bkz., Yargıtay 2. HD., T. 7. 5. 2002, E. 2002/1532, K. 2002/6083: "[...]bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir[...]. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre[...]" Bkz., Helvacı, (TMK), s. 135; Yargıtay 2. HD., T. 9. 10. 1992, E. 1992, K. 8664: "Evlilik birliği, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir." (Anıl, s. 224); Yargıtay HGK., T. 20. 12. 2002, E. 1096, K. 1082: "[...]boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, müşterek hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsıldığına sabit olması gerekir [...]" (Anıl, s. 224); Yargıtay 2. HD., T. 29. 2. 2000, E. 1470, K. 2544: "[...]Kocadan kaynaklanan, evlilik birliğini temelinden sarsan ve kadının kişilik haklarına saldırı teşkil eden herhangi bir olayın varlığı ispat edilememiştir [...]" (Anıl, s. 224); Yargıtay HGK., T. 6. 3. 1968, E. 1968/2-575, K. 131: "[...] taraflar arasında müşterek hayatı çekilmez hale getirecek derecede geçimsizlik çıktığı sebebinin.... Karı kocanın bundan sonra birlikte yaşamlarının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır [...]" (Yazıcı/Atasoy, s. 269). Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T.13. 9. 1990, E. 1819, K. 8196; Yargıtay 2. HD., T. 8. 2. 1991, E. 12492, K. 2156; Yargıtay 2. HD., T. 16. 12. 2002, E. 12995, K. 14029; Yargıtay 2. HD., T. 29. 1. 1991, E. 125, K. 1378 (Anıl, s. 226, 227).

⁵⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 265; Feyzioğlu, s. 306; Velidedeoğlu, s. 182; Egger, s. 177; Schwarz, s. 153; Tekinay, s. 178; Öztan, s. 405, 409; Avcı, s. 23; Veldet, s. 266; Tutumlu, s. 364; Kaçak, s. 41; Kara, s. 59; Anıl, s. 37; İnal, s. 330; Çakın, s. 52; Korkmaz, s. 58; Okumuş, s. 104; Vatanserver, s. 120; Koç, s. 37; Öztürk, s. 80; Öztan, (makale), s. 720; Helvacı, s. 1165; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1001; İnal, (Cilt I), s. 892; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1161.

⁵⁵ Bkz., Köprülü/Kaneti, s. 176; Tekinay, s. 177, 180; Öztan, s. 410. Hâkimin takdir yetkisini kullanırken başvuracağı Yargıtay kararları çerçevesinde tespit edilen diğer ölçütler için bkz., Kaçak, s. 45 vd.

⁵⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 265; Saymen/Elbir, s. 256; Velidedeoğlu, s. 183; Kaçak, s. 41, 42; Anıl, s. 37; Veldet, s. 267; Özüğür, s. 185; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1001; Kara, s. 58; Avcı, s. 50; Korkmaz, s. 51; Tutumlu, s. 264; Okumuş, s. 107; Vatanserver, s. 120; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1160, 1162; Öztürk, s. 80; Ateş, s. 744. Eşlerin boşanmaya neden olan olayların varlığına rağmen, hiçbir şey olmamış gibi aile halinde beraber günlük ilişkilerini sürdürdükleri durumda temelden sarsılmanın olmadığı kabul edilebilirse de, sadece aynı çatı altında oturmak ve beraber yaşam sürdürmemek (yemek yememek, aynı odada uyumamak, konuşmamak vb.) ortak hayatın çekilmez hale geldiğinin göstergesidir (bkz., Özüğür, s. 186). Aynı yönde ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., T. 16. 09. 1986, E. 6161, K. 7502: "[...] Boşanma davası açılmış olmasına rağmen, şu yada bu sebeple eşlerden herhangi biri, müşterek evi henüz terketmemiş olabilir. Önemli olan husus, davaya rağmen ve davadan sonra eşler arasında ortak yaşantının, aile birliğinin aclinca uygun olarak çekişmesiz ve sağlıklı bir şekilde devam etmekte olmasıdır. Yoksa ayrı odalarda, birbirleriyle konuşmadan, insan ve çevre ilişkilerinde, aile birliğinin olağan gereklerini yerine getirmeden ve nihayet evliliğin önemli amaçlarından birini oluşturan cinsel ilişkiyi sürdürmeden yalnızca ve şeklen aynı çatı altında oturmak evlilik birliğinin sağlıklı bir biçimde yürüdüğü ve çekilebilir olduğu yo-

nin temelinden sarsıldığı da söylenemez. Her somut olayda çekilmezlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak ise, boşanma davasına bakan hâkimin takdirindedir. Hâkimin, genel anlamda dava sebebi olabilecek çok değişik ve çeşitli olaylar karşısında, bu olay ve olguların somut evlilikteki eşler arasında ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediğini ve/veya bu olay ve olguların ortak hayatı çekilmez hale getirecek derecede şiddetli geçimsizliği sebep olup olmadığını tayin ve tespit aşamasında geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁵⁷. Nihayet, TMK m. 170'e göre, boşanma sebebi ispatlanırsa ve hâkim, somut olayda eşlerin ortak hayata devam edemeyeceklerine kanaat getirirse, artık (evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle) boşanmaya karar vermelidir⁵⁸. Elbette, geçimsizlik ya da diğer bir olgunun, ne zaman ve hangi durumlarda ortak hayatı çekilmez hale getirmiş kabul edileceği ve boşanma sebebinin gerçekleşeceği hususunda önceden kesin bir ölçü vermek mümkün değildir. Zira herhangi bir olayın gerçekleşmesi ya da bir konuda anlaşmazlığın yaşanması ve/veya bu durumun uzun sürmesi, bir evlilikte evlilik birliğini temelden sarsarken, başka bir evlilikte ailenin durumuna bağlı olarak temelden sarsılma olgusu gerçekleşmeyebilir⁵⁹. Bir olay ya da durumun varlığı, bir kişi için çok sarsıcı olabilirken ve o kişi yaşananlara sabır göstermekte zorlanırken, bir başka kişi bakımından umursanmayan bir durum (olay) ya da katlanılabilir ölçüde bir olgudan söz etmek mümkün olabilir. Bu olay ve olgular ise, çoğunlukla evlilik birliğinin maddi (bedensel), manevi (ruhsal) ve bazı hallerde de ekonomik bünyesini kökünden sarsacak nitelikte olmaktadır⁶⁰. İşte hâkimin önüne gelen her

lunda yorumlanıp değerlendirilemez.” (Kazancı). Öztan, eşler kusurlu olmalarına rağmen, evlilik birliğine devam edebiliyorlarsa demek suretiyle benzer bir hususa dikkat çekmiştir (bkz., Öztan, s. 370).

⁵⁷ Velidedeoğlu, s. 181, 184; Egger, s. 177, 186; Schwarz, s. 155; Öztan, s. 404, 410 vd., 370; Velidedeoğlu, s. 162; Feyzioglu, s. 253, 255; Veldet, s. 269; Cansel, s. 80; Kaçak, s. 37 vd.; Anıl, s. 37, 38 ve özellikle 112 vd.; Yazıcı/Atasoy, s. 264; Çakın, s. 33, 34; Korkmaz, s. 51; Avcı, s. 21, 21; Vatanseser, s.15; Güneşlioglu, s.15; Öztürk, s.11, 46; Erdem, (Sabri), s. 171; Ateş, s. 740; Ebru Ceylan, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2006, s. 12; Öztan, (makale), s. 720; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 996, 1001.

⁵⁸ Esasen TMK m. 170'in, eski Medeni Kanunda karşılığını oluşturan 138. madde ise, boşanma sebeplerinden biri sabit olunca, hâkimin, boşanma kararı vermekle mükellef olduğu şeklinde düzenlenmiş idi. Ayrıca bkz., “Boşanmaya karar verilebilmesi için, müşterek hayatı çekilmez hale getirecek derecede birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte şiddetli bir geçimsizliğin mevcut ve sabit olması gerekir [...] Hakim görevi gerçekten geçimsizlik varsa boşanmaya karar vermekten ibarettir. Tarafların müşterek arzuları verilecek kararın dayanağı olamaz [...]” (Anıl, s. 225, 226).

⁵⁹ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 996; Çakın, s. 35; Tutumlu, s. 260; Ergün, s. 68; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1116, 1162. Her olayın, her evlilikte ve her insanda yaratacağı etkinin de farklı olması nedeniyle, anlaşmazlık mevcut olmasına rağmen bazı hallerde (evlilikte yaşanan olumlu gelişmelerin varlığında, af, hoşgörü vb.) evliliğin çekilebilir olduğu haller için, doktrinde *katlanabilme kabiliyeti ve çekilebilirlik karesi* gibi kavramlardan söz edilmektedir. Böyle bir durumun davalı tarafta kanıtlanması halinde, artık temelden sarsılma ya da çekilmezlik araştırılmaz. Bu kavramlarla ve konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz., Yalçınkaya/Kaleli, s. 1165, 1166; Anıl, s. 37; Okumuş, s. 107 vd.; Çelik, s. 53 vd.; Öztürk, s. 46, 83 vd.; Kara, s. 63 vd. Örneğin, bkz., Yargıtay HGK., T. 13. 4. 2005, E. 2005/2-208, K. 2005/262 sayılı kararında: “[...] davalının tedaviden kaçınıp kaçınmadığı bu rahatsızlığın evlilik birliğini davacı koca için çekilmez hale getirip getirmediğinin uzman hekimlerden oluşan sağlık kurulu raporu ile belirlenmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekir [...]” şeklinde hüküm tesis etmiştir (Helvacı, TMK, s.133).

⁶⁰ Keza evlilik birliği, temelde bu unsurlardan oluşan bir birliktelik olup, bunlardan birinde ortaya çıkan bir sarsılma, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olur (bkz., Velidedeoğlu, s. 183; Egger, s. 178, 179, 180; Schwarz, s. 153; Saymen/Elbir, s. 255; Çakın, s. 37, 50; Schwartz/Mimaroglu, s. 337; Veldet, s. 266; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1125- 1159; Kara, s. 35 vd.; Avcı, s. 29 vd.; Korkmaz, s. 62; Okumuş, s. 78; Öztürk, s. 54; Ateş, s. 743). Başlıklar altında sıra-

somut ilişkide yaşanmış olay ve olguların, eşler için ortak hayatı sürdürmelerinin beklene-meyeceği derecede evlilik birliğini sarsmaya yetecek düzeyde olup olmadığını, eşlerin özel durumlarını dikkate alarak belirleyecek olması nedeniyle, çekilmezlik, doktrinde, subjektif şart (unsur) olarak kabul edilmiştir⁶¹. Eşlerin hâkim tarafından dikkate alınması gereken özel durumları ile anlatılmak istenen ise, mizaç, karakter, duygusal, düşünsel ve ruhsal yapılar, sosyal ve ekonomik konum, yetişme şartları, hayat tarzları, aile terbiyesi, olaylar karşısındaki farklı tepkiler, gelenek-görenekler ve kültürel konum ile eğitim durumu gibi⁶² farklı ölçütlerin, kararda belirleyici rolüdür. Hâkim, geçimsizlik ya da objektif olarak ortak hayatı çekilmez kılabilecek başka bir olgunun varlığını, somut olaydaki eşler açısından ortak hayatı çekilmez kılmaya elverişli olup olmadığını, hem somut olayın özelliklerine göre⁶³ hem de bu gibi ölçütleri dikkate alarak karar verecektir. Bu nedenle, 166. maddede, bir hüküm içi boşluğun varlığından söz etmek mümkündür. Zira mevcut hükmün çerçevesi çizilmiş olmakla beraber, hâkimin, her somut ilişkinin ve eşlerin özel durumlarına göre, burada örnek niteliğinde saymış olduğumuz ölçütleri dikkate alarak, söz konusu boşluğu - TMK m. 4 hükmünde ifadesini bulan takdir yetkisini kullanarak- doldurması gereklidir.

Yargıtay kararlarından konuya ilişkin çok çeşitli örnekler vermek mümkündür. Bunlara, davacı kocanın, davalı karısını dövmesi, davalının da değişik zaman ve yerlerde kocasına ağır hakaretleri gerçekleştirmiş bulunması⁶⁴, davalının eşini dövmesi, hakaret etmesi,

layacak olursak, doktrinde maddi birlik açısından, cinsel ilişkinin gerçekleştirilememesi, bazı hastalıklar; manevi birlik açısından, sadakatsizlik, güven duygularının sarsılması, eşin onur ve haysiyetine yönelik davranışlar, eşin dini inancına yönelik davranışlar; ekonomik birlik açısından ise, bağımsız ev tutulmaması, ailelerin hoş görülemeyecek davranışlar sonucunda ekonomik sıkıntı içinde bırakılması, şiddetli geçimsizliğin kaynağı olarak gösterilmektedir. Örnek kararlar için bkz., **Çakın**, s. 37 vd.

⁶¹ **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 265; **Feyzioğlu**, s. 305; **Velidedeoğlu**, s. 183; **Saymen/Elbir**, s. 256; **Birsen**, s. 329; **Schwartz/Mimaroglu**, s. 338; **Arsebük**, s. 748; **Avcı**, s. 26; **Veldet**, s. 266, 267; **Akgün**, s. 73; **Özcan**, s. 409; **Kara**, s.27; **Kaçak**, s. 41; **Korkmaz**, s. 59; **Okumuş**, s. 67; **Özguur**, s.185; **Güneşlioglu**, s. 16; **Öztürk**, s. 46 vd.; **Özcan**, (makale), s. 718; **Zevkililer/Acabey/Gökayla**, s. 998, 1001; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1159 vd. Doktrinde subjektif şartı, özel şart olarak isimlendirilenler de olmuştur (bkz., **Tutumlu**, s. 264; **Anıl**, s. 36).

⁶² **Tekinay**, s. 173; **Egger**, s.177; **Köprülü/Kaneti**, s. 174, 175; **Özcan**, s. 406; **Akgün**, s. 73; **Kaçak**, s. 29; **Anıl**, s. 38; **Çakın**, s. 34; **Schwartz/Mimaroglu**, s. 338; **Toksöz**, s. 48; **Avcı**, s. 21; **Korkmaz**, s. 55; **Koç**, s. 35; **Öztürk**, s.37, 46. Doktrinde bunlara ilave olarak, sanata, müziğe, güncel olaylara karşı ilgisizlikler, siyasi düşünce farklılıkların da bu kapsamda sayılabileceği ifade edilmiştir (**Kılıçoğlu**, s. 137). Bkz., Yargıtay HGK., T. 13. 4. 1968, E. 1966/2-1486, K. 250: “[...] Eşlerin evlendiklerinden kısa bir zaman sonra Medeni ve kültür seviyeleriyle bağdaşmayacak, evlilik birliğini kökünden sarsacak şekilde ihtilafa düşmeleri [...]” (**Yazıcı/Atasoy**, s. 269). Eklemek gerekir ki, eşler arasında anatomik farklılıkların bulunması ya da fizyolojik rahatsızlıkların mevcut olması, eşlerin kusuru olmadan ortak hayatı çekilmez kılabilecek durumlara örnek verilebilir (bkz., **Avcı**, s. 57).

⁶³ Somut olayda, söz konusu bu ölçütler ile birlikte değerlendirilmesi gereken başka unsurlar da söz konusu olabilir. Örneğin, eski olayların yıllar sonra ileri sürülmemesi, kişinin kötü alışkanlıklarını bırakması, eşlerin yaşı ve evlilik süresinin evliliğe etkisi (örneğin, evlilik süresinin çok kısa olduğu evlilikler bakımından, ortak hayatın sürdürülebilir olup olmadığına yönelik değerlendirme yapmak, çok kesin bir sonuç vermeyebilir), çocukların geleceği ve psikolojik durumları, aynı evin paylaşılıyor olmasına rağmen evlilik birliğinin sağlıklı bir şekilde sürdürülüyor oluşu gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Tutumlu**, s. 265, 266; **Kaçak**, s. 45-49; **Gençcan**, s. 242-328; **Özcan**, s. 411, 412; **Egger**, s. 181.

⁶⁴ Yargıtay 2. HD., T. 13.2. 1990, E. 127927, K.1801 (**Anıl**, s. 234); aynı yönde bkz., Yargıtay HGK., T. 24. 3. 1969, E. 1966/2-664, K. 200: “[...] davacı kocanın karısını yolda dövdüğü [...] geçimsizliği doğuran mühim bir sebep olduğundan[...]”; aynı yönde bkz., Yargıtay HGK., T. 13. 11. 1968, E. 1967/2- 581, K. 751 (**Yazıcı/Atasoy**, s. 266).

evi terk etmesi⁶⁵, davalı kadının yedi yaşındaki üvey çocuğunu babası evde olmadığı zaman hatta soğuk havalarda aç ve perişan halde sokakta bırakması, eve almaması, davalının da kocasını küçük görüp hakaret etmesi⁶⁶, davalı kocanın davacı karısına fiziksel şiddet uygulaması⁶⁷; “kocanın karısını eve kilitlemesi”⁶⁸, “hangi nedenle olursa olsun, cinsel uyum ve doyumun sağlanamaması[...]⁶⁹, “bakire olarak evlenildiği kabul edilen kızın, zıfaf gecesi bakire olmadığından anlaşılması[...]⁷⁰, “kocanın geçen yedi aylık süre zarfında cinsel ilişkiyi başaramaması[...]⁷¹, kocanın güven sarsıcı davranışlarda bulunması, karının eşine muhtelif zaman ve yerde ağır hakaret etmesi⁷², “davalı eşin, davacıya ‘hayvan herif, köpek, eşoğlu eşek, gidişin olsun da dönüşün olmasın’ gibi sözlerle, sürekli biçimde ağır sözlerle saldırıda bulunması[...]⁷³, kocanın, karısını metresiyle birlikte oturmaya zorlaması⁷⁴, tarafların ruhi uyumsuzluk içinde bulunmaları⁷⁵, kadının kumara düşkün olması ve bu yüzden aralarında geçimsizlik çıkması⁷⁶, kocasının karşı çıkmasına rağmen kız kardeşini, aynı evde yanlarında bulundurmakta ısrar etmesi⁷⁷, bir kimsenin yıkanmak gibi bir medeni gereği haklı sebep olmaksızın yerine getirmemesi⁷⁸, “davalı kadının karı koca arasında gizli kalması gereken aile mahremiyetlerini gelişi güzel açığa vurması[...]⁷⁹, kadının başka erkeğe özlemine dile getirmesi⁸⁰, güven sarsıcı davranışlar sergilenmesi⁸¹, eşlerden birinin diğerine ütü fırlatarak yüzünde ve kolunda yanıklar oluşturması⁸², kadının kuyumcudan bilezik çalması⁸³, kocanın başka bir kadından olan çocuğunu nüfusuna geçirmesi⁸⁴, eşlerin birbirlerine sadakatsizlik göstermesi⁸⁵, kocanın evin kilidini değiştirmesi ve yeni anahtarları eşine vererek eve almaması⁸⁶, kadının başka erkeklerle kaçarak onunla birlikte yaşaması⁸⁷ gibi durumlar, örnek olarak gösterilebilir.

⁶⁵ Yargıtay 2. HD., T. 8. 2. 2005, E. 16628, K. 1555 (Anıl, s. 234, 235).

⁶⁶ Yargıtay 2. HD., T. 6.6. 1967, E. 2639, K. 3163 (Yazıcı/Atasoy, s. 302).

⁶⁷ Yargıtay 2. HD., T. 24. 1. 2007, E. 21592, K. 364 (Anıl, s. 235).

⁶⁸ Yargıtay 2. HD., T. 26. 12. 2005, E. 15434, K. 18137 (Anıl, s. 235).

⁶⁹ Yargıtay 2. HD., T. 25. 1. 1990, E. 9339, K. 4015 (Anıl, s. 236, 237).

⁷⁰ Yargıtay 2. HD., T. 12. 10. 1961, E. 5788, K. 6084 (Anıl, s. 238).

⁷¹ Yargıtay 2. HD., T. 27. 10. 1995, E. 9955, K. 11155 (Anıl, s. 238).

⁷² Yargıtay 2. HD., T. 23. 6. 1992, E. 5526, K. 7101 (Anıl, s. 242).

⁷³ Yargıtay 2. HD., T. 16.1.2003, E. 14269, K. 355. Aynı yönde bkz., Yargıtay HGK., T. 11. 3. 1953, E. 81, K. 7; Yargıtay 2. HD., T. 9. 6. 2003, E. 4983, K. 8423; Yargıtay HGK., T. 14. 6. 1961, E. 53, K. 26; Yargıtay 2. HD., T. 5. 7. 1988, E. 91245, K. 10101; Yargıtay 2. HD., T. 9. 3. 2000, E. 1174, K. 3110; Yargıtay HGK., T. 21. 2. 2001, E. 359, K. 361 (Anıl, s. 243- 245).

⁷⁴ Yargıtay 2. HD., T. 9. 5. 1967, E. 2132, K. 2548 (Anıl, s. 246).

⁷⁵ Yargıtay 2. HD., T. 5. 7. 1952, E. 480, K. 3777 (Anıl, s. 246).

⁷⁶ Yargıtay HGK., T. 4. 5. 1968, E. 1966/2-1107, K. 299 (Yazıcı/Atasoy, s. 268, 269).

⁷⁷ Yargıtay HGK., T. 13. 1.1968, E. 966/2-1075, K. 19 (Yazıcı/Atasoy, s. 273).

⁷⁸ Yargıtay HGK., T. 11. 3. 1964, E. 604/D.2, K. 195 (Yazıcı/Atasoy, s. 278).

⁷⁹ Yargıtay HGK., T. 8. 11. 1961, E. 2/67, K. 42 (Yazıcı/Atasoy, s. 282). Bu konuda verilen kararlar için ayrıca bkz., Yazıcı/Atasoy, s. 264-331.

⁸⁰ Yargıtay 2. HD., T. 16. 4. 1981, E. 2862, K. 2898 (HukukTürk).

⁸¹ Yargıtay 2. HD., T. 2. 10. 2019, E. 5322, K. 9539 (Kazancı).

⁸² Yargıtay 2. HD., T. 8. 6. 2010, E. 2009/6125, K. 2010/11284 (Kazancı).

⁸³ Yargıtay HGK., T. 19. 11. 1997, E. 2-736, K. 952 (Kazancı).

⁸⁴ Yargıtay HGK., T. 2. 4. 1997, E. 2-46, K. 294 (Kazancı).

⁸⁵ Yargıtay 2. HD., T. 13. 12. 2010, E. 2009/19948, K. 2010/20775 (Kazancı).

⁸⁶ Yargıtay 2. HD., T. 22. 12. 2010, E. 2009/20308, K. 2010/21275 (Kazancı).

⁸⁷ Yargıtay 2. HD., T. 30. 6. 2010, E. 2179, K. 13131 (Kazancı).

Yargıtay'ın 1965 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, düğün yapmamanın, şiddetli geçimsizlik (evlilik birliğinin temelinden sarsılması) sebebine dayalı olarak açılan davada, boşanma sebebi olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiş iken,⁸⁸ yeni sayılabilecek bir Yargıtay kararına göre⁸⁹ “düğün yapmama”nın, evlilik birliğini temelinden sarsan bir sebep olarak kabul edildiğini de buraya eklemek istiyoruz.

Bu başlık altında, Yargıtay'ın ortak hayatta çekilmezlik yaratan hallere dair verdiği kararlardan farklı içerik ve konu başlıklarına dair örnekleri buraya almaya çalışsak da, bu konuda bir tüketme ilkesinden söz edemeyeceğimiz açıktır⁹⁰.

4.3. Kusurun bir unsur olarak aranıp aranmayacağı meselesi ve Eski Medeni Kanun zamanındaki durum

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı olarak açılacak boşanma davalarında eşlerin kusur durumunun davaya etkisini incelerken, öncelikle, eski Medeni Kanun'un ilgili hükümlerini ve eski MK döneminde verilen Yargıtay kararlarının ne yönde olduğunu ve buna ilişkin değerlendirmeleri bu başlık altında ele alacağız. Daha sonra, Kanunda yapılan değişiklik ile yürürlükteki Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesindeki düzenlemeyi ve bu dönemlerde verilen Yargıtay kararlarının ne yönde şekillendiğini de ayrı başlıkta ele alarak değerlendireceğiz.

Eski Medeni Kanun'un konuyu düzenleyen 134/II hükmü, 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce şu şekilde idi: “eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnad ise, boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir”. Madde metninden anlaşıldığı kadarıyla, eski MK zamanında bu sebebe dayalı olarak dava açabilmenin şartı, kusursuz olmak ya da diğer eşe göre daha hafif kusurlu olmak idi. Eş deyişle, eşler arasında şiddetli geçimsizlik mevcut olsa bile, bunu yaratan ya da diğer eş açısından ortak hayatı kusuruyla sürdürülemez hale getiren eşin bu davayı açma hakkı bulunmamakta idi. Doktrinde, kusur sorununun hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulup tutulmayacağı meselesi, çok tartışmalı idi. Bu konuda Yargıtay tarafından da benimsenen birinci görüşteki yazarlar tarafından, hâkimin en önemli görevinin kusur araştırması yapmak, kusura ilişkin bütün hususları re'sen dikkate almak⁹¹ ve davacının tamamen kusurlu ya da daha fazla kusurlu⁹²

⁸⁸ Yargıtay 2. HD., T. 30. 3. 1965, E. 1051, K. 1699: “[...] evlilik birliği, nikah akdiyle tamamlanmış olur. Koca, düğün merasimi icrasına zorlanamaz [...]” (İnal, s. 332); ayrıca bkz., **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1164. Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., 5. 7. 1971, E. 4422, K. 4376 (**Kaçak**, s. 109); Yargıtay 2. HD., T. 17. 12. 1985, E. 10502, K. 10806 (**Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1164).

⁸⁹ Bkz., Yargıtay HGK., T. 21. 3. 2019, E. 2017/2-1931, K. 2019/340 (<http://karamercanhukuk.com>).

⁹⁰ Geçimsizlik sayılan hallere örnek olarak bu yönde verilmiş karar örnekleri için ayrıca bkz., **Erdem**, (Sabri), s. 187-198; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1116-1121, 1252-1298; **Köseoğlu/Kocaağa**, s. 53-99; **Anıl**, s. 234-250; **Yazıcı/Atasoy**, s. 265-331; **Velidedeoğlu**, s. 206-213; **Feyzioğlu**, s. 310-315. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olgular ile ilgili karar örnekleri için bkz., **Okumuş**, s. 69-75; **Toksöz**, s. 59-103; **Korkmaz**, s. 62-90; **Çelik**, s. 68-87; **Köseoğlu/Kocaağa**, s. 53-103; **Anıl**, s. 154 vd.

⁹¹ Esasen burada, maddi hukuka ilişkin savunma vasıtalarından olan itiraz kavramından söz edilmektedir. İtiraz, bir hakkın doğumuna engel olan veya hakkı sona erdiren olguları ileri sürmek olarak tanımlanmakta olup, itirazın özelliği, ilgilisi tarafından ileri sürülmemiş olsa bile, hâkimin bunu re'sen dikkate almasıdır (bkz., Mustafa **Dural/Suat Sarı**, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2018, s. 267; Kemal **Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk, 22. Bası, İstanbul 2016, s. 331, 332; Hüseyin **Hatemi**, Medeni Hukuka Giriş, 4. Bası, İstanbul 2010, s. 172; Rona **Serozan**, Medeni Hukuk Genel Bölüm, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2008, s. 278; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1184, 1185).

olduğunun tespiti halinde, karşı tarafın ileri sürmesine gerek olmadan (re'sen)⁹³ davayı reddetmek olduğu öne sürülmüştü. Bu görüşe göre, evlilik birliğinin temelinden sarsılması halinde boşanma sebebi kusura dayanmamakla beraber, geçimsizliğin doğumu kusura dayanıyorsa, dava hakkı, hiç kusuru olmayan ya da kusuru daha az olan eşe aitti. Aksi halde, hâkim açılan davayı kendiliğinden reddetmeliydi. Çünkü *kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemez (nemo audiatur propriam turpitudinem allegans)* kuralının özünü taşı-

⁹² Yargıtay HGK., T. 11. 3. 1964, E. 607/2, K. 197 sayılı kararına göre, “[...] taraflar arasındaki geçimsizlik, kocanın kusurlu davranışından ileri gelmektedir [...] Kusurlu tarafın boşanma davası açmağa hakkı olmadığından [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 278); Yargıtay HGK., T. 24. 3. 1969, E. 664, K. 200 sayılı kararında, davacının eşini yolda dövdüğü bir olayda geçimsizliğin davacıya daha çok isnad edilebilir olmasından ötürü, dava hakkının bulunmadığına karar vermiştir (Yazıcı/Atasoy, s. 266). Aynı yönde bkz., Yargıtay HGK., T. 17. 2. 1968, E. 271594, K. 89 sayılı kararına göre, davacının geçimsizliğe kendi haksız hareketleriyle, eşini dövmesi ve fena muamele etmesi sebebiyle, boşanmayı istemeye hakkı olmadığı belirtilmiştir (Yazıcı/Atasoy, s. 270). Yargıtay 2. HD., T. 9. 12. 1985; E. 10185, K. 10406; “Kimse kendi eylemine ve kusuruna dayanarak bir hak elde edemez. Olayda asılsız haberi çıkaran davacı kocadır. O halde kendi kusur ve eylemine istinad ederek boşanma davası açamaz.” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 8. 6. 1981, E. 2497, K. 4384: “[...] davacının daha çok kusurlu olduğu gerçekleştiği için davanın reddedilmesi sonucu bakımından doğru olup [...]” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 14. 11. 1969, E. 4847, K. 5132: “[...] kendi başına delil toplayan, gizlice ses bandı dolduran davacı, elbette geçimsizliği kendisi ihdas etmiş durumdur [...] bu şartlar altında, davacının geçimsizliğe dayanarak boşanma istemeye hakkı yoktur [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 289); Yargıtay 2. HD., T. 9.5. 1967, E. 2132, K. 2548: “[...] Davacı kocanın başka bir kadınla münasebet tesis ederek metres hayatı yaşaması ve Şamile adındaki bu kadından bir de çocuğunun dünyaya gelmesi yüzünden kusurlu olduğunda şüphe yoktur [...] kusurlu olan kocanın [...] dava hakkı olmayacağı [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 303). Daha az kusurlu eşin dava açma hakkının varlığı ile ilgili olarak bkz., Yargıtay 2. HD., T. 8. 6. 1981, E. 2497, K. 4384: “[...] Medeni Kanunda geçimsizlik sebebiyle boşanma davasında, kusur esaslı öngörülmemiştir. Ancak geçimsizliğin doğumu kusura dayandığı takdirde dava hakkı, kusuru olmayan veya daha az olanındır (MK. m. 134/2). Mahkemece bu kuralın uygulanmasında hata yapılmış ise de olayda davacının daha çok kusurlu olduğu gerçekleştiği için davanın reddedilmesi sonucu bakımından doğru olup [...]” (Kazancı). Boşanmaya sebep olan olaylarda daha çok kusurlu eşin boşanmayı istemeye hakkı olmadığı yönünde bkz., Yargıtay HGK., T. 27. 6. 1970, E. 114, K. 367; Yargıtay HGK., T. 26. 12. 1970, E. 942, K. 770; Yargıtay HGK., T. 9. 2. 1972, E. 365, K. 77; Yargıtay HGK., T. 8. 7. 1981, E. 200, K. 568; Yargıtay HGK., T. 5. 12. 1971, E. 303, K. 731 (Feyzioğlu, s. 310-314); Yargıtay 2. HD., T. 6. 11. 1975, E. 6689, K. 3465; Yargıtay HGK., T. 9. 12. 1964, E. 2/692, K. 705 (Tekinay, s. 186, 187); Yargıtay HGK., T. 6.1. 1965, E. 10/D-2, K.3 (Yazıcı/Atasoy, s. 278). Benzer yönde kararlar için bkz., Erdem, (Sabri), s. 210 vd.

⁹³ Dava açma hakkının kusursuz eşte olduğu ve karşı tarafın ileri sürmesine gerek olmadan hâkimin, kusurlu eşin açtığı davayı reddedeceği yönünde bkz., Akgün, s. 74; Tekinay, s. 193; Günensay, s. 82; Arsebük, s. 749, 750; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 104. Öztürk (s. 89’da), “kanun değişikliğinden önce resen dikkate alınacak olan kusur [...]” şeklindeki ifadesi ile, bu görüşte olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay’ın, 134. maddeye dayanılarak açılan davalarda hâkimin kusuru re’sen inceleyeceği (def’i değil itiraz niteliğinde olduğu) ve kusurun ya da daha fazla kusurun davacıda olduğuna kanaat getirirse derhal davayı reddetmesi gerektiği yönünde verdiği karar örnekleri için bkz., Yargıtay HGK., T. 13. 9. 1961, E. 2/63, K. 30; Yargıtay HGK., T. 9. 7. 1958, E. 2-50, K. 40; Yargıtay HGK., T. 27. 1. 1960, E. 2/5, K. 5; Yargıtay 2. HD., T. 4. 10. 1951, E. 6362, K. 6263 (Birsen, s. 320); Yargıtay HGK., T. 23. 1. 1963, E. 2/75, K. 7 (Tekinay, s. 186, 187). Örneğin bkz., Yargıtay HGK., T. 11. 9. 1963, E. 2/19, K. 66 sayılı kararında şöyle demektedir: “[...] zina gibi bir sebeple kusurlu bulunan davacının boşanma davası açmağa hakkı bulunmadığına [...]MK. 134. maddesinde öngörülen dava hakkına ilişkin şartlar Türk hukukunda, hâkim tarafından kendiliğinden gözönünde tutulacağından [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 281). Belirtmek gerekir ki, Eski Kanun zamanında itirazın hukuki niteliği üzerinde de tartışma vardı. Bu tartışmalar için bkz., Cansel, s. 85 vd.

yan⁹⁴ söz konusu MK m. 134/II hükmünün, bir kimsenin kendi kusuru ile sebep olduğu geçimsizliğe boşanma nedeni olarak başvurulmasını önleme yönündeki amacı, bu şekilde gerçekleşmiş olacaktır⁹⁵.

Örneğin, Yargıtay'ın 1982 tarihinde verdiği bir kararın ilgili kısmı: “Kocanın karısını dövdüğü anlaşılmış, buna karşı koca kendisi ile cinsel ilişkiye yanaşmadığı için karısını dövdüğünü bildirmiştir. Cinsel ilişki birliğin devamının temel unsurlarından biri ise de kadının yanaşmaması halinde dövülmesi için bir sebep olamaz. Tarafların belirlenen karşılıklı tutumları gözetildiği takdirde ortak hayatın çekilmez hal aldığı ve şiddetli bir geçimsizliğin varlığı kabul olunarak boşanmaya karar verilmesi gerekirken [...]” şeklinde olup, Yargıtay tarafından geçimsizliği kendi haksız eylemiyle yaratan kocanın boşanmayı istemeye hakkı olmadığı ileri sürülmüştür⁹⁶. 1986 yılında verilen bir kararın ilgili kısmı ise: “Eşlerin uzun süre ayrı yaşamaları başlı başına geçimsizlik sebebi sayılamaz. Davalının, davacının şeref ve haysiyetini rencide edici şekilde sözler söylediği ispatlanmadığı gibi aksine davacının başka bir kadınla ilişki içerisinde bulunduğu gerçekleşmiştir. Şu durumda davacı kusurlu olup dava açmak hakkı bulunmadığından davanın reddi zorunludur” şeklindedir⁹⁷.

Bu görüşü savunan yazarların bir diğer gerekçesine göre ise, uygulamada davacının hemen hemen eşinden bıkmış ve kusurlu olan koca olduğu, ekonomik açıdan güçsüz ve hayat tecrübesi de zayıf olan kadınlar açısından boşanmanın her bakımdan bir yıkım olduğu gerekçe gösterilerek, kadının kendisini korumasını beklemek yerine, mahkeme tarafından re'sen korunmasının ülke gerçeklerine daha uygun olduğu öne sürülmüş ve hükmün, “Yargıtayca uygulanış tarzı genel çizgileriyle kıvanç verici” olarak kabul edilmiştir⁹⁸.

Bu konudaki ikinci görüşe göre ise, söz konusu hüküm, lafzı itibariyle, daha fazla kusurlu olan eşin dava hakkı olmadığı şeklinde yorumlanabilse de ruhu itibariyle, burada bir davadan yasadışı hale bulunmamaktadır. Burada hükmün amacının, hiç kimsenin kendi yaptığı haksızlığa dayanarak hukuki menfaat temin etmesinin caiz olamayacağı yönündeki ilkeye dayandığı yinelenerek, boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olan eşin, kusursuz ya da daha az kusurlu olan diğer eşin rızasına aykırı olarak boşanma talebinde bulunamayacağı ifade edilmiş, ancak kusursuz eş, kendisini koruyan bu düzenlemeden istifade edip etmemekte serbest olduğu için, hâkimin, kusur isnadı yok ise davacının daha kusurlu olduğunu re'sen araştırmayacağı fikri savunulmuştur⁹⁹. Başka bir deyişle, kusurun dava hakkının varlığını ortadan kaldıran bir dava şartı olmadığını savunan bu görüşe göre, kusuru daha

⁹⁴ Cansel, s. 84.

⁹⁵ Köprülü/Kaneti, s. 176; Akgün, s. 74; Kaçak, s.50; Arsebük, s. 749.

⁹⁶ Yargıtay 2. HD., T. 3. 5. 1982, E. 1982/3427, K. 1982/3948 (Kazancı). Yargıtay HGK., T. 6. 1. 1965, E. 10/D-2, K. 3: “[...] Davacının karısına karşı açtığı boşanma davası şiddetli geçimsizlik sebebine dayanmaktadır. Medeni Yasanın 134/2 nci maddesi uyarınca müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesine yol açan geçimsizlikte daha fazla kusurlu olan tarafın dava açmağa hakkı yoktur [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 277, 278); aynı yönde bkz., Yargıtay HGK., T. 11. 3.1964, E. 607/2, K. 197 (Yazıcı/Atasoy, s. 278). Ayrıca bkz., Feyzioğlu, s. 318, 319; Tekinay, s. 184-188; Erdem, (Sabri), s. 210-215.

⁹⁷ Yargıtay HGK., T. 7. 3. 1986, E. 1984/2-586, K. 1986/207 (Kazancı).

⁹⁸ Ayiter, s. 173, 174.

⁹⁹ Velidedeoğlu, s. 185; Birsen, s. 329, 331; Egger, s. 183 vd.; Veldet, s. 268; Schwarz, s. 156; Saymen/Elbir, s. 257, 258; Akipek, s. 57, 58; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1186. Veldet (s. 268)'de, re'sen araştırma ilkesi kabul edilirse, kusur prensibinin geçerli olduğunu kabul etmenin gerekeceğini ifade etmiştir. Umar ise, burada kusurun dava temelini bir unsuru ya da itiraz olarak kabul edilmemesi ve re'sen dikkate alınmaması gerektiği görüşündedir (gerekçeler için bkz., Bilge Umar, “İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusurun Rolü”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 1, Sayı:1, Ocak 1967, s. 125 vd., <http://www.dergipark.org.tr>).

fazla olan ya da tamamen kusurlu olan eş de dava açabilecek, davalı tarafından bu durumun öne sürülmesi ve davacının kusurunun ispatlanması halinde ise, hâkim davayı reddedecektir.¹⁰⁰ Burada, kusurun, dava hakkını ortadan kaldırmayacağı *Velidedeoğlu* tarafından şu şekilde izah edilmiştir: “*kusursuzluğu davacının dava hakkının tahakkukunda bir şart saymamak lazımdır. Kusur, dava hakkını ortadan kaldırıcı bir sebep değil, ona engel olucu bir sebeptir*”¹⁰¹. O halde, bu ikinci görüşe göre, hâkimin kendiliğinden kusur araştırması yapmasına gerek olmayıp, ancak davalı tarafından (def’i yoluyla)¹⁰² ileri sürülürse araştırma ödevi gündeme gelecek; ileri sürülmezse de bu durum davanın devam etmesine engel olmayacaktır.¹⁰³ *Gürsoy*’un bu konudaki açıklaması ise şu yönde olmuştur: “*Boşanma hukukunda buhran adıyla anılan bu durumun esas nedeni, Medeni Kanununumuzun şiddetli geçimsizliğe ilişkin bulunan 134/II hükmününün Yargıtayımız tarafından çok dar bir yoruma tabi tutulması ve kusurlu veya kusuru daha fazla olan eşe hiç bir surette dâva hakkının tanınmaması ve kusursuz olmanın dâvanın şartlarından olması ve bu cihetin de hâkim tarafından resen nazarı itibara alınması yolundaki içtihadıdır. Oysa, İsviçre Federal Mahkeme içtihatlarına göre şiddetli geçimsizlikte kusur bir itiraz sebebi değil, binaenaleyh hâkim tarafından resen nazarı itibara alınmaz, bir def’i sebebidir; ancak onu davalı defan ileri sürebilir*”¹⁰⁴. Aynı görüşü paylaşan *Yalçınkaya/Kaleli* ise: “*Evlilik bağının onarılmaz biçimde sarsılması yerine eşlerden hangisinin daha kusurlu olduğunun araştırılması ve sonucuna göre hüküm kurulması, çağdaş hukuk anlayışında genel boşanma nedeninde göz önünde tutulmayan bir husustur. Kanımızca, evliliğin amacı hiçbir zaman kusurlu eş cezalandırmak ya da kusursuz eş ödüllendirmek olmamalıdır. Önemli olan sağlam ve sağlıklı bir evliliğin kurulması, mutlu ve huzurlu bir şekilde devamının sağlanmasıdır. Eğer bir evlilik amacına ve anlamına uygun bir görünüm göstermiyorsa, evlilik bağı sarsılmış, ortak yaşam çökmüş, düzen bozulmuş ve eşler bütün umutlarını yitirmişlerse, kusurun eşlerden birinde ya da öbüründe olması neyi ve nasıl değiştirecektir? Herşeyden önemlisi, kusurlu eşe dava hakkının tanınmaması, bu çöküşü nasıl ve ne ölçüde önleyebilecektir?*”¹⁰⁵ şeklinde bu konudaki görüşünü ifade etmiştir. *Cansel* ise, daha fazla kusurlu eşin açtığı davanın reddedilmesiyle, bu eşin pişman olup evlilik hayatını sorunsuz olarak devam etmek için çabalamasının beklenmemesi gerektiğini, hatta bunun aksine, mevcut ailesi ile ilişkisini tamamen kesip, eşini ve varsa çocuklarını yüzüstü bırakarak, başkaları ile evlilik dışı hayat sürmeye başlamasının ya da

¹⁰⁰ *Velidedeoğlu*, s. 186, 187; *Yalçınkaya/Kaleli*, s. 1186.

¹⁰¹ *Velidedeoğlu*, s. 185, 186.

¹⁰² Maddi hukuka ilişkin bir savunma vasıtası olan def’i, davalının dava konusu talebi yerine getirmekten kaçınmasına imkân veren bir hakkının bulunduğu anlamına gelmekte olup, def’ilerin mutlaka davalı tarafından açıkça ileri sürülmeleri şarttır (def’i kavramı ile ilgili olarak bkz., *Dural/Sarı*, s. 268; *Oğuzman/Barlas*, s. 333, 334; *Hatemi*, s. 173; Erhan *Adal*, Hukukun Temel İlkeleri, Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul 2011, s. 781, 782; *Serozan*, s. 278; *Yalçınkaya/Kaleli*, s. 1184, 1185, geniş bilgi için bkz., Tuğçe *Tekben*, “Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Def’iler”, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2010).

¹⁰³ *Veldet*, s. 268; *Saymen/Elbir*, s. 258; *Schwarz*, s. 156. Davalının, davacının kendisinden daha kusurlu olduğunu def’i yoluyla ileri sürebileceği konusunda bkz., *Birsen*, s. 329; *Akıpek*, s. 57, 58; *Velidedeoğlu*, s. 185. *Schwarz* (s. 156) da, hükmün açık bir ifade tarzı olmasa da, daha çok kusurlu olanın da dava açabileceğini ve bu durumun davanın düşme sebebi olmadığını; ancak diğer tarafın geçimsizliğin daha çok davacıya isnat edilebileceğini ileri sürmesinin mümkün olduğunu ve bunun da re’sen nazara alınmayacağını, def’i sayılması gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁰⁴ *Gürsoy*, s. 35. *Gürsoy*, (s. 36’ da ise), bu Yargıtay uygulaması ile ilgili olarak “[...] kusurlu eş zararına, haksız sonuçlar doğurur bir nitelik arzemiş ve aralarında hiçbir hissi ve fiili hayat birliği olmadığı halde, kadavra halinde olan evliliklerin devam etmesine ve bunun sebep olduğu diğer sonuçların doğmasına yol açmıştır [...]” şeklinde görüş bildirmiştir.

¹⁰⁵ *Yalçınkaya/Kaleli*, s. 1183.

halihazırdaki bu tür bir ilişkiye devam etmesinin beklenebilir olduğunu ifade ederek, artık bu durumun ne eşlere, ne çocuklara ne de topluma faydası olmayacağı ve söz konusu kuralın tekrar gözden geçirilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁶. Bize göre de, özellikle davalının da boşanmak istediği hallerde, bu sonucu tekrar dava açma külfetine katlanmadan kısa sürede elde edebilmesi, bu ikinci görüşün sağlamış olduğu pratik bir sonuç olarak kabul edilmelidir. Gerçekten de burada davalı kendisi de istiyorsa, sessiz kalma yoluyla istediği boşanma sonucunu elde edebileceği için, aslında davacının kendi kusur ve eylemine dayanarak hak elde etmesi kuralı uygulama alanı bulmamakta ve ayrıca davacının böyle bir hak elde etmesine engel olmak da, aslında kusursuz davalının kararına bırakılmış gözükmektedir¹⁰⁷.

Bu bağlamda doktrinde, söz konusu maddede kusur ya da kabahat yerine, *kabili isnad olma* ifadesinin yer almasına da dikkat çekildiğini görmekteyiz¹⁰⁸. İsnad kavramı, sözlüklerde “*dayandırma, yükleme, birisi için, bir şeyi yaptı demek, iftira etmek*”¹⁰⁹, “*üstüne atma, yükleme*”¹¹⁰ vb. biçimlerde tanımlanmıştır. Gerçekten de, boşanma sebebi olarak eşlerden birine yükletilebilecek, dayandırılabilir veya atfedilebilecek olan bir davranış ya da bir olgunun, mutlaka o eşin kusurlu olmasına bağlı olmadığı; bir eşin kusurunun, geçimsizlik ve çekilmezlik yaratabilecek tek sebep olmadığı açıktır. Bize göre de kusur, aslında bu davanın unsurlarından biri değildir. Ancak Kanuna göre kusur, boşanma davasının reddine yol açabilecek kadar etkili olmaktadır. Bu durum, Yargıtay uygulamasında, şiddetli geçimsizliğe ya da evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davalarında, temelden sarsılma ve kusur prensibinin beraber uygulandığını ve kusurun gizli bir unsur (şart) haline getirildiğini göstermektedir¹¹¹. Esasen, birinci görüşün ve Yargıtay’ın hükmü uygulama tarzının tercih edilmesi halinde, bu genel boşanma sebebine artık evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibi yerine, kusur prensibinin yön verdiğini söylemek hatalı olmayacaktır¹¹². Zira her ne kadar bu durum, kanunun sözüne uygun olsa da, boşanma kavramına kusur prensibinin, temelden sarsılma prensibi ile farklı açılardan yaklaşması ve temelden sarsılmanın ya da ortak hayatın çekilmez hale gelmesinin eşlerin kusuru olmadan da gerçekleşebilmesi nedeniyle¹¹³, taraf menfaatlerine ve kanunun ruhuna uygun olan¹¹⁴ ikinci yorumu kabul etmenin daha isabetli olduğu düşüncesindeyiz.

Yargıtay uygulamasında, iki tarafın da ortak hayatı çekilmez hale getirmekte eşit kusurunun bulunduğu hallerde ise, her iki eşin de dava açabilmesinin kabul edildiğini görmek-

¹⁰⁶ Cansel, s. 89.

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz., **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1187.

¹⁰⁸ **Saymen/Elbir**, s. 258. Ayrıca bkz., **Umar** (s. 122, 123’ de), meseleye benzer bir açıdan yaklaşmakta olup, maddedeki “*kabili isnad olma*” durumunun mutlaka kusur tarzında tecelli etmesinin şart olmadığını belirtmiştir. Örneğin, eşlerden birinin cinsi iktidarsızlığı nedeniyle ortak hayatın devamı imkânsız hale gelmiş ise ve cinsi iktidarsız olan eş boşanma davasını açmışsa, söz konusu ikinci fıkranın unsurları gerçekleşmiş olacaktır. Yazara göre, olayda davacı eşin kusuru söz konusu olmadığı için, burada kusur meselesinden çok kabili isnad olma meselesinin mevcudiyeti kabul edilmelidir.

¹⁰⁹ Bkz., <https://www.luggat.com/isnad/1/1>.

¹¹⁰ **Uslu**, s. 155.

¹¹¹ Bu konuda bkz., **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1182, 1183.

¹¹² Davalının belki yargılamaya bile katılmadığı hallerde, mahkemenin katı bir şekilde kusuru re’sen inceleme uygulaması ile gerçekleşmesi ise, aslında mahkemeyi, teorik bir düzenlemeyi değiştirme yetkisi ile donatmak anlamına geldiği için sakıncalıdır. Bu konuda bkz., **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1188.

¹¹³ Bkz., dn. 53’e ait paragraf.

¹¹⁴ **Velidedeoğlu**, s. 186.

teyiz¹¹⁵. Doktrinde de, eşit kusurun bulunduğu hallerde, bu davanın açılmasına bir engel olmadığı ve def'i imkânından söz edilemeyeceği¹¹⁶; keza, her iki eşin de kusursuz olduğu ve ortada ortak hayatı çekilmez kılan bir geçimsizliğin bulunduğu hallerde de, yine her iki eşin dava hakkının bulunduğu¹¹⁷ kabul edilmiş ve söz konusu hükmün, kusur değil, temelden sarsılma prensibi çerçevesinde anlaşılması gerektiği de isabetli olarak ileri sürülmüştür¹¹⁸.

4.4. Eski Medeni Kanunda 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ve Yeni Medeni Kanun'daki düzenleme çerçevesinde eşlerin kusur durumunun bir unsur sayılıp sayılmayacağı meselesi

3444 sayılı Kanun ile Medeni Kanun'un 134. maddesinde anlamlı bir değişiklik yapılmış olduğunu daha önce ifade etmiştik¹¹⁹. Başlık ve ilk fıkradaki düzenlemenin dışında, değişikliğin, maddenin ikinci fıkrası bakımından da söz konusu olduğunu eklemek gerekir. Değişiklik sonrasında ilgili düzenleme: “*Evlilik birliği, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.- Yukarıdaki fıkra da belirtilen hallerde, davacının kusuru daha ağır ise davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir*” haline gelmiştir.

Söz konusu değişikliğe ilişkin, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısının¹²⁰ Genel Gereke kısmında yer alan ifadeler

¹¹⁵ Bkz., Yargıtay 2. HD., T. 8. 6. 1967, E. 3331, K. 3199: “[...] Tarafların birbirlerinden ayrı yaşadıkları ve davacının başka bir erkekle, davalının da başka bir kadınla münasebet tesis eyledikleri ve bu durum karşısında iki tarafın da aynı derecede kusurlu oldukları anlaşılmıştır. Bu durum karşısında taraflar arasındaki bağın fiilen kopmuş olduğu ve artık böyle bir aileden toplum içinde fayda düşünülmemeyeceğinden [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 302); Yargıtay HGK., T. 30. 11. 1960, E. 2/49, K. 58: “[...] Geçimsizlik yaratmakta karı ve kocanın aynı derecede kabahatli olmaları halinde eşlerin boşanmalarına karar verilebilir [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 283). Kusur eşitse her iki eşin de dava açabileceği yönünde ayrıca bkz., Yargıtay HGK., T. 17. 2. 1960, E. 12, K. 11; Yargıtay HGK., T. 14. 10. 1964, E. 777, K. 620; Yargıtay HGK., T. 18. 10. 1972, E. 1969/2, K. 847; Yargıtay 2. HD., T. 24. 6. 1971, E. 4098, K. 4103; Yargıtay HGK., T. 8. 1. 1969, E. 1967/2, K. 703/730 (Öztaş, s. 405 vd.). Yargıtay 2. HD., T. 8. 6. 1967, E. 3331, K. 3199; Yargıtay 2. HD., T. 26. 4. 1983, E. 3686, K. 3764 (FeYZioğlu, s. 319, 320); Yargıtay HGK., T. 14. 10. 1964, E. 777/D-2, K. 620 (Yazıcı/Atasoy, s. 278). Benzer kararlar için bkz., Erdem, (Sabri), s. 198 vd. Kusur konusunda Yargıtay'ın belirlediği ilkeler ve temel kurullarla ilgili olarak ayrıca bkz., Yalçınkaya/Kaleli, s. 1195 vd.

¹¹⁶ Akgün, s. 76; Köprülü/Kaneti, s. 177; Arsebük, s. 750.

¹¹⁷ Egger, s. 184; Akgün, s. 75, 76; Arsebük, s. 750; Ayiter, s. 171 vd. Yargıtay HGK., T. 20. 1. 1965, E. 515/D-2, K. 40 sayılı kararına göre: “[...] şiddetli geçimsizlik sebebine dayanan boşanma davasında, her iki tarafın kusursuz olması halinde dahi boşanma kararı verilebilir[...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 277). Ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., T. 2. 5. 1952, E. 3013, K. 2681: “[...] Davalıda mevcut ademi iktidar sebebiyle boşanmaya karar verilmesinde bir yolsuzluk yoksa da, geçimsizliğin davalının elinde olmayan bir sebepten ileri gelmiş olması karşısında [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 331).

¹¹⁸ FeYZioğlu, s. 307 vd.; Velidedeoğlu, s. 185. Hukuk dünyasını ikiye bölen ve üzerinde titize düşünlmesi gereken bu durumdan sonra, boşanma hukukunda bazı yeniliklerin yapılması fikri gündeme gelmiş olup, daha sonra yapılan çalışmalarda, düzenlenen seminer ve konferanslarda maddenin sakinçali olduğuna dair getirilen eleştiriler kadar, maddenin değiştirilmesine şiddetle karşı çıkanlar da olmuştur. Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz., Gürsoy, s. 36 vd.

¹¹⁹ Bkz., dn. 22, 23.

¹²⁰ TBMM, Dönem 18, Yasama Yılı: 1, S. Sayısı: 25, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanununun 49 ncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun

şu şekildedir: “Türk Kanunu Medenîsinin geçimsizlik «imtizaşsızlık» sebebiyle boşanma hükümleri toplumumuzu en çok meşgul eden konular arasında olup, bir eşin kendi kusuru ile evlilik birliğini sarsmış olmasına rağmen geçimsizliğe dayanarak boşanma davası açamaması ve eşlerin boşanma için anlaşmış olmalarının boşanma kararı verilmesi için yeterli sayılmaması sebebiyle evlilik birliğini temelden sarsan olayların vukuuna rağmen boşanma kararı verilememesi eşleri müşkül durumda bırakmakta, eşler füilen ayrı yaşamakta, evlilik sadece hukuken devam etmektedir. İşte bu iki sebebe işlerlik kazandırabilmek için yeni düzenleme ile, belli şartların tahakkuku halinde; daha ziyade kusurlu eşe de boşanma davası açma hakkı tanınmış ve kendi aralarında anlaşarak karar vermiş kimselere de bu imkân sağlanmıştır [...]”

Tasarıda söz konusu 134. maddeye ait olan değişikliğin gerekçesinin ilgili kısmı ise, şu şekildedir: “[...]134'üncü maddenin birinci fıkrasında yer alan 'Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise, boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir.' hükmünün kati bir tarzda uygulanması şikayetlerin odak noktasını teşkil etmektedir. Tasarıda aile müessesesini zayıflatmayacak fakat devamında fayda bulunmayan evliliklerde de sırf davacı daha fazla kusurludur diye boşanmayı engellemeyecek bir çözüme yer verilmiştir. Evvela herhangi bir kusur şartı aranmaksızın evlilik birliğini temelden sarsan geçimsizliğin boşanma sebebi teşkil edeceği temel kural olarak birinci fıkrada kabul edildikten sonra ikinci fıkrada evlilik birliğini temelden sarsacak boşanma sebebi teşkil eden olaylarda davacının daha fazla kusurlu olması halinde davalının boşanmaya itiraz edebileceği belirtilmiştir. Şayet evliliğin devamında davalı eş ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir menfaat kalmamışsa, daha genel bir ifadeyle davalının boşanmamakta direnmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise, itiraz etkisini kaybedecek ve davacı daha fazla kusurlu olmasına rağmen hâkim boşanmaya karar verebilecektir [...]”¹²¹.

Söz konusu hükmün 3444 sayılı Kanunla değiştirilmiş hali, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren mevcut Medeni Kanunumuz açısından da aynen benimsenmiş olup, konuyu düzenleyen TMK m. 166/II hükmü şu şekildedir: “Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir.”

Söz konusu yeni düzenleme uyarınca, bu boşanma sebebinde kusur prensibinin geçerli olup olmadığına ilişkin belirsizlik ortadan kalkmış ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda kusurlu olan eşe de dava açma hakkı tanınmıştır¹²². Du-

Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c010/tbmm18010064ss0025.pdf>.

¹²¹ Bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c010/tbmm18010064ss0025.pdf> (Erişim Tarihi: 16.03.2020).

¹²² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 266; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 119, 121; Öztan, s. 413; Kılıçoğlu, s. 139; Anıl, s. 40; Kara, s. 72; Avcı, s. 53; Okumuş, s. 116, 117; Ceylan, s. 320; Koç, s. 8, 35, 38; Öztürk, s. 87; Kaçak, s. 50, 51; Öztan, (makale), s. 721; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 998, 1002; Burcuoğlu, (Gözlemler), s. 4; Tutumlu, s. 267; Gençcan, s. 229; Ergün, (Armağan), s. 453. Yargıtay 2. HD., T. 16. 12. 2015, E. 9589, K. 24193: “[...]davacı erkeğin davası yönünden Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesi koşullarının oluştuğu, olayların akışı karşısında davacı-davalı erkeğin de dava açmakta haklı olduğu[...]” (Kazanıcı); Yargıtay 2. HD., T. 16. 12. 2015, E. 9575, K. 24185: “[...]Yapılan yargılama ve toplanan delillerle, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davacı-davalı erkeğin eşine birden fazla kez fiziksel şiddet uyguladığı, hakaret ettiği, davalı-davacı kadının da eşine sürekli olarak “sen çürüksün, ben sağlamım, bana bakamazsın, ben sana bakmam, siz fakirsiniz, biz zenginiz” diyerek aşağıladığı davalı-davacı kadının da az da olsa kusurlu

rum böyle olmakla beraber, söz konusu hükümde, boşanma davası açan eşin, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında diğer eşten daha fazla kusurlu olduğu hallerde, diğer eş, dava-ya karşı çıkmak düşüncesinde ise, ona da davayı reddettirme hakkı tanınmıştır¹²³.

Hükümde yapılan bu değişikliğe rağmen, doktrinde ve Yargıtay kararlarında ise, söz konusu hükmün uygulanmasına ilişkin olarak, eski Medeni Kanun'un yürürlüğü zamanında mevcut olan görüşler, halen varlığını sürdürmektedir. Kusurlu eşin dava açma hakkı olmadığı temelinde şekillenen görüşlerden biri, hükümde ifadesini bulan davalı eşin sahip olduğu "itiraz hakkı"nın, gerçek anlamda bir itiraz olarak kabul edilmesi ve hâkimin ilk önce ve kendiliğinden kusur araştırması yapması gerektiği yönündedir. Söz konusu görüş uyarınca, davacının kusurunun davalıdan daha fazla olması boşanmayı talep etmesine engel olmayıp, bu kanaate varılırsa davalının TMK m. 166 uyarınca bu davayı reddettirmesi mümkün olacaktır. Aksi halde, boşanmaya karar verilecektir. Bu görüşe göre, evliliğin çekilmez bir hal almasında davacı eş tamamen kusurlu olup, davalı eşin hiç kusuru bulunmuyorsa, tamamen kusurlu olan eşin dava açma hakkı bulunmadığı için, bu hususu re'sen araştırmakla yükümlü olan hâkimin bu nedenle bu davayı reddetmesi gerekmektedir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, bu durumun gerekçesi olarak, hukukun genel ilkelerinin, hiç kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak elde etmesine izin verecek şekilde yorumlanmaması gerektiği gösterilmektedir¹²⁴. Konuya ilişkin olarak bazı Yargıtay kararlarının ilgili kısımlarını

olduğu, erkeğin boşanma davası yönünden Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesi koşulları oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı-davalı erkek de dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, davacı-davalı erkeğin davasının da kabulü ile boşanmaya (TMK.md.166/2) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile erkeğin davasının reddi doğru bulunmamıştır [...].” (Karararama).

¹²³ Erdem, s. 131; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 266 vd.; Velidedeoğlu, s. 185; Öztan, s. 413; Kılıçoğlu, s. 139; Köseoğlu/Kocaağa, s. 51; Anıl, s. 40; Gençcan, s. 235, 236; Avcı, s. 55, 61, 62; Cansel, s. 84, 85; Yılmaz, s. 152; Davacının kusuru davalıdan fazla ise, davalının buna itiraz etme hakkı olduğu yönünde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 23.10.1990, E. 7962, K. 5801 (Kazancı). Yargıtay 2. HD., T. 1. 3. 1995, E. 1550, K. 2498; Yargıtay 2. HD., T. 12. 11. 1997, E. 10551, K. 1223: “[...] Toplanan delillerden davacı kocanın alkol alıp eve bakmadığı davalı kadının ise evi çok pis tuttuğu evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında her ikisinin de kusurlu olduğu mahkemesinin de kabulü veçhile kusurun ağırlığının davacı kocada bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak Davalı kadın boşanmaya karşı çıkmamış, Medeni Kanunun 134/2. maddesi şartları oluşmuştur. Bu sebeple boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın reddi doğru görülmemiştir [...].” (Kazancı).

¹²⁴ Özüğür, s. 183, 187, 388; Korkmaz, s. 94; Anıl, s. 42 vd, 130, 131, 134; Kaçak, s. 51; Ateş, s. 743, 744; Kılıç, s. 45-49. Tekinay (s. 189)'da, hâkimin, kusur araştırmasını kendiliğinden dikkate alması gerektiğini ve davacının daha fazla kusurlu olması halinde davayı reddetmesi gerektiğini ileri sürmüş ve burada bir def'i değil, itirazın söz konusu olduğunu belirtmiştir. İtiraz olarak hükümde açıkça belirtildiği yönünde bkz., Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 1002. Örneğin, Yargıtay 2. HD., T. 12. 11. 1997, E. 10551, K. 12223: “[...] Davacının güven sarsıcı davranışta bulunduğu davalının gece geç saatlerde davacıyı sigara almaya gönderdiği çocuğunun hastalığı ile ilgilenmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda az da olsa davalıyı da kusurlu kabul etmek gerektiği gibi boşanmaya da karşı çıkmadığından Medeni Kanunun 134/2.maddesi koşulları oluşmakla boşanmaya karar verilmek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir [...].” şeklinde karar vermiştir. (Kazancı). Bu doğrultuda verilen kararlar için bkz., Yargıtay HGK., T. 17. 6. 2015, E. 2-32, K. 1655; Yargıtay 2. HD., T. 21. 12. 2016, E. 21945, K. 16305; Yargıtay 2. HD., T. 1. 11. 2016, E. 18877, K. 14307; Yargıtay 2. HD., T. 24. 10. 2016, E. 3855, K. 13997; Yargıtay 2. HD., T. 17. 10. 2016, E. 17889, K. 13836; Yargıtay 2. HD., T. 27. 6. 2016, E. 19658, K. 12360 (Hasan Özkan,

buraya aynen alarak, yüksek mahkemenin ifadeleri ve öne sürdüğü gerekçeleri ile söz konusu görüşü irdelleyeceğiz.

Örneğin, Yargıtay'ın 1989 yılında verilen bir kararda yer alan ifadeler: “[...] Medeni Kanununun 3444 sayılı kanunla değişik 134/1. maddesi uyarınca boşanmaya karar verilebilmesi için evlilik birliğinin müşterek hayatı sürdürmeleri beklenemeyecek derecede temelinden sarsılması yeterli olmayıp söz konusu sarsılma da hangi oranda (ağırlıkta) olursa olsun, eşlerin müşterek kusurlarının varlığının gerçekleşmesi gerekmektedir.[...] Başka bir ifade ile evlilik birliği sadece davacının kusurlu eylem ve davranışları sebebiyle temelinden sarsılmış ise açılan davanın reddi zorunludur. Olayımızda davalı kadına afi mümkün herhangi bir kusurlu eylem ve davranış ispatlanmamış olmasına göre Medeni Kanununun 134/2. maddesinin gözönünde tutulması ve buna göre boşanmaya karar verilmesi mümkün değildir. Öyle ise isteğin reddedilmesi gerekirken yazılı şekilde boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır”¹²⁵ şeklindedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) tarafından 1991 tarihinde verilen bir karara göre de: “[...] Öyle ise, Medeni Kanununun 134. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen ya da hiç kusursuz olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber boşanmaya karar verilmesi için davalının çok az dahi olsa belli bir kusurunun varlığı ve bunun ispatlanması kaçınılmazdır. Olayımızda ise vuku bulan vakialara göre artık evlilik birliğinin devamı eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, ancak 5 aydan ibaret kalan evlilik süresinde davalıya afi mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir [...]”¹²⁶. Yargıtay'ın 1993 yılında verdiği bir kararda da, şu ifadeler yer almaktadır: “[...] M.K.'nun 134. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen, ya da kısmen kusursuz olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için, davalının çok az dahi olsa belli bir kusurunun varlığı ve bunun ispatlanması kaçınılmazdır [...]” şeklindeki ifadelerinden anlaşıldığı kadarıyla, yine aynı doğrultuda hüküm tesis ettiğini söylemek mümkündür¹²⁷. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın bu görüşünü, 1990¹²⁸, 1992¹²⁹, 1994¹³⁰, 1995¹³¹, 1996¹³² ve 1997¹³³ yıllarında verdiği kararlarda da görmekteyiz.

Açıklamalı- İçtihatlı- Örnekli Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Aile Hukuku-I, 2. Cilt, İstanbul 2017, s. 1058 vd.)

¹²⁵ Yargıtay 2. HD., T. 21. 12. 1989, E. 9160, K. 10758 (HukukTürk).

¹²⁶ Yargıtay HGK., T. 25. 12. 1991, E. 1991/2-543, K. 1991/663 (HukukTürk).

¹²⁷ Yargıtay 2. HD., T. 9. 6. 1993, E. 2-115, K. 437 (Kazancı); Yargıtay HGK., T. 9. 6. 1993, E.1993/2-115, K.1993/437 (Kazancı); Yargıtay HGK., T. 5. 5. 1993, E. 2-61, K. 193 (Kazancı).

¹²⁸ Yargıtay 2. HD., T. 29. 01. 1990, E. 10120, K. 476: “[...] Olayımızda ise mevcut olaylara göre evlilik birliğinin devamı eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlardan kaynaklanmış olup davalıya afi mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenlerle isteğin reddine karar verilmesi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır [...]” (HukukTürk).

¹²⁹ Yargıtay HGK., T. 18. 3. 1992, E. 2-65, K. 189: “[...] Boşanmaya karar verilebilmesi için davalı tarafın çok az dahi bir kusur olması gerekir. Olayımızda ise vuku bulan vakialara göre evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılmasının tamamen davacının başka bir kadınla birleşip birlikte yaşamaya başlaması ve davalı karısı ile evini ihmal etmesine varan tutum ve davranışlarından kaynaklandığı duraksanmayacak biçimde anlaşılmıştır. Davalıya afi mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir [...]” (Kazancı).

¹³⁰ Yargıtay HGK., T. 6. 7. 1994, E. 2-192, K. 491: “[...] Olayımızda ise; vuku bulan vakialara göre evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılmasının, tamamen

Aynı şekilde, 1998¹³⁴, 1999¹³⁵, 2000¹³⁶ ve 2001¹³⁷ yıllarında verilen kararları incelediğimiz zaman, Yargıtay'ın kusurun re'sen dikkate alınması gerektiği yönündeki görüşü devam ettirdiğini görmekteyiz.

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra verilen kararları incelediğimiz zaman da, bu durumun değişmediğini ifade etmemiz gerekir. Örneğin, 2002 yılında verilen bir kararda: "*davacı koca eşini dövmüş, buna karşılık, kadından kaynaklanan evlilik birliğini temelinden sarsan herhangi bir maddi hadisenin varlığı ispat edilememiştir. Mev-*

davacının başka kadınla birleşip birlikte yaşamaya başlaması ve davalı karısı ile evini ihmal etmesine varan tutum ve davranışlarından kaynaklandığı duraksanmayacak biçimde anlaşılmuştur. Davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir [...]." (Kazancı).

¹³¹ Yargıtay 2. HD., T. 03. 10. 1995, E. 7117, K. 9764: "[...]3444 sayılı yasa ile değişik Medeni Kanunun madde 134 ile kusur esaslı terk edilmiş, boşanmada köklü sarsılma esaslı ön plana alınmıştır. Evliliğin temelden sarsılması çeşitli sebeplerle oluşur. Eşlerden birinin kusuru ile veya her ikisinin ortak kusuruyla oluşabileceği gibi eşlerin kusuru olmadan da oluşabilir. Ancak tam kusurlu eş, kendi kusuru ile yarattığı olaylara dayanarak boşanma elde edemez [...]." (Kazancı).

¹³² Yargıtay 2. HD., T. 6. 11. 1996, E. 10493, K. 11353; Yargıtay 2. HD., T. 23. 9. 1996, E. 8650, K. 8969; Yargıtay 2. HD., T. 6. 6. 1996, E. 5244, K. 6164; Yargıtay 2. HD., T. 25. 4. 1996, E. 3832, K. 4609 (kararlar için bkz., Talih Uyar, Türk Medeni Kanunu, Cilt I, Aile Hukuku (MK. 118-449), Ankara, s. 889).

¹³³ Yargıtay 2. HD., T. 25. 9. 1997, E. 7788, K. 9587; Yargıtay 2. HD., T. 28. 5. 1997, E. 2-188, K. 465; Yargıtay 2. HD., T. 16. 4. 1997, E. 2-92, K. 341; Yargıtay HGK., T. 26. 3. 1997, E. 1996/2-960, K. 252; Yargıtay HGK., T. 4. 6. 1997, E. 2-263, K. 491 (kararlar için bkz., Uyar, s. 889).

¹³⁴ Yargıtay 2. HD., T. 26. 11. 1998, E. 11021, K. 12731: "[...] Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılmaması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken, yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Ancak, boşanma hükmü temyiz edilmediğinden bu yön bozma nedeni yapılmamış, yanlışlığa işaret edilmekte yetinilmiştir [...]." (Kazancı).

¹³⁵ Yargıtay 2. HD., T. 7. 6. 1999, E. 4880, K. 6386: "[...] Öyle ise Medeni Kanun'un 134. maddesi'ne göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır [...]. Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılmaması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır [...]." (Kazancı).

¹³⁶ Yargıtay 2. HD., T. 2. 5. 2000, E. 5549, K. 5668: "[...] Bundan sonra da kapının kilidini değiştirecek davalının eve girmesini ve evlilik birliğinin devamını önlediğine göre davacı tam kusurludur [...]. Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılmaması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır [...]." (Kazancı).

¹³⁷ Yargıtay 2. HD., T. 29. 5. 2001, E. 4645, K. 8378: "[...] Koca başka bir kadınla ilişki içinde olup kadının bir kusuru yoktur[...] Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılmaması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Ancak kadının boşanma ve müteferri istekleri hakkında temyizi olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır [...]." (Kazancı).

cut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki; bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir [...]”¹³⁸ ifadeleri yer almaktadır. Yargıtay’ın 2003 yılında verdiği bir kararın ilgili kısmı ise şu şekildedir: “[...]öyle ise Medeni Kanununun 134. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır[...]”¹³⁹; 2004 yılında verilen bir karardan ilgili kısım ise şu şekildedir: “[...]boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusuru bulunan tarafın dahi dava açma hakkı vardır. Ancak boşanmaya karar verilebilmesi için az da olsa davalının kusurunun varlığı ve bunun saptanması kaçınılmazdır. Somut olayda, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki, davalının hiçbir kusuru yoktur. Bu durum karşısında boşanma davasının reddi gerekir”¹⁴⁰. 2005¹⁴¹, 2006¹⁴², 2007¹⁴³ 2008¹⁴⁴ ve 2009¹⁴⁵ yıllarında verilen kararlarda da bu görüş değişmemiş olup, Yargıtay, ilgili maddeyi ne şekilde yorumladığını ise şu şekilde açıklamıştır: “[...] Türk Medeni Kanununun 166. maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan gene böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonrada [sonra da] mademki [madem ki] birlik artık sarsılmış diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Öyle ise Türk Medeni Kanununun 166.maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz yada [ya da] az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar

¹³⁸ Yargıtay 2. HD., T. 17. 6. 2002, E. 7406, K. 8134 (Anıl, s. 207). Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 28. 3. 2002, E. 2000/3608, K. 2002/4366 (Çakın, s. 41 vd).

¹³⁹ Yargıtay 2. HD., T. 20. 02. 2003, E. 790, K. 2135 (Kazancı). Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 25. 9. 2003; E. 2003/11008; K. 2003/12179 (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 9. 7.2003, E. 8660, K. 10487 (Çakın, s. 41 vd.); Yargıtay HGK., T. 6. 3. 2003, E. 1914, K. 3063 (Kaçak, s. 52, 53); Yargıtay 2. HD., T. 16. 9. 2003, E. 7576, K. 11347 (Kaçak, s. 53, 54).

¹⁴⁰ Yargıtay 2. HD., T. 08. 04. 2004, E. 3334, K. 4527. Aynı yönde bkz., Yargıtay HGK., T.16. 6. 2004, E. 2004/2-363; 2004/359 (Kazancı).

¹⁴¹ Yargıtay 2. HD., T. 14. 12. 2005, E. 2005/14742, K. 2005/17521 (Kazancı).

¹⁴² Yargıtay 2. HD., T. 26. 01. 2006, E. 15907, K. 377 (Legalbank).

¹⁴³ Yargıtay 2. HD., T. 2. 10. 2007, E. 2006/18714, K. 2007/13094 (Kazancı).

¹⁴⁴ Yargıtay 2. HD., T. 18. 12. 2008, E. 2007/18453, K. 2008/17296 (Kazancı).

¹⁴⁵ Yargıtay 2. HD., T. 13. 05. 2009, E. 156, K. 194 (Kazancı). Söz konusu kararlarda, genel olarak, Yargıtay, gerekçesini: “[...] TMK’nın 166. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması eş ve çocuklar için korumaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır [...] Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır [...]” şeklinde ifade etmiştir.

verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır [...]”¹⁴⁶.

Konuya ilişkin olarak, Yargıtay’ın 2010¹⁴⁷, 2011¹⁴⁸, 2012¹⁴⁹, 2013¹⁵⁰, 2014¹⁵¹, 2015¹⁵² 2016¹⁵³ ve 2017¹⁵⁴ ve 2018¹⁵⁵ yıllarında verdiği kararların da hep aynı yönde şekillendiğini görmekteyiz.

¹⁴⁶ Yargıtay HGK., T. 4. 3. 2009, E. 2009/2-69, K. 2009/109 (Kazancı).

¹⁴⁷ Yargıtay 2. HD., T. 22. 4. 2010, E. 2009/4636, K. 2010/8125 (Kazancı).

¹⁴⁸ Yargıtay 2.HD., T. 05. 07. 2011, E. 10789, K. 11466: “[...] koca tanıklarının, kadımla ilgili beyanları başkalarından duyduklarına dayanmakta olup, sabit kabul edilemez. Bu nedenle, davalı-karşı davacı (kadın)’nın sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığına ilişkin bir delil bulunmadığı gibi, ihtar isteğinden sonra başkaca kusurlu bir davranışı da ispatlanamamıştır. Davacı-karşı davalı (koca)’nın ise, Almanya’daki evin kilidini değiştirerek eşini eve kabul etmediği ve “[...] bırakın yakamı [...]” diyerek birlikte yaşamaktan kaçındığı toplanan delillerle gerçekleşmiştir. Bu halde, koca tamamen kusurlu olup, dava açmakta haklı değildir. Öyleyse kocanın boşanma davasının reddine, kadının karşı boşanma davasının kabulüyle tarafların boşanmalarına karar verilmesi gerekir.” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 27. 10. 2011, E. 2010/16418, K. 17318: “[...] Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davalının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfi mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenin isteğinden reddi gereken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır[...].” (Legalbank)

¹⁴⁹ Yargıtay 2. HD., T. 17. 09. 2012, E. 2012/1978, K. 21354: “[...]Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davacı-davalı kocanın, eşine fiziksel şiddet uyguladığı, davalı-davacı kadının eve dönmesi için ihtar göndermekle de bu tarihten önceki davalı-davacı kadının kusurlu davranışlarının hoşgörüsü ile karşıladığı, kadının eve dönmeyeceğinden sonra da kadından kaynaklanan kusurlu bir davranışın varlığının kanıtlanmadığı, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda davacı-davalı kocanın tamamen kusurlu olduğu anlaşılmaktadır[...].” (Kazancı).

¹⁵⁰ “[...] Boşanmaya karar verilebilmesi için, diğer tarafın az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır...Ortak hayatı sürdürmelerinin taraflardan beklenmeyecek derecede temelinden sarsılması sonucunu doğuracak ve davalı kadına yüklenilecek az dahi olsa bir kusur ispatlanmadığından boşanma davasının reddine karar verilmelidir [...]” Yargıtay HGK., T. 25. 12. 2013, E. 2-581, K. 1692 (Kazancı).

¹⁵¹ “[...] gerçekleşen bu durum karşısında boşanmaya neden olan olaylarda davacı (koca) daha ziyade kusurludur. Hal böyle iken davalının ağır kusurlu kabul edilmesi doğru değil ise de, davalının az da olsa kusurlu olduğu davada Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesi koşullarının oluştuğu gerçekleştigiğine göre verilen boşanma kararı bu sebeple sonucu itibariyle doğru olup [...]” Yargıtay 2. HD., T. 18. 12. 2014, E. 26135, K. 26030 (Kazancı).

¹⁵² Yargıtay 2. HD., T. 16. 11. 2015, E. 4683, K. 21476: “[...] davalı kadına atfi kabil bir kusur ispatlanmamıştır. Güven sarsıcı davranışta bulunan, eşine şiddet uygulanan, eşi ve çocuklarına karşı ilgi göstermeyen davacı erkek tamamen kusurludur. Türk Medeni Kanununun 166. maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlanmak ve değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan gene böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da mademki birlik artık sarsılmış diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Öyle ise Türk Medeni Kanununun 166. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki, bu sonuca ulaşılması tama-

Nihayet, 2019 yılında verilen kararlarda da Yargıtay'ın aynı görüşü paylaştığını ve benzer ifadeleri kullanmayı tercih ettiğini söylemek mümkündür¹⁵⁶.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, geçmişten günümüze bu konuya ilişkin verdiği kararlar-
da “davalının az da olsa kusurlu olması gerektiği” ni ve tamamen kusursuz olan eşe, evlilik
birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı olarak boşanma davası açılmasının, huku-
kun genel ilkelerinden olan, kimsenin kendi kusurlu davranışına dayanarak hak iddia ede-
meyeceği yönündeki temel ilkeye aykırılık teşkil edeceğini pek çok kez belirtmiştir. Ancak,
çok nadir de olsa Yargıtay'ın, bu istikrarlı görüşünden sapma gösterdiği kararların da mev-
cut olduğunu tespit etmiş bulunmaktayız. Örneğin, ilgili kararlardan birinde¹⁵⁷, davacının
başka bir kadınla zina ediyor olmasına rağmen, bu durumun boşanma talebinde bulunması-
na engel olmayacağı ve bu evliliğin devamında ne taraflar ne de toplum için yarar olmaması
nedeniyle, bu evliliğin bozulmasının zorunlu olduğuna hükmedilmiştir.

Doktrinde, Yargıtay'ın bu kökleşmiş görüşünün karşısında yer alan ve bizim de kal-
tırdığımız ikinci görüşe göre, söz konusu hükmün, davalıya, davacının kendisinden daha
kusurlu olduğunu ileri sürme hakkı verdiği, davalının bu hakkı kullanmaması durumunda
ise, hâkim tarafından re'sen kusur araştırması yapılmaması ve boşanma kararı verilmesi
gerektiği belirtilmektedir. Buna ilaveten, kusurun artık dava şartı olmadığı¹⁵⁸ ve dava açma

men davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfi mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken, yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır[...].” (Kazancı). Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 09. 12. 2015 E. 9183, K. 23677 (Legalbank); Yargıtay 2. HD., T. 24. 02. 2015, E. 2014/18202, K. 2578 (Karararama); Yargıtay 2. HD., T. 26. 11. 2015, E. 8293, K. 22417 (Kazancı).

¹⁵³ “[...] evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olan olaylarda davalı-karşı davacı kadın az da olsa kusurludur. Bu halde, taraflar arasındaki ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı-karşı davalı erkek dava açmakta haklıdır. Davacı-karşı davalı erkeğin boşanma davasının kabulü gerekirken, yetersiz gerekçe ile reddi doğru bulunmamıştır [...]” Yargıtay 2. HD., T. 22. 12. 2016, E. 2015/21610, K. 2016/16336 (Kazancı).

¹⁵⁴ Yargıtay 2. HD., T. 16. 1. 2017; E. 2015/21315, K. 2017/346 (Kazancı).

¹⁵⁵ Yargıtay HGK., T. 9. 5. 2018, E. 2017/2-1581, K. 2018/1050 (Kazancı). Tamamen kusurlu eşin dava açamayacağı ile ilgili olarak bkz., Yargıtay HGK., T. 4. 7. 2018, E. 2017/2-1939, K. 2018/1296 (Kazancı).

¹⁵⁶ “[...] Öte yandan, söz konusu hüküm uyarınca evlilik birliği, eşler arasında ortak hayatı çekilmez duruma sokacak derecede temelinden sarsılmış olduğu takdirde, eşlerden her biri kural olarak boşanma davası açabilir ise de, Yargıtay bu hükmü tam kusurlu eşin dava açamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Çünkü tam kusurlu eşin boşanma davası açması tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır [...] Böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer (TMK m.2). Bu durumda anılan madde hükmüne göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olunması gerekmeyip daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır [...]” Bkz., Yargıtay HGK., T. 4. 7. 2019, E. 2017/2-2417, K. 2019/871 (Kazancı).

¹⁵⁷ Bkz., Yargıtay 2. HD., T. 2. 4. 1964, E. 1794, K. 1719 (Yazıcı/Atasoy, s. 312).

¹⁵⁸ Kaçak, s. 50; Korkmaz, s. 94; Koç, s. 38; Avcı, s. 56; Kara, s. 75. Ayrıca bkz., dn. 153. Yılmaz, (s. 153, 154'te) ise, kanun değişikliğinde, komisyon raporundan kanun koyucunun amacının daha fazla kusurlu olmamayı dava şartı olarak görmediğinin anlaşılmasında olduğunu belirtmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, “dava şartları, dava açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi (davanın esasına girebilmesi) için gerekli olan şartlardır.” (Bkz., Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018, s. 128).

hakkını ortadan kaldırmayan davacının kusurlu ya da daha kusurlu olma olgusunun, sadece davanın yürümesini engelleyebileceği de ifade edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, hükümde yer alan “itiraz” ifadesinin, aslında def’i olarak anlaşılması gerektiği hususu, doktrinde baskın görüştür¹⁵⁹.

Yargıtay’ın söz konusu kökleşmiş görüşü, doktrinde çeşitli açılardan eleştirilmiş olup, bu eleştirilerde yer alan ifadelerden bazılarını da buraya aynen alıyoruz. *Burcuoğlu*’na göre, “kusurlu eşe boşanma davası açma yolu her ne kadar açık olsa da, davalı az da olsa kusurlu olmalıdır anlayışı yasada böyle bir düzenleme yer almamasına rağmen, kusurlu eşin boşanabilmesini, birçok halde engellemektedir”¹⁶⁰. *Yılmaz*’a göre, Yargıtay, “hükümün lafzî itibarıyla öngörülme, hatta 1988 tarihinde kanun koyucunun vazgeçtiği doğrultuda kusura anlam yükleyerek, tam kusurlu eşin bu sebeple açmış olduğu boşanma davasının kabul edilemeyeceği şeklinde hükmi yorumlamıştır”¹⁶¹. *Köseoğlu*, Yargıtay’ın mutlak olarak uygulamış olduğu kusur prensibine ilişkin olarak, 166. madde uyarınca davacı, tam kusurlu olsa bile davalının da düşüncelerinin dikkate alınması gerektiğini ve davalının evlilikten beklentisi kalmadıysa ve boşanmayı da kabul etmekte ise, boşanma kararı verilmesinin hem usul ekonomisi açısından uygun olduğunu belirtmekte, hem de özellikle evlilikte şiddete uğrayan davalı eşler bakımından hala şiddet yanlısı eş ile bir arada bulunmak zorunda kalmalarının adil olmayacağını işaret etmektedir¹⁶². *Özdemir* de, görüşünü, “boşanmanın isteğe bağlı veya ayrı yaşamaya bağlanan sonuçlar olarak görülmeye başlanarak, evliliğin sürdürülememesinde kusur isnadının mahkeme eliyle yapılmamasının toplumsal sorun olan şiddetin azalmasına da dolaylı katkı sağlayabileceği söylenebilir”¹⁶³ şeklinde ifade etmiştir. Yargıtay uygulamasını isabetsiz bulan *Öztürk*’ün gerekçesi ise, kimse kendi kusuru ile menfaat elde edemez kuralının aile hukuku açısından uygulanabilirliğinin bulunmadığı ve çekilmez hale gelmiş olan bir evlilik varsa artık şahsi menfaatlerin değil, toplumsal menfaatlerin ön planda tutulması ve evliliğin sonlandırılması gerektiği yönünde olmuş-

Usul hukuku bakımından, dava şartının bulunmadığına yönelik bir itiraz ya da iddia, usuli itiraz olarak değerlendirilmekte olup, maddi hukuka dayanan savunma araçları olan itiraz ve def’i’den ayrılmaktadır. Mahkeme dava şartlarından birinin bulunmadığını tespit ederse, davanın esası hakkında inceleme yapamaz ve bu durum, davanın usulden reddedilmesine sebep olur (Baki **Kuru/Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 304-306, s. 244 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 330 vd.) Bu nedenle, “kusursuzluk”, teknik anlamda dava şartı olarak kabul edilirse, davanın usulden reddedilmesi gündeme gelecektir.

¹⁵⁹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 121; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 266; **Öztan**, s. 414; **Erdem**, s. 132; **Velidedeoğlu**, s. 185; **Toksöz**, s. 54; **Korkmaz**, s. 98; **Oğuzman/Dural**, s. 126; **Köseoğlu/Kocaağa**, s. 51; **Çelik**, s. 66; **Öztan**, (makale), s. 721; **Gençcan**, s. 230, 234; **Ceylan**, s. 320; **Vatansever**, s. 120; **Öztürk**, s. 89; **İnal**, (Cilt I), s. 894; **Tutumlu**, s. 269; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1186; **Kara**, s. 72; **Avcı**, s. 69; **Okumuş**, s. 120, 176; **İnal**, s. 332; **Yılmaz**, s. 158. **Kaçak**, (s. 57’de), davalının hiç kusurunun bulunmadığı ve tüm kusurun davacıda olduğu hallerde, boşanma kararı verilemeyeceğini ancak davacının kusurunun daha ağır olduğu durumlarda davalının davayı reddettirebileceğini ve “itirazın”, def’i hakkı olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. **Korkmaz** ise, (s. 98’de), temelde birinci görüntüde olmasına rağmen, davacının daha fazla kusurlu ya da tamamen kusurlu olması arasında ayırım yapmaksızın, davayı reddettirmek için davalıya tanınmış itiraz hakkının, def’i olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Aksi görüş için bkz., **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 104. Kusurun bu kadar önemli olduğu bu boşanma sebebinde hâkimin bu kusur araştırmasını re’sen yapması gerektiği yönünde bkz., **Anıl**, s. 41, 42.

¹⁶⁰ **Burcuoğlu**, (Gözlemler), s. 1.

¹⁶¹ Söz konusu değerlendirmenin yapıldığı, tahlil konusu karar (Yargıtay HGK., T. 17. 06. 2015, E. 2014/2-32, K. 2015/1655) ile ilgili bkz., **Yılmaz**, s. 152 vd.

¹⁶² **Köseoğlu**, s.12.

¹⁶³ **Özdemir**, s. 34.

tur¹⁶⁴. Esasen belirtmiş olduğumuz tüm bu eleştiriler, bize göre de isabetli olmakla beraber, bu konudaki görüşümüzü ilgili bölümde daha detaylı açıklayacağız.

5. Davalı eş açısından hakkın kötüye kullanılması yasağı

TMK m. 2 hükmü gereğince, herkes haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına uy-
mak zorundadır. Her hak gibi, boşanmaya sebep olan olaylarda daha az kusurlu ya da ta-
mamen kusursuz olan davalı eşe kanunda tanınan davayı reddettirme hakkının da, dürüstlük
kuralı çerçevesinde kullanılması şarttır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep
olan olaylarda, kusursuz ya da daha az kusurlu eşin tutum ve davranışlarından, evlilik birli-
ğini devam ettirme amacında olmadığı veya zaten artık buna olanak kalmadığının açıkça
anlaşıldığı hallerde, bu eşin def'i hakkını kullanarak davayı reddettirmek istemesi halinde,
bu hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığından bahsederiz¹⁶⁵. İşte kanun koyucu, hük-
mün bu şekilde uygulanmasının yaratabileceği sakıncalı durumları öngörmüş olacak ki,
hüküm devamında, davalının davaya itiraz etmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak
kabul edilebileceği hallerde, bu itirazların dikkate alınmayacağını ve boşanmaya hükmedile-
ceğini düzenlemiştir (TMK m.166/II). Söz konusu düzenleme, eski Medeni Kanunda 1988
yılında 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında kanuna dâhil edilmiş olup, Türk
Medeni Kanunu'nda da bu hüküm muhafaza edilmiştir. Esasen bu düzenleme, TMK m.
2/II'de yer alan "bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" ilkesinin
özel bir uygulama alanıdır. Genel olarak, bir kimsenin bir hakkı meşru bir menfaati olma-
dan kullandığı hallerde, somut olayın özelliklerine göre, o hakkın kötüye kullanıldığından
(TMK m. 2) bahsedilir¹⁶⁶. Örneğin, eşinin kendisine kötü davranmasından artık bıkan bir
kadının, evliliğin devamında hiçbir menfaati olmadığı ve/veya kendisi de boşanıp yeni bir
hayat kurmayı istediğini yakın çevresi ile paylaştığı veya evlilik birliğine geri dönmeyi
istemediğinin kesin olarak anlaşıldığı hallerde, davacıya zorluk çıkarmak için davayı red-
dettirmek istemesi¹⁶⁷ ya da evliliğin tükendiğini bile bile davalının sırf davacıdan bazı yarar-
lar temin etmek (ekonomik sebepler, kendisinin eğitimini tamamlaması, çocukların büyü-
mesini beklemek gibi)¹⁶⁸ veya başkasıyla mutlu olmasını engellemek veyahut duyduğu öfke
ve kin nedeniyle davacının uzun süre boşanamamasına sebep olarak onu uğraştırmak istedi-
ği hallerde davayı reddettirmek istemesi, def'i ileri sürme¹⁶⁹ hakkının açıkça kötüye kulla-
nıldığını göstermektedir¹⁷⁰. İşte boşanmaya sebep olan olaylarda kusursuz ya da daha az

¹⁶⁴ Öztürk, s. 91, 92. Aynı yönde bkz., Okumuş, s. 120.

¹⁶⁵ Kanun değişikliğinin gerekçesinde de bu hususun açıkça vurgulandığını görmekteyiz. Bu durumun,
hakkın kötüye kullanılması sayıldığı hakkında ayrıca bkz., Tekinay, s. 191, 192.

¹⁶⁶ **Mardini** Ebül'ula Zade, Hukuku Medeniye Dersleri, Birinci Tabı, Cilt I, İstanbul 1928, s. 159;
Selahattin Sulhi **Tekinay**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1973,
s.144-150; Aytakin **Ataay**, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler-Genel Kavramlar, İkinci
Bası, İstanbul 1971, s. 344-357; **Oğuzman/Barlas**, s. 267 vd; **Dural/Sarı**, s. 243 vd; **Serozan**, s.
266 vd.; **Hatemi**, s. 187; Hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ilgili ayrıca bkz., Yalçın **Kavak**,
Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması, İstanbul 2019, s. 61 vd.

¹⁶⁷ **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 268.

¹⁶⁸ **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1189, 1190.

¹⁶⁹ **Anıl**, s. 46; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1189, 1190. Örneğin, belirli bir olay nedeniyle kocasını affetme-
yen ve asla affetmeyeceğini söyleyen kadının kocasıyla aynı evde oturup hiç konuşmamasına rağ-
men, kendisine açılan boşanma davasına itiraz etmesi, hakkın kötüye kullanıldığını göstermektedir
(bkz., Yargıtay 2. HD., T. 2.12. 1991, E. 12450, K. 14351, **Tutumlu**, s. 270, 271).

¹⁷⁰ Yargıtay'da bu konuya ilişkin olarak, bir kararında (2. HD., T. 23. 10. 1992, E. 10153, K. 10218):
"[...] bir yandan kocanın mevcut olaylar sebebiyle cezalandırılmasını istemek, diğer yandan bo-
şanmaya karşı çıkmak gibi bir durum bu davranışın en tipik örneğidir [...]" şeklinde görüş belirt-

kusurlu eşin, gerçekte bu hakkı kullanması için hiçbir menfaati olmamasına rağmen, sırf davacı eşe zarar vermek amacıyla davayı reddettirmeye çalıştığı hallerde, dürüstlük kuralına aykırılığın yaptırımını olarak, bu def'i ileri sürülmemiş gibi kabul edilerek dikkate alınmamalı ve boşanmaya karar verilmelidir¹⁷¹.

Söz konusu hükümde, hakkın kötüye kullanıldığı hallerin yanı sıra, evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmaması halinde de, davalının def'i hakkını kullanması durumunda, hâkimin boşanmaya karar verebileceği düzenlenmiştir. O halde, davacı eşin kusurlu olduğu olaylarda, davalı eşin davayı reddettirmek istemesi ve bu konuda başarıya ulaşması, ancak evliliğin devamında kendisi ve/veya çocukları açısından korunmaya değer bir menfaat olduğu hallerde mümkün olabilecektir. Doktrinde de, bu hususa ilişkin olarak, huzurlu bir aile ortamını yeniden tesis etmek imkânsız ise, davayı reddettirmenin faydası olmayan bir inatlaşmadan başka bir şey olmadığı ifade edilmiştir¹⁷².

İfade edelim ki, söz konusu hükümde, sadece “*evliliğin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa*” ifadesi yer almış olsaydı da aynı sonuca varmak, yani Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin uygulama alanı bulacağından söz etmek, şüphesiz ki mümkün olurdu. Doktrinde de isabetle belirtildiği üzere, hükümde yer alan, evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmaması hali, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin uygulama alanından başka bir şey değildir¹⁷³. Örneğin, kendisine kötü davranan, şiddet uygulayan ya da karşı cinsten

miştir (Kazancı). Ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., T. 23. 10. 1992, E. 1992, K. 1153: “[...] daha çok kusurlu olan eşin açtığı boşanma davasının kabul edilebilmesi için davalının itirazının kötü niyetli olup olmadığının öncelikle belirlenmesi gerekir.” (Aml, s. 211). İsviçre Federal Mahkemesinin konuya ilişkin verdiği kararlar için bkz., **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1191.

¹⁷¹ Hâkimin, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı olgusunu değerlendirirken her somut olayda, evliliğin süresi, eşlerin yaşları, bedensel ve ruhsal sağlık durumları ve boşanmanın varsa çocuklar üzerindeki etkilerini göz önünde tutması ve bu konuda oldukça titiz davranması gerekmektedir (aynı yönde bkz., **Öztaş**, makale, s. 721). Davalı eşin def'i ileri sürmesi üzerine dava reddedildikten sonra, davacı eşin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan eylemlere devam edip etmeyeceği meselesi de her somut ilişki için ayrıca tespit edilmesi gereken bir husus olup, hâkimin boşanma kararı vermemesi halinde, davacının kusurlu davranışlarına devam etmesi, ailenin huzurunu daha fazla tehlikeye düşürebilecektir. Bu durumun ise, geniş ölçekte toplum menfaatini zedeleyeceği açıktır.

¹⁷² Bkz., **Erdem**, s. 132. Yargıtay 2. HD., T. 5. 6. 1997, E. 5269, K. 6499: “[...] davalı evlilik birliğinin devamını istemekle yasal hakkını kötüye kullanmıştır [...] Kadının sadakatsizliği alışkanlık haline getirmesine karşılık davalı kocanın bunu hoşgörü ile karşılaması Türk aile anlayışı ve manevi değerleriyle bağdaşmaz. Davalı, gerek kendini ve gerekse çocuklar yönünden korunmaya değer bir yarardan söz etmemiş, re'sen de böyle bir hak tespit edilmemiştir. Kamu düzenini de bozan böyle bir beraberliği yasanın koruyacağı düşünülemez.” (Aml, s. 211).

¹⁷³ Doktrinde, “Evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar için korunmaya değer bir yarar kalmamasına rağmen boşanmaya itiraz, hakkın kötüye kullanılmasının en çarpıcı halidir yoksa ek bir şart söz konusu değildir. O bakımdan ve'den sonra özellikle teriminin kullanılması yerinde olurdu.” ifadesinden, kanun maddesinin eleştirildiği anlaşılmaktadır (bkz., **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 122). Aynı yönde bkz., **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 268; **Öztaş**, s. 415; **Gençcan**, s. 236. Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 23.10.1992, E. 10153, K. 10218: “Aralarında müşterek hayatın çekilmeye bir hale gelmesini mücip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik baş gösterdiği takdirde, karı kocadan her biri boşanma davacı olabilir. Daha çok kusurlu olan eşin açtığı boşanma davasının kabul edilebilmesi için davalının itirazının kötü niyetli olup olmadığının öncelikle belirlenmesi gerekir.” (Kazancı). **Öztaş**, (makale, s. 721'de), hakkın kötüye kullanılmasının zaten üst bir ilke olduğunu ve artık bundan bahsedildiği yerde buna eklenebilecek başka unsurların söz konusu olmayacağını ifade etmiştir. Bu maddenin uygulama alanı bulması için iki ayrı şart arandığı ve bunlardan birinin hakkın

başkalarıyla yakın ilişkiler kuran bir eşin açtığı boşanma davasında, davalı eşin de yükümlülüklerini ihlal etmeye başlamış olduğunu varsaydığımızda, artık davalının bu davayı reddettirmek istemesinde ve evliliğin bu şekilde sürmesinde kendisinin de çocukların da korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere, böyle bir durumda kusuru ileri sürerek davayı reddettirmeyi istemek ve evliliğin devam etmesini sağlamak, aynı zamanda dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edecektir¹⁷⁴. O halde, davacının kusuru daha fazla olup da davalı tarafından bu durumun ileri sürüldüğü hallerde, her somut olay özelinde hâkimin, ailenin geri kalanı için evliliğin devamında korunacak bir menfaat olup olmadığını, ortak hayatın yeniden tesisinin mümkün olup olmadığını analiz ederek davayı sonuçlandırması gerekmektedir.

Konuya ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin, eşlerden birinin, her gün eve geç ve alkollü olarak gelmesi ve herhangi bir işte de çalışmaması ya da kişisel hijyenine dikkat etmemesi, eşine şiddet uygulaması ve benzer kusurlu eylemlerinden ötürü, diğer eş açısından evlilik hayatının çekilmez bir hal aldığı varsayılsa, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle eşlerden biri boşanma davası açabilir. Keza, kocanın, başka kadınlarla ilişkiler kurmayı alışkanlık haline getirdiği bir diğer örnek olayda ise, kadın da kumar oynamaya olan tutkusunu sebebiyle eviyle, çocukları ve eşi ile yeterince ilgilenmiyor ise¹⁷⁵, burada her iki eş de kusurlu eylemleriyle ortak hayatı çekilmez hale getirdiği için, yine eşlerden herhangi biri evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davası açabilir. Bu iki örnek olaydan birincisinde tamamen kusurlu eşin temelden sarsılma sebebi-ne dayalı olarak boşanma davası açması halinde, TMK m. 166 uyarınca, diğer eşin, davacının kusur durumunu (tamamen kusurlu olduğunu) ileri sürerek davayı reddettirme hakkı bulunduğu gibi, ikinci örneğimizde de aynı madde gereğince kendisine dava açılan eş, davacının daha kusurlu olduğunu ileri sürerek davayı reddettirme hakkını kullanabilir. Her iki olayda da, eşlerden en az birisi için ortak hayat çekilmez hale gelmiş olmasına rağmen, sırf davayı açan eşin bu boşanma sebebinin gerçekleşmesinde daha fazla kusurlu ya da tam kusurlu olmasının ileri sürülmesiyle boşanma davasının reddedilmesi halinde, belki de tüm çabalara rağmen temelden sarsılmış durumda olan evliliğin sonlandırılmaması gibi, aslında istenmeyen bir durum ile karşılaşmış olacaktır. Öyle ki, özellikle örneğini verdiğimiz bu tür olayların yaşandığı evliliklerde, evliliğin devamında eş ve varsa çocuklar açısından bir fayda kalmadığı (TMK m. 166/II) açıkça görülmektedir. Böyle durumlarda da, davalının davayı reddettirmek için, davacı eşin kusurunu ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 166/II, TMK m. 2) niteliğinde olması nedeniyle, bu beyan dikkate alınmamalı ve eşlerin boşanmasına izin verilmelidir. Çünkü ancak bu şekilde, hem aile hem de toplum açısından olumsuzluk yaratabilecek bu tür durumların önüne geçilebilecektir. Doktrinde *Burcuoğlu* tarafından, “*haydut davacı*” ile “*melek davalı*” betimlemeleri üzerinden verilen bir örnekte, melek olan (yani kusursuz olan) davalı eşin, haydut davacı hafif kusurlu bile olsa, açılan davayı sonuçsuz bıraktırabilecek olması eleştirilmiş ve burada davalının tek amacının sadece intikam olabileceği ifade edilmiştir. Aile hukukunda intikam duygusu ile hareket edilmesine izin veren hükümlerin varlığı ve bu hükümlerin bu şekilde uygulanmasının sakıncalı olduğunu belirten bu görüş, davayı sonuçsuz bıraktıran melek davalının bir haydut ile kâğıt üzerinde evli kalmaya mahkûm edilmiş olmasının, aslında bir kazanım olmadığına dikkat çekmiştir¹⁷⁶. İşte, bu örnek olay üzerinde bahsedilen ve intikam duygusu-

kötüye kullanılması olgusu olduğu, diğerinin ise, davalı ve çocuklar bakımından evliliğin devamında menfaat kalmaması şartı olduğu yönündeki aksi görüş için bkz., **Avcı**, s. 71.

¹⁷⁴ Bkz., **Kılıçoğlu**, s. 140.

¹⁷⁵ Örnek için bkz., **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 267.

¹⁷⁶ Bkz., **Burcuoğlu**, (Gözlemler), s. 4, 5. Aynı yönde bkz., **Kara**, s. 75.

suyla hareket edilen bu tür durumlarda¹⁷⁷, artık evlilik birliğinin devamının eşler ve çocuklar için faydasız olduğu ve davalı tarafından hiçbir meşru menfaat olmadan def'i ileri sürülerek dava sonuçsuz bırakılmaya çalışıldığı için, bu ihtimalde de hâkimin boşanmaya karar vermesi gerekir (TMK m. 166/II, TMK m. 2). Esasen, söz konusu yasal düzenleme ile kanun koyucu, çocuğun mevcut olduğu hallerde çocuklar için; çocuk bulunmadığı hallerde ise, diğer eş bakımından bir değerlendirme yapılarak, evliliğin artık bu kişiler açısından anlamsızlaştığı hallerde, sırf davacının kusurunun daha fazla olması nedeniyle, evliliği ayakta tutmaya dönük düşünceden vazgeçtiğini göstermektedir¹⁷⁸. Oysa, yukarıda verdiğimiz örnekler gibi, davacının tam kusurlu olduğu tüm hallerde, Yargıtay'ın 166. madde hükmünü, -hüküm değişikliğine rağmen- geçmişten günümüze, kusurun hâkim tarafından re'sen araştırılarak tam kusurlu eşin açtığı davanın reddedilmesi gerektiği şeklinde yorumlaması ve temelden sarsılan evliliğin devamında eş, aile ve toplum açısından hiçbir fayda kalmamasına rağmen, bu tür evliliklerin devam etmesine izin vermesi, saydığımız tüm olumsuz durumların önüne geçilmesini zorlaştırmıştır. Esasen, Kanunun açık hükmüne rağmen, sırf davacının kusurunun davalıdan daha fazla olması nedeniyle kökünden sarsılmış evliliğin sona ermesinin engellenmesi, kanun koyucunun iradesi ile uyumlu gözükmediği gibi, teoride kanun koyucunun vazgeçtiği bu tür evliliklerin ayakta tutulmasına dönük düşüncenin, uygulamada halen devam etmekte olduğunu göstermektedir.

Eski Medeni Kanun'un yürürlüğü zamanında ise (3444 sayılı Kanun değişikliğinden önce), hakkın kötüye kullanılması ve bu kapsamda sayılabilecek durumlara ilişkin bir düzenleme Kanunda yer almamakta idi¹⁷⁹. Elbette, davalı eşin benzer saiklerle hareket ettiği haller ve yukarıda örneklerle açıkladığımız olaylar, eski MK döneminde de yaşanmıştır. Yargıtay'ın genel görüşü ise, daha az kusurlu eşin davaya itiraz etmesinin, hakkın kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilmemesi gerektiği yönünde şekillenmekte idi. Yargıtay bir HGK kararında, *"bu durumda davalının savunma hakkını kötüye kullandığı ileri sürülerek davacıya aslında sahip olmadığı bir dava hakkının tanınamayacağı ve Medeni Kanununun 134. maddesinde öngörülen dava hakkına ilişkin şartların, Türk hukukunda hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulacağı belirtilmiştir"*¹⁸⁰. Belirtmek gerekir ki, eski MK

¹⁷⁷ Doktrinde, kendisi açısından da evlilik birliğinin devamında fayda olmamasına rağmen davalının aralarında geçimsizlik bulunmadığını ispatlamaya ve davanın reddedilmesini sağlamaya yönelik davranışlarının söz konusu olabileceği ve hâkimin böyle durumlarda takdir hakkını kullanırken, özellikle duygusal, toplumsal ve ahlaki açılardan olabildiğince *"tarafın ruhuna nüfuz etmek ve bir tarafın intikam duygularını tatmine alet olmama"*sı gerektiğine dikkat çekilmiştir (bkz., **Velidedeolu**, s. 184). Ayrıca bkz., **Saymen/Elbir**, s. 258.

¹⁷⁸ **Öztaş**, s. 415. Belirtmek gerekir ki, 3444 sayılı Kanun hazırlanırken, 1984 tarihli Ön tasarıda, *"evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmaması halinde"* ifadesinden önce gelen *"özellekle"* deyiminin çıkarılması isabetli olmamıştır.

¹⁷⁹ Ancak, eski MK zamanında itirazın, def'i olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürenlerin aynı sonuca vardığını söylemek mümkündür. Keza bu husus ilgili hükümde açıkça yer almasa dahi, TMK m. 2 kapsamında varılabilecek bir sonuçtur. Belirtmek gerekir ki, doktrinde, Eski Kanun zamanında, bazı hallerde davalının davacıdan intikam almak amacıyla aralarında geçimsizlik olmadığını ya da daha fazla kusurlu olduğuna yönelik iddiasını ispatlamaya çalıştığı ve boşanma davasını yıllarca sürdüğü belirtilmiş ve evliliğin devamında toplumsal bir yarar da olmayan bu hallerde bir tarafın intikam hissini tatmin edilmesine adalet organlarının vasıta edilerek, diğer tarafın evliliğe zorlandığı ve burada hâkimin hakkın kötüye kullanılmasına izin vermemesi gerektiği ifade edilmiştir (bkz., **Veldet**, s. 267).

¹⁸⁰ Yargıtay HGK., T. 19.1.1963, E. 2-17, K. 53 (**Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1192 ve ayrıca bkz., **Tekinay**, s. 191 dn. 38, 39). Aynı şekilde 2. HD. tarafından verilen bir kararda da kullanılmayan haklarda, hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemeyeceği ifadesi kullanılmıştır (Yargıtay 2. HD., T. 1. 3.

döneminde, hakkın kötüye kullanılması olgusunun Yargıtay tarafından kabul edilmesi halinde, hem davalının def'i hakkı olduğu, yani hâkimin davacının boşanmadaki kusuruna yönelik incelemeyi re'sen yapmaması gerektiği kabul edilmiş olacak, hem de bununla bağlantılı olarak, açılan dava, davacı kusurlu ya da daha kusurlu olmasına rağmen, boşanma kararı ile sonuçlanmış olacaktır. Bu nedenle, bu görüş kendi içinde tutarlı olsa da, genel olarak korunması gereken menfaatler bakımından görüşün isabetli olmadığı yönündeki düşüncemizi yineliyoruz.

Davalı eşin, davayı reddettirme hakkını kötüye kullanmasına ilişkin değerlendirmemizi, Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında çoğunlukla kullanmayı tercih ettiği bir ifadeye dikkat çekerek noktalamak istiyoruz. İlgili kararda geçen ifadeler şu şekildedir:¹⁸¹: “[...] *Bir hakkın doğumu için kanunen iyi niyetin şart olduğu hallerde asıl olan iyi niyettir*” (MK.3). *O halde, olaylarda daha az kusurlu olan eş prensip olarak iyiniyetli kabul etmek gerekir. Davalıyı kötü niyete götüren doğruluk, güven gibi objektif ahlak ve hukuk kurallarına aykırı bir davranış ortaya konmadıkça onu kötü niyetli kabul etmek mümkün olmaz. Davalının çelişkili davranışlar içinde olduğu zaman kötü niyetli kabulü mümkün olabilir. Bir yandan kocanın mevcut olaylar sebebiyle cezalandırılmasını istemek, diğer yandan boşanmaya karşı çıkmak gibi bir durum bu davranışın tipik örneğidir. Evlilik kurumunun sosyal amacından saptırıldığını gösteren olgular veya sırf davacıyı zararlandırma veya hakkın karşı taraf zararına acımasızca kullanılması gibi hallerin gerçekleşmesi kötü niyeti gösterir [...]*”.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, söz konusu kararda boşanmaya sebep olan olaylarda daha az kusurlu olan eşin, iyiniyetli olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kanunumuzda iyiniyete ilişkin temel ilke, Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesinde yer almakta olup, ilgili düzenleme: “*Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. - Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.*” şeklindedir. Söz konusu kararda ise, boşanmaya sebep olan olaylarda daha az kusurlu olan eşin iyiniyetli olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiş ve “*davalının çelişkili davranışlar içinde olduğu zaman kötü niyetli [sayılmasının] kabulü[mün] mümkün*” olabileceği ifade edilmiştir. Belirtmemiz gerekir ki, bir kimsenin iddiaları ile çelişkili davranışlar sergilemesi ve hiçbir menfaati olmadan bir hakkı kullanması, kötü niyetli olmasından ziyade, hakkını kötüye kullandığını gösteren (en tipik) olgulardır¹⁸². Ayrıca, kanunun, bu hususta iyiniyete doğrudan sonuç bağladığı bir hal de bulunmamaktadır. Keza, bir eşin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda ya da evlilik birliğinin yüklediği görevlere aykırı davranma konusunda kusurlu olması ile bir kimsenin bir hakkın kazanılmasına, bir hukuki konumda olmasına ya da bir hukuki sonucun gerçekleşmesine engel olan bir hukuki durumu bilmemesi ya da bilebilecek olmaması durumu¹⁸³ da birbirinden farklı hususları işaret etmektedir. Ancak Yargıtay, konuya ilişkin kararlarında genellikle dürüstlük kuralı yerine, iyiniyet ilkesi ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Düşüncemize göre, bu tercihin sebebi, eski Medeni Kanunda hem

1971, E. 1081, K. 1366, s. 1193). Ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., T. 25. 4. 1966, E. 2396, K. 2429 (Yazıcı/Atasoy, s. 307).

¹⁸¹ Yargıtay 2. HD., T. 23. 10. 1992, E. 10153, K. 10218 (Kazanıcı).

¹⁸² Bkz., Oğuzman/Barlas, s. 274 vd.; Hatemi, s. 187; Dural/Sarı, s. 258, 259, 260; Serozan, s. 268, 269, 270; Ataay, s. 350; Tekinay, (Medeni), s. 151, 152. Bkz., dn.170'e ait paragraf.

¹⁸³ İyiniyet kavramı ile ilgili bkz., Oğuzman/Barlas, s. 250; Tekinay, (Medeni), s. 135; Hatemi, s. 179, 180; Dural/Sarı, s. 235; Serozan, s. 254, 255; Ataay, s. 337, 338; Mardini, s. 156.

dürüstlük kuralının hem de iyiniyetin, “hüsnüniyet” terimi ile ifade edilmiş olmasıdır¹⁸⁴. Her ne kadar, bir kimsenin çelişkili davranışlar sergilemesi, doğru, dürüst ve güvenilir karakter özellikleri taşımadığının göstergesi olsa da ve bu şekilde davranmayan bir kimsenin iyiniyetli olduğundan söz edilemeyeceği¹⁸⁵, söz konusu kararlarda iyiniyet kuralları ile ifade edilen asıl kavramın, dürüstlük kuralı olduğu düşüncesindeyiz (TMK m. 2). Nitekim, davalı eşin davayı reddettirmek için def’i ileri sürmek istemesinde, bir hakkın kazanılmasından çok, bir hakkın kullanılması ön planda olup, konuya ilişkin metinlerde iyiniyet yerine, dürüstlük kuralı ifadesinin tercih edilmesi isabetli olacaktır.

6. Görüşlerin değerlendirilmesi ve konuya ilişkin görüşümüz

Çalışma konumuzu oluşturan ve Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen bu boşanma sebebinin kusur prensibine değil, temelden sarsılma prensibine dayalı olduğu, açık ve tartışmasız bir gerçektir¹⁸⁶. Bu nedenle, hâkimin burada boşanma kararı verebilmesi için, ortak hayatın çekilmez hale geldiğine kanaat getirmesi gerekli ve yeterlidir. Bu boşanma sebebinde önemli olan, eşlerin kusur durumu olmayıp, kusur ya da kusur dışında başkaca sebeplerle eşlerin aile hukuku yükümlülüklerini ihlal etmesi ve bu durum nedeniyle ortak hayata devamın beklenemeyeceği geçimsizlikler yaşanması ya da eşler arasında böyle geçimsizlikler olmasa bile, yaşanan bu durumun ortak hayatı sürdürmeyi imkânsız hale getirmesi nedeniyle eşlerin evlilikten ve birbirlerinden geleceğe ve birlikteliğe dair beklentilerinin kalmaması, yani bütün bu durumlarda evlilik birliği temelinden sarsıldığı için eşlerin ortak hayata devam etmek istememeleridir. Görüldüğü üzere, “geçimsizlik şartı ile kusursuzluk şartı arasında mutlak bir bağlantı yoktur.”¹⁸⁷. Örneğin, eşlerden birinin, arkadan hızla gelen arabanın kendisine çarpması neticesinde, ömür boyu yürüyemeyecek ya da gözleri görmeyecek hale gelmesinin, diğer eş açısından ortak hayatı sürdürmeyi çekilmez hale getirebilecek bir sebep olabileceğini söyleyebiliriz. Bu tür bir olayda, kaza geçirmiş olan eş açısından dahi, kendi yaşadığı bu sancılı durumun diğer eşe yansımaları olan yıpranmadan ötürü ortak hayatı sürdürmek çekilmez hale gelmiş olabilir. Eşlerden hangisinin bu durum nedeniyle evlilik birliğini devam ettirmek istememesi hususundan bağımsız olarak, bu yaşanan durumda, hiçbir eşin kusuru bulunmamaktadır. Bu şekildeki bir durum ise, örnek olayda ek bir olgu yer almadığı sürece, evlilik birliğinin temelinden sarsılması dışında (TMK m. 166/1) başka hiçbir boşanma sebebine konu olama-

¹⁸⁴ Doktrinde, bu karşıklığı önlemek için, 2. maddede düzenlenen dürüstlük kuralı yerine “objektif hüsnüniyet” (*Treu und Glauben*), 3. maddede düzenlenen iyiniyet yerine ise, “sübjektif hüsnüniyet” kavramları kullanılmakta idi. Genel Gerekeçde bu husus: “İkinci ve Üçüncü maddelerde geçen ‘Hüsnüniyet’ terimi, karşıklığa yol açtığından farklı konulara ilişkin olmaları dikkate alınarak ‘Dürüstlük Kurallarına Uymak’ ve ‘İyiniyet’ terimlerine dönüştürülmüştür.” şeklinde açıklanmıştır. Ayrıca bkz., Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku C: I, Cüz 1- İkinci Kitap (Haklar ve Borçlar), s. 325; **Oğuzman/Barlas**, s. 248; **Ataay**, s. 344; **Kavak**, s. 10, 27 vd.

¹⁸⁵ Bkz., **Oğuzman/Barlas**, s. 249, 250, 251. **Tekinay**’a göre ise, (Medeni, s. 146, 147’de), “sübjektif iyiniyet, hukuki bir sonucun meydana gelmesinde varlığı aranan bir durumun veya olayın sahiden mevcut sanılmasındaki yanılmadan ibarettir. Objektif iyi niyet ise, ‘doğru’ olan bir davranış tarzına uymayı ifade eder.”

¹⁸⁶ **Egger**, s. 182; **Schwarz**, s. 153; **Birsens**, s. 329; **Velidedeoğlu**, s. 162; **Akipek**, s. 60; **Öztan**, s. 413; **Anıl**, s. 34; **Veldet**, s. 265; **Toksöz**, s. 28, 52; **Okumuş**, s. 116, 117; **Gençcan**, s. 230; **Kara**, s. 72; **Ergün**, s. 60; **Avcı**, s. 8; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1180, 1182; **Ateş**, s.743. Ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., T. 3. 10. 1995, E. 7117, K. 9764: “3444 Sayılı Yasa ile değişik Medeni Kanununun madde 134 ile [Yeni MK m. 166] kusur esası terk edilmiş, boşanmaya köklü sarsılma esası ön plana alınmıştır.” (**Tutumlu**, s. 262). Bkz., dn. 10 ve dn. 18’e ait metinler.

¹⁸⁷ **Feyzioğlu**, s. 30

yacak niteliktedir. Eklemek gerekir ki, evlilikte yaşanan bu tür bir olay, sadece kusurun bulunmadığı bir temelden sarsılma hali değil, aynı zamanda eşler arasında bir geçimsizlik olmadan da meydana gelebilecek bir temelden sarsılma haline örnek oluşturur. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması çerçevesinde sayabileceğimiz sınırlı sayıda olmayan bütün durumlarda, eşlerden her ikisinin de bu sebebe dayalı olarak, boşanma kararının verilmesini istemesi mümkün olmalıdır. Öyle ki, sadece nikâhın gerçekleştiği ve daha önce bir araya gelmemiş eşler arasında bile, (ortak hayat henüz başlamamış bile olsa) bu genel boşanma sebebine dayalı olarak dava açılabilirdi, bu tür bir evlilikte bile çekilmezlik şartının gerçekleşmiş sayılabileceği (evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının mümkün olduğu) örneklerle¹⁸⁸ rastlanılmaktadır. Böyle bir evlilikte, başkaca ek şartlar olmadığı sürece, elbette hiçbir eşin kusurlu davranışıyla çekilmezliğe sebep olduğundan bahsedilemeyecektir. Bu durum da, kusur prensibi ile temelden sarsılma prensibi arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. Temelden sarsılma, kusur olgusunu da içeren geniş bir kavram olsa da, bu prensip, tamamen kusur prensibinin şartlarına göre yorumlanamaz. Kusur prensibi, boşanma kavramına temelden sarsılma prensibine göre çok farklı bir perspektiften yaklaşmakta, ondan bağımsız bir mantık çerçevesinde şekillenmekte olup; kusur olgusu, evlilikteki düzeni bozacak yüzlerce sebepten sadece birini oluşturabilecektir¹⁸⁹.

Temelden sarsılma hali ile doğrudan ilişkilendiremediğimiz kusur prensibine bağlı boşanma sebeplerinde oldukça önem arz eden kusur kavramı ile ilgili belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, hâkimin bu konuda nasıl bir belirleme yapacağına ilişkindir. Hemen belirtelim ki, bu konuda önceden kesin bir ölçü koymak ve buna göre tespit yapmak imkânsızdır¹⁹⁰. Yargıtay, eşlerden birinin sadakatsiz davranışının mı, diğerinin onuru kırıcı tepkilerinin mi daha ağır kusur teşkil edeceği meselesinin nasıl ve ne şekilde çözümlenmesi gerektiğine yönelik görüşünü, ilgili kararında¹⁹¹ oldukça isabetli noktalara temas ederek, şu şekilde açıklamıştır: “*Kusur, çoğu kez kişilerin sosyal ve kültürel yapılarına, değer yargılarına ve çevrelerine göre değişen bir ölçüde soyut, görelî bir kavramdır. O halde önceden şu ya da bu eylemin ya da davranışın daha ziyade kusur veya daha az kusur olarak kabulü ve bu konuda kesin, değişmez, nesnel bir ölçü konulması olanak dışıdır. Bu nedenle Türk Medeni Kanununun 134. maddesine dayanılarak açılan boşanma davalarında, taraflardan hangisinin tutum ve davranışının daha ziyade kusur sayılacağını, başka bir söyleyişle kusurun daha ziyade hangi tarafa ait olduğunu saptamak ve değerlendirmek hâkimin takdir*

¹⁸⁸ Bkz., **Kaçak**, s. 63; **Schwartz/Mimaroglu**, s. 339; **Öztürk**, s. 47, 48; **Tekinay**, s. 181, özellikle dn. 16; **Ergün**, s. 64; **Yalçinkaya/Kaleli**, s. 1165; **Avcı**, s. 28, 49. Bkz., Yargıtay 2. HD., T. 13. 12. 1964, E. 6106, K. 6147. (**Feyzioğlu**, s. 306). Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 2. 10. 1953, E. 4716, K. 4369: “*karı koca arasında birlikte oturmadıkları hallerde de geçimsizlik olabilir.*” (**Atasoy/Yazıcı**, s. 329); aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 30. 3. 1965, E. 10051, K. 1699: “[...] *Taraflar bir araya gelmemiş olsalar dahi aralarında geçimsizlik zühur edebileceği [...].*” (**Yazıcı/Atasoy**, s. 309); Yargıtay 2. HD., T. 30. 3. 1987, E. 1909, K. 2765; Yargıtay 2. HD., T. 4. 2. 1986, E. 814, K. 1057; Yargıtay 2. HD., T. 16.12.1985, E. 9632, K. 10694 (**Yalçinkaya/Kaleli**, s. 1165).

¹⁸⁹ Aynı yönde bkz., **Çandarlı**, s. 21. Nitekim, bu hususa ilişkin doktrinde de: “*Halbuki kusur, evlilik birliğinin kökünden sarsıldığını tespit etmez; olsa olsa bu birliğin sarsılmasında diğer birçok sebepler gibi, bir sebep ve illet olabilir.*” şeklinde görüş belirtilmiştir (**Veldet**, s. 264).

¹⁹⁰ Öyle ki, bazen görünürde kusurlu olan eşin gerçekte kusursuz olması ve diğer eş daha kusurlu olmasına rağmen sırf kurnazlığı nedeniyle kendisini kusursuz olarak göstermiş olması dahi mümkün olabilmektedir (bkz., **Gönensay**, s. 82).

¹⁹¹ Yargıtay, 3. 7. 1978, 5/6 (bkz., **Akuntürk/Ateş Karaman**, s. 267, dn. 87; **Tekinay**, s. 184). Bu kararın, Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun, içtihadın birleştirilmesine gerek bulunmadığı hususunda verdiği bir karar olması hakkında bkz., **Oğuzman/Dural**, s. 126.

yetkisine aittir. Elbette hâkim bu konudaki takdir yetkisini ve hakkını olayların kendi yapılarına ve oluşlarına özgü yönleri içinde kullanacaktır. Kuşkusuz önceden somut bir kural koymak, belli bir ölçü getirmek, hâkimin takdir yetkisini ve hakkını önleyici ve bağlayıcı nitelik taşıyacağından, sakıncalı bir uygulama sayılmak gerekir”.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu hayatta eşlerin ortak hayatı sürdürmeye katlanamayacakları kadar evlilik birliğini derinden sarsan sayısız olgu ve durum gerçekleşebilir ve bu olgu ve durumların gerçekleşmesinde, eşlerin her ikisinin ya da sadece birisinin kusuru bulunabileceği gibi, her ikisinin de kusuru bulunmayabilir¹⁹². Şüphesiz ki, TMK m. 166 uyarınca, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının eşlerden sadece biri için bile ortak hayatı sürdürmeyi olanaksız kılmasıyla, ortak hayat kendisi için çekilmez hale gelen eşin bu davayı açma hakkı doğacaktır. Evlilik birliğinin temelden sarsılmış olması için, eşlerin mutlaka kusurlu olmaları şartı gerekmediği gibi, davayı açacak eşin de boşanmaya sebep olan olaylarda (temelden sarsılma ya da evliliğin çekilmez hale gelmesinde) kusurlu olmaması şart değildir¹⁹³. Eş deyişle, dava açma hakkına sahip olan eşin, evlilik birliğinin temelden sarsılmasına sebep olan olay ve olgularda daha fazla kusurlu ya da tamamen kusurlu olması mümkündür¹⁹⁴. Eşlerin kusur durumunun ve kusur derecelerinin ise, boşanmanın kusura bağlı sonuçları açısından fark yaratacağı muhakkaktır. Ancak, bu durum, Kanuna göre, boşanma davası açma hakkının doğması açısından fark yaratmayacaktır. Çünkü davacının ortak hayatın çekilmez hale gelmesinde, diğer eşten daha kusurlu olması başka, evlilik birliğinin her iki eş bakımından da ortak hayatı sürdürmenin beklenelemeyeceği ölçüde derinden sarsılmış olması başka bir olgudur. Doktrinde, boşanma sebepleri ile ilgili olarak, Öztan, “eşin kişilik haklarının hiçe sayılması sonucunu verecek şekilde bir fedakârlık yapmasının gerektiği hallerde, evliliğin devamının kendisinden beklenebilir olması mümkün değildir”¹⁹⁵ görüşündedir. Ceylan’a göre de, “evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenebilir bir husus olup olmamasında hukuk düzenince tanınan en yüksek değeri taşıyan ‘kişiliğe karşı saygı’ temel alınarak değerlendirilir”¹⁹⁶. Egger’in konuya ilişkin düşüncesine göre de, “hayat birliği hakikatte mevcut olmadığı veya külliye muhtel olduğu, eşlerin tamamlanmasına ve tekamülüne artık hizmet edemediği, vakfî nefis karşılıklı olmadığı, imkânsız veya çekilmez bir hal aldığı takdirde evlilik manasını kaybetmiş demektir. Bu takdirde hukuki bağ da çözülebilmelidir. Bu, şahsiyet hukuku (mad. 27, MK 23) icabatındandır”¹⁹⁷.

¹⁹² Doktrinde geçimsizliği de içine alacak şekilde aynı yönde bkz., Erdem, s. 129, 130, 131; Dural/Öğüz/Gümü, s. 121; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 103; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 266, 267; Feyzioğlu, s. 304; Tekinay, s. 182; Saymen/Elbir, s. 257, 258; Velidedeoğlu, s. 181; Arsebük, s. 750; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 103; Öztan, s. 405; Schwarz, s. 153; Öztan, s. 370; Anıl, s. 40; Schwartz/Mimaroglu, s. 345; Toksöz, s. 52; Okumuş, s.116, 117; Çelik, s. 60; İnal, s. 332; Özüğür, s. 187; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1205 vd., 1180; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 998; Kara, s. 27, 72; İnal, (Cilt I), s. 893; Avcı, s. 55, 57; Ceylan, s. 324; Vatanserver, s. 120; Ergün, (Armağan), s. 447; Kaçak, s. 61; Erdem, (Sabri), s. 173; Anıl, s. 45; Egger, s. 182. Yargıtay 2. HD., T. 3. 10. 1995, E. 7117, K. 9764: “[...]Evlilik birliğinin temelinden sarsılması çeşitli sebeplerle oluşur. Eşlerden birinin kusuru ile veya her kişinin ortak kusuruyla oluşabileceği gibi eşlerin kusuru olmadan da oluşabilir [...]” (Tutumlu, s. 262).

¹⁹³ Velidedeoğlu, s. 185, 186; Saymen/Elbir, s. 258; Schwarz, s. 153, 155; Feyzioğlu, s. 307; Oğuzman/Dural, s.126; Gençcan, s.229; Yalçınkaya/Kaleli, s.1179 vd.; Köprülü/Kaneti, s. 176, 177; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 998, 1002; Öztan, (makale), s. 719, 721; Ergün, (Armağan), s. 447.

¹⁹⁴ Bu hususun, ilgili komisyon raporunda da açıkça vurgulandığını görmekteyiz (bkz., dn. 120, 121).

¹⁹⁵ Öztan, (makale), s. 720.

¹⁹⁶ Ceylan, (Boşanmanın Hukuki Sonuçları), s. 24.

¹⁹⁷ Egger, s. 144.

Nitekim, bize göre de, eşlerin bir sebeple artık ortak hayatı devam ettirmeleri beklenemiyorsa, hala boşanmaya karar vermemekte diretme, evlilik hayatı çekilmez hale gelen ve bu sebeple boşanmak isteyen eş, bir bakıma evli kalmaya mahkûm etmek, o eşin kişilik haklarına aykırılık teşkil edebilecektir. Çünkü bir eşin boşanma sebebinin gerçekleşmesinde daha kusurlu olması, onun açısından ya da diğer eş açısından ortak hayatta çekilmezliğin mevcut olmadığını göstermemektedir.

Açıkça ifade etmek gerekir ki, eski Medeni Kanun'un ifadesinden ilk bakışta şiddetli geçimsizlik sebebine dayalı dava açma hakkının (m. 134) sadece kusursuz eşe ait olduğu anlamını çıkarmak mümkün olduğu için, bu boşanma sebebi kusura bağlı bir sebepmiş gibi algılanmaktadır. Eski Medeni Kanun'un bu düzenlemesi gereği, şiddetli geçimsizlik, doktrinde bir kısım yazar ve Yargıtay tarafından da, kusura bağlı bir sebep olarak kabul edilmekte idi. Bu durum, hâkimin, şiddetli geçimsizliğe sebep olan olaylarda hangi eşin kusurlu ya da daha kusurlu olduğuna yönelik re'sen araştırma yapmasını gerekli kılmakta idi. Hâkimin temelden sarsılmanın mevcudiyetine rağmen, sırf kusurlu eşin dava açmış olması nedeniyle, boşanmayı reddetmesi ise, kusur prensibini ortaya çıkarmakta ve temelden sarsılma prensibini kenara itmekte idi. Ancak biz, Yargıtay ve doktrinde bir kısım yazar tarafından eski Medeni Kanunda ilgili hükmün (MK m. 134) sadece sözüne göre yorumlanmış olmasını isabetli bulmamaktayız. Kanunların, sadece sözüne göre değil, özüne göre de yorumlanarak somut olaya uygulanması (TMK m. 1) gerekir. Esasen, MK m. 134 hükmünde düzenlenen boşanma sebebi, kusur prensibine bağlı olmadığı için, eski Kanunun yürürlüğü döneminde de bu prensip ile birlikte değerlendirilmemesi gerekirdi. Böyle durumlarda kusur prensibi nedeniyle evliliğin boşanma ile sona ermesine izin verilmemiş olsa bile, eşlerin boşanma davası açacak kadar yaşadıkları tatsızlıklardan sonra, mutlu mesut evlerine dönecekleri ve hiçbir şey olmamış gibi hayatlarına kaldıkları yerden devam edeceklerini düşünmek, genellikle bir yanılgıdır. Hatta çoğunlukla boşanma aşamasına gelen eşlerin bundan sonra beraber yaşamaması veya beraber yaşamak zorunda kalsalar bile, belki eskisinden daha şiddetli kavgalar ve anlaşmazlıklarla dolu huzursuz bir yaşam sürdürmeleri söz konusu olacaktır. Bu durum, mevcut evlilikteki çocukların da psikolojik gelişimini olumsuz etkileyeceği için, uzun vadede toplumsal zararlar da ortaya çıkabilecektir. Bunun yanı sıra, davacının tam kusurlu ya da daha kusurlu olması nedeniyle davanın hâkim tarafından kendiliğinden reddedilmesinin, kusursuz olan ama gerçekten boşanmayı isteyen eşin aleyhine bir durum oluşturacağı söylenebilir. Örneğin, davacı eş, alkolik, kumarbaz ya da eşine devamlı kötü davranan, şiddet uygulayan biri olup, davalının -çoğunlukla kumarbaz, alkolik veya eşine şiddet uygulayan bir eşin açtığı dava, hâkim tarafından reddedildiği zaman, böyle bir evliliğin devam edecek olması neticesinde kusursuz olan eş korunmamış olduğu gibi, kusurlu olan eş de kusurlu olmanın sonuçlarına katlanmamış olmaktadır. Kusurlu olan eşin bunun sonucuna katlanması için, boşanmanın kabul edilmesi ve boşanmanın sonuçlarının (bkz., TMK m. 174, 175, 176) kusuru olan eşe yüklenmesi gerekmektedir. Bu nedenle, kusura ve

kusurun ağırlığına, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı açılan boşanma davalarında boşanmaya karar verip vermeme noktasında değil, boşanmanın sonuçlarında işlevsellik kazandırılırsa, mağdur ve kusursuz olan eşin korunması amacı sağlanmış olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB), boşanmada kusur prensibi kural olarak terk edilmiş olup, Kanunda, eşlerden her birinin, ayrı yaşama sürelerinin (2 yılın) sona ermesinden önce, kendisine atfedilemeyen ciddi (zorlayıcı, haklı, ağır) nedenlerle evliliğin devam etmesinin beklenemez hale gelmesi (katlanamama, çekilmezlik unsuru) halinde boşanma talebinde bulunabileceğine ilişkin bir düzenleme (Art. 115/II) yer almaktadır¹⁹⁸. Görüldüğü üzere, hükümde sadece kendisine atfedilemeyen ya da kendisinden kaynaklanmayan ifadesi tercih edilmiş olup, kusur kavramından söz edilmemiştir. Esasen, çekilmezlik yaratacak ve bir eşe atfedilebilecek haklı ve zorlayıcı sebep ifadesinden, kusur dışında bir olgunun da söz konusu olabileceği (hastalık gibi) anlamını çıkarmak mümkündür.

Alman Medeni Kanun'unda (BGB) ise, boşanmada kusur esasına hiç yer verilmiş, aile birliğinin (yaşam ortaklığının ya da ortak yaşamın) ortadan kalktığı ve birlikte yaşamın tekrar kurulmasının beklenemediği hallerde, evlilik birliğinin köklü sarsıntıya uğradığı ya da evlilik birliğinin başarısız olduğu (çöktüğü) (*Scheitern der Ehe*) ve bunun bir boşanma sebebi olduğu (BGB § 1565) hüküm altına almıştır¹⁹⁹. Görüldüğü üzere, burada da Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesindeki evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına eşdeğer bir durum düzenlenmiş ancak, eşlerin kusuru kavramından hiç söz edilmemiştir.

Konuya ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, davalının, davacının kusurunu ileri sürerek davayı reddettirmek için kullanabileceği, (Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin ikinci fıkrasının ifadesiyle) "itiraz hakkı" dır. TMK 166/II hükmünde açıkça davacının kusur durumunu ileri sürme ve buna itiraz etme hakkının davalıda olduğu belirtilmiş olup, davalı tarafından öne sürülmediği sürece, hâkim, kusura dayalı olmayan bu boşanma sebebinde, kendiliğinden eşler için kusur araştırması yaparak boşanma kararı verip vermeyeceğini tespit etmeyecektir²⁰⁰. Eş deyişle, boşanmaya sebep olan olaylarda eşlerin her ikisi de kusurlu olsa bile, ancak davalı bu durumu ileri sürerse, hâkimin somut olayda bu durumu inceleme ve kusurun ağırlığını takdir etme yetkisi söz konusu olacaktır²⁰¹. Kanun, davalı eşe, sadece davacı eşin kendisinden daha kusurlu ya da tamamen kusurlu olduğu somut uyuşmazlıklarda, davacının kusur durumunu öne sürerek, davayı reddettirme hakkı

¹⁹⁸ Bkz., <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>. İsviçre Medeni Kanunu, 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikten sonra, 1 Ocak 2011 tarihinde de önemli değişikliklere uğramıştır. İsviçre boşanma hukukunun gelişimi hakkında geniş bilgi için bkz., **Gürsoy**, s. 26 vd.; **Helvacı**, s. 1151-1169; **Güven**, s. 35-56; **Ergün**, (Armağan), s. 431-457.

¹⁹⁹ Bkz., <https://dejure.org/gesetze/BGB/1565.html>. Alman hukukundaki ilgili düzenleme ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Haluk **Burcuoğlu**, "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 48, Sayı:1-4, Ocak 1983, s. 113-140, (<https://dergipark.org.tr/tr/>); **Gürsoy**, s. 21-25; **Güven**, s. 35-56; **Ergün**, (Armağan), s. 431-457.

²⁰⁰ Aynı yönde bkz., **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 121; **Gençcan**, s. 230, 234. Ayrıca bkz., Akıntürk/**Ateş Karaman**, s. 266; **Öztan**, s. 414; **Erdem**, s. 132; **Velidedeoğlu**, s. 185; **Toksöz**, s. 54; **Korkmaz**, s. 98; **Oğuzman/Dural**, s. 126; **Köseoğlu/Kocaağa**, s. 51; **Çelik**, s. 66; **Öztan**, (makale), s. 721; **Ceylan**, s. 320; **Vatanserver**, s. 120; **Öztürk**, s.89; **İnal**, (Cilt I), s. 894; **Tutumlu**, s. 269; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1186; **Kara**, s. 72; **Avcı**, s. 69; **İnal**, s. 332; **Yılmaz**, s. 158; **Okumuş**, s. 120, 176.

²⁰¹ Ayrıca bkz., **Schwarz**, s. 155, 156; **Egger**, s. 184, 185.

vermiştir²⁰². İşte, davacının kusurunun, davalının kusurundan fazla olduğu hallerde, davalının kendisine kanunun verdiği özel bir sebebe dayanarak davayı reddettirme hakkını kullanması nedeniyle, maddede yer alan itiraz ifadesi, bize göre de düzeltici yorum ile “def’i” olarak anlaşılmalıdır²⁰³. Aile hukukuna özgü olan bu def’i hakkının kullanılmasının sonucu olarak, karşı taraf ileri sürmediği sürece, hâkimin bu durumu re’sen araştırmaya mecbur olmadığı düşüncesindeyiz. Bu düşüncemiz, davacının hem tam kusurlu hem de davalıdan daha fazla kusurlu olduğu tüm haller için geçerlidir. Belirtmek gerekir ki, hükümde davalıya tanınmış olan davayı reddettirme hakkının (TMK m. 166/II) def’i olarak kabulü ile, tamamen kusurlu olarak kabul edilen eşin dava açma hakkı doğru elinden alınmış olacağı için, kanunun ruhuna ve söz konusu boşanma sebebine yön veren temelden sarsılma prensibine de uygun bir yorum yapılmış olacaktır. Yargıtay’ın, kanunun açık hükmüne rağmen, henüz davalı ileri sürmeden re’sen araştırma ilkesinin sonucu olarak davacının tamamen kusurlu olduğunun tespit edildiği hallerde, davanın bu sebeple reddedilmesine ilişkin görüşünü ise açıkladığımız gerekçelerle isabetli bulmamaktayız. Bize göre, temelden sarsılma sebebine dayalı olarak açılan boşanma davalarında hâkimin ilk işi, kusura yönelik incelemeler yapmak olmamalıdır. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta, öncelikle evlilik birliğinin derinden (temelinden) sarsılıp sarsılmadığını, bu sarsılmanın ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediğini araştırmalı ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kanaat getirmemiş ise, boşanmaya karar vermemelidir. Hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kanaat getirdikten sonra, davalı eş, davacının kusurlu olduğu hususunu öne sürerek davanın reddini talep etmemiş ise, hâkimin boşanmaya karar vermesi gerekmektedir. Yani kusursuz ya da daha az kusurlu olan davalı eş, davayı reddettirme hakkını kullanmayarak, boşanma kararının verilmesini bekleyebilir²⁰⁴. Kural olarak, davalı eş, davacının temelden sarsılmaya neden olan olaylarda tam ya da daha fazla kusurlu olduğu hususunu öne sürerek davanın reddini talep etme hakkına sahip olduğu için, davacının kusurunu öne sürerek davayı reddettirme hakkını kullanan davalı eşin temelinden sarsılan evliliği kurtarma düşüncesinde olduğu, çocukları ve kendisi için evliliğine bir şans daha tanınmasını arzuladığı, eş deyişle, bu hakkı dürüstlük kuralı çerçevesinde kullandığı tüm hallerde, boşanmaya engel olabileceğini söylemek mümkündür. Ancak, hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kesin olarak kanaat getirdikten sonra, kusuru öne sürerek davanın reddini istemek, somut uyuşmazlıkta artık bu evliliğin devamında eş ve varsa çocuklar açısından fayda kalmadığından bahisle, hakkın kötüye kullanılması sayılmakta ise, boşanma kararı verilmesinin uygun olacağını söylemek gerekir²⁰⁵. Bu nedenle, davalı eşin, boşanmak istemiyorsa, davacının kusurunu ileri sürmek yerine, evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını ispatlamaya çalışması daha isabetli olacaktır.

²⁰² Sadece davacının kusurunun daha fazla olduğu hallerde davalının itiraz etme hakkı olduğu, ilgili komisyon raporunda da açıkça belirtilmiştir (bkz., dn. 121’ e ait metin).

²⁰³ Bkz., dn. 159. Doktrinde, “*usul hukuku manasında def’i, bir yandan maddi hukukun teknik manada def’ilerini içine alırken, diğer yandan maddi hukukun itirazlarını da kapsar.*” şeklinde ifade edildiği üzere, medeni usul hukukunda def’iler, maddi hukuktaki anlamına göre daha geniş anlaşılmakta olup, davalının kendisine karşı iddia edilen taleplere karşı yönelttiği tüm olguları kapsamaktadır (bkz., Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt I, II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 348).

²⁰⁴ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 121; **Velidedeoğlu**, s. 185, 186, 187; **Anıl**, s. 44, 45.

²⁰⁵ Öyle ki, eşlerden biri, diğerinin kusurlu olduğunu iddia etmişse, bu iddia kabul edilmeksizin de hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kesin kanaat getirirse, yine de boşanmaya karar vermelidir (bkz., **Egger**, s. 182, 183; **Velidedeoğlu**, s. 185). Çünkü burada önemli olan, eşlerin kusuru değil, ortak hayatın her türlü çabaya rağmen sürdürülebilmesidir. Konu ile ilgili olarak ayrıca bkz., “5. Davalı eş açısından hakkın kötüye kullanılması yasağı” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

Davalının, davacının daha fazla kusurlu olduğu durumlarda ileri sürebileceği davayı reddettirme hakkı, itiraz hakkı şeklinde ilgili komisyon raporunda yer alan gerekçede isabetli olarak açıkça belirtilmiş olsa da, bu durumun doğal sonucu olarak, davalının davacının daha fazla kusurlu olduğunu öne sürerek davayı reddettirebilme hakkını ifade etmek için “itiraz” teriminin kullanılması isabetli olmamıştır. Her ne kadar burada teknik anlamda bir itirazın kastedilmediği anlaşılmakta ise de, düşüncemize göre, hiç değilse Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesinin ikinci fıkrasının metninde bu ifadenin düzeltilmesi yerinde olacaktır. Böylece, kusurun re’sen dikkate alınması ve kusur durumunun hâkim tarafından öncelikle araştırılarak davanın reddedilmesi ile meydana gelebilecek sakıncalar bir ölçüde önlenabilir ve hükmün farklı yorumlanmasının beraberinde getirdiği tartışmalar da azalabilir.

Doktrinde bir kısım yazar tarafından da savunulan ve uygulamada istikrar kazanmış olan tamamen kusurlu eşin açtığı davanın reddedilmesi gerektiği yönündeki düşünce, kanaatimizce kanunun ne sözüne ne de özüne uygundur. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, bu görüşün gerekçesi olarak ileri sürülen, davacı eşin kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemeyeceği ilkesinin ihlal edilmiş olduğu düşüncesine de katılamamaktayız. TMK m. 166/II hükmünde davalı eşe, açıkça davayı reddettirme hakkı verilmiş olup, bu durumun, davacı eşin kendi kusuruna dayanarak zaten hak iddia edemeyeceğinin bir göstergesi olduğunu söylemek mümkündür. Davalı eş, def’i ileri sürerek, davacının açtığı davaya engel olabilme hakkını elinde tutmaktadır. Bu durumda bir kimsenin kendi kusurlu davranışına dayanarak hak iddia etmesi karşısında, diğer tarafa da davacının temel hukuk ilkelerini bu sebeple ihlal etmesinin önüne geçme fırsatı verildiğini ifade edebiliriz.

Bu görüşümüze ilave etmek istediğimiz bir başka husus ise, eşler arasında yaşanan bir olumsuzluğun ya da geçimsizlik sebebinin aslında çok mahrem bir konu olması ve bu özel konunun da, eşler açısından evliliği sürdürmeyi imkânsız ve çekilmez hale getirebilecek olmasıdır. Eşlerden birinin, kendisiyle ilgili ya da diğer eşle ilgili olan bu konunun sadece kendilerinin bildiği ayrıntılarını belirtmeksizin, temelden sarsılma nedeniyle boşanmaya karar verilmesini istemesi halinde, hâkimin kendiliğinden kusur araştırması yaparak davayı açan eş kusurlu bulması ihtimalinde, eşlerin boşanmasına izin vermemesi söz konusu olursa, oluşacak bu durumun, somut evliliklerin devamı açısından daha büyük sorunlara yol açabileceği kuşkusuzdur. Bu nedenle de, söz konusu genel boşanma sebebinin davacı ve davalı eşlerin kusurundan bağımsız düşünülmesi ve davalının açılan davayı reddettirme yönünde bir isteği yok ise, kökünden sarsılan evliliğin hâkim kararıyla sona erdirilmesi gerekmektedir.

Eklelemek gerekir ki, TMK m. 166/IV uyarınca, davacının kusuru nedeniyle hâkim tarafından kendiliğinden reddedilen temelden sarsılma sebebine dayalı boşanma davasının üzerinden ortak hayatın tesis edilemediği 3 yıllık sürenin geçmesi üzerine, tarafların kusuru ya da başka bir şartın varlığı aranmadan eşlerden birinin istemi üzerine hâkim tarafından boşanmaya karar verilmesi gerekmekte olup, ilgili hükümde sayılan bu şartların gerçekleşmesi ile, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı varsayılmıştır²⁰⁶. Bu durumda, evlilik birliğinin temelinden sarsılması (ya da şiddetli geçimsizlik) sebebiyle açılan davalarda kusur durumunun hâkim tarafından re’sen araştırılarak davanın bu sebeple reddedilmiş olması şeklindeki uygulamanın ve bu durumun kabulünün, evliliklerin büyük bir kısmında sadece

²⁰⁶ TMK m. 166/IV: “Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.”

boşanma sürecini uzattığını ve bunun usul ekonomisine de aykırı olduğunu ifade etmek gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda her iki eş de kusursuz ise²⁰⁷ veyahut davacı eş daha az kusurlu ise, davalı eşin davacının kusurunu ileri sürerek davayı reddetme hakkı bulunmamaktadır ve bu tür durumlarda diğer şartlar da varsa, özellikle evliliğin devamında bir yarar kalmamışsa, boşanmaya karar verilmesi gerekmektedir. Keza, aynı esas, eşlerin, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda eşit kusurlu olmaları halinde de²⁰⁸ geçerlidir. Esasen, bu

²⁰⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 121; **Kaçak**, s. 61; **Anıl**, s. 45; **Koç**, s. 38; **Kara**, s.72; **Avcı**, s. 63, 64. Her iki eşin kusursuz olduğu hallerde boşanma kararı verilebileceği yönünde bkz., Yargıtay HGK., T. 20. 1. 1965, E. 2/515, K. 40 (**İnal**, Cilt I, s. 893).

²⁰⁸ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 121; **Öztan**, s. 414; **Tekinay**, s. 183; **Kaçak**, s. 60, 61; **Anıl**, s. 46; **Özğür**, s. 389; **Avcı**, s. 63, 64; **Koç**, s. 38; **Kılıç**, s. 49, 50. Bkz., Yargıtay 2. HD., T. 11. 11. 2015, E. 17341, K. 21024: “[...] boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olduğunun kabulü ve eşit kusur halinde de boşanmaya karar verilmesinin gerekeceği [...]” (Kazancı); Yargıtay HGK., T. 12. 02. 2014, E. 2013/2-623, K. 97: “[...] böylece evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tarafların eşit kusurlu olduğu anlaşıldığından, boşanmaya davalı-davacı kocanın davasının da kabulü suretiyle karar verilmesi gerekeceği [...]” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 09. 12. 2015, E. 9283, K. 23695: “[...]Mahkemece davalı erkek kusurlu kabul edilerek boşanmaya karar verilmiş ise de; yapılan yargılamaya ve toplanan delillerden tarafların mahkemece kabul edilen kusurlu davranışları yanında, davacı kadınının güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, eşine "sen adam olamazsın, it köpek" şeklinde sözlerle hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında boşanmaya neden olan olaylarda; tarafların eşit derecede kusurlu olduklarının kabulü gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesi koşulları gerçekleştiğine göre[...]” (Legalbank); Yargıtay 2. HD., T. 09. 12. 2015, E. 8865, K. 23653: “[...]Eşit kusurlu eşler veya daha az kusurlu eş boşanma davası açabilir [...]” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 08. 12.2 2015, E. 6947, K. 23559: “[...]Toplanan delillerden davacı-davalı erkeğin eşine cinsel yolla hastalık bulaştırdığı, çocuk sahibi olmaktan kaçındığı ve müşterek konutu terkettiği, buna karşılık, davalı-davacı kadının ise; herkesin içinde "doğurgan olduğunu, çocuk doğurmak istediğini, yoksa kendi başının çaresine bakacağını, boşanacağını" söylediği, eşine hakarete bulunduğu ve annesinin evliliğe müdahalesine sessiz kaldığı anlaşılmaktadır. Tarafların gerçekleşen kusurlu eylemleri dikkate alındığında, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı sabit olmuştur. Tarafların kusurlu eylemleri karşısında davalı-davacı kadının erkeğin açmış olduğu davada boşanmaya itirazı da hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Gelişen bu olaylar karşısında, evliliğin devamında taraflar bakımından yarar kalmadığı ve Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesindeki boşanma koşullarının gerçekleşmiş olduğunun kabulü ile tarafların boşanmalarına karar verilmesi gerekirken, davacı-davalı erkeğin davasının reddine karar verilmesi doğru olmamıştır [...]” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 02. 12. 2015, E. 5781, K. 22924; “[...]Erkeğin eşine fiziki ve ekonomik şiddet uyguladığı, hakaret ettiği, annesinin eşine hakaretlerine sessiz kaldığı; kadının ise, eşine hakaret ettiği ve ailesinin evlilik birliğine müdahalelerine sessiz kaldığı ve gerçekleşen bu hale göre, boşanmaya sebep olan olaylarda; her iki taraf da kusurlu olmakla birlikte, erkeğin eşine göre daha fazla kusurlu olduğunun; gelişen bu olaylar karşısında evlilik birliğinin devamında taraflar bakımından yarar kalmadığının ve erkeğin davası yönünden boşanma koşullarının gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekir[...]” (Kazancı); Yargıtay HGK., T. 27. 2. 2008, E. 2008/2-169, K. 2008/210: “[...] tarafların eşit kusurlu sayılmaları gerekir. Tarafların eşit kusuru nedeniyle de, ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcuttur. Eşleri birlikte yaşamaya zorlamak kanunen mümkün değildir [...]” (**Helvacı**, TMK, s.131); Yargıtay HGK., T. 26. 6. 2002, E. 2002/2-567, K. 2002/547: “[...] davacının davalıyı dövmesine karşın davalının da davacıya deyyus, pezevenk diye hakaret ettiği, bu durumda tarafların eşit kusurlu oldukları anlaşılmaktadır. Bu halde, taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir [...] Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya karar verilecek yerde [...]”(**Helvacı**, TMK, s.133); Yargıtay

durum dahi, bize eşlerin kusur durumu ile temelden sarsılma olgusunun örtüşmediğini göstermektedir.

7. Sonuç

Evlilik birliği, TMK m. 185 uyarınca evlenmeyle kendiliğinden oluşan yasal bir birliktir. Eşlerin, değişik sebeplerle yaşamı beraber paylaşma amacı ve arzusunun kalmaması, evlilikte önemli fikir ve duygu ayrılıkları yaşanması gibi durumlar, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını göstermektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması, genel, nisbi ve kusura dayanmayan bir boşanma sebebidir. Konuyu düzenleyen eski MK m. 134'ün başlığı, "İmtizaçsızlık" şeklinde olup, bu boşanma sebebinin objektif şartı, doktrinde, "düzen bozukluğu" olarak da ifade edilen "geçimsizlik" idi. Ancak, eşler arasındaki bu geçimsizliklerin de boşanma sebebi oluşturabilmesi için, şiddetli geçimsizlik olması şart idi. Kanunun konuyu düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinde, eskiden olduğu gibi "şiddetli geçimsizlik" ifadesi kullanılmamış, bunun yerine objektif şartı işaret etmek için geçimsizliği de içine alan "temelden sarsılma" ifadesi kullanılmıştır. Kanunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olacak olay ve olgular açısından, sınırlı sayıda olma ve belirlilik ilkeleri geçerli olmadığı için, pek çok olgunun buraya dahil edilmesi mümkündür. TMK m. 166/I, çok uzun süredir diğer boşanma sebeplerine nazaran her zaman eşler tarafından en çok başvurulan hüküm olmuştur. Eski Medeni Kanun'un yürürlüğü döneminde, bu boşanma sebebinin ilk şartı "geçimsizlik" iken, ikinci şartı, buna bağlı olarak gerçekleşen "çekilmezlik" oluşturuyordu. Türk Medeni Kanunu'nun 166/I hükmünde ise, bu boşanma sebebinin gerçekleşmesi için, geçimsizlik ya da başka bir sebeple ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenemeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması aranmaktadır. Eski Medeni Kanun'un (m. 134) ifadesinden şiddetli geçimsizlik sebebine dayalı dava açma hakkının, sadece kusursuz eşe ait olduğu anlamı çıkarılmakta olup, bu boşanma sebebi, kusura bağlı bir sebep olarak kabul edilmekte idi. Bu durum, hâkimin, şiddetli geçimsizliğe sebep olan olaylarda hangi eşin kusurlu ya da daha kusurlu olduğuna yönelik re'sen araştırma yapmasını gerekli kılmakta ve kusurlu eşin açtığı boşanma davası kabul edilmemekte idi. Yargıtay ve doktrin tarafından eski Medeni Kanunda bu boşanma sebebinin düzenleyen hükmün (MK m. 134) sadece sözüne göre yorumlanması ile varılan bu sonuçları isabetli bulmamaktayız. Kanunların, sadece sözüne göre değil, özüne göre de yorumlanarak uygulanması (TMK m. 1) gerekir. Bu durumda kanunun amacının, kusursuz olanı korumak olmasından hareket edilerek, evlilik birliği eşlerin ortak hayatı sürdüremeyecekleri derecede temelinden sarsılmış ve hâkim buna kanaat getirmişse, boşanma sonucuna ulaşmanın önünün, kusur kavramı ile kapatılmaması gerekir. Bu tür bir uygulama, kusur prensibini ortaya çıkarmakta ve temelden sarsılma prensibini kenara itmektir. Oysa, bu boşanma davasında eşleri, kökünden sarsılmasına rağmen ve eşler boşanmayı istemesine rağmen, bu evliliğe mahkûm etmek,

2. HD., T. 26. 9. 2006, E. 5915, K. 12484: "[...] boşanmaya sebep olan olaylarda tarafların ikisi de kusurludur. Birinin kusurunu diğerinden baskın kabul etmek mümkün değildir[...]." (Anıl, s. 210); Yargıtay 2. HD., T. 11. 05. 2009, E. 6889, K. 9142: "[...] Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, davacının da şiddet uygulayarak karısını evden kovduğu, bu suretle eşit kusurlu buldukları anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK. md. 166/1) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır [...]." (Legalbank).

boşanmalarına izin vermemek, kişilik hakları ihlali açısından da önemli sonuçları gündeme getirebilecektir. Bu nedenle, 1988 yılında, eski Kanunun 134. maddesinde yapılan değişikliğin isabetli olduğu düşüncesindeyiz. Nitekim bu değişiklik kapsamındaki düzenleme, yeni Türk Medeni Kanunu'nda da aynen korunmuştur. Bu noktada artık eski düzenleme uyarınca kanunun özüne göre yaptığımız yorum, sözü ile de çelişmemektedir. Çünkü Kanunda, daha fazla ve tamamen kusurlu olan eşin de dava hakkı olduğu açıkça kabul edilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 166/1 hükmünde düzenlenen bu boşanma sebebinin kusur prensibine değil, temelden sarsılma prensibine dayalı olduğu açık ve tartışmasız bir gerçektir. Evlilik birliğinin temelden sarsılmış olması için, eşlerin mutlaka kusurlu olmaları şartı gerekmediği gibi, davayı açacak eşin de boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olmaması şart değildir. Davacının ortak hayatın çekilmez hale gelmesinde, diğer eşten daha kusurlu olması başka, evlilik birliğinin her iki eş bakımından da ortak hayatı sürdürmenin beklenemeyeceği ölçüde derinden sarsılmış olması başka bir olgudur. Bu boşanma sebebinde önemli olan, eşlerin kusur durumu olmayıp, eşlerin kusuru ile ya da kusurları haricinde başka sebeplerin gerçekleşmesi nedeniyle aile hukuku yükümlülüklerini ihlal etmesi ve bu durum nedeniyle ortak hayata devam etmelerinin beklenemeyeceği geçimsizlikler yaşaması ya da eşler arasında bu türden geçimsizlikler yaşanmış olmasa bile, yaşanan bu durumun ortak hayatı sürdürmeyi imkânsız hale getirmesidir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda, her iki eş kusurlu olabileceği gibi, eşlerin her ikisinin kusursuz olması da mümkündür. Belirttiğimiz sebepler çerçevesinde, eşlerden sadece birinin ortak hayatı devam ettiremeyecek durumda olması ise, bu boşanma sebebinin oluşması için yeterlidir. Her somut olayda çekilmezlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak, boşanma davasına bakan hâkimin takdirindedir. Hâkim, geçimsizlik ya da objektif olarak ortak hayatı çekilmez kılacak başka bir olgunun varlığının, somut olaydaki eşler açısından ortak hayatı çekilmez kılmaya elverişli olup olmadığına, somut olayın özelliklerini dikkate alarak karar vereceği için, 166. maddede, bir hüküm içi boşluğun varlığından söz etmek mümkündür. 166. maddede davacının daha kusurlu olması halinde davaya engel olmak, açıkça davalının iradesine bırakılmıştır. Davacının kusurunun, davalının kusurundan fazla olduğu her halde, davalının kendisine kanunun verdiği özel bir sebebe dayanarak davayı reddettirme hakkını kullanabilmesi mümkün olup, bu hakkı ifade etmek için maddede yer alan itiraz ifadesinin, “def’i” olarak anlaşılması gerekir. Aile hukukuna özgü bu def’i hakkının kullanılmasına sonucu olarak, karşı taraf ileri sürmediği sürece, hâkimin bu durumu re’sen araştırmaya mecbur olmadığı düşüncesindeyiz. Bu düşüncemiz, davacının hem tam kusurlu hem de davalıdan daha fazla kusurlu olduğu tüm haller için geçerlidir. Kusursuz ya da daha az kusurlu olan davalı eş, davayı reddettirme hakkını kullanmayarak, boşanma kararının verilmesini de bekleyebilir. Bu kararın, kural olarak kusursuz eşin iradesine bırakılmış olması, kusursuz eşin, kanun tarafından korunması amacını da sağlamış olması açısından oldukça isabetlidir. Belirtmek gerekir ki, tüm hakların kullanılmasında olduğu gibi, davalı eşin def’i hakkını kullanırken de, dürüstlük kuralına uygun davranması önem arz etmekte olup, özellikle evliliğin devamında eşler, aile ve toplum açısından bir menfaat kalmamışsa, kusursuz eşin davaya engel olmasına, hakkın kötüye kullanılmasına izin vermemek gerekmektedir. Yargıtay’ın, konuya ilişkin bazı kararlarında boşanmaya sebep olan olaylarda daha az kusurlu olan eşin, iyiniyetli olarak kabul edilmesi şeklindeki açıklamalarında ifade edilmek istenen ise, iyiniyet (TMK m. 3) ilkesi değil, dürüstlük kuralı (TMK m. 2) olduğu düşüncesindeyiz. Zira davalı eşin davayı reddettirmek için def’i ileri sürmek istemesinde, bir hakkın kazanılmasından çok, bir hakkın kullanılması ön planda olup, kanunda bu konu hakkında özel olarak iyiniyete hukuki sonuç bağlanan bir hüküm de bulunmamaktadır. Özellikle, Yargıtay tarafından eski Kanunun yürürlüğü zamanından günümüze kadar ve Kanunda yapılan değişikliğe rağmen, halen istikrarlı bir şekilde ileri sürülmekte olan, kusurlu eşin

dava açma hakkının olmamasına ve bu durumun hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğine yönelik görüşleri isabetli bulmuyoruz. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı olarak açılan boşanma davalarında hâkimin ilk işi, kusura yönelik incelemeler yapmak değil, evlilik birliğinin ortak hayatı çekilmez hale getirecek kadar temelinden sarsılıp sarsılmadığını araştırmaktır. Bunun sonucunda hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kanaat getirmemiş ise, boşanmaya karar vermemeli, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kanaat getirdikten sonra ise, davalı eş, davacının kusurlu olduğu hususunu öne sürerek davanın reddini talep etmemiş ise, hâkimin boşanmaya karar vermesi gerekmektedir. Ancak, davalı eş, boşanmak istemediği ve evliliğin devamında fayda gördüğü için davayı reddettirme isteğini ileri sürmüş ise, somut ilişkide davayı reddettirme hakkını dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmakta ise, boşanma kararı verilmemelidir. Ancak, davalının kusuru öne sürerek davanın reddini istemesi, somut uyuşmazlıkta artık bu evliliğin devamında fayda kalmadığından bahisle, hakkın kötüye kullanılması sayılmakta ise, boşanma kararı verilmelidir. Bu nedenle, boşanmak istemeyen davalı eşin, davacının kusurunu ileri sürmek yerine, evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını ispatlamaya çalışması daha isabetli olacaktır. Çünkü bu boşanma sebebinde önemli olan, eşlerin kusuru değil, ortak hayatın her türlü çabaya rağmen çekilmez hale gelmesi olup, hâkimin bu konuda geniş takdir yetkisi vardır. Yargıtay'ın kanun değişikliğinden önce verdiği kararlar, sadece kanunun sözüne göre yorumlanması ile varılacak sonuçlara ilişkin olup, kanunun özüne göre yorum yapılması, özellikle aile hukuku alanında korunması gereken menfaatler dengesi açısından oldukça önem taşımaktadır. Böyle durumlarda kusur prensibi nedeniyle evliliğin boşanma ile sona ermesine izin verilmemiş olsa bile, eşlerin boşanma davası açacak kadar tatsızlık yaşamalarından sonra, barışıp evlerine dönecekleri ve hiçbir şey olmamış gibi hayatlarına devam edecekleri düşünülmemelidir. Özellikle, kusurlu eşin kusurlu davranışlarına devam edecek olmasıyla, kusursuz olan ve himayeye muhtaç durumda olan eş, bu evliliği sürdürmeye ve belki de evlilikte maruz kaldığı kötü muameleye ve şiddete hâkim kararıyla mahkûm edilmiş olabilecektir. Yargıtay'ın kanun değişikliğine rağmen, 166. maddede kusur prensibine göre yorumlanması ise, artık kanun metninin hem özüne hem de sözüne aykırı nitelikte kararların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu durumun kanun koyucunun iradesi esas alınarak düzeltilmesi, yukarıda söylediğimiz gerekçeler ve oluşabilecek sakıncalar nedeniyle zorunludur. Kusursuz ya da daha az kusuru bulunan davalının davayı reddettirme hakkının her durumda mevcut olduğu, kanunun açık ifadesinden anlaşılmakta iken ve kusur derecelerine göre bir ayırım yapılmamış iken, uygulamada böyle bir ayırma gidilerek karar verilmesi ise, hukuki temelden yoksundur. Bu noktada, davacının kusuru nedeniyle reddedilen boşanma davasında kararın kesinleşmesi üzerine eşlerin 3 yıl ortak hayatı tesis etmemeleri halinde, istem halinde fiili ayrılık sebebiyle boşanmalarının hiçbir ek şarta bağlanmadığını ve burada evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı faraziyesinin bulunduğunu da eklemek gerekir. Gerekçe olarak ileri sürülen, kimse kendi kusuruna dayanarak menfaat elde edemez prensibinin ise, somut olayın bünyesine uygun düşüyorsa uygulanması gerektiğini, TMK m. 166/II'de zaten davalıya tanınan del'i hakkı ile, davacının kendi kusuruna dayalı olarak ve karşı tarafın aleyhine menfaat elde etmesinin önüne geçildiğini belirtmek gerekir. Eski Kanunda, kusur durumunun re'sen araştırılması yönündeki görüşe katılmadığımız için, eski düzenleme uyarınca bu ilkenin ihlal edilmiş olduğu düşüncesine de katılmamaktayız. Bu ilkenin, aile hukukunda uygulaması olmadığı yönündeki düşünceye ise, kusurun, boşanmanın mali sonuçları bakımından oldukça önemli bir uygulama alanı olması nedeniyle katılmamaktayız. Esasen, kusurlu olan eşin bunun sonucuna katlanması için, boşanmayı kabul etmek ve boşanmanın sonuçlarını kusuru olan eşe yüklemek gerekir. Nitekim, boşanmaya sebep olan olaylarda tamamen kusurlu ya da daha kusurlu olan eşin elinden boşanma davası açma hakkının alınması ile, evlilik birliğinin

temelinden sarsılmış olduğu gerçeğini değiştirmiş olmamakla beraber, bu sürecin uzatılması hem aile, hem toplum, hem de usul ekonomisi açısından sağlıklı ve isabetli gözükmemektedir.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	: Bakınız
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
MK	: 743 sayılı eski Medeni Kanun
No.	: Numara
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SBArD	: Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi
T.	: Tarih
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı (ve devamında)
ZGB	: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

KAYNAKÇA

1. Kitaplar ve Süreli Yayınlar

- ADAL** Erhan, Hukukun Temel İlkeleri, Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul 2011.
- AKGÜN** Zerrin, Boşanma Hukuku, İstanbul 1949.
- AKINTÜRK** Turgut/**KARAMAN** Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 13. Bası, İstanbul 2011.
- AKİPEK** İlhan, Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1952.
- ANIL** Yaşar Şahin, Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Geçimsizlik, İstanbul 2008.
- ARSEBÜK** Esat, Medeni Hukuk, Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Seri: II, Sayı: 18, Ankara 1940.
- ATAAY** Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler- Genel Kavramlar, İkinci Bası, İstanbul 1971.
- ATEŞ** Turan, Medeni Kanunda Boşanma, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 2006, Cilt:4, Sayı: 39.

AVCI Goncağül, Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma (TMK md. 166 f. I- II), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, (yüksek lisans tezi).

AYİTER Nuşin, “Geçimsizlik Sebebine Dayalı Yargıtay Uygulaması”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925- 1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 165- 175, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/>).

BİRSEN Kemaleddin, Medeni Hukuk Dersleri, Genel İlkeler- Şahsın Hukuku- Aile Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul 1966.

BURCUOĞLU Haluk, “Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:48, Sayı:1-4, Ocak 1983, s. 113-140, (<https://dergipark.org.tr/tr/>).

BURCUOĞLU Haluk, “Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler” İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 1-12, (<https://dergipark.org.tr/tr/>), (atıf şekli: Gözlemler).

CANSEL Erol, “Boşanmanın Dayandığı Esaslar”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925-1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 63-113, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/>).

CEYLAN Ebru, “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:6, Sayı:12, Aralık 2018, (<https://dergipark.org.tr/tr/>).

CEYLAN Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2006, (doktora tezi), (atıf şekli: Boşanmanın Hukuki Sonuçları).

ÇAKIN Akın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999.

ÇANDARLI Zahit, “Boşanma Hukuka Ait Prensipler”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 63, Yıl: 1949, s. 20-26.

ÇELİK Berna Özcan, Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

DEMİR Sevgi, Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2020.

DURAL Mustafa/SARI Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2018.

EGGER, A, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi II. Cilt, Aile Hukuku, Birinci Kısım: Evlenme Hukuku, İstanbul 1943 (Çev.: Tahir Çağa).

ERDEM Mehmet, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019.

ERDEM Sabri, Aile Hukuku (Evllenme- Boşanma- Nafaka), Ankara 1966, (atıf şekli: Sabri).

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.

ERGÜN Ömer, “TMK’nın 166’ncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri” Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi (SBArD), Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Yıl: III, Sayı:6, s. 431-457, Diyarbakır, Eylül 2005, (atıf şekli: Armağan).

ERGÜN Zafer, Boşanma, 2. Basım, Ankara 2004.

ERSÖZ Oğuz, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, İstanbul 2018 (yüksek lisans tezi).

FEYZİOĞLU Necmeddin Feyzi/**ÖZAKMAN** Cumhur/ **SARIAL** Enis, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1986, (atıf şekli: Feyzioğlu).

GENÇCAN Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, Ankara 2006.

GÖNENSAY A. Samim, Medeni Hukuk, Cilt 2, Kısım 1, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 63, Hukuk Fakültesi Seri: A, No: 6, İstanbul 1937.

GÜNEŞLİOĞLU Filiz, Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

GÜRSOY, Kemal T, “Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925- 1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 1-47, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/>).

GÜVEN Kudret, “Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Temmuz 2015, s. 35-56.

HATEMİ Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, 4. Bası, İstanbul 2010.

HATEMİ Hüseyin/**OĞUZTÜRK** Burcu Kalkan, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2013.

HELVACI İlhan, Gerekeçeli- Karşılaştırmalı- İçtihatlı- Notlu Türk Medeni Kanunu, Cilt II Aile Hukuku, İstanbul 2013 (atıf şekli: TMK).

HELVACI Serap, “İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2002, s.1151-1169.

İNAL Nihat, Uygulamada Örnek Kararlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Cilt I, Ankara 1997 (atıf şekli: Cilt I).

İNAL Nihat, Açıklamalı Nişanlanma, Evlenme, Mal Rejimi, Boşanma, Velayet, Nafaka ve Eşya Davaları, Anlara 2003.

KAÇAK Nazif, Açıklamalı ve İçtihatlı Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Ankara 2007.

KARA Nazmiye, Boşanma Sebeplerinde Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Kavramı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, (yüksek lisans tezi).

KAVAK Yalçın, Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması, İstanbul 2019.

KILIÇ Denis, “Boşanma Hukukunda Kusur İlkesi”, Leges Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 82, 83, 84, Yıl: 2016, s. 37-69, (<https://www.legesdergi.com/dergi/110>).

KILIÇOĞLU Ahmet, Aile Hukuku, Ankara 2015.

KOÇ Yasemin Okan, Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebi ile Boşanma, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2019, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

KORKMAZ Çınar Yıldırım, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

KÖPRÜLÜ Bülent/**KANETİ** Selim, Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3388, Hukuk Fakültesi Yayın No:696, İstanbul 1985-1986.

KÖSEÖĞLU Bilal, “Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:1, Cilt:1, (s. 7-14), Eylül 2006.

KÖSEÖĞLU Bilal/**KOCAAĞA** Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011.

KURU Baki/**ARSLAN** Ramazan/**YILMAZ** Ejder, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013.

KURU Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.

MARDİNİ Ebül’ula Zade, Hukuku Medeniye Dersleri, Birinci Tabı, Cilt I, İstanbul 1928.

OĞUZMAN Kemal/**BARLAS** Nami, Medeni Hukuk, 22. Bası, İstanbul 2016.

OĞUZMAN Kemal/**DURAL** Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1998.

OKUMUŞ Tuba, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2011, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

ÖZDEMİR Saibe Oktay, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:35, Sayı: 1, 2015, s. 29-46 (<https://dergipark.org.tr/tr/>).

ÖZKAN Hasan, Açıklamalı- İctihatlı- Örneklı Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Aile Hukuku-I, 2. Cilt, İstanbul 2017.

ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.

ÖZTAN Bilge, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 713-728, (atıf şekli: makale).

ÖZUĞUR Ali İhsan, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, 3. Baskı, Ankara 2008.

ÖZTÜRK Özge, Genel Boşanma Sebepleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

SAYMEN Ferit Hakkı /**ELBİR** Halid K., Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul 1960.

SCHWARZ Andreas, Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 176, Hukuk Fakültesi No: 38, İkinci Bası, İstanbul 1946.

SCHWARTZ Paul/**MİMAROĞLU** Kemal Sait, “İsviçre ve Türk Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik Sebebiyle Boşanma” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, No: 3-4, 1962, s. 329-350, (<http://kitaplar.ankara.edu.tr>).

SEROZAN Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2008.

TEKBEN Tuğçe, Def’i Kavramı ve Def’i Kavramının Maddi Hukuk ile Usul Hukuku Bakımından Sonuçları, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, (yayınlanmamış yüksek lisans mezuniyet projesi).

TEKİNAY Selahattin Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1973, (atıf şekli: Medeni).

TEKİNAY Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.

TOKSÖZ Derya Uçar, “Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2019, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

TOPÇU, Melike Ergün, Pek Kötü Davranış Sebebiyle Boşanma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

TUTUMLU Mehmet Akif, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2002.

UMAR Bilge, “İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusurun Rolü”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 1, Sayı:1, Ocak 1967, s. 122-129, (<http://www.dergipark.org.tr>).

USLU Azmi, Yeni Hukuk Lugatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul 1964.

UYAR Talih, Türk Medeni Kanunu, Cilt I, Aile Hukuku (MK 118-449), Ankara.

ÜSTÜNDAĞ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I, II, 7. Baskı, İstanbul 2000.

VATANSEVER Müge, Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2011, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

VELDET Hıfzı, “İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusur Meselesinin Anlaşılış Tarzında Tatbikat ve Nazariyat Arasındaki Farklar” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:9, Sayı:1-2, Ocak 1943, s. 257-273, (<http://dergipark.org.tr>).

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Cilt II, Aile Hukuku, Cüz I, Dördüncü Bası, İstanbul 1960.

YALÇINKAYA Namık/**KALELİ** Şakir, Boşanma Hukuku, İkinci Cilt, Ankara 1987.

YAZICI Hilmi/**ATASOY** Hasan, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı 1952- 1970.

YILMAZ Çiğdem, “Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Karar Kararı İncelemesi” İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı: 2, Aralık 2016, s.149-169, (<http://dergipark.org.tr>).

ZEVKLİLER Aydın/**ACABEY** Beşir/**GÖKYAYLA** Emre, Medeni Hukuk, 6. Bası, Ankara 1999.

II. Elektronik Kaynaklar

-<http://mevzuat.gov.tr>. (Erişim Tarihi: Ocak 2020).

-<http://www.resmigazete.gov.tr>. (Erişim Tarihi: Ocak-Şubat -Mart 2020).

-<http://www.kazanci.com>. (Atıf şekli: *Kazancı*). (Erişim Tarihi: Ocak 2020).

-<http://legalbank.net>. (Atıf şekli: *Legalbank*). (Erişim Tarihi: Ocak 2020).

-<http://www.hukukturk.com>. (Atıf şekli: *Hukukturk*). (Erişim Tarihi: Ocak 2020).

-<http://karamercanhukuk.com>. (Erişim Tarihi: Ocak 2020).

-<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. (Atıf şekli: *Karararama*). (Erişim Tarihi: Ocak 2020).

-<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>. (Erişim Tarihi: Ocak-Şubat 2020).

-<http://dergiler.ankara.edu.tr/>. (Erişim Tarihi: Ocak-Şubat 2020).

-<http://kitaplar.ankara.edu.tr>. (Erişim Tarihi: Ocak-Şubat 2020).

-<https://dergipark.org.tr/tr/>. (Erişim Tarihi: Ocak-Şubat 2020).

-<https://www.legesdergi.com/dergi/110>. (Erişim Tarihi: Mart 2020).

-<https://www.luggat.com/isnad/1/1>. (Erişim Tarihi: Şubat 2020).

-<https://osmanlica.ihya.org/imtizac-nedir-ne-demek.html>. (Erişim Tarihi: Mart 2020).

-<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>. (Erişim Tarihi: Mart 2020).

-<https://dejure.org/gesetze/BGB/1565.html>. (Erişim Tarihi: Mart 2020).

-<http://www.e-uyar.com/> (Erişim Tarihi: Mart 2020).

¶ FİİLİ TAKSİM HÂLİNİN YASAL ÖNALIM HAKKINA ETKİSİ

(THE EFFECT OF DE FACTO DIVISION SITUATION ON THE LEGAL PRE-EMPTION RIGHT)

Arş. Gör. Ömer Faruk ÇELİK**

ÖZ

Fiili taksim, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın, paydaşlar tarafından kendi aralarında özel olarak taksim edilmesi, paydaşların taksim edilen kısımları kullanması ve bu fiili durumu benimsemesi hâlidir. Yargıtay içtihatları uyarınca taşınmazda fiili taksim söz konusu ise, taksim edilen paylardan birinin paydaşlar dışında birisine satışı hâlinde, fiili taksime rıza gösteren mevcut paydaşlar yasal önalım hakkını kullanamazlar. Yargıtay içtihatlarıyla ortaya çıkan bu durum, yasal önalım hakkının kullanılmasına engel teşkil etmektedir. Bu çalışmada, fiili taksim hâlinin yasal önalım hakkının kullanımına etkisi irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Yasal Önalım Hakkı, Fiili Taksim, Paylı Mülkiyet

ABSTRACT

The de facto division is the case where an immovable property subject to joint ownership is actually divided in proportion to joint owners' shares, used and adopted this de facto divided property by them. In accordance with the case-law of the Court of Cassation, if the immovable property divided de facto, in case of selling a divided part to someone other than the joint owners, the joint owner who consents "de facto division" has no right to exercise the legal pre-emption right. This situation constitutes an obstacle to the exercise of the legal pre-emption right. In this study, the effect of the de facto division situation arising from the case-law of the Court of Cassation on the exercising of the legal pre-emption right will be examined.

Keywords: Legal Pre-emption Right, De Facto Division, Joint Ownership

GİRİŞ

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazdaki payların maliklerine (paydaşlara) tanınmış bir haktır. Paydaşlardan birinin, payını paydaşlar dışında üçüncü bir kişiye satması durumunda diğer paydaşlar, yasanın kendilerine tanınmış olduğu önalım hakkına müracaat edebileceklerdir. Fakat yasal önalım hakkı, bazı hâllerde kullanılamaz. Yargıtay kararlarında, fiili taksim de bu hâllerden birisi olarak kabul edilmektedir. Fiili taksim, paylı

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 09.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 24.02.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 04.02.2021. Onaylanma tarihi: 04.02.2021.

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Yazarın ORCID Belirleyicisi: 0000-0003-1558-3934.

Esere Atıf Şekli: Ömer Faruk Çelik, "Fiili Taksim Halinin Yasal Önalım Hakkına Etkisi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1131-1154.

mülkiyete tabi bir taşınmazın, paydaşlar tarafından kendi aralarında özel olarak taksim edilmesi, paydaşların taksim edilen kısımları kullanması ve bu fiili durumu benimsemesi hâlidir. Yargıtay içtihatlarına göre, taşınmazda fiili taksim söz konusu ise, taksim edilen paylardan birinin satışı hâlinde, bu taksime rıza gösteren diğer paydaşlar, yasal önalım hakkına müracaat edemezler¹.

Bu çalışmada, Yargıtay'ın istikrarlı içtihatları ve doktrindeki görüşler temel alınarak, fiili taksim hâlinin yasal önalım hakkının kullanılmasının önünde bir engel teşkil edip etmeyeceği sorusu üzerinde durulmuştur. Çalışmanın ilk bölümünde, önalım hakkına ve bu hakkın kullanılamayacağı hâllere ilişkin kısa bir izahat yapılmıştır. Sonraki bölüm ise, fiili taksim hâlinin yasal önalım hakkı üzerindeki etkilerine ve bu konudaki kanaatimize özgülennmiştir.

I. ÖNALIM HAKKININ KULANILAMAYACAĞI DURUMLARA GENEL BAKIŞ

A. Önalım Hakkına Genel Bakış

Önalım hakkı² (*Vorkaufrecht*), hem Türk Medeni Kanunu'nda³ hem de Türk Borçlar Kanunu'nda⁴ düzenlenmiş bir hak türüdür⁵. Söz konusu kanunlarda, önalım hakkının tanımı yapılmamıştır. Tanım yapılması işi doktrine bırakılmıştır. Doktrinde önalım hakkı, hak konusu taşınmazın üçüncü kişiye satılması hâlinde başvurulabilen ve kullanılması durumunda hak sahibine o taşınmazın yeni alıcısı olma yetkisini veren bir hak olarak tanımlanmaktadır⁶. Önalım hakkı, TMK sistematüğinde “taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları” başlığı altında düzenlenmiştir. TBK'da ise, “taşınmaz satış ilişkisi doğuran haklar” başlığı altında, sözleşmeden doğan önalım hakkına dair düzenlemeler bulunmaktadır. Bu nedenle, önalım hakkının yalnızca taşınmaz mülkiyetinde gündeme gelebileceği ileri sürülmüştür⁷.

¹ Yarg. HGK, 2017/14-1763 E., 2019/129 K., 12.2.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2019/510 E., 2019/6235 K., 3.10.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 1.1.2020.

² Önalım hakkı, 743 sayılı mülga Medeni Kanun'un m. 658 ve m. 659 hükümlerinde “Şuf'a Hakkı” adı altında düzenlenmişti. Şuf'a, Arapça kökenli bir kelime olup, sözlük anlamının “ilave etme, birleştirme” olduğu belirtilmektedir. Kelimenin diğer kök anlamları ise “artma, yardım isteme, gözetip ayrıcalık tanıma” olup, etimolojik açıklamalar yapılırken bu kök anlamlar ile de irtibat kurulur. Son olarak hakkın verdiği yetki sayesinde hak sahibinin mevcut eşyasına ikinci bir eşya eklemesi nedeniyle Arapçada çift anlamına gelen “şef” kelimesinden türediği de ileri sürülmektedir, bkz. **İbrahim Kâfi Dönmez**, “Şuf'a, Ön alım hakkı”, İslam Ansiklopedisi, C. 39, Türk Diyanet Vakfı, İstanbul, 2010, s. 248.

³ R.G., 8.2.2001 T., 24607 S.

⁴ R.G., 4.2.2011 T., 27836 S.

⁵ Önalım hakkının bu iki kanun dışında düzenlendiği başka kanuni düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin; 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun m. 10/I hükmüyle Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü'ne önalım hakkı tanınmıştır. Yine 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/İ hükmüyle tarımsal arazilerin satışında sınırdaş arazi maliklerine önalım hakkı tanınmıştır. Kat Mülkiyeti Kanunu m. 8/II hükmünde, bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin, kendi payını paydaş olmayan birisine satması hâlinde, diğer paydaşların öncelikle satın alma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu hüküm, yasal önalım hakkının özel bir görünümüdür.

⁶ **M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 20 Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 536; **Hasan Erman**, Eşya Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 7. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 120 vd.; **Selahattin Sulhi Tekinay**, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri, II/1, İstanbul, 1988, s. 16.

⁷ **Soysal Özenli**, Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları, İkinci Basım, Kazancı, İstanbul, 1990, s. 10; **Adil Kisagün**, Şuf'a Davaları, Doğu Matbaacılık, Ankara, 1958, s. 29.

Yasal önalım hakkı bakımından, bu konuda şüphe yoktur. Lakin sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından, taşınırın da bu hakkın konusu olabileceği ileri sürülmektedir⁸.

Doktrindeki baskın görüşe⁹ ve Yargıtay içtihatlarına¹⁰ göre, önalım hakkı, hukuk âleminde yarattığı etki bakımından, kurucu yenilik doğuran bir haktır. Hakkın kullanılma- sıyla birlikte, hak sahibi ile taşınmaz mülkiyetine geçiren üçüncü kişi arasında bir satış ilişkisi doğar. Yenilik doğuran haklar prensip itibarıyla, tek taraflı, varması gereken bir irade beyanıyla kullanılırlar¹¹. Fakat önalım hakkı, bu prensibin bir istisnasını oluşturmaktadır. Önalım hakkı, TMK m. 734/I ve TBK m. 242 hükümleri uyarınca sadece dava yoluyla kullanılabilir. Dava yoluna başvuran hak sahibi, hak konusu şeyin devir bedelini ödemek kaydıyla, taşınmaz mülkiyetinin kendisine tanındığı tasarruf yetkisi (*abusus*) sayesinde taşınmaz üzerindeki hakkını sınırlandırabilmektedir. Önalım hakkı sahibi ise, taşınmazın satışı yahut ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her tür işleme konu olması hâlinde, hakkını ileri sürebilecektir. Sözleşmeden doğan önalım hakkı, TBK m. 238, TMK m. 735/I ve m. 1009 hükümlerine göre, tapu siciline şerh edilebilen nisbi haklardandır. Şerh edilmemesi hâlinde, hak sahibinin bu hakkını, yalnızca malike veya onun küllî haleflerine yöneltilebileceği ileri

Önalım hakkı, iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. İlki, sözleşmeden doğan önalım hakkıdır. TMK m. 735 hükmünde sözleşmeden doğan önalım hakkından bahsedilmekle birlikte, bu tür önalım hakkının esasları TBK m. 237-242 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu tür önalım hakkında malik, dilediği kişiye sözleşme yoluyla bu hakkı tanyabilmektedir. Malik, mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı tasarruf yetkisi (*abusus*) sayesinde taşınmaz üzerindeki hakkını sınırlandırabilmektedir. Önalım hakkı sahibi ise, taşınmazın satışı yahut ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her tür işleme konu olması hâlinde, hakkını ileri sürebilecektir. Sözleşmeden doğan önalım hakkı, TBK m. 238, TMK m. 735/I ve m. 1009 hükümlerine göre, tapu siciline şerh edilebilen nisbi haklardandır. Şerh edilmemesi hâlinde, hak sahibinin bu hakkını, yalnızca malike veya onun küllî haleflerine yöneltilebileceği ileri

⁸ **Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel**, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 654; **Gül Okutan Nilsson**, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 215; **Cihan Avcı Braun**, “Satış İlişkisi Doğuran Haklar”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 4,5, Ed. Turgut Öz v.d., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 2594, N. 2.

⁹ **Andreas von Tuhr**, Borçlar Hukuku, Umumi Kısım, Çev. Cevat Edege, İstanbul, 1953, s. 23; **Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi**, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 193; **Vedat Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 154; **Mehmet Ayan**, “Kanuni Şu’fa Hakkı”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya, 1995, s. 337; **Harun Demirbaş**, Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 54; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 614; **Özenli**, s. 11-12. Önalım hakkının hukuki niteliğine ilişkin başkaca görüşler de bulunmaktadır. Bunlar; uzatılmış icap teorisi, satış vaadi teorisi ve çift şartlı satış teorisidir. Görüşlerin detayları ve değerlendirmesi için bkz. **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 207.

¹⁰ Yarg. İBK, 1949/13 E., 1951/5 K., 20.6.1951 T. “*Gayrimenkul mülkiyetinin takyitlerinden olan kanuni şufa hakkı gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa diğer bir hissenin üçüncü şahsa satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile ve belli bir süre içinde satın almak salahiyetini veren aynı bir haktır. Bu hak meşfu hissenin üçüncü şahsa satılması ve satışa itiladan itibaren bir ay içinde kullanılmış olması gibi muayyen şartlar altında kullanılacak yenilik doğuran kurucu bir haktır ki, şefi in bu hakkı kullandığı yolundaki tek taraflı irade beyanının müşteriye vasıl olmasıyla yeni bir hukuki vaziyet meydana getirmesine yarar*”.

Yarg. HGK 2005/6-230 E., 2005/244 K., 13.4.2005 T. “*Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirimini ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır.*” www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 1.1.2020.

¹¹ **Demirbaş**, s. 73 vd.

¹² **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 540; **Erman**, s. 121.

sürülmüştür¹³. Lâkin bu durumda, ileri sürülen önalım hakkının gereğinin yerine getirilmesi, bir diğer ifadeyle, taşınmaz mülkiyetinin önalım hakkı sahibine geçirilmesi mümkün olmaz. Zira önalım hakkı şerh edilmediğinden, taşınmazın mülkiyetini iktisap eden üçüncü kişi, tapuda sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin herhangi bir kayıt görmediği için, mülkiyeti kayıtsız olarak iktisap etmiş olacaktır. Bu durumda, sözleşmeden doğan ve şerh edilmiş önalım hakkının sahibi, sözleşmenin ihlal edildiğinden bahisle, kendisine önalım hakkı tanyandan yalnızca tazminat talep edebilir¹⁴.

İkinci önalım hakkı çeşidi olan kanundan doğan, yasal önalım hakkı (*gesetzliches Vorkaufsrecht*) ise, çalışmamızın esas konusunu teşkil etmektedir. Bu hak, TMK m. 732 hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir; “*Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler*”. Bu hakkı kullanma yetkisi, paylı mülkiyet ilişkisindeki paydaşlara tanınmıştır. Görüleceği üzere yasal önalım hakkı, yalnızca paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda söz konusu olmaktadır. Paylı mülkiyet ilişkisi, özel hukuk kaynaklı bir ilişkidir. Dolayısıyla, yasal önalım hakkının özel hukuk kaynaklı bir taşınmaz mülkiyeti kısıtlaması olduğu söylenebilir¹⁵.

Paydaşlara yasal önalım hakkı tanınmasının iki amacı vardır. İlk amaç, paylı mülkiyet birliğindeki paydaş sayısını azaltmaktır¹⁶. Bu yolla, taşınmaz üzerindeki mülkiyetin en sonunda tek kişi mülkiyetine dönüşmesi gayesi güdülmüştür. İkinci amaç ise, yabancı bir kişinin paylı mülkiyet birliğine girmesini engellemektir¹⁷. Bu iki amaç da kanaatimizce isabetlidir. Zira paylı mülkiyet ilişkisi, karar alma süreçleri ve yönetim meseleleri düşünüldüğünde, tek kişi mülkiyetine göre daha karmaşıktır. Bununla birlikte, paylı mülkiyet birliğine yeni bir paydaşın dâhil olması, karar alma sürecinde farklı fikirlerin ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu durum ise, muhtemel uyumsuzluklara sebep olabilir.

Yasal önalım hakkı, kişilere değil, pay sahipliği sıfatına tanınmış bir haktır¹⁸. Payın mülkiyeti kime ait ise, o kişi (paydaş) önalım hakkını kullanabilir¹⁹. Önalım hakkı kullanıldığında, satışa konu olan payın mülkiyeti, hakkı kullanan paydaşlara geçer. Önalım hakkının mülkiyeti kısıtlama fonksiyonu da bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Pay sahibi, dilediği kişiye payını devretmekte özgürmüş gibi görünmektedir. Lakin pay sahibi, diğer paydaşların yasal önalım hakkını kullanması ve bu yolla satılan payı iktisap etmesi olasılığının

¹³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 542; **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 280; **İlhan Helvacı**, “İsviçre Borçlar Kanununun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu madde 216/fıkra 2, fıkra 3, madde 216/a-216-e)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, Aysel Çelikel’e Armağan, s. 416; **Çiğdem Kırcı**, “Önalım Hakkı Konusundan Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 1180.

¹⁴ **Arthur, Meier-Hayoz**, “Şuf’a Akdi”, Çev. Y. Ümit Doğanay, İÜHFMD, C. 33, S. 1-4, İstanbul, 1968, s. 285; **Tandoğan**, s. 280; **Helvacı**, s. 416.

¹⁵ **A. Lâle Sirmen**, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 432; **Nuşin Ayiter**, Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, İkinci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 1983, s. 136.

¹⁶ **Didem Akalp-Demirtabak**, Yasal Önalım Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1.

¹⁷ **Ahmet Cemal Ruhi**, Önalım Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 15; **Murat Aydoğdu**, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 13.

¹⁸ **Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş**, Eşya Hukuku, İkinci Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 553; **Erman**, s. 120.

¹⁹ **Fikret Eren**, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, GÜHFD, C. XII, S. 1-2, Y. 2008, s. 109; **Erman**, s. 120.

baskısını da hissetmektedir. Bu baskı, payı satın almak isteyen müstakbel alıcıları da düşünmeye sevk etmektedir.

B. Önalım Hakkının Kullanılamayacağı Hâller

Önalım hakkının kullanılması, kanunun öngördüğü işlemlerin gerçekleşmesi hâlinde mümkün olmaktadır. Bu işlemler, satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerdir. Sayılanlar dışında kalan işlemler, önalım hakkının kullanılmasına zemin oluşturmaz. Fakat bazı öyle hâller vardır ki, satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem söz konusu olsa dahi, önalım hakkı kullanılamaz. Bu hâllerin bazıları yasada düzenlenmiş, bazıları ise doktrinde yahut yargı kararlarında kabul görmüştür. Örneğin, TMK m. 732/I hükmünün zıt anlam yorumundan (*argumentum a contrario, mefhumu muhalif*), paydaşlar arasındaki pay satışlarında yasal önalım hakkının kullanılamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. TMK m. 733/I hükmüne göre ise, cebri artırımla satışlarda önalım hakkı kullanılamaz. Kat Mülkiyeti Kanunu m. 8/I hükmünde, kat mülkiyeti kurulmuş bir gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden birisinin yahut kat irtifakı tesis edilmiş arsa payının satılması durumunda, diğer kat malikleri veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı (yasal önalım hakkı) bulunmadığı yönünde bir düzenleme yer almaktadır. Doktrinde, tapusuz taşınmazların satışında önalım hakkının kullanılamayacağı görüşü ileri sürülmektedir²⁰. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinden kaynaklanan taşınmaz devirlerinde de önalım hakkının kullanılamayacağı ifade edilmektedir²¹. Diğer yandan, önalım hakkı konusunun trampa yoluyla devredilmesi durumunda, baskın görüşe göre, önalım hakkı kullanılamaz²². Azınlıkta kalan bizim de katıldığımız görüşe göre, trampa karşılığında borçlanılan edim bir misli mal ise²³, bu hâlde önalım hakkı kullanılabilir²⁴. Yargı kararlarında en sık karşılaşılan yasal önalım

²⁰ F. Necmeddin Feyzioglu, “Şufa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar”, İÜHFM, C. 19, S. 1-2, İstanbul, 1953, s. 266; Tekinay, s. 46; Özenli, s. 73. Aksi görüşü savunan Aydoğdu, tapusuz taşınmazlar bakımından, sözleşmeden doğan önalım hakkının kurulabileceğini savunmaktadır, bkz. Aydoğdu, s. 3.

²¹ Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, Genişletilmiş ve 6750 Sayılı Kanun Eklenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 313; Ekrem Yıldız, Önalım Davaları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 55; Egemen Köylüoğlu, “Önalım Davası”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), AÜSBE, Ankara, 2011, s. 86; Özenli, s. 103.

²² Suad Bertan, Aynı Haklar, Medeni Kanunun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi, C. 1, Ankara, 1976, s. 757; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2017, N. 1763; Jale Akipek, Türk Eşya Hukuku, II. Kitap: Mülkiyet, Ankara, 1971, s. 216; Senai Olgac/Mustafa Reşit Karahasan, Gayrimenkullerin İktisap ve Tescili, Şuf'a-Vefa-İştira Hakları, İstanbul, 1964, s. 375; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku II Mülkiyet, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 390; Erhan Günay, Önalım Hakkı, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 41; Esener/Güven, s. 313; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 616; Eren, s. 114; Erman, s. 120; Helvacı, s. 411.

²³ Burada esas itibarıyla iki durumdan bahsedilmektedir. İlk duruma göre, önalım konusu şey karşılığında üçüncü kişinin misli eşya niteliğini haiz bir şeyi trampa etmesidir. İkinci durumda ise tipik olmayan trampalardan bahsedilmektedir. Bu gibi trampa işlemlerinde denklik parası (*Aufgeld*) sözleşmenin konusunu belirleyecek kadar önemli ve ön planda ise o sözleşme ifa yerine devir ile birleşmiş satış (karma sözleşme) olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, artık satış niteliği ağır basan ve bu durum önalım hakkının kullanılmasına imkân tanır. Detaylı bilgi için bkz. Şükran Taman Şipka, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK.m.659), Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994, s. 91 vd.

²⁴ Şipka, s. 91; Meier-Hayoz, s. 282; Avci Braun, s. 2613, N. 6; Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Dritte, ergänzte und überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007, N. 1260.

hakkı engellerinden birisi ise, fiili taksim hâlidir. Yargıtay, fiili taksim durumunda yasal önalım hakkının kullanılmayacağına hükmetmektedir²⁵.

II. FİİLİ TAKSİM HÂLİNİN YASAL ÖNALIM HAKKINA ETKİSİ

A. Fiili Taksim Kavramı

Fiili taksim²⁶, kanunda düzenlenmemiştir. Yargıtay kararları ile ortaya çıkmış bir kurumdur. Bu nedenle, kavramın neyi ifade ettiğini belirlemek için Yargıtay kararlarını incelemek gerekir. Zira doktrinde de Yargıtay kararları doğrultusunda tanımlar yapılmaktadır²⁷. Yargıtay'a göre fiili taksim; paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın, paydaşlarca kendi aralarında özel olarak taksim edilmesi, paydaşların taksim edilen kısımları kullanması ve bu fiili durumu benimsemesi hâlidir²⁸. Paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda, bir paydaşın kendi payını paydaşlar dışında üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer paydaşların yasal önalım hakkı doğar. Fakat satıştan evvel fiili taksim varsa, bu duruma rıza gösteren paydaşların, yasal önalım hakkını kullanması mümkün değildir. Zira böyle bir davranış, Yargıtay nazarında TMK m. 2 hükmünde yer alan dürüst davranma kuralına aykırılık teşkil eder²⁹.

B. Fiili Taksim Şartları

Yargıtay, bir kararında³⁰ fiili taksim şartlarını şu şekilde sıralamıştır; “*Yargısal iç-tihatlarda yapılan tanıma göre, paydaşlar arasında fiili taksim bulunduğu takdirde önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kurallarına aykırı olduğunun kabul edilmesi için, yasal önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu bir taşınmazın varlığı, bu taşınmazın, paydaşlarca kendi aralarında taksim edilmesi ve davacı ve davalıya pay satan paydaş (paydaşların) taşınmazın belirli bir kısmını kullanması gerekli ve yeterlidir*”. Yargısal tanımdan yola çıkarak, fiili taksim için aranan ana şartların üç tane olduğunu söylenebilir: taşınmazın paylı mülkiyete tabi olması, taşınmazın paydaşlar tarafından taksim edilmesi ve payı satan paydaş ile yasal önalım hakkını kullanan davacı paydaşın taşınmazın belirli bir kısmını kullanması. Bunlarla birlikte, taşınmazın nitelik itibarıyla fiili taksime uygun olması da dördüncü şart olarak sayılabilir.

²⁵ Yarg. HGK, 2017/14-1763 E., 2019/129 K., 12.2.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2016/9539 E., 2019/6926 K., 22.10.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2016/9496 E., 2019/6857 K. 21.10.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 2.1.2020.

²⁶ “*Eylemlî taksim*”, “*eylemlî paylaşma*”, “*rızai taksim*” kavramları da kullanılabilir. bkz. **Hasan Erdoğan**, Şufla Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001, s. 17; Yarg. HGK, 2017/14-2216 E., 2019/254 K., 7.3.2019 T.; Yarg. HGK, 2017/14-1763 E., 2019/129 K., 12.2.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 2.1.2020.

²⁷ Köylüoğlu, s. 93.

²⁸ Yarg. HGK, 2017/14-1747 E., 2018/1617 K., 6.11.2018 T.; Yarg. HGK, 2017/14-1761 E., 2018/407 K., 28.2.2018 T.; Yarg. HGK, 2017/14-1761 E., 2018/407 K., 28.2.2018 T.; Yarg. HGK, 2017/14-1763 E., 2019/129 K., 12.2.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 2.1.2020.

²⁹ Yarg. HGK, 2018/578 E., 2018/1344 K., 28.2.2018 T.; Yarg. HGK, 2014/14-1343 E., 2016/407 K., 9.11.2016 T.; Yarg. HGK, 2017/14-1748 E., 2018/1329 K., 19.9.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 2.1.2020.

³⁰ Yarg. HGK, 2017/1747 E., 2018/1617 K., 6.11.2018 T. www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

1. Taşınmazın Paylı Mülkiyete Tabi Olması

Taşınmazın paylı mülkiyete tabi olması, en doğal şarttır. Zira fiili taksim, paydaşların kendi aralarında taşınmazı taksim etmesidir. Paylı mülkiyete tabi olmayan bir taşınmazda paydan söz edilemeyeceği için fiili taksim de söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, ne tek kişi mülkiyetinde ne de elbirliği ile mülkiyetin söz konusu olduğu durumlarda fiili taksim hâli gündeme gelmez.

2. Taşınmazların Paydaşlar Tarafından Fiili Olarak Taksim Edilmesi

Fiili taksim uygulamasının ikinci şartı, taşınmazın paydaşlar tarafından taksim edilmesidir. Burada kastedilen, fiili bir bölüşmedir. Örneğin, üç kardeşin 1/8, 2/8 ve 5/8 pay sahibi oldukları arsayı, payları oranında bölmeleri ve bölünen kısımları ayırmak için çit çekmeleri durumunda bir fiili taksimden söz edilebilir.

Paydaşlar arasındaki fiili taksimin belli bir şekil şartına uyularak yapılması zorunluluğu yoktur. Esas olan, paydaşların bu konudaki iradeleridir³¹. Taraflar arasında adi yazılı yahut resmi şekle tabi bir sözleşmenin varlığı dahi gerekmez³². Fiili durumun ortaya çıkması ve bu duruma paydaşların açık yahut örtülü rıza göstermesi kâfidir.

3. Satılan Payın Eski Maliki ve Yasal Önalım Hakkına Müracaat Eden Paydaşın Taşınmazın Belirli Bir Kısımını Kullanması

Paydaşlar tarafından yapılacak taksimin taşınmazın tamamına mı ilişkin olacağı ve bütün paydaşların taksime katılmasının zorunlu olup olmadığı soruları gündeme gelmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, taşınmazın yalnızca bir kısmının bölüştürülmesi durumunda fiili taksimden söz edilemez³³. Fakat Yargıtay, tüm paydaşların katılımını aramamış³⁴, davacı paydaş ve davalının payı satın aldığı eski paydaşın taşınmazın belirli yerlerini kullanmasını fiili taksim için yeterli görmüştür³⁵. Bu durumda, taşınmazın bir kısmının bölüştürülmesinin dahi fiili taksim olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılabılır.

Yargıtay, önceki tarihli bazı kararlarında, her bir paydaşın taşınmazın belirli bir kısmını kullanmasını şart koşmaktaydı³⁶. Söz konusu şart, bir Hukuk Genel Kurulu kararında

³¹ Burada ayrıca, paydaşların iyiniyetlerinin de önem arz ettiği ileri sürülmüştür, bkz. **Müslim Tuna-boylu**, *Önalım (Şuf'a) Davaları*, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 549. Her ne kadar paydaşların iyiniyetlerinin önem arz ettiği görüşü ileri sürülmüşse de kanaatimizce bu hususta teknik bakımdan iyiniyetin varlığı aranmaz. Mühim olan dürüstlük kuralına aykırı bir davranışın bulunup bulunmadığıdır.

³² Yarg. HGK, 2014/14-1343 E., 2016/407 K., 9.11.2016 T.; Yarg. HGK, 2014/14-1306 E., 2016/108 K., 27.1.2016 T.; Yargıtay 14. HD, 2016/4264 E., 2019/1022 K., 7.2.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

³³ **Yıldız**, s. 153.

³⁴ Tüm paydaşlar arasında fiili taksime yönelik anlaşmanın yapılması gerektiği yönünde bkz. **Ayan**, *Eşya Hukuku*, s. 398.

³⁵ Yarg. 14. HD, 2014/6552 E., 2014/10138 K., 18.9.2014 T., www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019. Benzer yönde; Yargıtay HGK, 2017/14-1748 E., 2018/1329 K., 19.9.2018 T.; Yarg. HGK, 2017/1747 E., 2018/1617 K., 6.11.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

³⁶ Yarg. HGK, 2002/6-137 E., 2002/181 K., 13.3.2002 T.; Yarg. 6. HD, 2005/135 E., 2005/1029 K., 15.2.2005 T. (**Yıldız**, s. 154 vd.); Yarg. 14. HD, 2014/6867 E., 2014/12293 K., 4.11.2014 T. (**Zeynep Sayımlar**, "Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Engelleyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim", *İÜHFÖ Özel Sayı*, C. 1, 2015, s. 638, dn. 64); Yarg. HGK, 1998/6-186 E., 1998/214 K.,

şu şekilde ifade edilmişti; “...fiili taksim; yasal önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmazın paydaşlarının özel olarak kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanması durumudur”³⁷. Bu karardan, her bir paydaşın fiili taksime katılmasının zorunlu olduğu, bu nedenle, taşınmazın tamamının bölüşülmesi gerektiği anlamı çıkmaktaydı. Ne var ki Hukuk Genel Kurulu, söz konusu kararını düzeltme ihtiyacı duymuştur. Yeni kararda ilgili kısımdaki düzeltme şu şekilde yapılmıştır; “Yukarıda açıklanan sebeplerle Hukuk Genel Kurulunun 28.02.2018 tarihli ve 2017/14-1761 E., 2018/407 K. sayılı bozma ilamının gerekçesinde yer alan “fiili taksimin söz konusu olabilmesi için, paydaşlarca önalım hakkına konu taşınmazın kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanmasının gerektiği” yönündeki ifadelerin yerine “önalım davalarında davacının ve davalıya pay satışı yapan önceki paydaşın önalım hakkına konu taşınmazda kullandıkları müstakil bölümlerin bulunması hâlinde önalım hakkının kullanılmasının Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olduğu” ifadesinin yazılmak suretiyle düzeltilmesine...”³⁸. Netice itibarıyla, davacı (yasal önalım hakkını kullanmak isteyen paydaş) ve davalıya pay satışı yapan eski paydaşın, taksim yapıldıktan sonra belirlenen kısımları kullanmış olmaları, fiili taksim için gerekli ve yeterlidir.

Yargıtay, bir kararında bu şarta dair, “Davaya konu taşınmazda davacının kullandığı pay yok ise fiili taksimden söz edilemez” şeklinde hüküm tesis etmiştir³⁹. Yine bir başka kararda “Ana taşınmazda paydaş sayısının fazla olması ve her bir paydaşa bir daire isabet etmemesi mevcut dairelerin kullanılış biçimini etkilemeyeceği gibi eylemler kullanmanın devamını bertaraf edecek bir durum da yaratmaz. Davacının taşınmaz üzerinde kullandığı bir dairenin bulunmasına ve davalının satın aldığı paya isabet eden dairenin de satıcı tarafından davalıya satıldığına bilinmesine göre davacının Medeni Kanununun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralına uygun hareket ettiği söylenemez” hükmüyle benzer bir yol izlenmiştir⁴⁰. Bir başka kararda ise, bu durum daha açık bir şekilde ortaya konmuştur; “Davacı

11.3.1998 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019. Doktrindeki benzer yöndeki görüşler için bkz. **Özenli**, s. 77; **Yıldız**, s. 153.

³⁷ Yarg. HGK, 2017/14-1761 E., 2018/407 K., 28.2.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

³⁸ Yarg. HGK, 2018/578 E., 2018/1344 K., 25.9.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020. Benzer kararlar için bkz. Yarg. 14. HD, 2014/7327 E., 2014/11379 K., 20.10.2014 T.; Yarg. 14. HD, 2016/4264 E., 2019/1022 K., 7.2.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

³⁹ Yarg. 14. HD, 2014/8491 E., 2014/9115 K., 8.7.2014 T. (**Günay**, s. 117). Benzer yöndeki bir başka kararda ise şu şekilde hüküm tesis edilmiştir; “Hükme esas alınan 04.05.2012 günlü bilirkişi raporunun eki krokide (C) ile işaretli bölümü matbaa olarak davacı; (A) ve (D) ile işaretli bölüm kebağcı ve bahçesi olarak dava dışı bir kısım paydaşlar; (B) ile işaretli bölüm işyeri ve ev olarak dava dışı paydaş tarafından kullanılmakta; sarı boyalı olarak gösterilen bölümün ise boş olup davalı tarafından satın alınan kısım olduğu; ayrıca, zeminde kullanımı olmayan paydaşların bulunduğu da belirtilmiştir. Davalıya pay satan dava dışı paydaşların fen bilirkişi raporu eki krokide sarı boyalı olarak gösterilen dava konusu bölümü kullandıklarına ilişkin kanıt bulunmamaktadır. Dolayısıyla, davalıya pay satan paydaşların payına denk gelen zeminde fiilen kullandıkları bir bölüm bulunmadığından, önalım hakkını kullanan davacının kötü niyetli olduğundan söz edilemez. Davacının önalım isteminin bu nedenle reddedilmesi yerinde değildir.” Yarg. HGK, 2017/14-1761 E., 2018/407 K., 28.2.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁴⁰ Yarg. 6. HD, 2010/9107 E., 2010/2249 K., 2.3.2010 T. (**Ruhi**, s. 380). Benzer yöndeki bir başka kararda ise “Önalım davalarında fiili taksime değer verilmesi için taksimin yazılı olarak yapılması ya da taşınmazın çok sayıda paydaşının bulunması halinde tüm paydaşları tarafından fiilen kullanılan bölümlerin olması gerekmez. Davacının kullandığı veya davalıya pay satan kişilerin kullandığı

ve davalının taşınmazda ayrı ayrı kullandıkları yerler var ise taksim savunması kabul edilir. Dolayısıyla tüm paydaşların katılımı ile yapılmış bir taksim gerekli değildir"⁴¹. Dolayısıyla, hem davacı paydaşın hem de payımı davalıya satan eski paydaşın kullandığı belirli bir bölümün bulunması gerekir. Bu taraflardan sadece bir tanesinin fiili kullanımı yeterli değildir⁴².

Bu şartta dair güncel kararların önceki tarihli kararlar ile uyumlu olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Yargıtay'ın fiili taksimin şartları konusunda daha kesin ve kolaylıkla değişmeyen kıstaslar koyması, öngörülebilir bir uygulama bakımından faydalı olacaktır. Özellikle fiili taksim gibi kanunda yer almayan durumlara hukuki sonuç atfedildiği hâllerde, Yargıtay kararlarının istikrarlı olması daha fazla önem arz eder.

4. Taşınmazın Nitelik İtibariyle Fiili Taksime Müsait Olması

Yargıtay, bir kararında fiili taksim yapılabilmesi için taşınmazın fiili taksime müsait olması gerektiğine hükmetmiştir⁴³. Dolayısıyla, taksim edilmesi fiilen mümkün olmayan taşınmazların paylarının devri hâlinde, fiili taksim savunması yapılamayacaktır. Bu sonuç, esas itibariyle mantığa da uygundur. Paydaşlarca bölünüp her bir kısmının ayrı ayrı kullanılması mümkün olmayan taşınmazlar, ne hukuki olarak bölünebilirler ne de bağımsız bir aynı hakkın konusu olabilirler. Uygulamada böyle bir kullanım söz konusu olsa bile, bu durum yargı önünde fiili taksim olarak kabul edilmemelidir. Kanaatimizce bu kabulün altında yatan sebep, fiili taksimin, ortaklığın giderilmesi hâlinde, paydaşların üzerinde bağımsız bir aynı hak kurulabilecek parçalara sahip olabileceği durumlarda mümkün olduğu

ayrı ayrı bölümler var ise satıcı zamanında kullanıma karşı çıkmayan, o yerde hak iddia etmeyen davacının önalım hakkını kullanması Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağından mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir..." Yarg. HGK, 2014/14-1343 E., 2016/407 K., 9.11.2016 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁴¹ Yarg. 14. HD, 2014/6867 E., 2014/12293 K., 4.11.2014 T. (**Sayımlar**, s. 638, dn. 68). Benzer yönde; Yarg. 14. HD, 2014/6552 E., 2014/10138 K., 18.9.2014 T., www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁴² "Somut olayda, dava konusu taşınmazda davacının kullandığı yer bulunmasına karşın davalıya pay satan kişi ve davalı tarafından kullanılan bir yer bulunmadığı dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Fiili taksimin kabul edilebilmesi için davalıya pay satan satıcının ve önalım hakkını kullanan davacının ayrı ayrı kullandıkları yerlerin bulunması gerektiğinden davalının ve davalıya pay satan satıcının kullandığı bir yer tespit edilemediğinden dava konusu taşınmazda fiili taksimin bulunmadığı ve ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olduğu anlaşılmaktadır." Yarg. 14. HD, 2018/3122 E., 2019/5420 K., 18.9.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁴³ "Tapu kaydından 1627 No'lu taşınmazda kat irtifakı kurulduğu ve 10 No'lu meskende tarafların 32 / 720'şer oranında paydaş olduğu anlaşılmaktadır. Davalı bu dairenin fiilen taksim edildiğini savunmuş ise de, yerinde yapılan keşif sonrasında düzenlenen 6.4.2004 tarihli raporda bilirkişiler, 10 No'lu meskende çatı piyesine çıkış için olması gereken iç merdivenin yapılmamış olduğunu, her iki dairenin ayrı girişlerinin bulunduğunu, üst katın salon, açık mutfak, yükülük, oda, banyo ve terastan oluşmasına rağmen ruhsat projesine göre burasının bir oda ve banyodan ibaret olduğunu, ortak çatı alanından alıntı yapılarak büyütüldüğünü, dairenin iki ayrı kapı girişli ve iki bağımsız bölüm olarak kullanılmakla beraber bu durumun tapu kaydına ve ruhsat projesine aykırı olduğunu belirtmişlerdir. Dava konusu pay, tapuda kat irtifaklı bir bağımsız bölüme ait olup bu meskenin tapu kaydına, projeye ve imara aykırı şekilde fiilen iki ayrı bölüm olarak kullanılması taşınmazın taksim edildiği sonucunu doğurmaz. Mevcut durum meskenin yapılış ve kullanım amacına uygun düşmemektedir. Bu durumda bağımsız bölümün taksim edildiğinden söz edilemeyeceğinden..." Yarg. 6. HD, 2005/1433 E., 2005/3138 K., 4.4.2005 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

düşüncesidir. Bir başka ifadeyle, kural olarak, ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, fiili taksim de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu durumlarda, fiili taksim savunmasıyla yasal önalım hakkının kullanılmasının önüne geçilemeyecektir. Örneğin, bir bağımsız bölümdeki paydaşlar mutfak kısmını, salon kısmını veya yatak odası kısmını bölerek kullanamazlar. Kullansalar dahi, bu kullanımın fiili taksim teşkil ettiği savunmasında bulunamazlar.

C. Fiili Taksim Hâlinin Yasal Önalım Hakkına Etkisi

1. Yargıtay Uygulaması

Fiili taksim, esas itibarıyla kanunda düzenlenen bir durum değildir. Yargıtay içtihatlarıyla ortaya çıkmış ve yasal önalım hakkını etkilemiştir. Şöyle ki; Yargıtay, fiili taksimin varlığı hâlinde, bu duruma itiraz etmeyen diğer paydaşların yasal önalım hakkını kullanamayacağına hükmetmektedir⁴⁴.

Kanunda doğrudan düzenlenmeyen bir durumun içtihatlarla gelişmesi, sık karşılaşılan bir hâl değildir. Her ne kadar mevzuatta doğrudan bir düzenleme bulunmasa da, Yargıtay, söz konusu duruma bir yasal dayanak bulmuştur. Bu noktada, dürüst davranma yükümlülüğünü düzenleyen TMK m. 2 hükmü ön plana çıkmıştır. Yargıtay, fiili taksimi bilen, katılan ve buna razı gelen bir paydaşın, daha sonradan yasal önalım hakkına müracaat etmeye çalışmasını, dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak değerlendirmektedir⁴⁵.

Fiili taksimin varlığı iddiasını, iddia sahibi davalı, bir diğer ifadeyle dava konusu payı satın alan üçüncü kişi ispatlamalıdır⁴⁶. Bu ispat, her türlü delille yapılabilir⁴⁷. Bu konudaki kararlarda, fiili taksimin varlığının araştırılması için keşif yapılması gerektiğine⁴⁸, tanıkların duruşmada dinlenmelerinin yeterli olmadığına ve bu nedenle tanıkların, taşınmazın hangi kısımlarının fiili olarak kullanıldığının tespiti için taşınmazın başında dinlenilmesi gerektiğine hükmedilmektedir⁴⁹. Öyle ki, bir Hukuk Genel Kurulu kararında, keşif esnasında dinlenen tanıkların paydaşların fiilen kullandıkları yerlere ilişkin beyanlarının bulunmaması nedeniyle, tekrar keşif yapılması gerektiğine hükmedilmiştir⁵⁰.

⁴⁴ Yarg. HGK, 2017/1747 E., 2017/1617 K., 6.11.2018 T.; Yarg. 14. HD, 2016/3153 E., 2018/7847 K., 15.11.2018 T. www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁴⁵ Yarg. HGK, 2017/14-1747 E., 2018/1617 K., 6.11.2018 T.; Yarg. HGK, 2014/14-1306 E., 2016/108 K., 27.1.2016 T.; Yarg. HGK, 2006/6-288 E., 2006/304 K., 24.5.2006 T.; Yarg. 14. HD, 2019/473 E., 2019/7555 K., 11.11.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2016/9539 E., 2019/6926 K., 22.10.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2018/1152 E., 2018/4854 K., 26.6.2018 T. www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁴⁶ Yarg. 6. HD, 2012/5928 E., 2012/9121 K., 18.6.2012 T. (Günay, s. 254-255). **Tunaboğlu**, s. 550.

⁴⁷ Yarg. 14. HD, 2016/16882 E., 2019/3301 K., 10.4.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2013/10554 E., 2013/11605 K., 16.9.2013 T. www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019. **Tunaboğlu**, s. 550-551.

⁴⁸ Yarg. 14. HD, 2019/510 E., 2019/6235 K., 3.10.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2016/7368 E., 2019/5838 K., 25.9.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2019/473 E., 2019/7555 K., 11.11.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 29.12.2019.

⁴⁹ Yarg. 14. HD, 2016/16209 E., 2019/2651 K., 25.3.2019 T.; Yarg. 14. HD, 2015/17857 E., 2017/8089 K., 6.11.2017 T. www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019. Aynı yönde bkz. **Tunaboğlu**, s. 551.

⁵⁰ Yarg. HGK, 2017/14-1747 E., 2018/1617 K., 6.11.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019. Benzer yöndeki bir başka kararda ise şu şekilde hüküm tesis edilmiştir; “*Somut olayda, taşınmaz mahallinde 14.05.2012 günü yapılan keşif sonrası düzenlenen 23.05.2012 tarihli fen bilirkişi raporunda tanık anlatımı ve yer göstermeleri sonucu (M) harfi ile işaretli bölümü davacının eşi*

Fiili taksim, paydaşların belirli kısımları fiili olarak kullanması esasına dayanmaktadır. Bu nedenle, bölünen kısımların fiili kullanımı olmadan, sadece o taşınmazdan elde edilen gelirin paylaşılması fiili taksimin varlığını ispata yetmez⁵¹. Örneğin, arsanın paydaşlar arasında eylemler bir şekilde kısımlara bölünmediği, ancak, ekiminden elde edilen gelirin paylara göre dağıtıldığı bir durumda, fiili taksim söz konusu olmaz. Zira böyle bir hâlde, hangi paydaşın, taşınmazın hangi kısmını kullandığı anlaşılmamaktadır. Dolayısıyla, paydaşlar tarafından yasal önalım hakkının kullanılması, fiili bölünmeye ilişkin bir rıza söz konusu olmadığından, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez.

Fiili taksim savunmasının, davanın her aşamasında ileri sürülebileceğine hükmedilmektedir⁵². Davanın her aşamasında ileri sürülebilmesi, savunmanın genişletilmesi yasağına takılmayacağı anlamına gelir⁵³. Zira fiili taksim iddiasının bir “itiraz” niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir⁵⁴. Fiili taksim durumunda yasal önalım hakkının kullanılmamasının gerekçesi, böyle bir kullanımın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesidir. Bu yönüyle fiili taksim iddiası, yasal önalım hakkının doğumuna engel olan bir itiraz niteliğini taşır. Dürüstlük kuralına aykırı bir durumun varlığına dair böyle bir itiraz, yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Hâkim, böyle bir durumu kendiliğinden nazara alır. Bu noktada, fiili taksim savunmasının itiraz niteliğini haiz olması ile savunmanın genişletilmesi yasağına takılmamasının farklı hususlar olduğunu belirtmek gerekir. Hâkim, fiili taksim itirazını, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı başlamadan evvel dosyaya usulüne uygun biçimde girmiş belgeler bakımından kendiliğinden nazara almalıdır. Yasak başladıktan sonra, fiili taksimin bir itiraz olduğu gerekçesiyle bu konuda yeni vakıalar ileri sürülemezdir. Aksi takdirde hâkim, ileri sürülen yeni vakıaların usulüne uygun biçimde bildirilmediğinden hareketle, ileri sürülen bu belgeleri nazara almamalıdır. Hâkim, ileri sürülen bu yeni vakıalara dayanarak hüküm tesis etmemelidir⁵⁵. Nitekim Yargıtay bir kararında “Somut uyumsuzlukta, davacı ve birleştirilen dava davacısının paydaş olduğu çayır niteli-

A. M'nin, (N) harfi ile işaretli bölümü davalılar A.T. ve...’in kullandığı belirtilmiş ise de dinlenen davalı tanıklarının birliktir raporunda ulaşılan bu sonucu destekler açıklayıcı beyanları bulunmadığı gözetildiğinde, birliktir raporunun mahkemeyi aydınlatacak, karar verme konusunda hâkime tam kanaat verecek nitelikte bir rapor özelliği taşıdığından söz edilemez. Hâl böyle olunca; doğru sonuca ulaşılabilmesi için, mahkemece mahallinde davanın tüm tanıklarının katılımı ile yeniden keşif yapılmalı; yapılacak keşif sırasında ilk keşifte dinlenen tanıkların yanında davanın dinlenmesini talep ettiği diğer tanıklar da dinlenerek davacı ve davalıların taşınmazda kullandıkları bölüm bulunup bulunmadığı somut ve maddi olaylara dayalı olarak açıklattırılmalı, beyanlar arasındaki çelişkiler gerektiğinde yüzleştirme yapılmak suretiyle giderilmeli, taşınmazda var olan fiili taksime dair mahkeme gözlemi keşif tutanağına yansıtılıp, harita mühendisi birliktirden keşif izlemeye ve tanık beyanlarını denetlemeye elverişli kroki ve rapor alınarak, tüm deliller birlikte değerlendirildikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken...” Yarg. HGK, 2017/14-1748 E., 2018/1329 K., 19.9.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁵¹ Yarg. 14. HD, 2016/5883 E., 2019/4446 K., 15.5.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

⁵² Yarg. 14. HD, 2016/4781 E., 2019/2036 K., 6.3.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020; İzmir BAM 14. HD, 2017/567 E., 2017/507 K., 13.6.2017 T. (Günay, s. 241-244). **Tuna-boylu**, s. 550.

⁵³ Yarg. 6. HD, 2009/8932 E., 2010/1517 K., 16.2.2010 T. (Ruhi, s. 380-381); Yarg. 6. HD, 2004/10135 E., 2005/186 K., 25.1.2005 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

⁵⁴ **Şıpka**, s. 116.

⁵⁵ Savunmanın genişletilmesi yasağından sonra usulüne uygun olmayan şekilde bildirilmiş yeni itiraz sebepleri (vakıaları) hâkim kendiliğinden gözetmez, bu vakıalara dayanarak hüküm veremez, bkz. **Baki Kuru**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.177.

ğindeki 32.870m² yüzölçümündeki... parsel sayılı taşınmazda satın alma nedeniyle davalının da paydaş olduğu anlaşılmaktadır. Davalı yargılama sırasında fiili paylaşım ilişkin bir savunmada bulunmamış ise de, yanıt ve beyan dilekçelerine ekli olarak fiili paylaşımı gösteren noter senetlerini sunmuş, temyiz aşamasında taşınmazda fiili taksim bulunduğunu ileri sürmüştür. Fiili paylaşım yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece resen dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla, dava konusu taşınmazın yüzölçümü ile dosya içerisindeki noter senetleri birlikte değerlendirilerek gerçekten bir fiili taksim bulunup bulunmadığı belirlenmelidir⁵⁶ şeklinde kurmuştur. Görüleceği üzere, somut vakiada her ne kadar savunmanın genişletilmesi yasağından sonra fiili taksim savunması yapılmamışsa da, yasaktan önce sunulan belgelerden hâkimin fiili taksimin varlığını kendiliğinden nazara alması gerekliliği ifade edilmiştir. Ancak, kendiliğinden nazara alma, savunmanın genişletilmesi yasağından önce dosyaya usulüne uygun şekilde sunulmuş belgelerle sınırlı olmalıdır. Bu belgelerden fiili taksimin varlığı anlaşılabilirse, fiili taksim itirazı, savunmanın genişletilmesi yasağından sonra da yapılabilir.

2. Doktrindeki Görüşler

a. Fiili Taksimin Yasal Önalım Hakkına Engel Olacağı Görüşü

Doktrindeki bir görüşe göre, Yargıtay'ın fiili taksim durumunda diğer paydaşların yasal önalım hakkını kullanamayacağı yönündeki istikrarlı içtihatları⁵⁷ isabetlidir⁵⁸. Sonuç bakımından benzer olan bir görüş ise, fiili taksimin, “çelişkili davranış yasağı” ilkesine aykırılık suretiyle “hakkın kötüye kullanılması” olduğunu ileri sürmektedir⁵⁹. Alıcının, fiili taksim ile yaratılan görünüme güvenerek payı satın almış olmasının da korunmaya değer bir güven olduğu savunulmuştur⁶⁰. Tüm bu görüşlerin ortak noktası, fiili duruma itiraz etmeyen paydaşın, yasal önalım hakkını kullanamayacak olmasıdır.

Fiili taksimin yasal önalım hakkı engeli olduğunu kabul eden bir görüş, daha da ileri giderek, fiilen taksim edilmiş paylı mülkiyete tabi taşınmazın, önalım davaları bakımından paylı mülkiyet hâlinde kullanılan bir taşınmaz olma vasfını yitirdiğinden bahsetmektedir⁶¹. Zira her ne kadar tapu sicilinde paylı bir mülkiyet gözükyorsa da satışa konu olan pay, herhangi bir pay değildir. Satış konusu pay, taşınmaz içindeki sınırlı bir bölgeyi temsil etmektedir. Bu bölge, o payın maliki tarafından kullanılan özel bir kısımdır⁶². Benzer bir

⁵⁶ Yarg. 14. HD, 2014/6867 E., 2014/12293 K., 4.11.2014 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

⁵⁷ Yarg. HGK, 2017/1747 E., 2017/1617 K., 6.11.2018 T.; Yarg. 14. HD, 2016/3153 E., 2018/7847 K., 15.11.2018 T.; Yarg. HGK, 2014/14-1306 E., 2016/108 K., 27.1.2016 T.; Yarg. HGK, 2006/6-288 E., 2006/304 K., 24.5.2006 T.; Yarg. 14. HD, 2019/473 E., 2019/7555 K., 11.11.2019 T.; www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

⁵⁸ Tekinay, s. 45; Ayiter, s. 137; Ayan, Eşya Hukuku, s. 397; Özenli, s. 144; Tunaboşlu, s. 549; Yasemin Özdek, “Önalımda (Şuif’ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı”, DÜHFD, S. 3, 1985, s. 365; Aydın Zevkililer/Şeref Ertaş/Ayşe Havutçu/Beşir Acarbay/Damla Gürpınar, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 593; Ramazan Arslan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, Ankara, 1989, s. 87. Esener/Güven ise, fiili taksim sözleşmesi ile tüm paydaşlara düşen yer belirlenmişse, bu durumun önalım hakkının kullanılmasından feragat niteliğinde olduğunu, bu ek gerekçenin varlığı hâlinde Yargıtay'ın görüşüne katılmanın mümkün olduğunu savunmuşlardır, bkz. Esener/Güven, s. 313.

⁵⁹ Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 615; Esener/Güven, s. 313-314.

⁶⁰ Erdoğan, s. 17.

⁶¹ Özenli, s. 76.

⁶² Özenli, s. 76.

kanaate göre ise, fiili taksim, paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermesine yönelik bir hazırlık hareketi olarak görülebilir⁶³.

Fiili taksimin her halükarda değil, fakat bazı hâllerde yasal önalım hakkını engelleyici rol oynayabileceği de ileri sürülmektedir⁶⁴. Örneğin, paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazda, birbirinden bağımsız kullanım alanlarına sahip bir veya daha çok yapı inşa edilmesine rağmen kat mülkiyetine geçilmemiş olabilir. Buna rağmen, söz konusu yapılar paydaşlara özgülenebilir. Bu durumda, özgülenen bir yapının satışı hâlinde, diğer paydaşların yasal önalım hakkını kullanması isabetli olmaz⁶⁵. Bu duruma bir başka örnek ise, 3194 sayılı İmar Kanunu⁶⁶ m. 18 hükmüdür. Bu hüküm uyarınca birleştirilen, fakat birleştirmeden önceki kullanım şekli devam ettirilen taşınmazlarda, yasal önalım hakkının engellenmesi makuldür⁶⁷.

b. Fiili Taksimin Yasal Önalım Hakkına Engel Olmayacağı Görüşü

Yargıtay kararlarında fiili taksimin yasal önalım hakkı engeli olarak kabul edilmesi, doktrinde eleştirilere konu olmuştur. Bazı yazarlara göre, fiili taksim hâlinde paydaşların yasal önalım hakkından vazgeçtikleri sonucuna varılamaz⁶⁸. Fiili taksime rağmen, paydaşların yasal önalım hakkını kullanmalarında haklı menfaatleri bulunmaktadır⁶⁹. Bunun yanında, paydaşların kullanacakları kısımları belirlemesi, TMK m. 676/III, m. 698-699 ve m. 706 anlamında geçerli bir “taksim” sayılmaz⁷⁰. Kaldı ki, taşınmazdan yararlanma biçimini düzenleyen fiili taksim durumu, bir kullanma anlaşması olarak kabul edilse dahi bu anlaşma, sadece anlaşmanın taraflarını bağlayacaktır⁷¹. Payı devralan üçüncü kişi, böyle bir anlaşma tapuda şerh edilmiş olmadıkça, anlaşmadaki hükümlerle bağlı olmaz.

İlave olarak, paydaşların taşınmazı fiilen bölüşmesi, diğer kısımların mevcut paydaşlarca kullanılacağı inancına da dayanabilir. Özellikle ülkemizdeki tarım arazilerinde, bu gibi fiili taksimler söz konusu olabilmektedir⁷².

Yargıtay’ın kabul ettiği anlamda bir dürüstlük kuralına aykırılık için, bu yönde maksatlı bir kullanım gerekmektedir. Yasal önalım hakkı sahibinin, payını devredecek paydaş ve üçüncü kişi nezdinde bir güven uyandırması yahut çelişkili davranış sergilemesi dahi,

⁶³ Özdek, s. 365.

⁶⁴ Ş. Barış Özçelik, “Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılmayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi”, TBB, S. 141, 2019, s. 259 vd.; Sayımlar, s. 644.

⁶⁵ Özçelik, s. 260-261. Bu yöndeki Yargıtay kararları; Yarg. 14. HD, 2016/10278 E., 2017/6604 K., 19.9.2017 T.; Yarg. 14. HD, 2017/799 E., 2018/697 K., 30.1.2018 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.1.2020.

⁶⁶ R.G., 9.5.1985 T., 18749 S.

⁶⁷ Özçelik, Fiili Taksim, s. 261; Özenli, s. 61-62.

⁶⁸ M. Kemal Oğuzman, “Dürüstlük Kuralına (MK. m.2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’ın 65. İnci Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 414; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 555, dn. 1206 ve 563, dn. 1242; Şıpka, s. 116; Köylüoğlu, s. 95; Mustafa Kılıçoğlu, Akdi ve Kanunî Şu’fa Davaları (Önalım), Adil Yayınevi, Ankara, 1997, s. 120. Fiili taksime rağmen önalım hakkına müracaat etmenin, her hâlükârda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceği yönünde, bkz. Sirmen, s. 435, dn. 649; Sayımlar, s. 646.

⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 563, dn. 1242.

⁷⁰ Şıpka, s. 116.

⁷¹ Oğuzman, s. 414.

⁷² Şıpka, s. 116; Köylüoğlu, s. 95.

yasal önalım hakkının kısıtlanmasını gerektirmez⁷³. Böyle bir durum gerçekleşse bile, yasal önalım hakkı sahibi paydaşın, hakkını kullanmaktaki meşru menfaati devam etmektedir. Yabancı bir kişinin paylı mülkiyet topluluğuna girmesini önleme amacı, yeterli bir meşru menfaattir⁷⁴.

Bir diğer husus ise, Yargıtay uygulaması ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu⁷⁵ hükümleri arasındaki çelişkidir. TKAKK m. 8/İ hükmünün ikinci fıkrası şu şekildedir; “*Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir*”. Bu hüküm ve fiili taksim uygulaması birlikte değerlendirildiğinde şu sonuç ortaya çıkmaktadır; sınırdaş arazinin malikinin yasal önalım hakkı varken, fiili taksim nedeniyle o taşınmazın paydaşının yasal önalım hakkı engellenmektedir⁷⁶. Bu nedenle, tarımsal arazilerde, ayrıca bir dürüstlük kuralına aykırılık bulunmadıkça, fiili taksime rağmen yasal önalım hakkının kullanılabilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁷⁷.

c. Kanaatimiz

Fiili taksimin yasal önalım hakkını engelleyen bir durum olup olmadığını tahlil etmeden evvel, yasal önalım hakkının amacını incelemek gerekir. Yasal önalım hakkının amacı, paylı mülkiyet birliğine dışarıdan yabancı birisinin girmesini mümkün mertebe önlemek ve mülkiyetin tek elde toplanmasını sağlamaktır⁷⁸. Gerçekten de paylı mülkiyet topluluğuna yeni bir kişinin dâhil olması, özellikle karar alma ve taşınmazın kullanılması konularında muhtemel problemleri de beraberinde getirecektir. Paydaşların her satışta yasal önalım hakkını kullanmaları sayesinde, paydaş sayısı ikiye kadar inecektir. Daha sonraki satışlardan birisinde, satış yapmayan paydaşın önalım hakkını kullanmasıyla mülkiyet tek elde toplanmış olacaktır. Böylece, hem yabancı bir kişi topluluğa dâhil olamayacak hem de paylı maliklerin sayısı azalacak ve nihayetinde tek kişiye kadar inecektir. Yasal önalım hakkının, bu üstün ve meşru menfaatleri koruduğu nazara alındığında, fiili bir durumun bu amaçları bertaraf etmesi için oldukça önemli gerekçelerin sunulması beklenir. Bu menfaatlerin bertaraf edilmesi için dürüstlük kuralı gibi genel bir normun kullanılması yerine en azından açık ve doğrudan bu amaca yönelmiş bir kanuni düzenlemenin bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

Fiili taksim, fiili bir durumu yansıtır. Bu gibi bir fiili duruma hukuki sonuç bağlanması, aynı haklara hâkim olan temel prensiplere de aykırılık teşkil eder. Örneğin, belirlilik prensibine aykırılık söz konusudur. Belirlilik prensibine göre, taşınmaz parçalara ayrılmak suretiyle hukuki manada bağımsızlık kazanmadığı sürece, sadece bir parçaya ait bağımsız

⁷³ Şıpka, s. 116.

⁷⁴ Şıpka, s. 116.

⁷⁵ R.G., 3.7.2005 T., 25880 S.

⁷⁶ Özçelik, Fiili Taksim, s. 262-263.

⁷⁷ Özçelik, Fiili Taksim, s. 262-263.

⁷⁸ Ayiter, s. 137; Ayan, Eşya Hukuku, s. 385; Akalp-Demirtabak, s. 1. Bu amaçlar 27.3.1957 gün ve 1956/12 E., 1957/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda şu şekilde ifade edilmiştir; “*Gayrimenkulun parçalanmasını önlemek, yani hisselerin mümkün olduğu kadar hissedar elimde toplanmasını temin eylemek ve hissedarlar arasında öteden beri mevcut münasebeti idame ederek yabancı bir şahsın araya girmesine mâni olmak*”.

bir aynı hak kurulamaz⁷⁹. Paylı mülkiyette tüm paydaşlar, mülkiyet konusu şeyin her zerresi üzerinde maliktirler. Fiili taksim, taşınmazı hukuken bağımsız addedilecek parçalara bölmez. Buna rağmen, fiili taksime önem atfedip, diğer paydaşların yasal önalım hakkını kısıtlamak, paydaşları adeta başka bir bağımsız taşınmazın malikiymiş gibi kabul etmek anlamına gelir. Fakat fiili taksime rağmen, hukuken hâlâ tek bir taşınmaz bulunmaktadır. Bu nedenle, fiili taksime hukuki sonuç bağlanmasının belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz.

Diğer yandan, fiili taksime hukuki sonuç bağlanmasının, tapu sicili sistemine hâkim prensiplerden birisi olan, aleniyet prensibine de aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz. Taşınmazlarda aleniyet fonksiyonu, zilyetlik ile değil⁸⁰, TMK m. 997 hükmü gereğince tapu sicilindeki kayıtlar ile sağlanır. Fiili taksim, fiili bir durum olduğundan tapu sicilindeki kayıtlarda gözükmez. Bu nedenle fiili taksim, aleniyeti sağlayamaz. Bir başka ifadeyle, üçüncü kişiler tapuyu incelediklerinde, taşınmazdaki fiili taksim durumunu öğrenemeyeceklerdir. Aleniyeti sağlamaya elverişli olmayan bir duruma duyulan güvenin, kanundan doğan önalım hakkını engelleyecek nitelikte olmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla, alıcının fiili durumun yarattığı görünüme duyduğu güven, korunmaya değer bir güven değildir.

Doktrinde yer alan, fiili taksimin bazı hâllerde isabetli olduğu görüşü, çalışmamızın önceki bölümlerinde aktarılmıştır⁸¹. Bu görüşün dayandığı örneklerden birisine göre, paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz üzerinde, birbirinden bağımsız kısımları bulunan bir yapı inşa edilmiş ve paydaşların kullanacağı kısımlar belirlenmiş olabilir. Bu durumda fiili taksim söz konusu olur. Bu yapı henüz kat mülkiyetine geçmeden, bağımsız kısımlardan birisinin satılması durumunda, diğer kısımların malikleri (paydaşlar) yasal önalım hakkını kullanamamalıdır. Bu örnek özelinde, fiili taksimin yasal önalım hakkını kısıtlaması isabetli görülmektedir⁸². Biz bu görüşe katılmamaktayız. Şöyle ki, kat mülkiyetinin tesisinden önceki dönemde iki ihtimal söz konusudur. İlk ihtimale göre, kat mülkiyetinin henüz tesis edilmediği dönemde kat irtifakı kurulmuş olabilir. Kat irtifakının kat mülkiyetinden önce kurulması zorunlu değildir⁸³. Fakat kat irtifakı tesis edilmiş ise, Kat Mülkiyeti Kanunu m. 8/I hükmü uyarınca, diğer paydaşların yasal önalım hakkı söz konusu olmaz⁸⁴. Kanun bu ihtimalde önalım hakkının kullanılmasını açıkça yasaklamıştır. Asıl mesele ikinci ihtimal olan kat irtifakının dahi kurulmadığı durumlarda nasıl hareket edileceğinin tespiti noktasındadır. Bu hâlde ne olacaktır? Bu durumda, Kat Mülkiyeti Kanunu m. 8/I hükmünün yorumlanması gerekir. Hükmün mefhumu muhalifinden (*argumentum a contrario*), henüz kat irtifakına geçilmemiş bağımsız bölümlerde, yasal önalım hakkının kullanılabilmesi anlamı çıkmaktadır. Kaldı ki, kat irtifakı kurulmamış ise, paydaşların tüm taşınmazdan yararlanma hakları da devam etmektedir. Paydaşların bu safhada, paylı mülkiyet birliğine yabancı kişileri sokmak istememeleri meşru bir beklentidir. Netice itibarıyla, kat mülkiyetine geçilmemiş, kat irtifakı da tesis edilmemiş taşınmazlarda, bağımsız bölümlerin bulunması durumunda, fiilen taksim söz konusu olsa dahi yasal önalım hakkının mevcut olduğunu düşün-

⁷⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 26; Erman, s. 7. İlkeye dair istisnalar için bkz. Sirmen, s. 33-34.

⁸⁰ Mehmet Ünal/Veyssel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s. 65-66.

⁸¹ Bkz. Bölüm II, C, 2, a.

⁸² Özçelik, Fiili Taksim, s. 260-261.

⁸³ Ethem Sabâ Özmen/Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Kat İrtifakı, Yenilenmiş 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 221 vd.

⁸⁴ Kanun hükmünün isabetli olmadığı, kat irtifakının bulunduğu hâllerde dahi yasal önalım hakkının kullanılabilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Özmen/ Vardar Hamamcıoğlu, s. 227 vd.

mekteyiz. Aksinin kabulü, Kat Mülkiyeti Kanunu m. 8/I hükmündeki düzenlemeye aykırılık anlamına gelecektir. Henüz kat irtifakının dahi kurulmadığı taşınmazlarda, kat irtifakı kurulmuş gibi yasal önalım hakkını engellemek, mevzuata aykırı durumlara hukuki bir nitelik ve meşruiyet kazandırmak anlamına gelir. Bu aykırılıklar, bir nevi teşvik edilmiş olunur. Bununla birlikte, kanunun sadece kat irtifakı ve kat mülkiyeti için istisnai olarak öngördüğü bir durumun da genişletilmesi söz konusu olur⁸⁵. Böylesi bir sonucun, hukuk güvenliğini sarsacağı kanaatindeyiz.

Bu konudaki bir diğer problemlili yan ise, kanunda önalım hakkı engeli olarak yer alan “feragat” imkânı ile fiili taksim arasındaki ilişkidir. Şöyle ki, kanun koyucu, TMK m. 733/II hükmü ile paydaşlara yasal önalım hakkının kullanılmasından feragat etme imkânı tanımıştır. Bu feragat, tek bir satışa yönelik olabileceği gibi gelecekteki bütün satışlara yönelik de olabilir. Yasal önalım hakkından bütünüyle feragat, resmî şekilde yapılmalı ve bu durum tapu kütüğüne şerh edilmelidir. Belirli bir satıştan feragat ise, yazılı şekle tabi tutulmuştur. Kanun koyucu, böylesine özel bir imkânı kanunda açıkça tanımışken ve sıkı şekil şartlarına bağlamışken, kanunda açıkça yer almayan “fiili taksim” durumuna da feragat gibi sonuç yüklemek isabetli değildir. Bu uygulama, kanunu genişletmek anlamına gelmektedir. Üstelik böylesine ciddi bir durum için Yargıtay kararlarında yeterli gerekçeler de ileri sürülmemektedir. Eğer üçüncü kişi, diğer paydaşların yasal önalım hakkına başvurmayacaklarından emin olmak istiyorsa, paydaşlardan söz konusu satışa ilişkin yasal önalım haklarından feragat etmelerini isteyebilir. Böyle bir imkân mevcuttur. Buna rağmen, fiili taksim hâlini yasal önalım hakkı engeli saymak, feragat için öngörülen şekil şartlarını yok sayarak feragate bağlanan sonuçları kabul etmek anlamına gelir. Bu bakımdan, Yargıtay’ın fiili taksim hâlini kabul etmesi, bize göre sorunludur. Zira herhangi bir şekil şartı dahi aranmadan, paydaşların kanundan doğan önalım hakları ellerinden alınmaktadır.

Yargıtay kararlarında, fiili taksime itiraz edilmemesi ve akabinde yasal önalım hakkına müracaat edilmesi, dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak kabul edilmektedir⁸⁶. Dürüstlük kuralı; dürüst, makul, namuslu, iyiniyetli ve ortalama zekâ seviyesine sahip kişilerin, herkesçe benimsenen etik kurallara dayalı muhtemel davranışlarının bir bütünüdür⁸⁷. Dürüstlük kuralına aykırı davranışın yaptırımı, aykırı davranışta bulunanın, bu davranışla elde edeceği menfaatten mahrum edilmesidir. Dürüstlük kuralına aykırılığı çalışmamız bakımından değerlendirmeden önce, bu kurala dair kısa bir açıklama yapmak ihtiyacı duymaktayız. Kanunların her somut uyumsuzluğun çaresini gösterecek şekilde düzenlenmesi beklenmemektedir. En azından Türk kanun koyucusu, bu şekilde bir kazuistik yöntemi tercih etmemiştir⁸⁸. Bu sebeple, TBK ve TMK’da, meselelerin ana hatları ile düzenlenmesi yoluna başvurulmuştur. Fakat kanun hükümlerinin doğrudan uygulanması, her zaman kanunun özüyle uyumlu, hakkaniyetli sonuçlar doğurmayabilir. Dolayısıyla, dürüstlük kuralı gibi genel normlar ihdas edilerek, kanunun katı bir şekilde uygulanması ile somut vakialarda

⁸⁵ Bu çıkarım, istisnaların geniş yorumlanamayacağı ilkesi (*singularia non sunt extenda*) ile de uyumlu olacaktır.

⁸⁶ Yarg. 14. HD, 2016/12387 E., 2020/65 K., 06.01.2020 T.; Yarg. HGK, 2018/578 E., 2018/1344 K., 25.9.2018 T.; Yarg. 14. HD, 2014/7327 E., 2014/11379 K., 20.10.2014 T.; Yarg. 14. HD, 2016/4264 E., 2019/1022 K., 7.2.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 3.2.2020.

⁸⁷ **Yalçın Kavak**, Medenî Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması, Legal Yayınları, İstanbul, 2019, s. 27; **Seyfullah Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Altıncı Basım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 519, Ankara, 1997, s. 291.

⁸⁸ Türkiye Cumhuriyeti kanun koyucusunun, İsviçre Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu’nu model kanun olarak kabul ettiği, bu kanunların ise kazuistik yöntemle hazırlanmadığı, bilakis çeşitli meseleleri ana hatlarıyla düzenleyip, boşluk doldurma yetkisinin hâkime tanındığı yönünde bkz. **M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medenî Hukuk, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 25.

ortaya çıkabilecek hakkaniyete aykırı sonuçlar engellenmeye çalışılmıştır. Bu bakımdan genel normlar oldukça faydalıdır. Ancak, dürüstlük kuralı gibi genel normları uygularken dikkatli olmak gerekir. Bu normların uygulanması, bazı riskler taşımaktadır. Zira dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması gibi genel normlar, sınırları kesin çizgilerle belirlenmiş normlar değildir. Bu nedenle, öncelikle mevzuattaki çözümlere başvurmak, bunların yetersiz kaldığı yahut kanunun özüne aykırı sonuçlara yol açtığı durumlarda genel normları uygulamaya sokmak gerekir. Ayrıca bu normlar, her somut olayın özellikleri dikkate alınarak uygulanmalıdır. Bu durum da uygulamayı oldukça zorlaştırmaktadır. Bu nedenlerle, genel normlara sık sık başvurmak daha isabetli olacaktır. Aksi hâlde, kanun hükümlerinin esnetilmesi yahut ikinci planda kalması riski ortaya çıkar⁸⁹. Öte yandan, her olayda yalnızca hakkaniyete aykırılıktan yola çıkarak dürüstlük kuralına aykırılığın bulunduğunu ileri sürmek her zaman isabetli sonuçlar vermez. Böyle bir eğilim, içtihat birliğinin sağlanması önündeki en büyük engellerden olup, kolaycılığa kaçılmasına neden olur⁹⁰ ve hukuk güvenliğini ortadan kaldırır⁹¹. Çalışma konumuz bakımından ise, fiili taksime itiraz etmeyen paydaşın dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiğinden bahisle, yasal önalım hakkı engellenmektedir. Yasal önalım hakkının kullanılmasıyla elde edilecek menfaat ise, paylı mülkiyet birliğine yabancı birisinin mümkün mertebe dâhil olmaması ve paylı mülkiyetin nihayetinde tek kişi mülkiyetine dönüşmesidir. Bu meşru menfaatler ile dürüstlük kuralına aykırılık neticesinde öngörülen mahrumiyet yaptırımı arasında bir nimet-külfet dengesi kurulduğunda, yasal önalım hakkıyla ulaşılmak istenen menfaatlerinin daha ağır bastığı kanaatindeyiz. Kaldı ki, fiili taksime rıza göstermenin altında yatan sebep, yasal önalım hakkından vazgeçmek olmayabilir. Bir diğer ifadeyle, bir paydaş, fiili taksime yalnızca kullanım biçimi bakımından rıza göstermiş olabilir. Böyle bir rıza, yasal önalım hakkının kullanılmayacağı yönünde bir görünüm yahut güven yaratmaya yetmeyecektir. Bir davranışın dürüstlük kuralına aykırı olduğunu söyleyebilmek için bu davranış açıkça, şüphe götürmez şekilde aykırılık teşkil etmesi gerekir⁹². Hâlbuki fiili taksime rağmen yasal önalım hakkına başvurma hâlinde, böylesine açık bir ihlâl söz konusu değildir. Bu durumda, paydaşın kesin bir şekilde dürüstlüğü aykırı hareket ettiğinden bahsedilemeyecektir. Fiili taksime rıza gösteren paydaşın, yasal önalım hakkı ile elde etmek istediği menfaatler de ortadan kalkmış değildir. Bu nedenle de, paydaşın yasal önalım hakkına müracaat etmesi, dürüstlüğü aykırı bir davranış olarak kabul edilmemelidir. Sonuç itibarıyla, yasal önalım hakkının meşru menfaatlerinin üstün tutulması, fiili taksime itiraz edilmemesinin tek başına önalım hakkından mahrumiyete neden olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Fiili taksim için öngörülen yasal önalım hakkından mahrumiyet yaptırımı oldukça ağırdır. Böylesine ağır bir yaptırıma neden olan fiili taksim hâli için ise bir şekil şartı aranmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, Yargıtay içtihatlarına göre, paydaşlar arasındaki fiili taksimin geçerliliği yahut ispatı herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır⁹³. Fiili taksimin varlığı, tanık beyanlarıyla dahi ispat edilebilmektedir. Yaptırım olarak yasal önalım hakkın-

⁸⁹ **Andreas B. Schwarz**, *Medeni Hukuka Giriş*, Çev. Bülent Davran, İstanbul, 1942, s. 197-198.

⁹⁰ **Mustafa Dural/Suat Sarı**, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 248-249.

⁹¹ **Schwarz**, s. 198; **Oğuzman/Barlas**, s. 309. Hukuka güvenin sarsılmasına neden olma ve kanun hükümlerini ihmal etme, dürüstlük kuralının uygulanmasının tehlikeleri arasında sayılmıştır, bkz. **Şener Akyol**, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 17-18.

⁹² **Kavak**, s. 97.

⁹³ Yarg. HGK, 2014/14-1343 E., 2016/407 K., 9.11.2016 T.; Yarg. HGK, 2014/14-1306 E., 2016/108 K., 27.1.2016 T.; Yargıtay 14. HD, 2016/4264 E., 2019/1022 K., 7.2.2019 T. www.kazanci.com (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

dan mahrumiyet öngörülmüş iken, buna sebep veren işlemin herhangi bir şekil şartına tabi olmaması kanaatimizce sakıncalıdır. Şekil şartının amaçlarından bir tanesi, tarafları düşünmeye sevk etmektir. Bu haklı amacın, fiili taksim bakımından da geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Her ne kadar fiili taksimin yasal önalım hakkı engeli olmadığını savunuyorsak da, aksinin kabulü hâlinde dahi bir şekil şartı aramanın makul olacağını düşünmekteyiz. Zira paylı mülkiyette yararlanma, kullanma ve yönetim konusunda yapılacak anlaşmanın, taşınmaz üzerinde sonradan aynı hak kazananları da bağlaması için TMK 689/son hükmü uyarınca imzaların noterlikçe onaylanması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Paylı mülkiyette böylesine ağır şekil şartları düzenlenmişken, kullanma ve yararlanma şartlarını değiştiren ve önalım hakkı mahrumiyetine neden olan fiili taksimin geçerliliği ve ispatı için herhangi bir şekil şartı aranmaması isabetli değildir. Netice itibarıyla, Yargıtay'ın fiili taksimin varlığı yahut ispatı için hiç değilse adi yazılı şekil şartını araması daha isabetli olacaktır. Bu durum, uygulamadaki ispat sorunlarını da çözüme kavuşturacaktır. Kanaatimizce, böyle bir şartın aranması, hem paydaşları hem de hukuk güvenliğini koruyucu etki gösterecektir.

Fiili taksimin içtihatlarla ortaya çıkması, beraberinde bazı sorunları da getirmektedir. Örneğin, fiili taksim ilk ortaya çıktığında tüm paydaşların fiili olarak kullandığı bir kısmın bulunması aranırken⁹⁴, daha sonra sadece davacının (yasal önalım hakkına müracaat eden paydaş) ve davalıya pay satışı yapan eski paydaşın fiili kullanımının yeterli olduğuna hükmedilmeye başlanmıştır⁹⁵. İçtihatlarla gelişen bir kurumun şartlarının yine içtihatlarla değişmesi, hukuki öngörülebilirliği zedelemektedir. Aynı zamanda paydaşlara, kanunu bilmek yanında içtihatları da takip etmek külfeti yüklenmektedir. Bu nedenle, fiili taksim kabul edilecekse dahi, bunun mevzuatta düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bu konuda, TKAKK m. 8/İ, b.2 düzenlemesine de değinmek gerekir⁹⁶. Söz konusu düzenleme ile tarımsal arazilerin satışında, sınırdaş arazilerin maliklerine yasal önalım hakkı tanınmıştır. Düzenlemenin gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir; “*Türk Medeni Kanununa göre önalım hakkına sahip ortakların bu haklarını kullanmaması halinde sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkı tanınarak arazilerin büyümesi hedeflenmiştir*”⁹⁷. Gerekçeye göre, satılacak tarımsal arazinin paylı mülkiyete tabi olması ve arazinin bir veya birkaç payının satılması da madde hükmünün uygulaması kapsamındadır. Bir diğer ifadeyle, arazinin bir veya birkaç payı satıldığında, sınırdaş arazinin maliki, yasal önalım hakkını kullana-

⁹⁴ “Gerçekten müşterek mülkün paydaşları taşınmazı fiilen pay etmişse, her biri hakkını belirli kesime hasredip ondan yararlanıyorsa bunlardan birinin kendi payını ve buna ilişkin taşınmaz kısmını satması halinde tapuda pay satış şeklinde yapılan bu işlemi fırsat bilerek diğer paydaşların şufa hakkını kullanmaları Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan objektif iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz.” Yarg. HGK, 1988/6-797 E., 1998/955 K. 7.2.1988 T.; www.kazanci.com.tr (Çevrimiçi), E.T.: 1.12.2019.

⁹⁵ Yarg. HGK, 2018/578 E., 2018/1344 K., 25.9.2018 T.; Yarg. 14. HD, 2014/6552 E., 2014/10138 K., 18.9.2014 T., www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 28.12.2019.

⁹⁶ TKAKK m. 8/İ, b.2 hükmü, işbu makaleyi kaleme aldığımız 09.01.2020 tarihinde yürürlükte iken 7255 sayılı Gıda, Tarım ve Orman Alanında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun m. 20 hükmü ile 28.10.2020 tarihinde ilga edilmiştir. Buna mukabil, ilga edilen hükme ilişkin eserde yer alan kısmın, derdest davalar bakımından önem ihtiva etme ihtimaline binaen ilk yazıldığı haliyle yayımlanmasının isabetli olacağı düşünülmüştür. Eserin değerlendirilmesinde bu hususun nazara alınması talep olunmaktadır.

⁹⁷ Söz konusu hüküm, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 5 hükmü ile 5403 sayılı TKAKK’ye eklenmiştir. 6537 sayılı Kanun m. 5 hükmü gerekçesi için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlararno=131060&pkanunnumarasi=6537> (Çevrimiçi), E.T.: 20.2.2020.

bilecektir. Fakat gerekçeye göre böyle bir durumda, payı satılacak arazideki diğer paydaşların, TMK m. 732 hükmünden doğan yasal önalım hakkı önceliklidir. Bu çıkarım, gerekçedeki “*Türk Medeni Kanununa göre önalım hakkına sahip ortakların bu haklarını kullanmaması halinde*” ifadesine dayanmaktadır. TKAKK m. 8/İ hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, 2014/133 E., 2014/165 K., 30.10.2014 T. kararında⁹⁸; “5403 sayılı Kanun’un 8/İ maddesinin dava konusu ikinci fıkrasıyla tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi maliklerine önalım hakkı tanınmaktadır. Kuralda, tarımsal arazinin satılmasından söz edilmiş olup hissenin satılması ifadesine yer verilmediğinden, önalım hakkının sadece arazinin (parselin) bütünüyle satılması hâlinde mevcut olduğu, tarım parselinin hissesinin bir bölümünün satılması durumunda geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin, kanunun gerekçesiyle taban tabana zıt bir sonuca ulaştığı görülmektedir. Karara göre, tarımsal arazinin tamamı satılmadıkça, sınırdaş tarımsal arazi malikinin TKAKK m. 8/İ anlamında bir yasal önalım hakkı yoktur. Anayasa Mahkemesi’nin kararına rağmen doktrinde, kanun gerekçesine uygun olarak, satılacak arazinin bir payının satılması hâlinde dahi sınırdaş arazilerin maliklerinin önalım hakkına sahip olduğu ileri sürülmektedir⁹⁹. Aksi yöndeki görüşe göre ise, Anayasa Mahkemesi kararı isabetli olup, taşınmazın tamamı satışa konu olmadıkça sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkı bulunmaz¹⁰⁰. Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi’nin kararı isabetlidir. Zira 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹⁰¹ ile TKAKK’da yapılan değişikliklerin genel amacı, tarımsal arazilerin bölünmelerini ve küçülmelerini önlemek, arazilerin asgari tarımsal arazi büyüklüğüne ulaşmasını sağlamaktır¹⁰². Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında, arazinin bir payının satılması hâlinde, sınırdaş arazinin malikine yasal önalım hakkı tanınmasının, bahsedilen amaca hizmet edeceği söylenemez. Zira sınırdaş arazinin maliki payı satın aldığı anda, hem satılan arazinin hem de komşu arazinin mevcut büyüklüğünde bir değişim meydana gelmez. Sadece sınırdaş arazinin maliki, payı satılan taşınmaza paydaş olmuş olur. Buna mukabil, gerekçenin kabulü hâlinde, fiili taksim uygulamasıyla birlikte değerlendirme yapıldığında son derece ilginç ve menfi sonuçlar ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, Yargıtay, fiili taksim uygulamasında arazinin niteliğine göre bir ayırım yapmamakta, tarımsal arazilerde de fiili taksimi kabul etmektedir¹⁰³. Buradan hareketle, TKAKK m.8/İ hükmü gerekçesi kabul edilirse, fiili taksimin söz konusu olduğu tarımsal arazilerde, bir paydaşın payını satması durumunda, diğer paydaşlar yasal önalım hakkını kullanamıyorken sınırdaş arazinin maliki yasal önalım hakkını kullanabilecektir. Sınırdaş arazinin malikinin, payı satılan arazinin paydaşlarına tercih edildiği yönünde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Böyle bir sonuç, yasa koyucunun amaçlarına hizmet etmeyeceği gibi hakkaniyetten de uzaktır. İzah edilen nedenlerle, Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinin üstün tutulması ve bu suretle sınırdaş tarımsal arazilerin maliklerine tanınan yasal önalım

⁹⁸ R.G., 10.1.2015 T., 29232 S.

⁹⁹ **Turan Şahin**, “Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı”, MÜHFHAD, C. 24, S. 2, 2018, s. 909.

¹⁰⁰ **Recep Adıgüzel**, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdaş Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı”, İBD, C. 90, S. 3, Y. 2016, s. 127.

¹⁰¹ R.G., 15.5.2014 T., 29001 S.

¹⁰² **Ş. Barış Özcelik**, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, GÜHFHD, C. XIX, S. 1, Y. 2015, s. 106; **Şahin**, s. 909.

¹⁰³ Yarg. 14. HD, 2015/17174 E., 2017/2116 K., 20.3.2017 T.; Yarg. 14. HD, 2015/17802 E., 2016/4083 K., 5.4.2016 T. www.karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi), E.T.: 11.2.2020.

hakkının, yalnızca arazinin tamamının satıldığı hâllerde geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak, kanun koyucunun iradesi ile Yargıtay uygulamasının uyumlu olmadığı da söylenebilir. Şöyle ki, fiili taksim uygulaması 1980’li yıllarda ortaya çıkmıştır¹⁰⁴. Bu içtihat, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun yasalaşmasına kadar yaklaşık on sekiz yıl sürmüştür. Kanun koyucu, Yargıtay’ın bu yöndeki uygulamasını ve altında yatan sebepleri haklı görmüş olsaydı, Türk Medeni Kanunu’nun yasalaştığı süreçte, bu yönde bir değişiklik ihdas edebilirdi. Fakat kanun koyucunun bu yönde bir düzenleme yapmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun Yargıtay ile aynı amacı güttüğünü söylemek güçtür. Zira 743 sayılı mülga Türk Kanuni Medenisi’nde yasal önalım hakkı yalnızca bir maddede¹⁰⁵ düzenlenmişken, gelen eleştiriler ve uygulamadaki sorunlar nazara alınarak, Türk Medeni Kanunu’nda m. 732-734 arasında üç madde hâlinde düzenlenmiş, eklemeler yapılmıştır. Lakin fiili taksim, yapılan eklemelere dâhil edilmemiştir. Mevzuat, uygulamadaki tüm ihtiyaçlara cevap veremeyebilir. Fakat içtihatları şekillendiren ihtiyaçların gerçek bir gereksinim olduğu yönünde kanun koyucuda bir kanaat oluşursa, bu kanaate istinaden mevzuat değişikliği yapılabilir. Mevzuatta yer almayıp içtihatlarla gelişen durumların fazlalaşması, yargı erki ile yasama erki arasındaki sınırın incelenmesine sebebiyet verir. Bu durum, hukuk devletinin temel ilkelerinin aşınması tehlikesini yaratır.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında, fiili taksim hâlinin, yasal önalım hakkının kullanılmasına engel teşkil edip etmediği konusu incelenmiştir. Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler ışığında, aşağıda özet biçimde ifade edilen bulgulara ulaşılmıştır.

Kanunda düzenlenmeyen, içtihatlarla ortaya çıkan fiili taksim hâli, Yargıtay tarafından bir yasal önalım hakkı engeli olarak kabul edilmektedir. Buna göre, bir paydaşın, fiili taksim neticesinde kullandığı kısma denk gelen payını paydaş olmayan üçüncü kişiye satması hâlinde, fiili taksime katılan ve bu duruma itiraz etmeyen diğer paydaşlar, yasal önalım hakkını kullanamazlar. Zira fiili taksime itiraz etmeyen paydaşların daha sonra yasal önalım hakkını kullanmaya çalışmaları, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Fakat Yargıtay’ın bu kabulüne, çalışmamızda izah edilen nedenlerle katılmamaktayız. Şöyle ki, fiili taksim durumuna bağlanan yaptırım, kanunun yasal önalım hakkını ihdas etmesindeki amaçlarla çelişmektedir. Bunun yanı sıra, fiili taksim durumu, aynı haklara hâkim olan belirlilik ve aleniyet prensiplerine de aykırılık teşkil etmektedir. Bir diğer sebep ise, Yargıtay’ın mülga Türk Kanuni Medenisi dönemindeki fiili taksim içtihatlarının yasa koyucu tarafından nazara alınmaması ve Türk Medeni Kanunu’na eklenmemesidir. Yargıtay’ın buna rağmen içtihadına devam etmesi, kanun koyucunun iradesi ile uyumlu gözükmektedir. Ayrıca, kanunda yasal önalım hakkından feragat imkânı açıkça düzenlenmişken, fiili taksimin kabul edilmesi isabetli olmamıştır. Zira fiili taksimin kabulü yoluyla, feragat bağlanan sonuçlara, feragatin şekil şartlarına uyulmadan ulaşılmaktadır. Bu durum, kanunu esnetmek anlamına gelmektedir.

Yargıtay’ın uygulamadaki sorunları, fiili taksim kabulüyle çözmeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Ancak, bu sorunların büyük çoğunluğunun kaynağı, kişilerin mevzuata uygun

¹⁰⁴ Yarg. 6. HD, 1983/9973 E., 1983/10158 K., 24.10.1983 T. (YKD, C. 10, S. 4, 1984, s. 574-576); Yarg. HGK, 1988/6-797 E., 1988/955 K. 7.2.1988 T.; Yarg. 6. HD, 1987/2460 E., 1987/3083 K., 17.3.1987 T., www.kazanci.com.tr (Çevrimiçi), E.T.: 1.12.2019.

¹⁰⁵ 743 sayılı mülga Türk Kanuni Medenisi m. 659; “Bir gayrimenkulün hissedarları onun şayi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı kanuni şuf’a hakkını haizdir”.

olmayan davranışlarıdır. Yasal önalım hakkından feragat etme imkânı varken söz konusu imkânın kullanılmaması, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Kişilerin mevzuattaki imkânlardan faydalanmamaları yahut mevzuata aykırı hareketleri nedeniyle ortaya çıkan mağduriyetlerin yargı içtihatlarıyla çözüme kavuşturulması, hukuka uygun olmayan davranışlara meşruiyet kazandırma riskini ortaya çıkarır. Fiili taksim konusunda uygulamada bir ihtiyaç söz konusuysa, bu ihtiyacın mevzuat değişikliği yoluyla giderilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İzah edilen tüm bu nedenlerden ötürü, Yargıtay'ın fiili taksimi yasal önalım hakkı engeli olarak kabul ettiği içtihatlarının isabetli olmadığı ve gözden geçirilmesi gerektiği kanaatine ulaşmaktayız. Esas itibarıyla, fiili taksime dair bu sorunun, mevzuatta bir düzenleme yapılmak suretiyle çözülebileceğini düşünmekteyiz. Bununla birlikte, eğer fiili taksim hâli bir yasal önalım hakkı engeli olarak kabul edilmeye devam edilecekse, hukuk güvenliği bakımından, geçerlilik yahut ispat şekli olarak en azından adi yazılı şekil şartının aranmasını önermekteyiz.

KISALTMALAR LİSTESİ

AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
b.	: Bent
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim tarihi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Kenar numarası
R.G.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKAKK	: Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

vd.	: Ve devamı
v.d.	: Ve diğerleri
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Recep**, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdış Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı”, İBD, C. 90, S. 3, Y. 2016, s. 121-129.
- Akalp-Demirtabak, Didem**, Yasal Önalım Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Akipek, Jale**, Türk Eşya Hukuku, II. Kitap: Mülkiyet, Ankara, 1971.
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya**, Eşya Hukuku, İkinci Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Akyol, Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Arslan, Ramazan**, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, Ankara, 1989.
- Avcı Braun, Cihan**, “Satış İlişkisi Doğuran Haklar”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 4,5, Ed. Turgut Öz v.d., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 2591-2603.
- Ayan, Mehmet**, “Kanuni Şuf’a Hakkı”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya, 1995, s. 335-368 (*Kanuni Şuf’a Hakkı*).
- Ayan, Mehmet**, Eşya Hukuku II Mülkiyet, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016 (*Eşya Hukuku*).
- Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin**, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Aydoğdu, Murat**, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Ayiter, Nuşin**, Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, İkinci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 1983.
- Bertan, Suad**, Aynî Haklar, Medeni Kanunun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi, C. 1, Ankara, 1976.
- Buz, Vedat**, Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Demirbaş, Harun**, Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Dönmez, İbrahim Kâfi**, “Şuf’a, Ön alım hakkı”, İslam Ansiklopedisi, C. 39, Türk Diyanet Vakfı, İstanbul, 2010, s. 248-252.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat**, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Edis, Seyfullah**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Altıncı Basım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 519, Ankara, 1997.
- Erdoğan, Hasan**, Şuf’a Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001.
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018 (*Özel Hükümler*).
- Eren, Fikret**, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, GÜHFD, C. XII, S. 1-2, Y. 2008, s. 103-126 (*Yasal Önalım Hakkı*).

Erman, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 7. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2017.

Esener, Turhan/Güven, Kudret, Eşya Hukuku, Genişletilmiş ve 6750 Sayılı Kanun Eklenti 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Feyzioğlu, F. Necmeddin, “Şüfa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar”, İÜHFİM, C. 19, S. 1-2, İstanbul, 1953, s. 222-269.

Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984.

Günay, Erhan, Önalım Hakkı, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

Helvacı, İlhan, “İsviçre Borçlar Kanununun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu madde 216/fıkra 2, fıkra 3, madde 216/a-216-e)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, Aysel Çelikel’e Armağan, s.397-417.

Kavak, Yalçın, Medenî Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması, Legal Yayınları, İstanbul, 2019.

Kılıçoğlu, Mustafa, Akdî ve Kanunî Şuf’a Davaları (Önalım), Adil Yayınevi, Ankara, 1997.

Kırca, Çiğdem, “Önalım Hakkı Konusundan Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 1179-1203.

Kısagün, Adil, Şuf’a Davaları, Doğuş Matbaacılık, Ankara, 1958.

Köylüoğlu, Egemen, “Önalım Davası”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), AÜSBE, Ankara, 2011.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Meier-Hayoz, Arthur, “Şuf’a Akdi”, Çev. Y. Ümit Doğanay, İÜHFİM, C. 33, S. 1-4, İstanbul, 1968, s. 273-287.

Olgaç, Senai/ Karahasan, Mustafa Reşit, Gayrimenkullerin İktisap ve Tescili, Şuf’a-Vefa-İştira Hakları, İstanbul, 1964.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, Medenî Hukuk, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Oğuzman, M. Kemal, “Dürüstlük Kuralına (MK. m.2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 407-415.

Okutan Nilsson, Gül, Anonim Ortaklıklarda Payscaleleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004.

Özcelik, Ş. Barış, “Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılmayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi”, TBBD, S. 141, 2019, s. 253-264 (Fiili Taksim).

Özçelik, Ş. Barış, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, GÜHFD, C. XIX, S. 1, Y. 2015, s. 87-110 (*Değişiklikler ve Değerlendirilmesi*).

Özdek, Yasemin, “Önalımda (Şuf’ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı”, DÜHFD, S. 3, 1985, s. 337-369.

Özenli, Soysal, Uygulamada Önalım (Şuf’a) Davaları, İkinci Basım, Kazancı, İstanbul, 1990.

Özmen, Ethem Sabâ/Hamamcıoğlu, Gülşah Vardar, Kat İrtifakı, Yenilenmiş 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2015.

Rey, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Dritte, ergänzte und überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007.

Ruhi, Ahmet Cemal, Önalım Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Sayımlar, Zeynep, “Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Engelleyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim”, İÜHFD Özel Sayı, C. 1, 2015, s. 627-652.

Schwarz, Andreas B., Medeni Hukuka Giriş, Çev. Bülent Davran, İstanbul, 1942.

Sirmen, A. Lâle, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Şıpka, Şükran Taman, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf’a) Hakkı (MK.m.659), Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994.

Şahin, Turan, “Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı”, MÜHFHAD, C. 24, S. 2, 2018, s. 906-930.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyidleri, II/1, İstanbul, 1988.

Tunaboşlu, Müslim, Önalım (Şuf’a) Davaları, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukuku, Umumi Kısım, Çev. Cevat Edege, İstanbul, 1953.

Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekîl Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.

Yıldız, Ekrem, Önalım Davaları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Zevkliler, Aydın/Ertaş, Şeref/Havutçu, Ayşe/Acarbey, Beşir/Gürpınar, Damla, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T.: 10.3.2020.

www.kazanci.com, E.T.: 10.3.2020.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=131060&pkanunnumarasi=6537>, E.T.: 20.2.2020.

^{4f} ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU BAKIMINDAN NEDENSELLİK BAĞI UNSURU

(CAUSATION LINK ELEMENT IN EMPLOYER'S VICARIOUS LIABILITY)

Arş. Gör. Defne DENİZ* **

ÖZ

Çalışmamızda, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından nedensellik bağı unsuru incelenmiştir. Bu kapsamda, adam çalıştırmanın sorumluluk unsurları genel hatlarıyla ele alınmış ardından bilhassa kusursuz sorumluluk hâlleri bakımından önem arz eden nedensellik bağı kavramı çalışılmıştır. Bahsi geçen incelemede, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından nedensellik bağının kaynakları ve dolayısıyla, meydana gelen zarar ile arasında nedensellik bağı kurulacak olan davranışın kime ait olması gerektiği hususu üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Kusursuz Sorumluluk, Nedensellik Bağı, Nedensellik Bağını Kesen Hâller, Genel Kurtuluş Kanıtı.

ABSTRACT

In this article, causation link element in employer's vicarious liability is studied. In this scope, the elements of employer's vicarious liability are broadly reviewed then the concept of causation link which presents importance, especially for strict liability, is analyzed. In the study mentioned, the sources of causation link within the scope of employer's vicarious liability and, thereby, to whom the action that will be causally related with damage should belong is elaborated.

Keywords: Employer's Vicarious Liability, Strict Liability, Causation Link, The Circumstances Interrupting Causation Link, General Proof for Exclusion of Liability.

GİRİŞ

Sorumluluk hukukunda temel ilke kusur sorumluluğu olmak ile birlikte¹; kusur kavramının sorumluluk için yetersiz kalması yanında, teknik gelişmeler ve hakkaniyet ilkesi kusursuz sorumluluğu gerekli kılmıştır. Kusursuz sorumluluk hâlleri TBK' da "Hakkaniyet

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.08.2020. İlk hakem raporu tarihi: 14.08.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 17.08.2020. Onaylanma Tarihi:14.09.2020.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4965-860X

Esere Atıf Şekli: Defne Deniz, "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Bakımından Nedensellik Bağı Unsuru", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1155-1176.

¹ **ZAHİT İMRE**, "Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler", İÜHFİM. Doğumunun 100. yılında Atatürk'e Armağan, C. 45, Sayı: 1-4, 1981 (**İMRE**, Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler), s. 403.

Sorumluluğu”, “Tehlike Sorumluluğu” ve “Özen Sorumluluğu” olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir. Çalışmamız, bir tür özen sorumluluğu olan adam çalıştırmanın sorumluluğu ve nedensellik bağı unsuru üzerinde yoğunlaşacaktır. Bu kapsamda adam çalıştırmanın sorumluluğunun hukuki niteliği incelenecek olup neden bir tür kusursuz sorumluluk hâli olduğu açıklanacaktır. Ardından adam çalıştırmanın sorumluluğunun ön şartları ve unsurları genel çerçevesiyle ele alınacak ve nedensellik bağı kavramı ana hatlarıyla incelenecektir. Uygun nedensellik bağı kesen hâller, öğretilde, mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru olarak kabul edilmektedir. Çalışmamızda söz konusu üç hâl, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından incelenecek olup zarar görenin ağır kusuru özellikle tartışılacaktır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından nedensellik bağının kaynakları; adam çalıştırmanın objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı ile zarar arasındaki bağ ve çalışanın davranışı ile zarar arasındaki bağ olarak kabul görmektedir. Çalışmamızda, uygun nedensellik bağının, adam çalıştırmanın davranışı ile zarar arasında aranmasının gerekliliği tartışılacaktır.

Nihayetinde, 818 sayılı BK m. 55'te yer alan ve genel kurtuluş kanıtı olarak ifade edilen imkânın, TBK m. 66'da düzenlenmemiş oluşunun adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından bir farklılık mı yarattığı yoksa genel anlamda nedensellik bağının ispatı niteliğinde mi olduğu tartışılacak ve bu kapsamda genel kurtuluş kanıtının kaynakları üzerinde durulacaktır.

I. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KUSUR SORUMLULUĞUNDAN AYRILAN ÖZELLİKLERİ

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, Türk-İsviçre hukukunda kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilmektedir. TBK m. 66'da düzenlenmekte olan bu sorumluluk²; aynı zamanda bir özen sorumluluğu hâlidir³. Zira, olağan sebep sorumluluğuna dayanan⁴ bu hâl, sorumlu

² **TBK m. 66:** “Adam çalıştırın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştırın, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştırın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştırın, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.” İlgili hükmün 3. fıkrasında yer alan işletme faaliyeti dolayısıyla sebep olunan sorumluluğa ilişkin düzenleme, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde mevcut değildi. Kanaatimiz, organizasyon sorumluluğu düzenlemesinin gerekli olmadığı ve mevcut düzenlemeler ışığında gerekli çözümlerin bulunabileceği yönünde olsa da söz konusu problem çalışma konumuzun dışında kaldığından ayrıca incelenmeyecektir. Organizasyon sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **SABAH ALTAY**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK. 66/3), **MÜHFHAD**, 2011, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Online Kütüphane, s. 171-185; **GÖKHAN ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019 (**ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler), s. 356-362 (*Turcademy*); **AYŞE NUR KILINÇ**, Adam Çalıştırmanın Organizasyon Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2018; **BAŞAK BAYSAL**, Haksız Fiil Hukuku, On İki levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 251-252.

³ **FİKRET EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bastı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018 (**EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler), s. 643.

kişinin kusuruna değil objektif özen ve gözetim ödevini yerine getirmemesine bağlıdır⁵. Adam çalıştıran, bağımlık ilişkisi içerisinde olduğu çalışanları üzerinde, görevleriyle işlevsel bağ içerisinde olan işlerini gördükleri sırada, her türlü dikkat ve özeni göstermeli ve böylelikle çalışanların üçüncü kişilere zarar vermelerini önlemelidir⁶.

Bir objektif sorumluluk hâli olan adam çalıştıranın sorumluluğu, Alman Medeni Kanunu (BGB) Art. 831'de düzenlenmekte olup, söz konusu hüküm, Alman hukukunda, adam çalıştıranın kusursuzluğunu ispatlaması ile sorumluluktan kurtulabileceği şeklinde yorumlanmakta⁷; adam çalıştıranın objektif özen yükümlülüğünü ihlal ettiği karinesi değil kusur karinesinin varlığı esas alınmaktadır. Ne var ki hukukumuzda, sorumluluğun kusursuz sorumluluk niteliğini haiz olduğu açıktır. Nitekim Borçlar Kanunumuzun sistematigi de bu yöndedir.

Bu sorumluluk türünde, objektif özen yükümlülüğünün adam çalıştıran tarafından ihlal edilmiş olması yeterlidir. Zira çalıştıranın sübjektif mazeretleri ve özellikleri dikkate alınmaz. Çalışan, adam çalıştıranın işini gördüğü sırada üçüncü bir kişiye hukuka aykırı şekilde zarar vermiş ise, adam çalıştıranın çalışanını seçerken⁸, talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmediği ve dolayısıyla sorumlu olduğu karine olarak kabul edilir. Ancak adam çalıştıranın, gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulması mümkündür⁹.

⁴ Kusursuz sorumluluk hâlleri, hukuk dilinde; objektif sorumluluk, sebep sorumluluğu veya netice sorumluluğu olarak da adlandırılmaktadır. Bu hâller, nispeten geniş bir kavram olan sebep sorumluluğu ile daha sınırlı bir anlamı olan tehlike sorumluluğunun ayırt edilmesi amacıyla, olağan objektif sorumluluk ve tehlike sorumluluğu olarak ikiye ayrılmak suretiyle incelenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **İMRE**, Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler, s. 405.

⁵ **CEVDET YAVUZ**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Hâlleri ve İlkeleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 14, S: 4, 2008, s. 41. Kusursuz sorumluluğun diğer türleri için bkz., **YAVUZ**, s. 40 vd.

⁶ **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 643; **BAŞAK BAŞOĞLU**, "Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S. 2, 2015, s. 39. Başoğlu, kusursuz sorumluluk hâllerinde, sorumlu tutulan kişinin, özen yükümünü gereği gibi yerine getirdiğini veya gerekli özeni göstermesi hâlinde bile zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulabilecek olması nedeniyle, bu hâllerde dahi kusur esasından tam anlamıyla ayrılmamanın mümkün olmadığını ifade etmektedir. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir, zira objektif özen yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı, kusursuzluğun ispatı ile aynı anlama gelmemektedir.

⁷ Alman hukukunda yer alan ilgili düzenlemenin ayrıntıları ve bu düzenlemeye ilişkin öğretilerde yer alan yorumlar için bkz.; **KILINÇ**, s. 93.

⁸ Adam çalıştıran, çalışanını denetleme ve ona talimat verme yükümlülüğü yanı sıra, çalışanını seçerken de gerekli özeni göstermelidir. Bu nedenledir ki, adam çalıştıran, çalışanlarını seçerken gerekli araştırmaları yapmalı, ancak araştırma sürecinde kendisine sunulan sertifikalar ile yetinmemelidir. Gerçekleştirilecek olan işin tehlike yoğunluğunun artması, adam çalıştıranın çalışanını seçme sürecindeki sorgulama yükümlülüğünü artırmaktadır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **HERMANN BECKER**, BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1945, Art. 55, N.10.

⁹ TBK m. 66 f. 2'de düzenlenmekte olan ve adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından birinci kurtuluş kanıtı niteliğini haiz olan özen yükümlülüğü hâlleri hakkında ayrıntılı bilgi bkz. **CİHAN AVCI**, Die Vertragliche Und Deliktsrechtliche Haftung Für Das Verhalten Dritter Im Türkischen Recht, Mit Bezug Auf Den Entwurf Eines Türkischen Obligationenrechts, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 2, 2007, s. 37-39. **BK m. 55/1**, adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulmasına imkân tanıyan ispatı "hâl ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat

Adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlaması hâlinde sorumluluktan kurtulabiliyor oluşu, bu sorumluluk türünün kusur sorumluluğundan hangi gerekçeler ile ayrıldığı yönünde soru işaretlerine sebep olabilmektedir. Zira adam çalıştırın, gerekli tüm özeni gösterdiğini ancak yine de zararın oluştuğunu ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilecektir. Söz konusu durumun kusur sorumluluğu olarak nitelendirilmemesi; hakkaniyet ve adalet ilkelerinin yanında¹⁰ sorumluluğun objektif özen yükümlülüğünü haiz olmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin¹¹; çalışanın, adam çalıştırının işini gördüğü sırada üçüncü kişiye zarar verdiği ve bu sırada adam çalıştırının kalp krizi geçirmesi sebebiyle hastanede olduğunu ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmedini düşünelim. İşte böyle bir durumda dahi adam çalıştırın sorumlu kabul edilecektir¹². Zira bu sorumluluk bir kusursuz sorumluluk türüdür¹³. Adam çalıştırının subjektif koşulları, sorumluluğun doğmasını engelleyebilseydi, objektif özen yükümlülüğünün ihlal edildiği karinesi değil, kusur karinesi kabul edilecek ve adam çalıştırının kusurlu olmadığını ispat etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulması mümkün olabilecekti. Oysa ki, verilen örnekte adam çalıştırının kusurlu olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Nitekim, çalışanın üçüncü kişiye vermiş olduğu zarar bakımından adam çalıştırının herhangi bir kastı veya ihmali bulunmamakta; verilen zarar esnasında bilinçsiz bir şekilde hastanede tedavi görmektedir. Adam çalıştırın, çalışanın zarar verici davranışını, gözetim yükümlülüğünü yerine getirememesi sebebiyle engelleyememiştir. Ancak unutulmamalıdır ki bu engelleyememe hâli adam çalıştırının kusurundan ve subjektif sebeplerden bağımsız bir özen yükümlülüğünün ihlalidir. İşte bu nedenledir ki, adam çalıştırının sorumluluğu, adam çalıştırının kusurundan bağımsız ve objektif özen yükümlülüğünü gerekli kılan bir sebep sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir.

II. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUK UNSURLARINA GENEL BAKIŞ

Adam çalıştırının sorumluluk unsurlarına geçmeden evvel, adam çalıştırın-çalışan ilişkisinin hangi şartlar altında oluştuğunu incelemek gerekecektir. Zira, ön unsurların sağlanmaması hâlinde sorumluluğunun varlığı da tartışılmayacaktır. Sorumluluğun lafzından da anlaşılacağı üzere bu şartlar; *adam çalıştırın*, *çalıştırılan* ve bu iki kişi arasında mevcut bir *bağımlılık* ilişkisinin varlığıdır¹⁴. Adam çalıştırın, işlerini gördürmek maksadıyla üçüncü

ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat” olarak ifade etmekteydi. Adam çalıştırının göstermesi gereken özenin hangi davranışlar olduğuna ilişkin bir sayım yapılmış olmasa da çalışanın seçimi, çalışana talimat verilmesi, onun gözetim ve denetiminde özen gösterilmesi gerektiği yorum yoluyla kabul edilmekteydi, bkz., **MUSTAFA ÜNLÜTEPE**, Organizasyon Sorumluluğu, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 28.

¹⁰ Kendi menfaati için bir başkasını çalıştırmakta olan kimse, söz konusu işin yerine getirilmesinden kaynaklanan zarar riskini de taşımaktadır, bkz. **ROLAND BREHM**, BK - Berner Kommentar, Die Entstehung Durch Unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 4. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2013, Art. 55, N. 4; **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.644.

¹¹ **ABDÜLKADİR ARPACI**, Yüksek Lisans/Doktora Güz dönemi ders notları, 2018.

¹² Adam çalıştırın, böyle bir durumda dahi, kaza veya ani hastalığın kendisini sorumlu olmaktan alıkoyduğu iddiasında bulunamayacaktır. Bkz. **BK - BECKER**, 2. Aufl. 1945, Art. 55, N.1; **BK - BREHM**, 4. Aufl. 2013, Art. 55, N. 34.

¹³ Aksi görüşte olan Baysal, çalıştırının, belirli şartlarla özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceğinden bahisle, adam çalıştırının sorumluluğunun kusur sorumluluğundan farklı bir sorumluluk olmadığını ifade etmektedir, bkz., **BAYSAL**, s. 243.

¹⁴ **HÜSEYİN HATEMİ, EMRE GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 (**HATEMİ/GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm), s. 151-152; **ZAHİT İM-**

bir kişinin hizmetine başvurarak onun hizmet ediminden yararlanan, onu gözetleme, denetleme ve talimat verme yetkisine sahip olan¹⁵; çalışan ise, bir başkasının işlerini bağımlılık ilişkisi içerisinde gören kişidir. Son ön şart olan bağımlılık ilişkisi, bir işin yapılmasında, adam çalıştırana, çalışana seçme, çalışana talimat verme ve onu denetleme yetkisi veren bağ anlamına gelmektedir. Çalışan, adam çalıştırana bağımlı olmalı, kendisine verilen işi çalıştırmanın talimatları doğrultusunda yerine getirmelidir¹⁶. Bağımlılık ilişkisi, en çok hizmet sözleşmeleri ile karşımıza çıksa da kanundan veya fiili durumlardan da kaynaklanabilmektedir¹⁷.

Yukarıda sözü edilen ön unsurların sağlanması hâlinde TBK m. 66'da yer alan anlamda adam çalıştırana-çalışan ilişkisi meydana gelecek; sorumluluk ise, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında ve söz konusu iş dolayısıyla üçüncü bir kişinin zarar görmesi neticesinde oluşacaktır¹⁸. O hâlde adam çalıştırmanın sorumluluğunun genel unsurları; davranış, zarar, zarar ile fiil arasında bir nedensellik bağı ve hukuka aykırılık olarak ifade edilebilecektir¹⁹.

Sorumluluğun ilk unsuru olan davranış, çalışanın üçüncü bir kişiye hukuka aykırı bir sonuç doğurmak suretiyle zarar veren hareketidir. Ancak doktrinde, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından aranan davranış şartının çalışan değil, adam çalıştırana bakımından aranması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Bu görüşe göre; çalışan, şartları varsa kendi başına haksız fiilden sorumlu kılınabileceğinden, davranış unsuru, adam çalıştırmanın objektif özeni göstermemesine yönelik olumsuz hareketidir²⁰. Kanaatimizce davranış unsuru, adam çalıştırana değil çalışan bakımından önem arz etmektedir²¹. Hiç şüphesiz ki, haksız fiilin şartlarının varlığı hâlinde, zarar gören, zararın tazmini için çalışana da başvurabilecektir;

RE, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949 (**İMRE**, Kusursuz Mesuliyet Hâlleri), s. 144-145; **HALUK TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 1981 (**TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku), s. 56-61.

¹⁵ **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 623. Adam çalıştırmanın gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür, ancak tüzel kişilerin organları çalışan sayılmamak ile birlikte, organların fiilinden doğan sorumluluk TMK. m. 50 hükmüne tabidir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu ise, bahsi geçen organların emrinde çalışanların, başkalarına zarar vermeleri hâlinde mümkün olacaktır, bkz. **KEMAL OĞUZMAN/TURGUT ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 145.

¹⁶ **BK - BREHM**, 4. Aufl. 2013, Art. 55, 10. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, talimat verme yetkisinin mevcudiyeti ile doğrudan ilgilidir, bkz. **AVCI**, s.35; **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 648.

¹⁷ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s.56; **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 48. Çalışanın; ücretli veya ücretsiz, kalıcı veya geçici nitelikte bir iş görmesi, sorumluluğun oluşumu bakımından önem arz etmemektedir, bkz. **AVCI**, s. 35; **BK - BREHM**, 4. Aufl. 2013, Art. 55, N.6.

¹⁸ **TBK m. 66**; adam çalıştırmanın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Ancak zararın yalnızca iş yapılması sırasında verilmiş olması yeterli değildir. Zararın aynı zamanda iş dolayısıyla da verilmiş olması şartı aranmalıdır. Zira çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında, ancak iş ile tamamen bağımsız bir olay sonucunda üçüncü kişiye zarar vermesi hâlinde adam çalıştırmanın sorumlu olması beklemez.

¹⁹ **AHMET M. KILIÇOĞLU.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2019 (**KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler), s. 426.

²⁰ **KILINÇ**, s. 98.

²¹ Aynı yönde bkz. **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 650; **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 61; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 145.

fakat adam çalıştırmanın sorumluluğu müessesesinin amacı, zararın, çalışanın davranışı sonucunda ortaya çıkmasına rağmen adam çalıştırana başvurulabilme imkânının getirilmesi ve böylece zarar görenin, zararının tazminini kolaylaştırarak, hakimiyeti altında olan çalışmaktan kazanç sağlayan adam çalıştırmanın zararı tazmin etmesidir. Nitekim, adam çalıştırmanın çalışmanı seçme, talimat verme ve denetlemede göstermiş olduğu özene ilişkin davranışı, yalnızca kurtuluş karinesi bakımından önem taşımaktadır²².

Söz konusu davranışın, çalışanın kusuru ile meydana gelmiş olmasına da gerek yoktur²³. Çünkü bu sorumluluk türü bakımından önemli olan husus, adam çalıştırmanın objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle zararın meydana gelmiş olmasıdır. Aynı şekilde, zararın çalışanın haksız fiili ve kusuru sonucunda ortaya çıkması da adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıran bir etken olmayacaktır. Zira çalışanın kusuru ile vermiş olduğu zarar, adam çalıştırmanın objektif özen yükümlülüğü göstermemesinden kaynaklanmış ve çalışanın davranışı ile zarar arasında uygun nedensellik bağı oluşmuş ise, adam çalıştırın yine TBK. m. 66 kapsamında sorumlu olacak ancak ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, yalnızca onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahip olacaktır²⁴. Açıklanan tüm bu nedenlerden, adam çalıştırmanın sorumluluğunun söz konusu olabilmesi bakımından diğer şartların var olduğu düşünüldüğünde, çalışanın kusurlu olup olmaması önem arz etmemektedir²⁵. O hâlde, adam çalıştırmanın sorumluluğunu, başkasının haksız fiilinden doğan sorumluluk olarak tanımlamak öğretilerdeki bazı görüşlerin aksine yerinde olmayacaktır²⁶.

Sorumluluğun bir diğer şartı olan hukuka aykırılık unsurunu, davranış şartında olduğu üzere, yalnızca adam çalıştırın bakımından arayan görüşler mevcut olsa da kanaatimizce bu unsur hem adam çalıştırın hem de çalışın bakımından bulunmalıdır. Adam çalıştırının sorumluluğu bakımından çalışanın kusuru önem arz etmemek ile birlikte, bu durum, hukuka aykırılık unsurunun gerekmediğine işaret etmemektedir. Zira hukuka aykırılık ile kusur

²² **GERHARD WAGNER**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 7. Auflage, München, C.H. Beck, 2017, Art. 831, N.49.

²³ **HALUK NAMİ NOMER**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 194. İBK, E. 1957/1, K. 1957/3, T. 27.03.1957 (*Lexpera*); “Bu 55 inci madde hükmünün kusura değil, sadece ictimai tehlike esasına dayandığı kabul edilince, bir kimsenin bir işini görmekle vazifelendirdiği diğer kimsenin bu işi görmesi dolayısıyla meydana gelen zarardan, ne kendisinin, ne de işi görenin her hangi bir kusuru aranmaksızın mesul tutulacağı neticesine varılır”.

²⁴ **TBK m. 66 f. 4**: “Adam çalıştırın, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”

²⁵ Adam çalıştırının sorumluluğu bakımından, çalışanın kusur oranının önem arz etmediğine ilişkin bkz. 10. HD., 2002/5311, K. 2002/6401, T. 17.09.2002 (*Lexpera*).

²⁶ Bir kimsenin başkasının fiilinden doğan sorumluluğuna ilişkin bir diğer düzenleme, TBK m. 116’da yer almaktadır. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğu düzenlemekte olan bu hüküm, sorumluluğun oluşumu bakımından borçlunun veya yardımcı kişinin kusurunun gerekip gerekmediğini açıklığa kavuşturmadığından, öğretide tartışmalara sebebiyet vermiştir. Kabul edilen ağırlıklı görüş uyarınca, adam çalıştırının sorumlu kabul edildiği hâllerden farklı olarak, TBK m.116’da düzenlenmekte olan yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluk hâllerinde, borçlunun farazi kusuru aranmaktadır. Esasen bu sorumluluk türünde de borçlunun ve yardımcı kişinin gerçek kusuruna gerek yoktur. Yardımcı kişinin zarar verici davranışının bizzat borçlu tarafından yapılmış olması ihtimalinde de söz konusu davranış borçlu için kusurlu sayılabiliyor ise, borçlunun farazi kusurunun varlığı kabul edilecektir. Bkz. **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1108-1109; **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 80-81.

farklı kavramlardır²⁷. Hukuka aykırılık, emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil eden ve hukuka uygunluk sebeplerinden biri bulunmayan hâlleri ifade etmekte²⁸, sübjektif özelliği haiz olan kusura nazaran objektif bir nitelik barındırmaktadır. Hukuka aykırılık hâli, kusur ile birlikte mevcut olabileceği gibi kusursuz hukuka aykırılıklardan da bahsetmek mümkündür²⁹. O hâlde, çalışanın davranışı kusursuz olsa dahi hukuka aykırı bir sonuç doğurması elzemdir³⁰. Aynı unsur, şüphesiz ki, adam çalıştıran bakımından da sağlanmalıdır. Zira, TBK; adam çalıştıranın, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmediği takdirde sorumlu olacağını öngörmüştür. Demek oluyor ki, özen yükümlülüğüne aykırı bu davranışlar, kanun hükmü uyarınca hukuka aykırı kabul edilmektedir³¹. Unutulmamalıdır ki burada bahsi geçen olgu, kusur değil hukuka aykırılıktır. Zira, sorumluluk bakımından, çalışanın kusurlu olup olmaması bir etken olmadığı gibi, kusursuzluk hâli adam çalıştıran bakımından değerlendirilmektedir.

Tüm bunlara ek olarak; TBK, adam çalıştıranın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olacağını belirtmiştir. Ancak bu tanım kanaatimizce yeterli değildir. Zira çalışanın, kendisine verilen işi yaparken görevinden bağımsız bir vaziyette üçüncü bir kişiye zarar vermiş olması ihtimalinde adam çalıştıranın sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Bu hâlde, görülen iş ile meydana gelen zarar arasında işlevsel bağ mevcut olmayacaktır. Örneğin; bina yapımında görevli bir işçinin, kendisine verilen boyama görevini yaptığı sırada sokakta yürüyen bir adam ile münakaşaya girmesi ve elindeki aleti bu kimseye fırlatarak fiziksel bir zarar vermesi hâlinde, adam çalıştıran, çalışanın bu fiilden sorumlu olmamalıdır. Zira bu hâl çalışanın kendisine verilen işi yaptığı sırada gerçekleşmekle birlikte bu işi yapıyor olmasından kaynaklanmamaktadır. Bu nedendir ki söz konusu hâller bakımından dahi adam çalıştıranın sorumluluğunun doğacağını ve adam çalıştıranın çalışana kusuru oranında rücu edebileceğini ifade etmek yerinde olmayacaktır. Zira mevzu bahis hâllerde çalışanın gördüğü iş ile meydana gelen zarar arasında işlevsel bağ bulunmamakta, zarar sadece bu iş fırsat bilerek veya vesile edilerek meydana gelmektedir³². Dolayısıyla, çalışanın üçüncü kişiye verdiği zararın adam

²⁷ Kusur ve hukuka aykırılık kavramlarının tefrikinin önemi hakkında bkz. **ANDREAS B. SCHWARZ**, Borçlar Hukuku Dersleri, Kardeşler Basımevi, Çev. Bülent Davran, İstanbul 1948, s. 106. Hukuk düzeni, kişilerde belirli davranışlar aramakta ve bu davranışlara uymama hâli hukuka aykırı kabul edilmektedir. Buna karşılık kusurlu olma hâli, hukukun emir ve yasaklarını ihlal eden kimsenin, sübjektif durumunun başka bir şekilde davranmasına uygun olup olmadığına göre değerlendirilir, bkz. **SELİM KANETİ**, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 2007, s. 34.

²⁸ **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 611.

²⁹ **İMRE**, Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, s. 14.

³⁰ **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 64. Üçüncü kişinin mutlak hakkını ihlal eden fiil ile birlikte, mağdurun rızası veya meşru müdafaa gibi hukuka aykırılığı önleyen nedenlerden birinin mevcut hâlinde, adam çalıştıranın sorumluluğu söz konusu olmayacaktır, bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 146.

³¹ **NAZLI HİLAL ÇELİK**, Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2015, s. 96.

³² **WİLLİ FİSCHER**, OFK – Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 55, N. 13; **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 650-651.

çalıştırmanın işini görürken gerçekleşmiş olması yeterli kabul edilmemeli, söz konusu zararın, çalışana verilen iş ile işlevsel bir bağ içinde olup olmadığı araştırılmalıdır³³.

III. NEDENSELLİK BAĞI

Gerçekleşmiş olan zarar ile sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki neden-sonuç ilişkisi nedensellik bağı olarak isimlendirilmektedir³⁴. İliyet bağı, sorumluluğun asli şartı olmak ile birlikte, tazminat hukukunun da temel ilkesidir; zira bu şart olmaksızın bir kimsenin sorumluluğundan da bahsedilmesine olanak yoktur³⁵.

Sebeup kavramı, diğer alanların ve mantıktaki nedensellik kavramının aksine hukuk düzeninde farklı yorumlanmaktadır³⁶. Hukukta sebep kavramı, sonucun meydana gelmesine neden olan şartların tümünden ibaret değildir. Nitekim, sonucu meydana getiren şartlardan yalnızca birine veya birkaçına sebep adı verilmekte ve söz konusu sebebin, sonucun doğmasına neden olan şartlardan hangisi olması gerektiği konusu farklı görüşler ışığında ele alınmaktadır³⁷. Sebebin hangi hâllerde nedensellik bağı kurabileceğine ilişkin öğretilerde önem kazanan görüşler; şart teorisi ve uygun nedensellik bağı teorisidir.

A. ŞART TEORİSİ

Şart teorisine göre, bir olayın ortaya çıkması bakımından gerekli her şart o olayın nedenidir ve sorumluluk nedensellik bağı unsuru bakımından değil kusur unsuru bakımından sınırlanmaktadır³⁸.

Söz konusu teori, sorumluluğun sınırlandırılması bakımından yeterli olmadığı gibi nedensellik bağının kurulması noktasında belirsizliklere sebep olmakta, isnat konusu kişinin, davranışının çok uzak sebeplerinden dahi sorumlu tutulma tehlikesine yol açmaktadır³⁹. Bu nedenle, öğretide ve yargı kararları bakımından tercih edilen görüş, uygun nedensellik bağı teorisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. UYGUN NEDENSELLİK BAĞI TEORİSİ

Uygun nedensellik kavramı, gerçekleşmiş olan bir sonuç ile hayatın olağan akışına uygun olarak bu sonucu meydana getirmeye elverişli veya bu tür bir sonucun meydana

³³ **AVCI**, s. 36; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, **TEKİNAY** Borçlar Hukuku, 7. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1993, s. 510; **NOMER**, s. 192; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 147; **CHRISTOF MÜLLER**, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen* Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 55, N. 13.

³⁴ **TEKİNAY**, *Borçlar Hukuku*, s. 566; **EREN**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 561.

³⁵ **EREN**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 561.

³⁶ **KENAN TUNÇOMAĞ**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları 3. Bası, İstanbul 1968, s. 267. Hukuki sorumluluk bakımından nedensellik bağı şartı; zararın, iddia edilen hukuka aykırı fiil sonucu doğup doğmadığı, hukuka aykırı fiilin hangi sonuçlarından dolayı tazminat istenebileceği sorularının çözümünü zaruri kılmaktadır, bkz. **TEKİNAY**, *Borçlar Hukuku*, s. 567.

³⁷ **EREN**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 563.

³⁸ **BAYSAL**, s. 195.

³⁹ **BAYSAL**, s. 195. Her ne kadar, bahsi geçen sakıncayı gidermek adına, failin uzak sonuçlar bakımından kusurlu sayılmayacağı ve bu nedenle de sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiş olsa da söz konusu ihtimalde kusursuz sorumluluk hâlleri bakımından hukuki nedensellik sınırlanmamış olacağından, bu düşünce tarzı dahi şart teorisini benimsemek adına yeterli olamayacaktır, bkz. **TEKİNAY**, *Borçlar Hukuku*, s. 573.

gelme ihtimalini artıran zorunlu şart arasındaki bağı ifade etmektedir⁴⁰. Dolayısıyla, uygun nedensellik bağının varlığından söz edebilmek için, hukuka aykırı davranışın zararı meydana getiren olaylar silsilesinde yer alması yeterli olmayıp bu davranışın gerçekleşmesi, olayların olağan akışında objektif olarak mümkün olmalıdır⁴¹.

Makalemizde, nedensellik bağı kavramı, uygun nedensellik bağı anlamında kullanılmaktadır. Zira, sonuç ile sonucun meydana gelmesine neden olan her bir olgu arasında nedensellik bağı kuran şart teorisi günümüzde de kabul görmemektedir. Burada önemle ifade etmek isteriz ki, bazı hâllerde nedensellik bağı teorisinin tek başına uygulanması yanıltıcı sonuçlara neden olabileceğinden hukuka aykırılık bağı teorisinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Nitekim kimi zaman, fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bulunsa dahi, normun koruma amacını uymaması sebebi ile hukuka aykırılık bağı bulunmayacak ve sorumluluktan bahsedilemeyecektir⁴².

IV. UYGUN OLMAYAN NEDENSELLİK BAĞI

Uygun olmayan nedensellik bağı, bir başka ifadeyle uygunsuzluk, nedensellik bağının başlangıçtan itibaren kurulmadığı durumlardan ibaret değildir. Nitekim bir sebep, hayatın olağan akışına göre somut olaydaki sonucu doğurmaya elverişli olamayacağı gibi, elverişli olmakla birlikte ortaya çıkan başka bir sebep ile ikinci plana atılmış olabilir. Bahsi geçen iki ihtimal bakımından da uygunsuzluk söz konusudur⁴³. İlk hâlde uygun nedensellik bağı hiç oluşmamakta ve sorumluluk hukuken doğmamaktadır. Örneğin; giyim provası için terziye giden A, terzi B'nin provaya geç gelmesi sebebiyle, dönüşte her zamankinden farklı bir otobüse biner ve bu otobüs devrilerek A'nın ölümüne sebebiyet verir ise, A'nın ölümü ile B'nin davranışı arasındaki zorunlu şart mevcut olmak ile birlikte uygunluk bulunmamaktadır. Çünkü, hayatın olağan akışında, daha önceden kararlaştırılan bir görüşmenin gecikmesi sebebiyle trafik kazasının meydana gelmesi söz konusu olmayacağından sebep ile zarar arasında uygun nedensellikten bahsedilemeyecektir. İkinci hâl olan nedensellik bağının kesilmesi durumunda ise, ilk sebep gerçekleşen türden bir sonucu doğurmaya başlangıç aşamasında elverişli olmak ile birlikte, ortaya çıkan yeni sebep, ilk sebebi elverişsiz hâle getirmektedir. Örneğin, yoldan hızla gelmekte olan bir aracın önüne intihar etmek amacıyla kendini atan bir kimsenin ölümü incelendiğinde, yüksek hızla gelen bir aracın altında kalma hâli ölüm için elverişli olmak ile birlikte, kişinin bizzat kendi davranışı ölümün uygun sebebi hâline gelmiş ve bu davranış nedensellik bağının kesilmesine sebebiyet vermiştir⁴⁴. Çalışmamızda, yalnızca, nedensellik bağını kesen hâllere değinilecektir.

⁴⁰ **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 565; **TEKİNAY**, Borçlar Hukuku, s. 573.

⁴¹ **AHMET M. KILIÇOĞLU**, Sorumluluk Hukuku-Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, C.1, Turhan Kitapevi, Ankara 2002 (**KILIÇOĞLU**, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku), s. 318; **BAYSAL**, s. 205.

⁴² **ÇELİK**, s.1 38. Her ne kadar, sorumluluğun sınırlanması bakımından rolleri farklı da olsa, uygun nedensellik bağı teorisi ve hukuka aykırılık bağı teorisi birbirini tamamlamaktadır, bkz. **TEKİNAY**, Borçlar Hukuku, s. 576. Normun koruma amacı teorisi olarak da adlandırılan hukuka aykırılık bağı teorisi, hiçbir davranışın toplumdaki tüm bireyleri tehlikeye sokamayacağı düşüncesine dayanmaktadır, zira, sorumluluk hukuku bakımından normların amacı; faili, davranışlarının tüm zararlı sonuçlarından sorumlu tutmak değildir., bkz. **YEŞİM M. ATAMER**, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması (Özellikle Uygun Nedensellik Bağı Kuramı ve Normun Koruma Amacı Kuramları), Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 70.

⁴³ **FİKRET EREN**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 361, 1975 (**EREN**, Uygun İliyet Bağı Teorisi), s. 171.

⁴⁴ Bahsi geçen örnekler için bkz. **EREN**, Uygun İliyet Bağı Teorisi, s. 172-173.

V. NEDENSELLİK BAĞINI KESEN HÂLLER VE ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Hukuka aykırı davranış zarara sebebiyet vermeden hemen önce araya bir başka fiil veya davranış girer ve yine aynı sonuç araya girmiş olan bu fiilden meydana gelirse nedensellik bağının kesilmesi söz konusu olacaktır⁴⁵. İlliyet bağını kesen durumlar öğretilir; zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebep olarak kabul görmedir⁴⁶. Biz ise, aşağıda açıklayacağımız gerekçeler sebebiyle, üçüncü kişinin ağır kusurunun yalnızca birtakım şartların varlığı hâlinde nedensellik bağını kesebileceğini, zarar görenin ağır kusurunun ise hiçbir hâlde nedensellik bağını ortadan kaldırmayacağı görüşüne riayet etmekteyiz⁴⁷.

A. MÜCBİR SEBEP VEYA BEKLENMEYEN HÂL

Mücbir sebep, isnat konusu kişinin hukuka aykırı davranışta bulunmasına sebep olan harici, kaçınılmaz ve öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü olaydır⁴⁸. Tesadüfi olayların diğer bir türü olan beklenmeyen hâl ise, mücbir sebep teşkil eden olaylardan daha az yoğunlukta kaçınılmazlık arz etmekte ve mücbir sebebin aksine işletme ve faaliyet içi bir olayda da gerçekleşebilmektedir. Söz konusu iki olay arasındaki en önemli farklılık, mücbir sebebin nedensellik bağını daima kesmesi, beklenmeyen hâlin ise nedensellik bağını kesme noktasında her zaman tek başına yeterli olmamasıdır⁴⁹. Bu gibi durumda beklenmeyen hâl, zararlı sonucu doğuran ortak sebeplerden birini teşkil etmektedir⁵⁰. Ancak biz, nedensellik bağını kesebiliyor olması sebebiyle çalışmamızda beklenmeyen hâllere de yer vermekteyiz.

Örneğin, çalışanın, adam çalıştırmanın verdiği bir işi gördüğü sırada kalp krizi geçirerek bayılması ve elindeki çekici düşürmesi, düşen çekicin ise üçüncü bir kimsenin koluna isabet ederek onu yaralaması ihtimalinde adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından nedensellik bağı, beklenmeyen hâl sebebiyle kesilmiş olacaktır. Nitekim kanaatimiz, ileride de değinileceği üzere; nedensellik bağının, çalışanın davranışı ile üçüncü kişinin uğradığı zarar arasında kurulması gerektiği yönündedir.

Mücbir sebep, kural olarak, isnat konusu kimsenin kusurunu ortadan kaldırmaktadır. Zira mücbir sebebin unsurları olan haricilik ve kaçınılmazlık, kusur kavramı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedendir ki, mücbir sebep niteliğini haiz olabilecek nitelikte bir olay, adam çalıştırmanın kusuru ile meydana gelmiş ise artık söz konusu çalıştırmanın mücbir sebep hâlinin

⁴⁵ **TEKİNAY**, Borçlar Hukuku, s. 690.

⁴⁶ **EREN**, Uygun İlliyet Bağı Teorisi, s. 171, Eren'e göre, "illiyet bağının kesilmesi" ifadesi doğru değildir; zira sebeple sonuç arasındaki illiyet bağı ya mevcuttur ya da değildir. Kesilen bağ illiyet bağına ilişkin değil sebeple sonuç arasındaki uygunluğa ilişkindir.

⁴⁷ **ABDÜLKADİR ARPACI**, Yüksek Lisans/Doktora Güz dönemi ders notları, 2018.

⁴⁸ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 301. Mücbir sebebi açıklamaya çalışan teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **EREN**, Uygun İlliyet Bağı Teorisi, s. 175.

⁴⁹ **EREN**, Uygun İlliyet Bağı Teorisi, s.1 76. Mücbir sebebin aksine beklenmeyen hâl, zararlı sonucun ortak sebeplerinden birini oluşturduğu kimi hâllerde, nedensellik bağının kesilmesine sebebiyet vermeye bilir, bkz. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 304-305. Beklenmeyen hâllerde, olay, borçlunun kaçınamayacağı bir vaziyette borcun ihlaline yol açarken, mücbir sebepte, borcun ihlalden kaçınamama hâli herkes için söz konusudur, bkz. **BÜLENT TAHİROĞLU**, "Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 14, S: 4, 2008, s. 163.

⁵⁰ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 304-305; **EREN**, Uygun İlliyet Bağı Teorisi, s. 176.

sonuçlarından yararlanması söz konusu olamayacaktır⁵¹. Esasen böyle bir ihtimalde, kaçınılmazlık veya önlenemezlik hâlinde bahsedilemeyeceğinden mücbir sebep de söz konusu değildir. Yukarıda vermiş olduğumuz örneği, işçinin elindeki çekici kendisine yıldırım düşmesi sebebiyle düşürmesi şeklinde değiştirir ve işverenin, üzerinde çalışılan binaya paratoner kurma zorunluluğu bulunduğunu varsayarsak artık işverenin mücbir sebepten yararlanabileceği söylenemeyecektir⁵². Çünkü böyle bir ihtimalde, işverenin kusurlu davranışı mücbir sebebin varlığını ortadan kaldırmış olacaktır.

B. ZARAR GÖRENİN AĞIR KUSURU

Öğretide yer alan ağırlıklı görüş, zarar görenin ağır kusurunu nedensellik bağıını keşen hâllere dahil etse de⁵³, kanaatimiz, zarar görenin ağır kusurunun nedensellik bağıının kesilmesine sebep olmadığı görüşünün benimsenmesi gerektiği yönündedir. Bu görüşün gerekçesi, TBK'nın 52. maddesinde yer alan, haksız fiillerde tazminatın indirilmesine ilişkin müterafik kusur hükmüdür⁵⁴. Bu maddeye göre; zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilecek veya tamamen kaldırmaktadır. Görüldüğü üzere hâkim söz konusu durumu tazminat miktarına yansıtarak çözümlenmektedir. O hâlde, sorumluluğun doğmasına sebebiyet veren borç ilişkisine dair süreç, zarar veren tarafından başlatılmış ise zarar görenin ağır kusuru nedensellik bağıının kesilmesi değil ancak tazminat miktarında indirim sonucunu doğurabilmektedir⁵⁵. Aksi hâlde TBK m. 52 düzenlemesi büyük ölçüde önemini yitirecektir. Buradan hareket ederek uygun nedensellik bağıının oldukça önem taşıdığı kusursuz sorumluluk hâlleri ve dolayısıyla adam çalıştırmanın sorumlu olduğu hâller bakımından zarar görenin ağır kusurunun nedensellik bağıını kesmediğini ancak TBK m. 52 gereği tazminatın indirilmesi hatta tamamen kaldırılmasına sebebiyet verebileceği sonucuna varmak gerekmektedir⁵⁶.

Burada önemle belirtmek isteriz ki, bazı durumlarda, TBK m. 66 veya TBK m. 116 uyarınca zarar gören değil, zarar görenin yardımcıları zararın doğumunda ya da artmasında etkili olmuş olabilir. İşte böyle bir durumda, zarar gören kimsenin kusurunun bulunmadığından bahisle tazminatın indirilmemesine veya tamamen kaldırılmamasına hükmetmek, ilgili düzenlemenin amacına aykırılık teşkil edeceğinden, zarar gören kişinin yardımcıları'nın kusuru da zarar görenin kusuru gibi tazminatta indirim sebebi teşkil edebilmelidir⁵⁷.

⁵¹ **EREN**, Uygun İlliyyet Bağı Teorisi, s. 185.

⁵² Bahsi geçen örnek için bkz. **EREN**, Uygun İlliyyet Bağı Teorisi, s. 185.

⁵³ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 305; **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 581; **BAYSAL**, s. 216. Zarar görenin kusurunun nedensellik bağıını kesebileceği görüşünde olan yazarların bir kısmı, nedensellik bağıının kesilmiş sayılabilmesi için zarar görenin kastını veya ağır ihmali aramaktadır. Kusurun ağırlığı ve nedensellik bağıının kesilmesine etkisi hakkında doktrinde yer alan tartışmalar için bkz. **BAYSAL**, s. 216.

⁵⁴ **ABDÜLKADİR ARPACI**, Yüksek Lisans/Doktora Güz dönemi ders notları, 2018.

⁵⁵ **HÜSEYİN HATEMİ**, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 1994 (**HATEMİ**, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku), s. 54.

⁵⁶ Antalya'ya göre, sorumlu kişinin kusurunun ağırlığı ve yoğunluğu nedensellik bağıını kesmemiş, yalnızca borcun doğumunda etkili olmuşsa, bu durumda ortak kusur olarak zarardan indirim sebebi teşkil edecektir, bkz. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 305.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. **BK - BREHM**, 4. Aufl. 2013, Art. 44, N. 42.

C. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN AĞIR KUSURU

Üçüncü kişinin ağır kusurunun nedensellik bağı kesip kesmeyeceği hususu somut olayın şartlarına göre değişiklik arz edebilmektedir. TBK m. 52, zarar görenin, zararın doğumunda herhangi bir etkisi olması hâlinde tazminat miktarının indirilebileceğini hükme bağlamaktadır. Oysa ki bu gibi hâllerde zarar gören değil zarar görenden bağımsız olarak üçüncü bir kişi zararın doğumunda veya artmasında etkili olduğundan söz konusu düzenleme burada devreye giremeyecektir. Ancak üçüncü kişi ile birlikte zarar görenin ağır kusuru da zararın doğumunda etkili olmuş ve üçüncü kişinin kusuru zarar görenin kusurunu geride bırakacak niteliği haiz değil ise bu durumda yine tazminat miktarında indirim yolu ile sonuca ulaşmak gerekecektir. Daha açık bir ifadeyle, nedensellik bağının kesilebilmesi için üçüncü kişinin kusuru zarar görenin kusuruna nazaran yoğun olmalı ya da üçüncü kişinin kusuru, zararlı sonucu tek sebebi olmalıdır⁵⁸. Üçüncü kişinin kusurunun nedensellik bağı kesecek ağırlıkta olmadığı hâllerde zarar verenin sorumluluğu yalnızca sınırlandırılmaktadır. Söz konusu sınırlandırmanın iki şekilde meydana gelmesi mümkündür. Şöyle ki, üçüncü kişinin kusurlu davranışı ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunması hâlinde müteselsil sorumluluk kuralları uygulanacaktır. Böyle bir durumda üçüncü kişi adam çalıştırın ile müteselsilen sorumlu olacak ve dolayısıyla üçüncü kişiden değil birden çok zarar verenden bahsetmek doğru olacaktır. Üçüncü kişinin davranışı ile zarar arasında nedensellik bağı yok ise, bu durum, TBK m. 51 f. 1 kapsamında tazminatın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir⁵⁹.

Yukarıda bahsi geçen kurallar adam çalıştırının sorumluluğu müessesesi için de uygulanabilecektir. Bu noktada “üçüncü kişi” kavramı karışıklıklara sebebiyet verebilmektedir. Nitekim söz konusu sorumluluk bakımından “üçüncü kişi”, çalışanın hukuka aykırı davranışı sebebiyle zarar gören kimse anlamında kullanılmaktadır. İlliyet bağının kesilmesine sebebiyet verebilecek olan üçüncü kişi ise, adam çalıştırının sorumluluğu bakımından üçüncü kişi kabul edilen zarar gören değil, zarar görenin kusurunu gölgede bırakan veyahut kusurlu davranışı zararlı sonucun tek sebebi olan diğer bir kimsedir. Söz gelimi, bir çalışan, adam çalıştırının işini gördüğü sırada ve iş dolayısıyla işyerine ait arabayı kullanırken bir yayaya çarpmış ve onu yaralamış olsun. Yaralanan kimse hastaneye kaldırılır ve doktorunun ağır ihmali sebebiyle hayatını kaybederse doktorun kusurlu davranışı, aracın kullanılması ile ölüm olayı arasındaki nedensellik bağı kesmiştir⁶⁰. İşte böyle bir durumda “üçüncü kişi” ifadesi, yaralanan değil, ağır ihmal sahibi doktor bakımından kullanılmaktadır.

VI. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU BAKIMINDAN NEDENSELLİK BAĞININ KAYNAĞI

Kusursuz sorumluluk hâllerini, kusur sorumluluğundan ayıran yegâne etmen kusurun varlığına ihtiyaç duyulmamasıdır. Dolayısıyla nedensellik bağı, kusursuz sorumluluk hâlinin oluşabilmesi bakımından da elzemdir. Hatta nedensellik bağı bu gibi hâllerde kusurlu sorumluluk türüne nazaran daha çok ön plana çıkmakta, sorumluluğun oluşumunda temel unsur olma özelliğini kazanmaktadır. Zira kusursuz sorumluluk hâlleri bakımından davra-

⁵⁸ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 592. Eren'e göre, nedensellik bağının kesilebilmesi için, üçüncü kişinin kusur yoğunluğu ilk sebebin kusur yoğunluğundan daha ağır olmalıdır. Zira üçüncü kişinin kusurlu davranışında aranan yoğunluk gerçekleştiği zaman, zararlı sonucun sebebi olarak görülen ilk sebep arka plana atılmış olacaktır. Bununla birlikte üçüncü kişinin kusuru ilk sebebi geri plana atamıyor ise yani nedensellik bağı kesecek yoğunlukta değil ise, ortak nedensellik gündeme gelecektir.

⁵⁹ BAYSAL, s. 220-221.

⁶⁰ EREN, s. 592.

niş, bu davranışta bulunan kişinin kusurundan bağımsız olarak değerlendirilmekte, davranışın zarara sebebiyet vermiş olması gerekli ve yeterli kabul edilmektedir⁶¹. İşte bu nedenledir ki kusursuz sorumluluğun bir diğer adı, nedensellik bağının önemini anlatır nitelikte olan ve onu kusur sorumluluğundan ayıran “sebebe sorumluluğu”dur⁶². Kusursuz sorumluluk hâllerinden olan adam çalıştırmanın sorumluluğu da davranış hâli ile zarar arasında sebebe sonuç ilişkisinin, bir başka deyişle uygun nedensellik bağının teşekkül etmesine bağlıdır⁶³. Bu noktada önem arz eden husus, bahsi geçen davranışın adam çalıştırın bakımından mı yoksa çalışan bakımından mı aranması gerektiğidir. Zira bu sorunun cevabı, zarar ile birlikte nedensellik bağının kaynağını oluşturacak olan tarafı belirleyecektir.

A. İLLİYET BAĞININ, ADAM ÇALIŞTIRANIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE MEYDANA GELEN ZARAR ARASINDA ARANMASI SORUNU

Bir sonraki başlık altında ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere biz, nedensellik bağının, çalışanın davranışı ile meydana gelen zarar arasında aranması gerektiği kanaatindeyiz. Öğretide yer alan bir grup yazar ise, adam çalıştırının sorumluluğu bakımından nedensellik bağının; adam çalıştırının objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmesi ile üçüncü kişinin uğradığı zarar arasında kurulması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁴. Zira çalışanın zarara sebebe olan fiili, adam çalıştırının özen yükümünü yerine getirmemesinin bir sonucu olarak meydana gelmektedir⁶⁵. Bu görüşe göre adam çalıştırın, özen yükümlülüğünün ihlali sonucu oluşmayan zararlardan sorumlu tutulamayacağından⁶⁶, nedensellik bağının esas kaynağı, adam çalıştırının özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasıdır.

Adam çalıştırının davranışı ile zarar arasındaki nedensellik bağının sorumluluğun oluşumu bakımından elzem olduğunu ifade eden yazarların bir kısmı, özen yükümünün eksikliği ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmasını tek başına yeterli görürken⁶⁷ bir kısmı çalıştırının fiili ile zarar arasında da nedensellik bağının bulunması gerektiği kanaatinindedir⁶⁸. Buna göre, nedensellik bağı hem çalışanın davranışı ile zarar arasında hem de

⁶¹ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 644.

⁶² BK - BREHM, 4. Aufl. 2013, Art. 55, N. 31.

⁶³ GÖKHAN ANTALYA, “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 14, S: 4, 2008 (ANTALYA, Sorumluluk Hukuku), s. 70.

⁶⁴ KILINÇ, s. 100.; KILIÇOĞLU, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 391; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 646. Eren; gerçekleşen zarar ile yalnızca objektif özen yükümlülüğünün ihlali arasında değil aynı zamanda çalışanın davranışı arasında da uygun bir nedensellik bağı bulunması gerektiğini vurgulamaktadır. Zira çalışanın davranışı, özen ödevinin ihlalinin uygun sonucu değil ise adam çalıştırın sorumlu olmayacaktır.

⁶⁵ ÇELİK, s. 139.

⁶⁶ KILINÇ, s. 65.

⁶⁷ FAHİMAN TEKİL, Borçlar Hukuku, Yelken Matbaası, İstanbul 1980, s. 137’den aktaran ÇELİK, s. 139.

⁶⁸ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 646; İPEK SAĞLAM, Adam Çalıştırının Sorumluluğu MÜHFHAD, 2011, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Online Kütüphane, s. 165; DİLA OKYAR KARAOSMANOĞLU, Adam Çalıştırının Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara 2019, s. 113. Bu görüşe göre, adam çalıştırının sorumluluğu çifte nedensellik bağı üzerine kuruludur. Adam çalıştırının özen yükümlülüğünü ihlal etmesi ile zarar arasındaki nedensellik bağı karine olarak kabul edilmiş olup aksi adam çalıştırın tarafından ispatlanabilmektedir. Çelik, çalışanın fiilinin iş dolayısıyla gerçekleşmediği hâllerde, özen yükümü ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmaması sebebiyle sorumluluğun meydana gelmeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. ÇELİK, s. 140-141. Oysa kanaatimizce bu durum, sorumluluğun ön şartla-

özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile zarar arasında bulunmalıdır⁶⁹. Tüm bu hâllerde adam çalıştırın, zararın doğumunu engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek veya özen yükümlülüğünün ihlali ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir⁷⁰.

B. ÇALIŞANIN DAVRANIŞI VE ZARAR ARASINDAKİ BAĞ

Öğretide yer alan bir diğer görüş nedensellik bağının, adam çalıştırının objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı ile oluşan zarar arasında ayrıca aranmasına gerek olmadığını; zira adam çalıştırının objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olduğunun kanunda karine olarak kabul edildiğini ifade etmektedir⁷¹. Nitekim, TBK m. 66'nın ilk fıkrası; adam çalıştırının, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında başkasına verdiği zarardan sorumlu olacağını ifade etmiştir. İkinci fıkrası ise adam çalıştırının objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlaması hâlinde sorumluluktan kurtulacağını belirtmiştir. Dolayısıyla, adam çalıştırının objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmediği ve zarar ile özen yükümünü yerine getirmeme arasında uygun bir nedensellik bağı bulunduğu kanun tarafından karine olarak kabul edilmiştir. İliyet bağının kaynağına ilişkin bu görüşün ikinci gerekçesi, adam çalıştırının özen eksikliğinin zarar ile doğrudan doğruya ilgili olmayıp ancak dolaylı bir nedensellik bağı içerisinde bulunabilecek olmasıdır⁷².

Kanaatimizce, adam çalıştırının özen eksikliğinin zarar ile değil, çalışanın davranışı ile doğrudan doğruya ilgili olduğu görüşü son derece isabetlidir⁷³. Zira adam çalıştırının objektif özen yükümüne aykırı hareket etmediği durumlarda, çalışanın, adam çalıştırının sorumluluğu bakımından hukuka aykırı kabul edilen davranışından da söz edilemeyecektir. Buna rağmen zarara doğrudan sebebiyet veren hareket çalışan tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak buna ek olarak biz, nedensellik bağının özen yükümlülüğüne aykırı davranış ile zarar arasında aranmıyor oluşunu, bu durumun kanunda karine olarak kabul edilmesine değil, bu anlayışın sorumluluğun objektif niteliğine zarar verip uygulama alanını daraltacak olmasına bağlamaktayız. Çünkü, nedensellik bağının adam çalıştırının objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı ile oluşan zarar arasında kurulması, sorumluluğu, objektif özen yükümüne aykırılıktan ziyade kusur sorumluluğuna yakınlaştıracaktır. Şöyle ki, adam çalıştırının sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmesinin sebebi, gerekli özenin objektif olarak yerine getirilmemesidir. Bu özen, objektif şart ve durumlara göre değerlendirildiğinden, adam çalıştırının hastalığı, ayırt etme gücünü haiz olup olmadığı veya beklenmeyen hâle maruz kalıp kalmadığı göz önünde bulundurulmayacaktır⁷⁴. Sorum-

ından olan işlevsel bağın varlığından ibarettir. Zira, nasıl ki, adam çalıştırın ile çalışan arasında bir bağımlılık ilişkisinin varlığı şart ise işlevsel bağ da sorumluluğun oluşumu bakımından elzemdir.

⁶⁹ SAĞLAM, s. 165; OĞUZMAN/ÖZ, s. 153

⁷⁰ SAĞLAM, s. 165.

⁷¹ HALUK TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (1961 Tıpkı Basım) (TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku), s. 117.; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 65. ANTALYA da adam çalıştırının sorumluluk şartlarını incelerken, çalışanın fiili ile zarar arasındaki nedensellik bağının kesilmesi hususunu incelemiştir, bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 346.

⁷² TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 65.

⁷³ Aynı yönde, zarar ile çalışanın eylemi arasında uygun nedensellik bağının bulunmasının Yargıtay tarafından yeterli kabul edildiği kararlar için bkz. 3. HD., E. 2013/19977, K. 2014/926, T. 27.1.2014 ve 6. HD., E. 2013/15263, K. 2014/7987, T. 18.6.2014 (*Lexpera*).

⁷⁴ İMRE, Kusursuz Mesuliyet Hâlleri s. 148; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 67; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 652.

luluğun objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan sorumluluk olması sebebiyle, adam çalıştırmanın beklenmeyen hâl sebebi ile denetim, gözetim yükümünü yerine getirmemesi de önem arz etmeyecektir. Ancak önemle belirtmek isteriz ki beklenmeyen hâlin varlığı nedensellik bağına kesen sebepler arasındadır. Kanaatimizce, adam çalıştırmanın özen yükümüne aykırı davranışı ile zarar arasında doğrudan doğruya bir nedensellik bağı arayan yazarlar bu hususu göz önünde bulundurmamaktadır. Nitekim bu bağı özen yükümü ile kurulması durumunda, beklenmeyen hâl sebebiyle nedensellik bağı kesilecektir. Bu durumda, adam çalıştırmanın beklenmeyen hâl sebebiyle özen yükümünü yerine getiremediği vaziyetlerde sorumluluğundan da bahsedilemeyecektir.

Bu durumu açıklamak adına makalemizin önceki aşamalarında vermiş olduğumuz örnek üzerinden gidelim ve çalışanın, kendisine verilen işi gördüğü ve hukuka aykırı olarak üçüncü kişiye zarar verdiği sırada, adam çalıştırmanın geçirdiği kalp krizi nedeniyle işyerinde olamadığını düşünelim. Bu hâlde adam çalıştırın, gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olacak ve kusursuz sorumluluk hükümlerine tabi kılınacaktır. Zira adam çalıştırın objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmemiştir ve bu yükümlülüğünü kusuru olmadan yerine getirip getirmediği önem taşımamaktadır. Bu husus öğreti tarafından da tartışmasız kabul edilmektedir. İliyet bağının adam çalıştırının davranışı ile üçüncü kişi bakımından incelenmesi gerektiği bir an için düşünülse dahi verdiğimiz örnekte söz konusu beklenmeyen hâl nedensellik bağına keseceğinden adam çalıştırının sorumluluğuna gidilemeyecektir⁷⁵. Oysaki verilen örnek, adam çalıştırının objektif olarak özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle kusursuz olarak sorumlu kılınması gerektiğini gösterir niteliktedir. O hâlde kanaatimizce, uygun nedensellik bağının adam çalıştırın ile üçüncü kişinin uğradığı zarar arasında aranması adam çalıştırının kusursuz sorumluluğunu, Alman hukukunda bu sorumluluk türü bakımından benimsenmiş olan kusur karinesine yakınlaştırmaktadır. Nitekim, adam çalıştırının objektif özen yükümlülüğü, subjektif koşullardan bağımsız değerlendirilmesi sebebiyle kusursuz sorumluluk olarak adlandırılmaktadır. Kalp krizi geçirmiş vaziyette hastanede tedavi gören adam çalıştırının, özen yükümünü yerine getiremiyor oluşunun sebebinin subjektif olduğu ise son derece açıktır. Bu nedenledir ki nedensellik bağı, yalnızca, çalışanın davranışı ve zarar arasında aranmalıdır.

Zararın doğumuna sebebiyet veren davranışın kime veya kimlere ait olması gerektiği hususu TBK m. 116'da düzenlenmekte olan "yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk hâlleri" bakımından da tartışılabilir. Zira, tıpkı adam çalıştırının sorumluluğunda olduğu gibi, burada da bir başkasının ve dolayısıyla bir yardımcının fiilinden doğan sorumluluk söz konusudur. Ancak bu defa, yardımcı, borcun ifası veya bir borçtan doğan hakkın kullanılması bakımından çalıştırılmaktadır⁷⁶. Dolayısıyla, zarar gören kişi rastlantısal üçüncü bir kişi değil daha önce kurulmuş olan sözleşmenin alacaklısıdır⁷⁷. Yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluk hâllerinde, borçlunun farazi kusuru bulunmalıdır. Bu nedenle, yardımcı kişinin davranışını bizzat borçlu meydana getirseydi kusurlu olduğu kabul edilebilecek ise, yardımcı kişi söz konusu davranışı ile kusursuz olarak nitelendirilse dahi yine de borçlu sorumlu kabul edilecektir. Söz konusu durumun nedensellik bağına ilişkin olduğu yanılığısına düşülmemelidir. Burada amaçlanan, alacaklının borçludan beklediği ve buna güvenerek

⁷⁵ **BK - BREHM**, 4. Aufl. 2013, Art. 55, N. 34.

⁷⁶ **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 644.

⁷⁷ Borçlu ile alacaklı arasındaki ilişki, bir hukuki işleme dayanabileceği gibi yasadana da kaynaklanabilir. Bkz. **STEFAN GRUNDMANN**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, 8. Auflage, München, C.H. Beck, 2019, Art. 278, N.15.

hukuki ilişkiye girdiği özenin, yardımcı kişi tarafından da gösterilmesidir⁷⁸. Dolayısıyla bahsi geçen ölçüt, subjektif niteliği haiz olan kusur unsurunun bulunup bulunmadığının tespiti bakımından önem taşımakta; nedensellik bağı, doğrudan, yardımcı kişinin davranışı ile meydana gelen zarar arasında kurulmaktadır.

VII. ÇALIŞANIN FİİLİ İLE ZARAR ARASINDA YER ALAN İLLİYET BAĞININ KESİLMESİ VE GENEL KURTULUŞ KANITI

“Adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı” ifadesi esasen özel kurtuluş kanıtı anlamına gelmektedir. TBK m. 66, f. 2’de düzenlenmekte olan kurtuluş kanıtı da buna ilişkindir. Söz konusu hüküm; “*Adam çalıştırın, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.*” ifadesine yer vererek çalıştırmanın belirtilen konularda gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulabileceğine hükmetmiştir. Aksi hâlde karine, adam çalıştırmanın özen sorumluluğunu yerine getirmediği yönünde olacaktır⁷⁹. Dolayısıyla kurtuluş kanıtı, bir başka ifadeyle “*özel kurtuluş kanıtı*”, adam çalıştırmanın TBK m. 66 f. 2’de düzenlenmekte olan hususlarda gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesi hâlidir.

818 sayılı BK m. 55’te yer alan düzenlemenin bir sonucu olan “*genel kurtuluş kanıtı*” ifadesi ise, adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulmasına olanak tanıyan ikinci savunma imkânıdır ve nedensellik bağı ile doğrudan ilişkili olması sebebiyle çalışmamızda ayrı bir başlık hâlinde incelenmektedir.

Söz konusu hüküm; adam çalıştırmanın, gerekli dikkat ve itina göstermiş olsaydı dahi zararın oluşumuna engel olamayacağını ispat etmesi hâlinde de sorumluluktan kurtulabileceğini düzenlenmekteydi. Bu düzenlemeye göre, gerçekleşen zarar, adam çalıştırmanın çalışanını denetleme, ona talimat verme veya onun iyi seçilmiş olmasından değil de başka sebeplerden meydana gelmiş ise; adam çalıştırın gerekli tedbirleri almamış olsa dahi sorumlu tutulamayacaktır⁸⁰. Zira zarar; mücbir sebep veya üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri gelmiş ise nedensellik bağı kesilecek, adam çalıştırın gereken tüm dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi zararın doğumunu engelleyemeyecektir⁸¹. İşte bu nedenledir ki doktrindeki büyük çoğunluk, BK’da yer alan bu ifadenin, davranış ile zarar arasındaki nedensellik bağının bulunmadığına ilişkin bir kurtuluş kanıtı niteliğinde olduğu ve dolayısıyla hükmün anlamsız ve gereksiz olduğu görüşüne katılmaktaydı⁸².

⁷⁸ YAĞMUR ÖYKÜ YÖNET, Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 214.

⁷⁹ Bu noktada önemle belirtmek isteriz ki, adam çalıştırın, kusursuzluğunu ispat ederek değil özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedir. Zira adam çalıştırın sorumluluğu öyle bir sorumluluk türüdür ki çalıştırın, özen yükümlülüğünü, kusuru olmadan yerine getirememiş olsa dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır.

⁸⁰ İMRE, Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, s. 149-150; TEKİNAY, Borçlar Hukuku, s. 510.

⁸¹ TEKİNAY, Borçlar Hukuku, s. 510. Tekinay, incelemekte olduğumuz paragrafta, zarar görenin ağır kusurunun nedensellik bağını keseceğini ifade etmiştir. Ancak biz bu görüşe katılmadığımızdan, nedensellik bağını kesen hâllere değinirken yalnızca mücbir sebep ve üçüncü kişinin ağır kusuru kavramlarını kullanmaktayız.

⁸² TEKİNAY, Borçlar Hukuku, s. 510; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 352. Ne var ki bazı yazarlar, genel kurtuluş kanıtının yalnızca zarar görenin veya üçüncü kişinin ayırt etme gücü bulunmaması sebebiyle kusurlu sayılamayacağı veya mücbir sebep derecesinde olmayan beklenmeyen hâllerde pratik önem taşıyabileceği görüşündeydi; bkz. TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 67; İMRE, Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, s.150. Kanaatimizce,

BK m. 55'te yer alan düzenlemenin aksine TBK m. 66'da genel kurtuluş kanıtına yer verilmemesinin gerekçesi, günümüzde de BK döneminde ifade edilen çoğunluk görüşe paralel olarak, hükmün esasen nedensellik bağının bulunmadığının ispatı anlamına gelmesi ve bu nedenle de bir kanun hükmü ile düzenlenmeye ihtiyaç duyulmaması olarak kabul edilmektedir⁸³.

Kanaatimizce de BK' da yer alan bu ifadenin kaldırılması isabetlidir. Zira, genel kurtuluş kanıtı imkânı, Borçlar Hukuku'nun genel sonucu ve gereğidir⁸⁴. Dolayısıyla, adam çalıştıran, bahsi geçen düzenleme olsun veya olmasın, gerekli tüm özeni göstermiş olsaydı dahi zararın gerçekleşeceğini ispat eder ise sorumluluktan kurtulabilecektir. Nitekim böyle bir durumda, davranış ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmayacaktır⁸⁵. Ne var ki, TBK m. 66 hükmünde genel kurtuluş kanıtının yer almaması, ispat yükünün yer değiştirerek zarar görene ait olacağı yönünde görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir⁸⁶. Başka bir ifadeyle, BK m. 55'te nedensellik karinesinin bulunduğu açıkça belirtilmişken, TBK m. 66'da "*dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını*" ifadesine yer verilmemesi, söz konusu karinenin kaldırılmış olacağı yönünde, bizce hatalı olan, düşüncelerin oluşumuna yol açabilmektedir⁸⁷. Zira, zaten, TMK m. 6 uyarınca, nedensellik bağının kesildiğini ispat yükü, hakkın sona erdiğini iddia eden adam çalıştırana düşecektir⁸⁸.

Bu başlık altında açığa kavuşturulması gereken bir diğer husus; genel kurtuluş kanıtının meydana gelmesine olanak sağlayan nedensellik bağı kesilmesi olayının zarar ile hangi olgu arasında kurulması gerektiğine ilişkindir. Doktrinde yer alan bir görüş, genel kurtuluş kanıtının, çalışan davranışı ile zarar arasında değil, adam çalıştırının özen göstermemesi ile zarar arasındaki nedensellik bağının ispatlanması ile mümkün olacağını savunmaktadır⁸⁹. Zira bu görüşe göre, işçinin davranışı ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmasına rağmen adam çalıştırının özensizliği ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmadığı hâllerde, adam çalıştırının sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Bu duruma örnek olarak ise işçinin yük taşıdığı sırada kendisine kötü sözler söyleyen bir kişiyi yaralaması gösterilmektedir⁹⁰.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, mücbir sebep ve üçüncü kişinin kusuru, sorumluluğun oluşmasına engel olduğundan⁹¹, burada da genel olarak nedensellik bağının kurulmadığı kabul edilmelidir⁹². Kanaatimizce bu tartışma, BK m. 55'de yer alan düzenle-

BK m. 55'te yer alan düzenlemenin amacı genel ilkelerden farklı çözümler sunmak değildir. Oftinger'in, genel ilkelerden farklı çözümlerin kabulünün sorumluluk hukukundaki birliği bozucu ve keyfi nitelikte olduğuna ilişkin görüşü için bkz. **KARL OFTINGER**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II, I, Zweite Aufl. Zürich 1960, s. 177'den aktaran **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 71.

⁸³ **CHK - MÜLLER**, 3. Aufl. 2016, Art. 55, N. 24; **NOMER**, s. 192; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 353.

⁸⁴ Aynı yönde bkz. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 353.

⁸⁵ **AVCI**, s. 39.

⁸⁶ **SAĞLAM**, s. 167.

⁸⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 153.

⁸⁸ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 354.

⁸⁹ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 155; **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s.70

⁹⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 153-154.

⁹¹ Zarar görenin ağır kusurunun nedensellik bağı kesmeyeceğine ilişkin görüşümüz çalışmamızın "Zarar Görenin Ağır Kusuru" adlı başlığı altında incelenmektedir.

⁹² **SAFA REİSOĞLU**, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 188; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 352-355.

meye, TBK m. 66'da yer verilmemiş olmasının herhangi bir fark yaratıp yaratmayacağına ilişkin ileri sürülen görüşlerin sonucundan ibarettir. Zira, BK' da yer alan söz konusu düzenlemenin, nedensellik bağının bulunmadığına ilişkin bir kurtuluş kanıtı niteliğinde olduğu ve dolayısıyla hükmün anlamsız ve gereksiz olduğu kabul edildiği takdirde bu iki kurtuluş kanıtının ikisini birden getirmeye gerek olmadığı, genel kurtuluş kanıtının nedensellik bağının kesilmiş olduğunun kanıtlanmasından ibaret olup haksız fiilin ve haksız fiil benzerlerinin genel bir şartını oluşturduğu sonucuna haklı olarak varılmalıdır⁹³. İşçinin kendisine verilen iş sebebiyle yük taşıdığı bir esnada kendisi ile kötü konuşmalar içine giren üçüncü bir kişiyi yaralaması örneğinin ise, adam çalıştırmanın özen yükümlünü ihlali ile zarar arasındaki nedensellik bağının yokluğundan ziyade adam çalıştırmanın sorumluluğunun oluşumu bakımından bir nevi ön şart niteliğinde olan işlevsel bağ ile ilgili olduğu görüşündeyiz. Zira, çalışanın vermiş olduğu zarar her ne kadar işin yapılması sırasında olsa da kendisine verilen iş dolayısıyla olmadığından sorumluluğun ön şartı gerçekleşmemiştir. Esasen bu durum, adam çalıştırmanın şirketine gelen arkadaşının üçüncü kişiye vermiş olduğu zararın adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında değerlendirilmemesinden farksızdır. Nasıl ki bu ihtimalde sorumluluğun bir ön şartı olan adam çalıştırıcı ve çalışan ilişkisinin yokluğundan bahisle kusursuz sorumluluk hâlinde bahsedilememekte ise aynı şekilde işlevsel bağın bulunmadığı durumlarda da nedensellik bağının değil sorumluluğun ön şartının yokluğu sebebiyle adam çalıştırıcının sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Üstelik, BK m. 55'te yer alan düzenlemenin nedensellik bağının bulunmadığının ispatından çok daha fazlası olup adam çalıştırıcının özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile zarar arasındaki bağın bulunmadığının ispatı niteliğinde olduğu kabul edildiği takdirde, nedensellik bağının kaynakları adlı başlık altında incelemiş olduğumuz üzere, adam çalıştırıcının sorumluluğu, sebep sorumluluğundan uzaklaşacak ve kusur sorumluluğuna yaklaştırılmış olacaktır. Zira böyle bir kabulde, adam çalıştırıcının geçirdiği kaza sebebiyle hastanede olduğu varsayımında adam çalıştırıcı özen yükümlülüğünü beklenmeyen hâl sebebiyle yerine getiremediği ve bu nedenle de kendi davranışı ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının kesildiği savunmasını yaparak sorumluluktan kurtulabilecektir. Dolayısıyla kanaatimiz, BK m. 55'te yer alan genel kurtuluş kanıtı imkânının, yalnızca, çalışanın davranışı ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunmadığının ispatlanmasından ibaret olduğu ve TBK m. 66'da bu düzenlemeye yer verilmemesinin isabetli olduğu yönündedir.

SONUÇ

TBK m. 66'da düzenlenmekte olan "adam çalıştırıcının sorumluluğu", bir tür kusursuz sorumluluk hâlidir. Söz konusu nitelendirmenin yegâne nedeni, bu sorumluluğunun, TBK'nın "Kusursuz Sorumluluk" başlığı altında düzenlenmiş olması değildir. Zira adam çalıştırıcı, çalışanın zarar verici davranışını, subjektif sebeplerinden tamamen bağımsız bir vaziyette, objektif özen yükümlülüğünü ihlal ederek engelleyememekte, bu durum, sorumluluğun, adam çalıştırıcının kusurundan bağımsız olarak değerlendirilmesine sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla, doktrinde yer alan bazı görüşlerin aksine, çalıştırıcının özen yükümlü-

⁹³ Her ne kadar, nedensellik bağına ilişkin kurtuluş kanıtının BK m. 55'teki hâliyle düzenlenişi, ispat yükünün yer değiştirdiği bir kusur sorumluluğunun varlığına dair yanlış bir görüş savunulmasına zemin hazırlasa da genel kurtuluş kanıtı olan nedensellik bağının kesildiğini iddia eden adam çalıştırıcı, TMK m. 6 uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. O hâlde söz konusu yasal düzenlemede başkaca bir kanuni karineye yer vermeye gerek yoktur. Nitekim bu düzenleme TMK m. 6'da yer alan ispat yükünü tekrar eden bir karineden ibarettir. Bkz. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükmeler, s. 353.

lüğünün yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabiliyor oluşu kusursuzluğun ispatı anlamına da gelmemektedir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu; çalışanın kendisine verilen işi gördüğü ve iş dolaşısıyla yaptığı bir davranış sebebiyle üçüncü kişinin zarar görmesi sonucunda teşekkül etmektedir. Dolayısıyla, sorumluluğunun genel unsurları; davranış, zarar, zarar ile fiil arasındaki nedensellik bağı ve hukuka aykırılık olarak ifade edilebilecektir. Nedensellik bağı unsuru, kusursuz sorumluluk hâlleri bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Zira sebep sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, hukuka aykırı davranış ile zarara sebebiyet verilmiş olması gerekli ve yeterli kabul edilmekte; sorumluluk söz konusu davranışta bulunan kişinin kusurundan bağımsız olarak değerlendirilmektedir.

Nedensellik bağının, kusursuz sorumluluk hâlleri bakımından önem arz etmesi bir yana, bu unsur, bir tür kusursuz sorumluluk niteliğini haiz olan adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında ayrı bir dikkatle incelenmelidir. İlk bakışta, bu sorumluluk türü bakımından, meydana gelen zarar ile nedensellik bağı içinde olabilecek iki ayrı kaynak bulunmaktadır. Çünkü doktrin, bahsi geçen nedensellik bağı, çalışanın davranışı ile ortaya çıkan zarar arasında aradığı gibi adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olması ile meydana gelen zarar arasında da arayabilmektedir. Kanaatimizce, nedensellik bağının, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün ihlali ile meydana gelen zarar arasında araştırılması yerinde değildir. Zira adam çalıştırmanın özen eksikliği zararlar değil, çalışanın davranışı ile doğrudan ilgilidir. Buna ek olarak, nedensellik bağının özen yükümlülüğünün ihlali ile ilişkilendirilmesi, adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluk niteliğini, kusur karinesine yakınlıklaştırma tehlikesini barındırmaktadır.

Nihayet, 818 sayılı BK m. 55'te yer alan ve genel kurtuluş kanıtı olarak ifade edilen imkânın, TBK m. 66'da düzenlenmemiş oluşu, sorumluluğun oluşumu ve kurtuluş karinesi bakımından herhangi bir farklılık yaratmamıştır. Kanaatimizce, adam çalıştırmanın, gerekli dikkat ve itinayı göstermiş olsaydı dahi zararın oluşumuna engel olamayacağını ispat etmesi hâli, nedensellik bağının kesilmiş olduğunun kanıtlanmasından ibaret olup bu bağ, çalışanın fiili ile meydana gelen zarar arasında değerlendirilmelidir.

KISALTMALAR

Artikel	: Art.
Auflage	: Aufl.
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çeviren	: Çev.
Dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
BK.	: 818 sayılı eski Borçlar Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: Madde
N.	: Kenar numarası
s.	: Sayfa
S	: Sayı

- T.** : Tarih
TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

KAYNAKÇA

1. Kitaplar ve Süreli Yayınlar

ALTAY SABAH, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırının İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK. 66/3), **MÜHFAD**, 2011, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Online Kütüphane.

ANTALYA GÖKHAN, “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 14, S: 4, 2008 (Kısaltılmışı: **ANTALYA**, Sorumluluk Hukuku).

ANTALYA GÖKHAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019 (Kısaltılmışı: **ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler).

ARPACI ABDÜLKADİR, Yüksek Lisans/Doktora Güz Dönemi Ders Notları, 2018.

ATAMER YEŞİM M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması (Özellikle Uygun Nedensellik Bağı Kuramı ve Normun Koruma Amacı Kuramları), Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996.

AVCI CİHAN, Die Vertragliche Und Deliktsrechtliche Haftung Für Das Verhalten Dritter Im Türkischen Recht, Mit Bezug Auf Den Entwurf Eines Türkischen Obligationenrechts, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 2, 2007.

BAŞOĞLU BAŞAK, “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S. 2., 2015.

BAYSAL BAŞAK, Haksız Fiil Hukuku, On İki levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

BECKER HERMANN, BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1945.

BREHM ROLAND, BK - Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 4. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2013.

ÇELİK NAZLI HİLAL, Adam Çalıştırının Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2015.

EREN FİKRET, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018 (Kısaltılmışı: **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler).

EREN FİKRET, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 361, 1975 (Kısaltılmışı: **EREN**, Uygun İlliyet Bağı Teorisi).

FİSCHER WILLİ, OFK – Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016.

HATEMİ HÜSEYİN, GÖKYAYLA EMRE, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 (Kısaltılmışı: **HATEMİ/GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm).

HATEMİ HÜSEYİN, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 1994 (Kısaltılmışı: **HATEMİ**, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku).

İMRE ZAHİT, "Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler" İÜHF. Doğumunun 100. yılında Atatürk'e Armağan, C.45, Sayı: 1-4, 1979-1981 (Kısaltılmışı: **İMRE**, Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler).

İMRE ZAHİT, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949 (Kısaltılmışı: **İMRE**, Kusursuz Mesuliyet Hâlleri).

KANETİ SELİM, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 2007.

KARAOSMANOĞLU DİLA OKYAR, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2019.

KILIÇOĞLU AHMET M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2019 (Kısaltılmışı: **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler).

KILIÇOĞLU AHMET M., Sorumluluk Hukuku-Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, C.1, Turhan Kitapevi, Ankara 2002 (Kısaltılmışı: **KILIÇOĞLU**, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku).

KILINÇ AYŞE NUR, Adam Çalıştırmanın Organizasyon Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

MÜLLER CHRISTOF, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.

NOMER HALUK N., Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

OĞUZMAN M. KEMAL ÖZ, M. TURGUT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

REİSOĞLU SAFA, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

SAĞLAM İPEK, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu **MÜHFHAD**, 2011, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Online Kütüphane.

SCHWARZ ANDREAS B., Borçlar Hukuku Dersleri, Kardeşler Basımevi, Çev. Bülent Davran, İstanbul 1948.

TAHİROĞLU BÜLENT, "Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 14, S: 4, 2008.

TANDOĞAN HALUK, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 1981 (Kısaltılmışı: **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku).

TANDOĞAN HALUK, Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (1961 Tıpkı Bası) (Kısaltılmışı: **TANDOĞAN**, Türk Mesuliyet Hukuku).

TEKİL FAHİMAN, Borçlar Hukuku, Yelken Matbaası, İstanbul 1980.

TEKİNAY SELAHATTİN SULHİ, AKMAN SERMET, BURCUOĞLU HALUK, ALTOP ATILLA, Borçlar Hukuku, 7. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.

TUNÇOMAĞ KENAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Yayınları 3. Bası, İstanbul 1968.

ÜNLÜTEPE MUSTAFA, Organizasyon Sorumluluğu, Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2016.

WAGNER GERHARD, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 7. Auflage, München, C.H. Beck, 2017.

GRUNDMANN STEFAN, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, 8. Auflage, München, C.H. Beck, 2019.

YAVUZ CEVDET, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Hâlleri ve İlkeleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:14, S:4, 2008.

YÖNET YAĞMUR ÖYKÜ, Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.

2. Elektronik kaynaklar

<https://legal-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/kitaplık>; (Legal Online Kütüphane); (Erişim Tarihi: Mart-Haziran 2020)

<https://www.turcademy.com/tr> (Turcademy); (Erişim Tarihi: Mart-Haziran 2020)

<https://www-lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/kullanici-profil> (lexpera); (Erişim Tarihi: Mart-Haziran 2020)

^fALDATICI REKLAMLARA KARŞI 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA AYIP HÜKÜMLERİNE BAŞVURULMASI

(APPLICATION OF DEFECT PROVISIONS AGAINST MISLEADING ADVERTISEMENT WITHIN THE SCOPE OF NUMBERED 6502 THE LAW ON THE PROTECTION OF CONSUMER)

Arş. Gör. Esra GÜLTEKİN* **

ÖZ

Hukuk sisteminde, aldatıcı reklamlara karşı gerek tüketicilerin gerekse piyasa ortamının korunması için hem kamu hukuk hem özel hukuk temelinde çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Türk Borçlar Kanunu kapsamında aldatma hükümleri, Türk Ticaret Kanunu içerisinde haksız rekabet hükümleri, idare hukukuna tabi olarak Reklam Kurulu denetimi aldatıcı reklamlara karşı başvurulabilecek imkânlardır. Bunların yanında, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da aldatıcı reklamlara karşı münhasır düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerde, Avrupa Birliği Direktifleri yönlendirici işlev üstlenmektedir. Aldatıcı reklam uygulamasının hukuk sisteminde bu kadar çeşitli düzenlemeye tabi tutulması, etkilerinin fazla olması ve birçok açıdan korunmaya ihtiyaç duyulması dolayısıyla, aldatıcı reklamlardan en fazla etkilenen grup olan tüketicilerin, tüketici hukuku perspektifinde bir korumadan faydalanması, reklam verenler lehine bozulan menfaatler dengesini onarıcı rol üstlenecektir. Tüketici hukukundaki hükümlere göre, aldatıcı reklamlar ayıp kapsamında değerlendirilmiştir. Satıcı veya hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen niteliklerdeki eksiklik kategorisinde değerlendirilen aldatıcı reklam hâlinde, tüketici, diğer tüketici işlemlerinde olduğu gibi, şekli şartları yerine getirmesi aranmaksızın ayıba ilişkin seçimlik haklardan istifade edebilecektir. Ancak aldatıcı reklama ayıp hükümlerinin uygulanabilmesi için, reklamın sözleşmenin kurulmasında etkili olması aranır. Bu bakımdan, reklamın aşırı abartılı olmaması ve tüketicinin reklamdaki hususları ciddiye almasını haklı gösterecek bir durumun bulunması gerekir. Öte yandan satıcının aldatıcı reklamlardan dolayı sorumlu olmayacağı özel hâller de düzenlenmiştir. Buna göre, satıcı veya sağlayıcı; reklamdan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya açıklamanın sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu ya da sözleşmesinin kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatlarsa açıklamanın içeriğiyle bağlı olmayacak, kendisine karşı ayıp hükümleri işletilemeyecektir. Bu düzenlemenin arka planında, mevcut piyasa sisteminde satıcı veya hizmet sağlayıcısı ile üretici ve dağıtıcının farklı kişiler olabilmesi ve reklamın bunlardan herhangi biri tarafından yapılabilmesi ve diğerlerinin reklam sürecinde etkili olmaması dikkate alınmıştır.

^f Eserin Dergimize geliş tarihi: 29.03.2019. İlk hakem raporu tarihi:02.04.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 22.07.2020. Onaylanma Tarihi: 25.08.2020.

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-5690-4162

Eserin Atf Şekli: Esra Gültekin, "Aldatıcı Reklamlara Karşı 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıp Hükümlerine Başvurulması", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1177-1198.

Anahtar kelimeler: aldatıcı reklam, tüketici, ayıptan sorumluluk, nitelik vaadi

ABSTRACT

In the legal system, various regulations have been made on the basis of both public and private law in order to protect both consumers and the market against misleading advertisements. Under the Turkish Code of Obligations, fraud provisions, unfair competition provisions within the Turkish Commercial Code, and the supervision of the Board of Advertisement under administrative law are opportunities to be applied against misleading advertisements. In addition, the Law on the Protection of the Consumer introduced specific regulations against misleading advertising. In these regulations, the European Union Directives have a guiding function. This is due to the fact that misleading advertising practice is subject to such a variety of regulations in the legal system, its effects are high and there is a need for protection in many respects. Consumers, the group most affected by misleading advertisements, benefit from protection from the perspective of consumer law, will play a role in restoring the balance of interests in favor of advertisers.

According to the provisions of consumer law, misleading advertisements are considered to defect. In the case of misleading advertising considered in the category of warranty of quality by the seller or service provider, the consumer shall be able to benefit from the elective rights relating to the clause without fulfilling the formal requirements. However, in order to apply the provisions about defective goods to the misleading advertisement circumstances, the advertisement is required to be effective in establishing the contract. In this respect, the advertisement should not be overly exaggerated and there must be a justification for the consumer to take the issues in the advertising seriously. On the other hand, there are special cases where the seller or service provider will not be held liable for misleading advertisements. Accordingly, the seller or service provider; if it proves that it is not aware of the advertisement and cannot be expected to be aware of it, or that the disclosure has been corrected at the time of the contract or that the decision of establishment of the contract is not in relation of causality with this explanation, it shall not be bound by the content of the disclosure and the provisions about defective goods shall not be executed against the content of the disclosure. In the background of this arrangement, it is considered that in the current market system, the seller or service provider, producer and distributor may be different persons and that the advertisement can be made by any one of them and that the others are not effective in the advertising process.

Keywords: *misleading advertisement, consumer, the liability of defects, warranty of quality*

GİRİŞ

Dünya pazarının genişlemesi, ticaret hacminin artması, ürün çeşitliliğinin sağlanması ve benzer etkenler reklamcılığın da alışveriş hayatındaki etkisinin artmasına kapı aralamıştır. Reklam sektörünün giderek gelişmesi ve dönüşmesi, reklamlara ilişkin hukuki düzenlemelerin de bu sürece bağlı olarak artışı beraberinde getirmektedir. Sürekli güçlenen bir sektör karşısında, hukuki ve iktisadi bilgisi yetersiz olan tüketicinin ise korunma ihtiyacı gündün güne önemini artırmaktadır. Bu ihtiyacın giderilmesi için hukuk sistemimiz birkaç farklı mecrada tüketiciyi, reklamlara karşı korumaktadır.

Reklamların işlevleri incelendiğinde, bir yönüyle tüketiciyi hedef aldığı görülürken bir yandan da bunların tacirler arası ilişkileri etkilediği görülür. Öte yandan piyasaya etkileri bakımından da idarenin denetim altında tuttuğu bir sektördür¹. Reklamların bu etki gücü dikkate alındığında, sektöre dair hukuki düzenlemelerin, birkaç farklı veçhede yapılması zorunludur. Dolayısıyla reklamlara ilişkin düzenlemeler, borçlar hukukunun, ticaret hukukunun, tüketici hukukunun ve hatta idare hukukunun temas ettiği ortak bir alan oluşturmuştur. Hukuk sistemlerinde bazı reklamlar, yasaklandığı gibi bazıları ise belirli sınırlarda tutulmuştur. Çalışma kapsamında, kanun koyucunun özel düzenlemeye tabi tuttuğu aldatıcı reklamlar ele alınacaktır.

Aldatıcı reklamlara ilişkin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'da düzenlenen ayıp hükümlerinin uygulanması ele alınacağı gibi diğer düzenlemelere de kısaca değinilecektir. Tüketicinin reklamlara karşı korunmasında, diğer bütün imkânlarının yanında, reklamlar vasıtasıyla edindiği ayıplı mal veya ayıplı hizmete karşı TKHK m. 8-16 hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı, hangi şartlarla uygulanacağı incelenecektir.

I. HUKUKA AYKIRI BİR REKLAM OLARAK ALDATICI REKLAM VE MAHİYETİ

A. REKLAMLARIN HUKUKA UYGUNLUĞU

Aldatıcı reklamlara ilişkin düzenlemeyi kavrayabilmek için hukukun cevaz verdiği reklam ile yasakladığı reklam arasındaki farkı ortaya koymak gerekmektedir. Zira reklam, hukuka uygun olmazsa tüketicinin zararına yol açtığı gibi serbest piyasa sisteminin de zarar görmesine neden olacaktır²; dolayısıyla ikisi arasındaki çizginin net olması icap etmektedir. Hukuk düzeni, ticari hayatın devamlılığı için kaçınılmaz kabul ettiği reklamların, uyması gereken kuralları da çeşitli vasıtalarla düzenlemiştir. Buna ilişkin temel düzenleme TKHK'un altıncı kısmında "Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar" üst başlığı altındaki hükümlerde yer almaktadır. Bu kısımda m. 61'de öncelikle ticari reklamın tanımı yapılmıştır. Buna göre "ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışı ya da kiralınmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır". Hükümde, reklama ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmak suretiyle reklamların kapsamı geniş tutulmaya çalışılmıştır. Bu sayede teknolojinin ve toplumsal algının değişmesine bağlı olarak geliştirilebilecek farklı reklam uygulamaları da bu kapsama dâhil edilebilecektir.

Kanun koyucu, reklama ilişkin tanımın akabinde TKHK m. 61/2'de bir reklamda olması gereken özellikleri düzenlerken; TKHK m. 61/3'te ise olmaması gereken özellikleri ele almıştır. İkinci fıkrada ele alınan düzenlemeye göre, her reklamın "Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst" olması aranmıştır. Aynı maddeye ilişkin, 4077 sayılı mülga TKHK'da ise reklamların hukuka uygunluk kıstasları belirtilirken "kanunlara" ibaresine de yer verilmiştir. Ancak 6502 sayılı TKHK'da kanunlara ibaresi yer almadığı gibi resmi gerekçede de bu değişikliğe ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Gerekçede yer verilmemiş olması ibarenin sehven kaldı-

¹ Emrehan İnal, "Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Tasarı Taslağı'nın Reklamlara İlişkin Düzenlemesi", **2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri** (Düzenleyenler Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık), Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 254; Zakir Avşar, Müge Elden, **Reklam ve Reklam Mevzuatı**, Ankara, RTÜK Yayın, 2004, s. 82.

² İnal, **a.g.e.**, s. 254.

rıldığı zannına yol açmaktadır. Ancak her ne kadar kanunlara uygunluk ayrıca düzenlenmiş olmasa da TBK m.27'deki emredici hüküm uyarınca reklamların kanunlara uygunluğu da hukuka uygunluk denetiminde aranacaktır. Hatta yargı kararları da reklamların uyması gereken ilkeleri incelerken emredici kuralları yalnızca kanunla sınırlandırmamış, yönetmelik ve kanunlarla getirilen emredici kurallara da reklamların uygun olmasını aramıştır³.

Şu hâlde reklamlar, hukuka uygun olabilmek için emredici hukuk kurallarına, reklam öz denetimini yapan Reklam Kurulu'nun belirlediği ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine uygun olmalı ve kişilik haklarını ihlal etmemelidir. Diğer yandan reklamların doğru ve dürüstlüğe uygun olması gerekmektedir. Reklamlardan beklenen dürüstlük, hem tüketicilere karşı hem de rakiplere karşı gösterilmesi gereken dürüstlüktür⁴.

Reklamların genel ahlaka uygun olması hususuna da ayrıca değinmek gerekmektedir. Genel ahlaka ilişkin olarak mülga Ticari Reklam Ve İlanlara İlişkin İlkeler Ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in⁵ 6. maddesinde hangi durumların ahlaka aykırı sayılacağı belirtilmiştir. Ancak halen yürürlükte olan Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği⁶, her ne kadar çeşitli hükümlerde ahlaki telakkilere ilişkin düzenlemeler yapmışsa da münhasıran ahlaka uygunluğu ele alan, önceki düzenlemeyle benzer bir hükme yer vermemiştir. Dolayısıyla genel ahlaka aykırılık ilkesi de yine TBK m. 27 bağlamında ele alınacaktır. Hüküm kapsamında esas alınacak olan, bir şahsın ahlak anlayışı değil, topluma mal olmuş ahlak kurallarıdır⁷. Buna göre, reklamlar bakımından genel ahlak ilkesi uygulanırken kişiden kişiye değişen bir tutum sergilenmeyecektir. Daha açık ifadeyle bu ilke, reklamı denetleyen kişisel ahlak telakkilerine göre şekillenen bir ahlakilik olarak algılanmayacaktır⁸.

³ Emrehan İnal, Başak Baysal, **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 18; Dilek Şahinci, **İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklamverenlerin Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 37, "Objektif, soyut ve genel nitelikte kuralları ile bir konuyu düzenleyen yasa koyucunun önceden ortaya çıkabilecek bütün olayları belirleyip onların özelliklerine göre düzenleme yapması beklenemez. Bu nedenle idarenin Anayasanın 124. maddesinde öngörülen genel düzenleme yetkisini kullanarak ilgili Kanunun amaç ve kapsamı çerçevesinde yaptığı yönetmelik, (tebliğ, genelge) gibi objektif düzenlemelerin genel bir tanımla yasal düzenlemeler olarak kabulü gerekir.

3984 sayılı Kanunla Radyo ve Televizyon yayın faaliyetlerini düzenlemek amacıyla özerk ve tarafsız olarak kurulmuş bir kamu tüzel kişisi olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun Kanunla öngörülen kuruluş amacı ve verilen görev sınırları içinde, genel düzenleme yetkisini kullanarak çıkardığı yönetmelikler de, yukarıda açıklandığı gibi genel bir anlatımla yasal düzenleme kapsamındadır. Yayıncı Kuruluşların, Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun çıkardığı belirtilen nitelikteki genel düzenleyici işlemlerine uygun yayın yapmaması "yasalara saygılı olma" ilkesini ihlali niteliğindedir.", Danıştay 10. D. 2002/5616, K. 2003/4846, T. 08.12.2003 (çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, (e.t., 01.06.2020).

⁴ Avcı, Elden, **a.g.e.**, s. 83.

⁵ RG. S. 25138, T. 14.08.2003.

⁶ RG. S. 29232, T. 10.01.2015.

⁷ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 16. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 86; genel ahlaka ilişkin farklı yaklaşımlar için bakınız Necip Kocayusufpaşaoğlu, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.1, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme**, 6. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2014, s. 550 vd.

⁸ İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 20; Reklam Kurulu'nun genel ahlaka aykırılık bağlamında değerlendirdiği kararı için bakınız; "Değerlendirme/Karar: www.bigbossturkiye.com adresli internet sitesinde yer alan "Aşk Parfümü Bigboss" isimli ürüne ilişkin tanıtımlarda; "Afrodizyak etkili Phenomon Aşk

B. ALDATICI REKLAM KAVRAMI

TKHK m. 61/3'teki düzenlemeye göre, tüketiciyi aldatıcı ticari reklam yapılamaz. Bu hükümde aldatıcı reklam yasaklanmış olmakla birlikte hangi reklamların aldatıcı nitelikte kabul edildiği belirtilmemiştir. Ancak Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde p bendinde reklam, bir ticari uygulama olarak ele alınmıştır. "Haksız Ticari Uygulamalar" üst başlıklı üçüncü kısmında, 29 ve 30. maddelerde, aldatıcı niteliği "aldatıcı eylemler" ve "aldatıcı ihmaller" başlıkları altında incelemiştir. Yönetmelikte benimsenen bu sistematik, 84/450/EEC sayılı Konsey Direktifi'ni, 97/7/EC, 98/27/EC ve 2002/65/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktiflerini ve 2006/2004 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'nü (EC) tadil eden İç Pazarda İşletmeden-Tüketiciye Yönelik Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin 11 Mayıs 2005 tarih ve 2005/29/EC sayılı Avrupa Parlamentosu Ve Konsey Direktifi⁹ esas alınarak düzenlenmiştir. Direktif ve Yönetmelik'in aldatıcı ticari uygulamaları düzenlediği bu hükümler, yalnızca sistematik bakımından değil, aynı zamanda muhteva bakımından da örtüşmektedir. Yönetmelik hükümlerine göre, aldatıcı eylemde, satıcının, verdiği bilgi veya bilgiyi sunuşu ile ortalama tüketiciyi aldatan veya aldatma olasılığı olan eylemle ortalama tüketicinin aslında taraf olmayacağı hukuki işleme taraf olması aranmaktadır. Hükümün devamında aldatıcı reklam olarak değerlendirilebilecek haller ele alınmıştır. Yönetmelik'in 30. maddesinde düzenlenen aldatıcı ihmalde ise satıcının aktif aldatma fiilinden ziyade daha çok önemli bir bilginin gizlenmesi, bilginin sunuş şekli veya zamanı dolayısıyla anlaşılammış olması gibi hallerde ortalama bir tüketicinin aslında tarafı olmayacağı bir hukuki işlemin tarafı olması-

Parfümü son yılların en çok satan erkek parfümleri arasında yerini almayı başardı. Bu hızlı yükselişin en önemli nedenlerinden biri parfümün bayanlar üzerinde olan direk etkisi olarak dikkat çekmektedir..." ifadelerine yer verildiği, ancak Kozmetik Mevzuatına tabi bulunan tüm kozmetik ürünlerin, insan vücudunun dış kısımlarına uygulanan ve etkileri geçici olan ürünler olması gerektiği; bu bağlamda inceleme konusu tanıtımlarda yer alan tedaviye yönelik ve endikasyon belirten ifadelerin ilgili mevzuatta belirtilen kozmetik ürün tanımını aşan ve yanıltıcı nitelikte değerlendirildiği; ayrıca şayet anılan ürünler söz konusu reklamlarda belirtilen iddiaları kanıtlayabilir nitelikte ise, bu durumda "kozmetik ürün" kapsamında değil, "beşeri tıbbi ürün" veya "ilaç" kapsamında ruhsatlandırılması gerektiği, "beşeri tıbbi ürün" veya "ilaç" kapsamında değerlendirilmesi gereken ürünlerin reklamının yapılmasının ise mevzuata uygun olmadığı dolayısıyla her koşulda, söz konusu ürün ile ilgili olarak yapılan bu nitelikteki tanıtımların mevcut mevzuata aykırılık teşkil ettiği,

Bununla birlikte, www.bigbosssturkiye.com adresli internet sitesinde yer alan "Aşk Parfümü Bigboss" isimli ürüne ilişkin tanıtımlarda yer verilen ifade ve görüntülerin genel ahlak kurallarına aykırılık teşkil ettiği,

Dolayısıyla, inceleme konusu reklamların;

- Kozmetik Yönetmeliğinin 4 ve 10 uncu maddeleri,

-Sağlık Beyanı ile Satışa Sunulan Ürünlerin Sağlık Beyanları Hakkında Yönetmeliğin 4/c, 5 ve 7 nci maddeleri,

- İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 13 üncü maddesi,

- Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinin 5/1-a, 5/1-b, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5-a, 7/8, 9, 26 ve 32 nci maddeleri,

- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61 inci maddesi hükümlerine aykırı olduğuna,

Buna göre, reklam veren Royal Dijital Reklamcılık ve Ticaret Anonim Şirketi hakkında, 6502 sayılı Kanun'un 63 üncü ve 77/12 nci maddeleri uyarınca anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir." RK. T. 11.07.2017 S. 262 (çevrimiçi) <https://tuketici.gtb.gov.tr>, (e.t., 01.06.2020).

⁹ Hakan Tokbaş, **Tüketici Hukuku İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri**, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2015, s. 5 vd.

nın sağlanması söz konusudur. Görüldüğü üzere aldatıcı eylemde, satıcının aktif aldatma hareketi varken; aldatıcı ihmalde satıcının gerekli özeni göstermemesi dolayısıyla tüketicinin aldatılması gündeme gelmektedir. Her iki hükümde de satıcının reklam dolayısıyla hukuki işlemin tarafı olması veya olma olasılığının bulunması düzenlenmiştir. Yani reklamın aldatıcı kabul edilmesi için taraflar arasında sözleşmenin kurulmuş olması aranmamıştır.

Mevzuattaki aldatıcı reklam düzenlemeleriyle Türk doktrininin de aldatıcı reklamlara yönelik tanımlama çalışmalarını dikkate almak gerekmektedir. Aldatıcı reklamlara ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmadığı bir dönemde kaleme alınmış Göle'nin¹⁰ tanımına göre “*ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketicileri aldatan ya da aldatma ihtimali bulunan yanlış veya yanıltıcı nitelikteki reklamlar aldatıcı olarak kabul edilmelidir.*” Yine benzer olmakla birlikte mevcut kanuni düzenlemeleri de dikkate alarak daha kapsamlı yapılan bir başka tanıma¹¹ göre ise “*önemli, yani tüketicilerin ekonomik davranışlarını etkileyebilecek nitelikte yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içererek hitap ettiği kitlede, orta seviyedeki (makul) tüketiciyi aldatan veya aldatma ihtimali bulunan reklamlar aldatıcı reklamlardır.*”

C. ALDATICI REKLAMIN UNSURLARI

Mevcut bir reklam uygulamasının aldatıcı reklam kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tespit edebilmek için bazı unsurları bir arada ihtiva etmesi gerekmektedir. Gerek mevzuattaki düzenlemelerden gerekse doktrinde geliştirilen tanımlardan hareketle aldatıcı reklamlarda bulunması gereken unsurlar şu şekilde sınırlandırılabilir: 1. Reklamdaki yanlış, yanıltıcı, eksik bilgi veya sunum, 2. Ortalama tüketiciyi aldatması veya aldatma ihtimali olması, 3. Ortalama tüketicinin karar verme sürecini etkilemesi veya etkileyebilme ihtimalinin olması. Unsurlarda da belirtildiği gibi, kanun koyucu aldatma ihtimalini ve tüketicinin kararının etkilenme ihtimalini de dikkate almıştır¹². Buradan da anlaşıldığı üzere reklam dolayısıyla bir zararın doğmuş olması, aldatma kastının bulunması veya aldatma ihtimalinin bilinip bilinmemesi önem taşımamaktadır¹³. Bu sonuçların varlığı aranmaksızın yalnızca belirtilen unsurların bulunması halinde aldatıcı reklamlara ilişkin hükümlere başvurulabilecektir.

1. Reklamdaki Yanlış, Yanıltıcı, Eksik Bilgi veya Sunum

Reklam metninde veya görsellerinde yanlış bilgi yer alması, o reklamın aldatıcı olduğuna doğrudan bir işarettir¹⁴. Buna karşın, reklamın doğru olması da aldatıcı olmadığını

¹⁰ Celal Göle, **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1983, s. 209.

¹¹ İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 25.

¹² Şahinci, **a.g.e.**, s. 47; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 456.

¹³ İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 25; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 456.

¹⁴ Göle, **a.g.e.**, s. 61; İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 28; Derya İçöz, **Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 47; “*Mes Doğal Gıda Sağlık Koz. Ürün. San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. tarafından “Preventa” markası ile piyasaya sunulan içme sularına ait olup www.mesdogal.com adresli internet sitesinde yer alan tanıtımlarda; “...Kanserden korunmak, yakalanma riskini azaltmak veya mücadele edebilmek için Onkologlar tarafından verilen, önerilen tedavilerin yanı sıra destek amacıyla hekim ve diyetisyenlerin tavsiyesi ile günlük içme suyu olarak kullanılabilir. Diyabetliler için Hekimler tarafından verilen tedavi, diyet ve egzersizlerin yanı sıra her öğünden 30-40 dakika önce bir su bardağı içmesi önerilir. Yaşlanmayı geciktirmek için yılda 2 aylık dönemsel kürler halinde içilmesi önerilir.*”

garantisi değildir; doğru bilgileri içeren bir reklam da bazı hallerde aldatıcı olabilir. Özellikle reklamda verilen bilgi yanlış olmasa bile kurgusu veya sunumu tüketiciyi yanıltıcı nitelikte ise yine aldatıcı reklamlara ilişkin hükümlere tabi olacaktır¹⁵. Diğer taraftan bazı hallerde de reklamda verilen bilginin yanlış olduğu bilinmesine rağmen reklam aldatıcı kabul edilmemektedir¹⁶. Özellikle makul tüketicinin o reklamda verilen bilginin yanlış olduğunu algılaması beklenebiliyorsa, yani makul bir tüketicinin ciddiye almayacağı sonucu çıkarılabiliyorsa, açıkça abartılı bilgiler verildiği belli ise yanlış bilgiye rağmen reklam aldatıcı

Sağlıklı ve Güvenli içilebilir sudur. Hasta olan kişilerin ancak hekimlerin verdiği ve uyguladığı tedavilere ek katkı amacıyla hekim ve diyetisyenlerin önerisi ile içmeleri gerekir. Tümörlü hastalarda ise diyetisyen veya hekimlerin uyguladığı tedavilerin yanı sıra ve onların tavsiyelerine uygun olarak, ayrıca şeker, yüksek tansiyon ve bazı alerjilerden korunmak veya hekimlerin uyguladığı tedavilerin yanı sıra ve onların tavsiyelerine uygun olarak destek içme suyu olarak kullanılabilir...” gibi ifadeler ile “Preventa” isimli içme suyunun kanser veya herhangi bir hastalığı tedavi edici / destekleyici özelliklerinden bahsedilerek tanıtımının yapıldığı tespit edilmiş olup, Sağlık Bakanlığının görüşleri de dikkate alınarak, söz konusu tanıtımların tüketicileri aldatıcı olduğuna ve İnsani Tüketim Amaçlı Sular Hakkında Yönetmeliğin 34 üncü maddesine uygun olmadığına, Bu durumun, 4077 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Mes Doğan Gıda Sağlık Koz. Ürün. San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. hakkında **anılan reklamları durdurma cezası** verilmesine karar verilmiştir”, RK. T. 09.03.2010 S. 174 (çevrimiçi) <https://tuketici.gtb.gov.tr>, (e.t., 01.06.2020).

- ¹⁵ Göle, **a.g.e.**, s. 61; Şahinci, **a.g.e.**, s. 48; “Petrol Ofisi A.Ş.’ye ait olup 23.06.2008 tarihli Posta Gazetesinde ve çeşitli mecralarda yayımlanan “Maxima. Akıllı yağ teknolojisi... Türkiye’nin bir numaralı motor yağı üreticisi ve dağıtıcısı Petrol Ofisi’nden maxima: Binek Araç Motor Yağları Ailesi.” ve “Rampalar sus pus, imparator maximus. Türkiye’nin bir numaralı motor yağı üreticisi Petrol Ofisi’nden maximus. Ağır vasıta dizel motor yağı.” başlıklı olup “Petrol Ofisi motor yağları, yaygın hizmet ağı ile her an yanınızda! Maximus Turbo Diesel Extra 15W-40... Sağladığı faydalar. Yüksek TBN değerleri ile kükürt oranı yüksek yakıtlarda motoru korur. Yüksek devir ve sıcaklıklarda aşınmaları önleyerek tüm turboşarjlı ve turboşarjsız motorlarda güvenli kullanım sağlar. Motoru temiz tutarak yanma verimini ve motor gücünü artırur. Yanma asitlerini yüksek kükürtlü yakıtlarla çalışmada bile nötralize eder. Uzun conta ve keçe ömrü sağlar. Uzun ömürlüdür... Karşılıdığı şart-nameler: API CHCH-4/CF-4/CF/SF, ACEA E3/B3/B4/A3, MB-228.3, MAN M3275, FORD, RENAULT VI RD, VOLVO VDS-2, Cummins 20071 / 20072, MTU DDC Type 2, Allison C4, MACK EO-M. (...)” ifadelerinin yer aldığı reklamlarda kullanılan “Türkiye’nin 1 numaralı motor yağı üreticisi” ifadesi ile firmanın üretim kapasitesi açısından mı, pazar payı açısından mı, yoksa kalite açısından mı “1 numara” olduğu hususunun tam olarak anlaşılabilmesi, üretim kapasitesi açısından bu ifadeye yer verildiyse, firmanın diğer firmalara göre daha yüksek üretim kapasitesine sahip olduğunu gösterir geçerli bir belgenin (karşılaştırma sonucunun) bulunmaması, pazar payı açısından bu ifadeye yer verildiyse, ilgili firmalar tarafından bildirilen satış rakamlarından oluşan ve firmanın da üyesi bulunduğu Petrol Sanayi Derneği’nin (PETDER) 2005-2006-2007 yıllarına ait firmaların motor yağı pazar paylarına ilişkin verilere göre 2007 yılında, farklı markalarda üretim ve satış yapan başka bir firmanın toplamdaki satış miktarının firmanın satış miktarından yüksek olması, şayet reklamda kullanılan “1 numaralı” ifadesi ile firmaca üretilen yağların kalite açısından diğer yağlara göre daha üstün olduğu kastediliyorsa, bu durumda, referans olarak gösterilen uluslararası şart-namenin, piyasada mevcut motor yağlarının, kullanıldığı yere ve koşullara göre, taşınması gereken asgari şartları içeriyor olması dolayısıyla “maxima” ve “maximus” markalı yağların anılan şart-nameye uygun olmasının, adı geçen yağların kalite açısından “1 numara” olmasını gerektirecek bir durum yaratmaması nedenleriyle söz konusu reklamların, tüketicileri, yanıltıcı, aldatıcı ve piyasada haksız rekabete yol açıcı nitelikte olduğuna, dolayısıyla da Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğe uygun olmadığına, Bu durumun, 4077 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Petrol Ofisi A.Ş. hakkında ulusal düzeyde (60.000 TL) idari para ve **anılan reklamları durdurma cezaları** verilmesine karar verilmiştir.” RK. T. 09.03.2010 S. 174 (çevrimiçi) <https://tuketici.gtb.gov.tr>, (e.t., 01.06.2020).

- ¹⁶ Göle, **a.g.e.**, s. 62.

kabul edilmeyecektir¹⁷. İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir kararına¹⁸ göre “genel ifadeler, memnuniyet vaatleri veya olguları içermeyen ve objektif olarak doğrulanamayan saf değer yargıları gibi fark edilebilecek abartılar” aldatıcı reklam olarak değerlendirilemeyecektir¹⁹. Mesela bir benzin şirketinin kendi benzinlerini kullanan araçların depolarında bir kaplan taşıdıkları yönündeki reklam abartılıdır ancak aldatıcı değildir²⁰. Zira ortalama bir tüketici bu reklamın abartılı olduğunu anlayabilecek düzeydedir. Bunun yanında, reklamda verilen bilgiler doğru olsa bile tüketicinin kararında etkili olabilecek bazı bilgiler eksikse, bu reklam yine aldatıcı kabul edilecektir²¹. Bu sebeple yeterli bilginin verilmemiş olması halinde de yine aldatıcı reklam yaptırımına gidilebilecektir.

Reklamın aldatıcı olup olmadığı değerlendirilirken yalnızca reklamlarda verilen bilgiler değil, reklamların sunumu da dikkate alınmalıdır. Yönetmelik'in 29. maddesinde de belirtildiği üzere, verilen bilgiler doğru olsa bile reklamın sunumu da tüketiciyi aldatıcı nitelikte olabilir. Özellikle tüketicinin anlayamayacağı bir sunum tekniği kullanılması veya uygun olmayan bir zamanda reklamın sunulması aldatıcılığa neden olabilmektedir. Bunun için reklamın bir bütün olarak değerlendirilmesi ve tüketicide bıraktığı izlenim esas alınmalıdır²².

¹⁷ Göle, **a.g.e.**, s. 62; İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 25; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 456; İçöz, **a.g.e.**, s. 51; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014, s. 316.

¹⁸ İsviçre Federal Mahkemesi, 4A_300/2013, JdT 2014 II213.

¹⁹ Remzi Tamer Pekdiñer, Ozan Ali Yıldız, **İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı**, Ankara, Adalet, 2019, s. 66.

²⁰ Arkan, **a.g.e.**, s. 319.

²¹ Göle, **a.g.e.**, s. 71; İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 26; İçöz, **a.g.e.**, s. 55; “Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. 'ye ait olup muhtelif mecralarda yayımlanan “Anında Vınn'la” başlıklı reklamlarda; “4GB'lık internet paketi, yanında Vınn'ıyla ilk 3 ay sadece 19 TL/ay!” ifadeleri yer almasına rağmen, söz konusu kampanyanın istisnaları arasında bulunan “3G internet faturalı hatları için adil kullanım politikası doğrultusunda, bir fatura döneminde paket aşım ücreti bireysel kullanıcılar için 199TL'ye (KDV, ÖİV dahil), kurumsal müşterilerimiz için 499TL'ye (KDV, ÖİV dahil) ulaştığında kullanım hızı 128kbps ye düşürülür ve daha fazla paket aşım ücreti yansıtılmaz. İnternet paketi limitinden upload ve download edilen tüm data miktarı düşer. Aylık paket tutarı dışında, 31,78 TL tutarındaki “Yeni Tesis Özel İletişim Vergisi” sadece 1 defa alınır ve 12 eşit taksitte(2,65 TL/ay) ilk aydan itibaren faturaya yansır. Ayrıca TGM Ruhsat (yıllık 12,26 TL) ücreti(sadece abone olunan ilk yıl alınır) ve TGM Kullanım (aylık 1,02 TL) ücreti her ay faturaya yansır.” şeklindeki tüketicinin satın alma kararını etkileyecek önemli bilgilere televizyon reklamlarında yer verilmediği tespit edilmiş olup, internet paketine ilişkin kotanın normal kullanımdan daha kısa sürede dolması, satın alınan söz konusu üründen ve abone olunan mobil internet hizmetinden, vaat edilen kalitede hizmet alınmaması ve 24 aylık taahhüt karşılığında satışa sunulan paketin cayma bedeli ödenmeden iade edilememesi nedeniyle söz konusu reklamların tüketicileri yanıltıcı, aldatıcı ve tüketici mağduriyetine yol açıcı nitelikte olduğuna, dolayısıyla da Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğe uygun olmadığına. Bu durumun, 4077 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. hakkında ulusal düzeyde (67.200 TL) idari para ve **anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine**,” RK. T. 09.03.2010 S. 174 (çevrimiçi) <https://tuketici.gtb.gov.tr>, (e.t.,01.06.2020).

²² Göle, **a.g.e.**, s. 62; İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 26.

2. Reklamın Ortalama Tüketiciyi Aldatması veya Aldatma İhtimalinin Bulunması

Reklam uygulamasında esas unsur, reklamı yapan kişinin vermek istediği mesaj değil; tüketicinin bunu ne şekilde algıladığıdır²³. Dolayısıyla reklamın aldatıcı olup olmadığı belirlenmesinde ana etken tüketicinin reklama yüklediği anlam olacaktır²⁴. Zaten aldatıcı eylem ve aldatıcı ihmal şeklinde karşımıza çıkan aldatıcı reklam uygulamasının her ikisinde de korumanın muhatabı, ortalama tüketicidir. Yani aldatıcı reklam düzenlemesinde aldatılan veya aldatılma tehdidi altında bulunan ortalama tüketicidir²⁵. Ortalama tüketiciden ne anlaşılması gerektiği de tanımlar başlığının j bendinde “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi*” olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla aldatıcı reklama maruz kaldığını iddia eden tüketicinin ağırlaştırılmış bir özen ve dikkat yükümlülüğü altında olduğu ileri sürülemeyeceği gibi makul bir tüketicinin göstermesi beklenen özenden de kaçınması haklı görülmeyecektir.

Dolayısıyla bir reklamın aldatıcı reklam hükümlerine göre değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tespit edilirken ortalama tüketici esas alınacaktır. Aldatılmanın muhatabı olan tüketicinin, makul kişi olması kıstası, daha önce mevzuata girmemişken doktrin ve yargı kararları ile savunuluyordu²⁶; günümüzde mevcut yürürlükteki mevzuatta ortalama tüketicinin dikkate alındığı açıkça belirtildiğinden artık bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak uygulamada ortalama tüketicinin belirlenmesi, somut olaya göre değişkenlik arz edebilir. Şöyle ki bazı reklamların hedef kitlesi belli bir grup olabilir, bu grubun dikkat düzeyinin vasatı yüksek ve düşük olabilir. Bu durumda da grubun kendi içinde ortalamasının alınması gerekebilir²⁷. Mesela çocuklara yönelik oyuncak reklamı, büyükler için aldatıcı olmazken; o oyuncuğu satın alabilecek ayırt etme gücüne sahip çocuklar arasındaki ortalamaya göre bu reklam aldatıcı olabilir²⁸.

Ortalama tüketicinin değil de düşük seviyeli, saf, yeterli muhakeme kabiliyeti olmayan tüketicinin ölçü olarak alındığı bir durumda her reklamın aldatıcı olduğu sonucuna varılacaktır ki bu da normal ticari hayatı ciddi manada sekteye uğrattır²⁹. Menfaatler den-

²³ Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 368.

²⁴ Şahinci, **a.g.e.**, s. 50; İçöz, **a.g.e.**, s. 52.

²⁵ Göle, **a.g.e.**, s. 74; İçöz, **a.g.e.**, s. 64; “*Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş.’ye ait olup 21.01.2010 – 30.04.2010 tarihleri arasında ve “Fırsat-1”, “Fırsat-2”, “Fırsat-3” isimli 3 paketten oluşan kampanyanın tanıtımı amacıyla yayımlanan broşürlerde; “Fırsat-1” başlığı altında “4 içerikten 3’ünü istiyorum! DIGITURK Giriş Paketin varsa ayda sadece 5 TL’ye aşağıdaki 4 içerikten üçünü seçip paketine ekle. DIGITURK dünyayı genişlet, çok daha fazla kanalı seyret. Sadece Giriş Paketi üyeleri bu tekliften yararlanabilir. Bu teklif 30 Nisan 2010’a kadar geçerlidir.” ifadelerine yer verilerek mevcut ve yeni tüm Giriş Paketi üyelerinin söz konusu kampanyadan faydalanabileceği algısı oluşturulmasına rağmen, Giriş Paketi üyesi olan bir tüketicinin; sadece yeni abonelerin söz konusu kampanyadan yararlanacağı belirtilerek aboneliğinin gerçekleştirilmediği, dolayısıyla söz konusu broşürlerde yer verilen ifadelerin anlam karışıklığına yol açarak ortalama tüketicini yanılttığı ve mağduriyete sebebiyet verdiği gerekçeleriyle Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğe uygun olmadığına, Bu durumun, 4077 sayılı Kanunun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş. hakkında yerel düzeyde (6.867 TL) idari para ve **anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine**,” RK. T. 09.11.2010 S. 182 (çevrimiçi) <https://tuketici.gtb.gov.tr>, (e.t.,01.06.2020).*

²⁶ İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 26.

²⁷ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 368.

²⁸ Göle, **a.g.e.**, s. 75; İçöz, **a.g.e.**, s. 128.

²⁹ Göle, **a.g.e.**, s. 75; İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 27.

gesinin reklam veren ve tüketici için aynı anda korunması için ortalama tüketicinin dikkate alınması bu açıdan önem arz etmektedir.

Altı çizilmesi gereken bir diğer nokta da mevzuatın, mutlaka aldatmayı veya tüketicinin zarar görmesini aramayıp tüketicinin aldatılması ihtimalini bile yeterli saymasıdır³⁰. Diğer unsurların bulunması durumunda aldatıcı olma ihtimalinin doğmuş olmasına bağlı olarak da tüketici kendisine tanınan haklara başvurabilecektir.

3. Reklamın Karar Verme Sürecine Etki Etmesi veya Etme İhtimalinin Bulunması

Reklamdaki aldatıcılık unsuru, tüketicinin reklamın hedeflediği hukuki işlemin yapılmasına etki edecek kadar önemli değilse, tüketiciyi etkileme gücüne sahip değilse yaptırma uğramayacaktır³¹. Zira böyle bir reklamdan tüketicinin veya rakiplerin ya da piyasanın zarar görmesi söz konusu olmayacaktır. Aldatıcılığın önemli olmasına etki eden temel kıstas, tüketicinin karar verirken reklamı dikkate alıp almadığıdır³². İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararında³³, bir reklamın aldatıcı reklam kapsamında değerlendirilebilmesi için yanlış veya yanılgıya düşürecek niteliklere sahip olmasının yetmeyeceğini, bunun aynı zamanda müşterilerin kararlarını etkilemeye elverişli olmasını aramıştır³⁴. Bu değerlendirmeler gösteriyor ki tüketicinin karar vermesine etki eden reklamlar, ancak diğer unsurların da birlikte bulunmasıyla aldatıcı reklam denetimine tabi olacaktır.

D. BENZER DİĞER KAVRAMLARLA KIYASLANMASI

Hukuk düzeninin reklamlara ilişkin getirdiği düzenlemelerin hedefinde yalnızca aldatıcı reklamlar bulunmamaktadır. Aynı şekilde alelâde olmayan, belirli yöntemleri kullanan bazı özel reklam türlerine ilişkin de düzenlemeler getirilmiştir. Bu reklam türleri arasında örtülü reklam ve karşılaştırmalı reklamlar, aldatıcı reklamla farklarının ortaya koyulabilmesi bakımından inceleme konusu yapılmalıdır.

1. Örtülü Reklamlar

Örtülü reklam, TKHK'un reklamlara ilişkin m. 61'de yaptığı düzenleme kapsamında tanımlanmıştır. Kanun'un ifadesiyle, "*Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici*

³⁰ İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 27; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 456.

³¹ İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 28; Şahinci, **a.g.e.**, s. 50; İçöz, **a.g.e.**, s. 69.

³² "KC Construction İnş. Sağ. Tur. Tic. A.Ş.'ye ait olup NTV adlı televizyon kanalında yayınlanan reklamlarda yer alan "Banka yok, kefil yok, faiz yok..." şeklindeki ifadeler ve altyazı olarak kullanılan "Vadelere yalnızca maliyet artış endeksi dahil edilmiştir." ibareleri ile peşin fiyatına taksit yapıldığı izlenimini uyandırıldığı ve reklamın hiçbir yerinde "ara ödeme" gibi ibarelere yer verilmediği halde, adı geçen firmaya ait www.kcbinbirevler.com adresli internet sitesindeki ödeme planı tablolarında, ödemelere faiz uygulandığı tespit edilmiş olup, söz konusu reklamların aldatıcı ve yanıltıcı nitelikte olduğuna dolayısıyla Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'e uygun olmadığına, Bu durumun, 4077 sayılı Kanun'un 4822 sayılı Kanun'la değişik 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren KC Construction İnş. Sağ. Tur. Tic. A.Ş. hakkında ulusal düzeyde (60.000 YTL) idari para ve anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine karar verilmiştir." RK. T. 13.01.2009 S. 160 (çevrimiçi) <https://tuketici.gtb.gov.tr>, (e.t.,01.06.2020).

³³ İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 132 III 414, consid. 4.1.2.

³⁴ Pekdinçer, Yıldız, **a.g.e.**, s. 65.

şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir. Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.”

Kanun’da açıkça belirtilen örtülü reklam yasağı, Ticari Reklam Ve İlanlara İlişkin İlkeler Ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik’te de aynı sarih ifadelerle kaleme alınmıştır. Örtülü reklamlara ilişkin bu açık düzenlemelerin dayanağını da yine reklam hukukundaki “doğruluk ve dürüstlük ilkesi” kapsamında değerlendirmek mümkündür. Ortalama bir tüketicinin makul bir özenin ötesine geçmeksizin anlayabileceği ve kararını verirken tesir altında kalmayacağı bir reklam uygulamasının hedeflendiği sistemde, örtülü reklamlar, bu hedeflerin tam aksine hizmet etmektedir. Örtülü reklamlarda tüketici, reklamlara muhatap olduğunu fark etmeden reklamda verilen bilgileri bilinçsizce algılamaktadır. Ülkemizde de örtülü reklamların çok yaygın olarak özellikle televizyon yayınlarında fazlaca kullanıldığı ve en geniş tüketici kitlesine sahip yayın yapan televizyonlar aracılığıyla örtülü reklamlara tüketicinin maruz kaldığı sonucuna ulaşılmaktadır³⁵. Özellikle reklamların güvenilirliğinin ve izlenme oranının düşük olması, örtülü reklam yoluyla normal reklamlar için yapılan masraf kalemlerinden kaçmaya çalışılması, örtülü reklamların tercih sebeplerinden başlıcaları olarak zikredilebilir³⁶.

Hem aldatıcı reklamlar hem örtülü reklamlar, hukuk sisteminin cevaz vermediği reklam türleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu reklamların sunuş biçimleri farklılık arz etmektedir. Aldatıcı reklamda açıkça bir reklam uygulaması olmasına rağmen, örtülü reklamda başka bir televizyon yayını veya haberin içine gizlenmiş bir reklam söz konusudur. Aldatıcı reklamda, aldatıcı nitelikler olsa da tüketici en azından bir reklamla karşı karşıya olduğunun farkındadır. Hâlbuki örtülü reklamda, tüketici, bir reklama maruz kaldığının bile farkında değildir; mesela bir televizyon dizisi izlerken arkada bir kıyafet markasının reklamının etkisinde kalabilmektedir.

2. Karşılaştırmalı Reklamlar

Reklamlarda temel hedef reklam yapanın kendi mal veya hizmetini tanıtmasyiden karşılaştırmalı reklamlarda kişi bu tanıtımı aynı mecradaki bir başka mal veya hizmeti de ele alıp karşılaştırarak yapmaktadır³⁷. Karşılaştırmalı reklamlar, hukuk sisteminin özel olarak düzenlediği reklam türlerinden biridir. Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemelerde tüketicinin yanlış tercih yapmasını engellemek üzere korunması da dikkate alınmakla birlikte temelde rekabeti olumsuz etkileyebilecek piyasa ortamının önüne geçilmeye çalışılmaktadır³⁸. TKHK’un reklamlara ilişkin 61. maddesinin 5. bendinde, “*Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir.*” ifadesiyle karşılaştırmalı reklamlara cevaz verilmiştir. Ancak Kanun’un bu ifadesinde karşılaştırmalı reklamların hangi sınırlar içinde kabul edileceği belirtilmemiştir. Bu konudaki ayrıntılı hükümler, Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin AB Direktifi³⁹ esas alınarak Ticari Reklam Ve İlanlara İlişkin İlkeler Ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetme-

³⁵ İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 43.

³⁶ İnal, Baysal, **a.g.e.**, s. 43.

³⁷ Göle, **a.g.e.**, s. 79; Savaş Bozbel, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 34; Güzin Üçışık, “İnternet Aracılığıyla Yapılan Karşılaştırmalı Reklamlar ve Tüketicinin Korunması”, **2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri** (Düzenleyenler Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık), Ankara, Bilge Yayınevi, 2013.

³⁸ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 370.

³⁹ Tokbaş, **a.g.e.**, s. 82 vd.

lik'te düzenlenmiştir. Yönetmelik'in 8. maddesinde hangi şartlarla karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun kabul edilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, karşılaştırmalı reklamlar; aldatıcı ve yanıltıcı olmaması, haksız rekabete yol açmaması, karşılaştırma yapılan mal ile reklamı yapılan malın aynı amaca hizmet etmesi, bu karşılaştırmanın tüketici menfaatine olması, objektif bir karşılaştırma yapılması, karşılaştırmanın ispatlanması, rakibin kötülenmemesi veya itibarsızlaştırılmaması, karşılaştırılan unsurların aynı coğrafi yerden olması, karşılaştırılan ürünlerin birbirine karıştırılmasının önüne geçilmesi şartlarıyla yapılabilir.

Aldatıcı reklamda, reklam, sadece reklamı yapılan nesne veya hizmet üzerinden gerçekleşirken; karşılaştırmalı reklamda aynı mecradaki özdeş nesne veya hizmet karşılaştırılarak tüketici ikna edilmeye çalışılmaktadır. Her ne kadar belli şartlara tabi tutulsa da karşılaştırmalı reklamlara hukuk sistemi cevaz vermektedir⁴⁰. Bir karşılaştırmalı reklamın ortalama tüketici bakımından aynı zamanda yanıltıcı olması halinde ise, karşılaştırmalı reklamlara ilişkin haksız rekabet denetimi yapılacağı⁴¹ gibi bunun yanı sıra aldatıcı reklama ilişkin ayıba karşı tekeffül ve hile hükümlerine dayalı yaptırımlara da ayrıca başvurulabilecektir⁴².

II. ALDATICI REKLAMLARA KARŞI TÜKETİCİNİN KORUNMA YOLLARI

Belirtildiği üzere aldatıcı reklamlara karşı; hem sözleşme ilişkisinden kaynaklı borçlar hukukunun genel hükümlerine hem tacirler arası rekabete etkisi dolayısıyla ticaret hukukundan kaynaklı haksız rekabet hükümlerine hem idarenin piyasayı koruma maksadıyla bağlantılı olarak Reklam Kurulu'nun müdahalesine hem de reklamın tüketicinin kararlarını etkileme maksadı dolayısıyla tüketici hukukuna başvurulabilir. Bu imkânlar sayesinde, aldatıcı reklamlara karşı, öz denetim, özel hukuk davası, idari denetim ve cezaî tatbikat mümkün olacaktır⁴³. Bu bölümde, her birine kısaca değinilmekle birlikte özellikle TKHK kapsamında ayıp hükümlerine başvurulması hususu ele alınacaktır.

A. TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA KORUNMA

Borçlar hukukunun genel hükümleri kapsamında aldatıcı reklamlar değerlendirildiğinde, TBK m. 36'da düzenlenen "aldatma (hile)" hükmünün ele alınması gerekmektedir. Aldatıcı reklamın bulunması halinde bu reklamlara karşı TBK m. 36'ya dayanarak iptal talep edilebilirdiğiyse sorunu ile karşılaşılmaktadır. Öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, reklam ile hilenin farklı zaman dilimlerinde etkili olduğudur⁴⁴. Reklamın etkili olduğu dönemde, taraflar arasında henüz bir sözleşme kurma niyeti veya somut bir sözleşme görüşmesi dahi başlamamıştır; hile ise sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşme görüşmelerinde etkisini göstermektedir⁴⁵. Reklamın etkili olduğu dönem ve sözleşme kurmaya yönlendirme amacı düşünüldüğünde, reklamın icap mı icaba davet mi olduğu konusu tartışılmaktadır⁴⁶. Bu noktada reklamın icabın bütün unsurlarını içermeyecek olmasından hareketle icaba davet olabileceği ileri sürülmüştür⁴⁷. Ancak bunlara karşı çıkan görüşe göre

⁴⁰ Üçışık, **a.g.e.**, s. 249; İçöz, **a.g.e.**, s. 83.

⁴¹ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 370.

⁴² Üçışık, **a.g.e.**, s. 251; İçöz, **a.g.e.**, s. 83.

⁴³ Avşar, Elden, **a.g.e.**, s. 85.

⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 455.

⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 455.

⁴⁶ Tartışmalar için bakınız İçöz, **a.g.e.**, s. 26 vd.

⁴⁷ Göle, **a.g.e.**, s. 45; Bozbel, **a.g.e.**, s. 33; İçöz, **a.g.e.**, s. 26.

ise, reklamın hedeflediği sözleşmeyi kuracak olan satıcı ve tüketiciyken, reklamı ise genellikle üretici veya sağlayıcının yapıyor olması, reklama icap veya icaba davet niteliği yüklenememesine neden olmaktadır⁴⁸.

Bu tartışmaları bertaraf ederek reklamın sözleşmenin müzakere aşamasına taşındığı durumlarda, yani aldatıcı reklamın bulunduğu ve sözleşmenin kurulmasında etkili olduğu hallerde TBK m. 36'daki hile hükmüne dayanarak sözleşmenin iptal edilip edilemeyeceği tartışılabilir. Burada öncelikle belirtilmelidir ki reklamın tüketiciyi ikna etme amacıyla bağlantılı olarak abartılı övgüler içermesi reklamı doğrudan aldatıcı yapmaz⁴⁹. Aldatıcı kabul edebilmek için, ortalama bir tüketicinin bu abartıları mal veya hizmetin niteliği olarak algılamasını haklı gösterecek bir durumun varlığı aranacaktır⁵⁰.

Belirtilen bu abartılı övgülerin sözleşmenin kurulmasında yoğunlaşması durumunda, yani satıcının bilerek ve isteyerek tüketiciyi sözleşme kurmaya yönlendirmek için yaptığı aldatıcı reklamlarda hileye başvurulması söz konusu olacaktır⁵¹. Ancak hileye başvurabilmek için hile kastının olması gerekmektedir. Aldatıcı reklamın genel hükümler kapsamında hile teşkil ettiğini ileri süren tüketici, satıcının hile kastı olduğunu da ispat etmelidir⁵². Ancak bu kastı ispat etmek muhtemelen kolay olmayacaktır. Dolayısıyla tüketicinin, kendisine ispat sorumluluğu yüklemeyen TKHK kapsamında aldatıcı reklama ilişkin düzenlemelere gitmesi daha lehine olacaktır⁵³.

Doktrinde dikkat çekildiği üzere bu konudaki en önemli hususlardan birisi de reklamın, satıcı dışında biri, yani üretici veya dağıtıcı tarafından yapılıyor olmasıdır⁵⁴. Böyle bir ihtimalde hileyi sözleşmenin tarafı olmayan kişinin yaptığı sonucuna ulaşılabilecektir ki bu duruma ilişkin TBK m. 36/2, sözleşmenin iptalini, aldatmanın sözleşmenin tarafınca da bilinmesi durumuna bağlamış, aksi halde sözleşmeyi geçerli saymıştır. Belirtilen ihtimale karşı, doktrinin ve İsviçre hukukunun getirdiği çözüme göre, üretici veya dağıtıcı, üçüncü kişi sayılmayıp, sözleşme ilişkisinde satıcının ifa yardımcısı olarak yorumlanmalıdır⁵⁵. Zira sözleşmenin kurulmasında özel bir hukuki ilişki dolayısıyla menfaati bulunan kimseler o sözleşme bakımından üçüncü kişi sayılmazlar⁵⁶. Ancak bu yönde bir yorumun kabul görmemesi durumunda hileye dayalı olarak sözleşmenin iptali mümkün olmayacaktır⁵⁷.

Hilenin uygulanmasına ilişkin tüm bu risklere karşın reklamı, satıcının kendisinin yapması ve hile kastını ispatlaması halinde, aldatıcı reklam dolayısıyla sözleşmeyi yapan taraf, hukuk sisteminin tanıdığı diğer imkânlarla birlikte TBK m. 36 kapsamında hileye dayalı yaptırımlara da başvurabilecektir⁵⁸.

⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 456; İçöz, **a.g.e.**, s. 26.

⁴⁹ Göle, **a.g.e.**, s. 79; Arkan, **a.g.e.**, s. 319; I. C. 1 başlığı.

⁵⁰ Göle, **a.g.e.**, s. 74; Bozbel, **a.g.e.**, s. 40.

⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 456; Göle, **a.g.e.**, s. 150; Üçışık, **a.g.e.**, s. 251; İçöz, **a.g.e.**, s. 158; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara, Yetkin, 2019, s. 449.

⁵² Göle, **a.g.e.**, s. 150.

⁵³ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 457; İçöz, **a.g.e.**, s. 158.

⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 457; İçöz, **a.g.e.**, s. 158.

⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 457.

⁵⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 450.

⁵⁷ İçöz, **a.g.e.**, s. 158.

⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 457.

B. TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA KORUNMA

Aldatıcı reklamlara karşı, tüketicinin başvurabileceği bir başka imkân da TTK kapsamında haksız rekabet hükümleridir⁵⁹. Zira tüketiciyi ikna etmek için yapılan aldatıcı reklamlar, aynı zamanda aynı kolda icraatlarına devam eden diğer tacirler açısından haksız rekabet teşkil etmektedir⁶⁰. Temelini dürüstlük kuralından alan haksız rekabet düzenlemelerinde hedef, dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamını sağlamaktır⁶¹.

TTK'nun haksız rekabete ilişkin 55. maddede yaptığı düzenlemede haksız rekabet teşkil eden haller sıralanırken m. 55/I. a-2 hükmünde aldatıcı reklamlara işaret edilmiştir. Bu hükme göre “*Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek*” haksız rekabet kapsamında değerlendirilmiştir. Bu hükümde haksız rekabet olarak değerlendirilebilecek birçok noktaya dikkat çekilmekle birlikte aldatıcı reklamlar bunlardan yalnızca birini teşkil etmektedir⁶². Belirtilen hükümdeki açıklamaların gerçek dışı veya yanıltıcı olması hususunda, TTK ve TKHK aynı yönde düzenleme yapmıştır. Haksız rekabet kapsamında yapılan değerlendirmelerde, tüketicinin yanlış bilgilendirilmesine, yanıtılması na neden olabilecek durumlar veya reklam veren tarafından ispatlanamayan haller aldatıcı reklam olarak değerlendirilmiştir⁶³. Buna bağlı olarak da reklamı yapan tacirler, haksız rekabet hükümlerine göre sorumlu tutulmuşlardır⁶⁴.

C. REKLAM KURULU DENETİMİ İLE KORUNMA

Gerek tüketiciyi gerek piyasayı koruyabilmek için reklam denetimi büyük önem arz etmektedir. Reklam denetimine ilişkin farklı hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir⁶⁵. Bu yaklaşımlardan biri reklamların özel hukuk davaları ile denetlenmesidir ki bu sistem Alman hukukunda görülmektedir. Diğer sistem ise reklam sektörünün bir araya gelerek öz denetim yapmasıdır ki bunun örneği de İngiliz hukukunda görülmektedir. Üçüncü yol ise idari denetimdir, yani idare içinde teşkilatlanmış bir birimin reklamları denetlemesidir ki bunun örneği ABD’de görüldüğü gibi Türk hukukunda da Reklam Kurulu bünyesinde görülmektedir.

Hukuka uygun olmayan reklamlara karşı, tüketicinin başvurabileceği idari imkân, Reklam Kurulu denetimidir. Reklam Kurulu’na ilişkin asli düzenleme de TKHK’da yapılmıştır. TKHK m. 61’deki reklamlara ilişkin genel düzenlemede, reklamların, Reklam Kurulu’nun belirlediği ilkelere uymasını hukuka uygunluğun bir parçası olarak belirtmiştir.

Reklam Kurulu’na ilişkin özel düzenleme ise TKHK m. 63’te yer almıştır. Bu maddedeki düzenlemeye göre, Reklam Kurulu, “*ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapma, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapma, inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme hususlarında*”

⁵⁹ Göle, *a.g.e.*, s. 141; İçöz, *a.g.e.*, s. 159.

⁶⁰ Göle, *a.g.e.*, s. 168.

⁶¹ Arkan, *a.g.e.*, s. 316.

⁶² N. Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 154.

⁶³ Ertan, *a.g.e.*, s. 158; Şahinci, *a.g.e.*, s. 48.

⁶⁴ Üçışık, *a.g.e.*, s. 252.

⁶⁵ İnal, *a.g.e.*, s. 254; Avşar, Elden, *a.g.e.*, s. 85.

yetkilidir. Görüldüğü üzere Reklam Kurulu'nun yetkileri kapsamında temel olarak hedeflediği husus, tüketicinin, reklamlara karşı, çeşitli yaptırımlarla korunmasıdır. Bu husus, Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin⁶⁶ 7. maddesinde de "Kurulun Görevleri" başlığı altında "haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapmak" lafziyla açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla hukukun cevaz vermediği aldatıcı reklamlara karşı tüketiciler, Reklam Kurulu denetimine başvurabilecektir. Herhangi bir tüketici Yönetmelik'in 8. maddesinde belirtilen usullerle, Kurul'a yazılı olarak veya elektronik ortamda başvurabilir, Kurul'un incelemesini talep edebilir.

D. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA KORUNMA

Bu başlık altında, aldatıcı reklamlara karşı, TKHK'daki ayıp hükümlerine başvurulması ele alınacaktır. Her ne kadar Reklam Kurulu vasıtasıyla yapılacak öz denetim de TKHK'da düzenlenmiş olsa da bu husus, ayrı bir başlık altında incelendiğinden bu başlık altında tekrar ele alınmayacaktır.

1. Satıcı veya Sağlayıcının Ayıplı Mal veya Hizmetten Sorumluluğu

TKHK'da ayıp, ayıplı mal (m. 8) ve ayıplı hizmet (m. 13) olarak ikiye ayrılarak ele alınmıştır⁶⁷. Her iki maddede de reklamlara atıf yapılarak reklamında belirtilen nitelikleri taşımayan mal veya hizmetin ayıplı kabul edileceği ifade edilmiştir. Çalışma kapsamında da bu maddelerdeki bütün ayıp halleri değil, reklamların ayıp teşkil etmesi noktasında yoğunlaşılacaktır. Öncelikle önemle belirtmek gerekir ki reklamlara aldatıcı olmaları dolayısıyla ayıp hükümlerinin uygulanabilmesi için bu reklamların sözleşmenin kurulmasını sağlayıcı etkiye sahip olması gerekir. Aksi halde sözleşmenin kurulmasına etki etmeyen bir hususa dayanarak ayıp hükümlerine başvurulamayacaktır.

Genel hükümler bağlamında ayıbın tanımı yapıldığında, ayıp, malda veya hizmette var olduğu vaat edilen veya alıcının dürüstlük kuralına göre bu maldan beklemekte haklı olduğu vasıfların mal veya hizmette bulunmamasıdır⁶⁸. Bu düzenleme ile iki ayrı durum için ayıp nitelmesi yapılırsa da her iki durumda da alıcının olağan bir şekilde mala ve hizmete atfedebileceği niteliğin bulunmaması ayıp teşkil edecektir⁶⁹. Genel bir yaklaşımla benzer bir sözleşmede elde edilecek mal veya hizmette bulunması gereken iyi niteliklerin bulunmaması; bulunmaması gereken kötü niteliklerin bulunması şeklinde ayıp kavramı somutlaştırılabilir⁷⁰. Kısaca malda veya hizmette olması gereken niteliklerin olmaması şeklinde de tanımla-

⁶⁶ RG. S. 29049, T. 03.07.2014.

⁶⁷ Murat Aydoğdu, "Madde 8 Şerhi", **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner), İstanbul, Aristo Yayınevi, 2016, s. 185.

⁶⁸ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C I/1, 6. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat, 2008, s. 163; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Ankara, Yetkin, 2018, s. 117; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel)**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 2019, s. 102; Ömer Faruk Çelik, **Türk Borçlar Kanunu Bakımından Taşınır Satışında Alıcının Ücretsiz Onarım (Ayıbın Giderilmesini) İsteme Hakkı**, İstanbul, Onikilevha, 2019, s. 9.

⁶⁹ Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 117; Cevdet Yavuz, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu (Ayıp)**, İstanbul, Beta, 1989, s. 61; Murat Aydoğdu, Nalân Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Adalet, 2019, s. 137.

⁷⁰ Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar)**, 10. Bası, İstanbul, Beta, 2014, s. 141.

nabilecektir⁷¹. Ayıp olarak nitelenen “özür, defo, bozukluk, arıza” dolayısıyla ki tüketici, mal veya hizmetten tümüyle veya gerektiği gibi yararlanamamaktadır⁷².

TKHK’da ise bu şekilde genel bir düzenleme yapmak yerine daha çok örnekleme yoluyla ayrıntılı bir düzenlemeye gidilmiştir⁷³. Ancak maddelerde belirtilen hususlar, üst başlıklar altında toplandığında, yine mal veya hizmetin dürüstlük kuralı bakımından taşınması gereken vasıfları taşımaması (*objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması*) veya satıcı veya sağlayıcının vaat ettiği (*ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında*) özelliklerin mal veya hizmette bulunmaması halinde ayıp hükümlerine başvurulabilecektir. Reklamlar bakımından TKHK m. 8 ve TKHK m. 13 ele alındığında, reklamların bu tasnif içinde satıcının vaat ettiği niteliklere tekabül ettiği sonucuna varılacaktır⁷⁴. Diğer bir ifade ile satıcı veya sağlayıcının mal veya hizmete ilişkin yaptığı reklamlarda belirttiği hususların bulunmaması halinde nitelik vaadinin yerine getirilmemiş olması dolayısıyla mal veya hizmetin ayıplı olduğu sonucuna varılacaktır. Ancak reklamda belirtilen hususun, nitelik vaadi sayılması için daha önce de ifade edildiği gibi⁷⁵, reklamlara özgü aşırı abartı olmaması, tüketici tarafından reklamda belirtilen hususun ciddiye alınmasını haklı gösterecek bir durumun olması gerekmektedir⁷⁶. Aksi halde, tüketici tarafından ciddiye alınmayacak reklamlardaki hususlara dayanılarak nitelik vaadinin yerine getirilmediğinden hareketle ayıp hükümlerine başvurulamayacaktır⁷⁷. Doktrinde, reklamın nitelik vaadi olup olmadığının tespitinde dürüstlük kuralı kapsamında yapılacak yoruma göre karar vermek gerektiği belirtilmiştir⁷⁸. Satıcı, kıyası kabul olmayan reklam ifadelerinin

⁷¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 167; Eren, **Özel**, s. 104; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt I, 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2013, s. 68.

⁷² Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 190.

⁷³ “Ayıplı mal-m. 8- (1) Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.

(2) Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.”

“Ayıplı hizmet-m. 13- (1) Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.

(2) Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır.”

⁷⁴ Mustafa Alper Gümüş, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt 1 (Madde 1-46), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 89; Sezer Çabri, **6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ankara, Adalet, 2016, s. 176; Göle, **a.g.e.**, s. 151; Üçışık, **a.g.e.**, s. 595; Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 192; İçöz, **a.g.e.**, s. 137.

⁷⁵ I. C. 1.

⁷⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s. 89; Çabri, **a.g.e.**, s. 175.

⁷⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 166; Eren, **Özel**, s. 108; Çabri, **a.g.e.**, s. 175; Çiğdem Kırcı, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a Göre Ayıplı Mal”, **Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler**, (Ed. Hüseyin Can Aksoy), Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2016, s. 157.

⁷⁸ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 120; Eren, **Özel**, s. 111; Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 238.

den (mesela arslan kadar güçlü, tazi kadar hızlı) değil; tüketicide haklı güven oluşturan reklamlardan sorumlu tutulmalıdır⁷⁹. Bu noktada makul ve mantıklı bir tüketicinin reklamı değerlendirdiği ve yorumladığı esas alınarak haklı güven oluşup oluşmadığı tespit edilmelidir⁸⁰.

2. Ayıptan Sorumluluk Halinde Başvurulacak Seçimlik Haklar

Ayıp sorumluluğunu doğuran hallerin bulunması halinde, tüketici, hem ayıplı mala hem de ayıplı hizmete karşı TKHK m. 11 ve 15'te düzenlenen seçimlik haklara başvurabilecektir. Bu maddelerde, tüketiciye, genel hükümlerle düzenlenen dönme, bedelde indirim, onarım, benzeriyle değişim seçimlik haklarıyla aynı yönde haklar tanınmıştır. Tüketici, satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirecek sözleşmeden dönebilir, satış bedelinde indirim isteyebilir, aşırı bir masraf gerektirmeyecekse masrafları satıcıya ait olmak üzere ücretsiz onarılmasını isteyebilir veya imkânı varsa satılanın ayıpsız misliyle değiştirilmesini (hizmetler için hizmetin yeniden görülmesini) talep edebilir. Ayıba ilişkin TBK ve TKHK arasındaki en önemli fark, TKHK'da ayıba karşı tekeffül için şekli bir şart getirilmemiştir⁸¹. Yani tüketicinin ayıp hükümlerine gidebilmesi için malı gözden geçirmesi ve bildirimde bulunması beklenmemiştir. Mülga 4077 sayılı TKHK'da da otuz günlük süre içinde tüketicinin bildirimde bulunması beklenirken 6502 sayılı TKHK'da yapılan değişiklikle tüketicinin, ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanması için artık bildirimde bulunması beklenmeyecektir⁸². Ancak gözden geçirme ve bildirim kaldırılmış olması tüketicinin her zaman ayıptan sorumluluğa başvurabileceği anlamına gelmez⁸³. Tüketici, TKHK m. 12 kapsamında iki yıllık zamanaşımı süresi içinde ayıptan sorumluluğa başvurabileceği gibi ayıptan doğan haklarını da dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanamayacaktır⁸⁴. Bu hükümle düzenlenen zamanaşımı süresi, nisbi emredici nitelikte bir hüküm olarak değerlendirilecektir. Buna bağlı olarak da zamanaşımı süresinin tüketici lehine uzatılabilmesi mümkünken; tüketicinin korunması amacını güttüğünden sürenin kısaltılması mümkün olmayacaktır⁸⁵.

Reklamlarda belirtilen hususlar da satıcının (sağlayıcının) nitelik vaadi olması hasebiyle reklamlarda belirtilen hususların mal veya hizmette bulunmaması (yani reklamın sunumla farklılığı dolayısıyla aldatıcı olması) halinde tüketici belirtilen seçimlik haklardan birini tercih edebilir⁸⁶. Bu seçimde, seçeneğin mal veya hizmete uygun olmasına da dikkat edilecektir. Kanun koyucu da buna işaret etmek için seçimlik haklara ilişkin düzenlemeyi yaparken bazı şartları da hükme eklemiştir. Buna göre, onarım talebi için aşırı masraf gerektirmemesini; ayıpsız misliyle değiştirilmesi için ise imkân dâhilinde bulunmasını aramıştır. Maddenin gerekçesinde⁸⁷ de bu duruma açıklık getirilmiştir: *Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarının kullanılmayacağı durumlar belirlenmiştir. Her ne kadar tüketici seçimlik haklarından birini kullanmakta serbestse de özellikle ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme haklarının kullanılması bazı hallerde satıcıyı zor duruma bırakabilir. Buna göre onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme imkânsız ise bu taleplerin*

⁷⁹ Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 238.

⁸⁰ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 120; Kırca, **a.g.e.**, s. 161.

⁸¹ Gümüş, **a.g.e.**, s. 138.

⁸² Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 128; Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 187; Çabri, **a.g.e.**, s. 197.

⁸³ Çabri, **a.g.e.**, s. 197.

⁸⁴ Çabri, **a.g.e.**, s. 197.

⁸⁵ Eren, **Özel**, s. 129.

⁸⁶ Çabri, **a.g.e.**, s. 176; İçöz, **a.g.e.**, s. 146.

⁸⁷ (çevrimiçi) <http://mevzuat.tbmm.gov.tr>, (e.t. 01.06.2020).

ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. İmkânsız olmasa bile, ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme satıcı açısından orantısız güçlükleri beraberinde getirecek ise tüketici yine bu haklarını kullanamaz. Seçimlik haklara ilişkin düzenlemede seçimlik hak arasında öncelik-sonralık ilişkisi kurulmamıştır, dolayısıyla tüketici istediği hakkı seçebilecektir⁸⁸. Fakat maddenin dayanağını oluşturan 99/44/EC Malların Satışı ve Garantileri Hakkında AB Direktifi'nin⁸⁹ 3. maddesinde seçimlik haklar bakımından öncelik-sonralık düzenlemesi yapılmıştır. Maddeye göre "Tüketici, ilk planda satıcıdan, bir imkânsızlık ya da orantısızlık söz konusu olmadıkça, bedelsiz olarak malların onarılmasını ya da yine bedelsiz olarak malların yenilenmesini talep edebilir." Buna sebep olarak, "sözleşmeyi ayakta tutma (favor contractus)" ve "ahde vefa (pacta sunt servanda)" ilkeleri gösterilebilir⁹⁰. Orantısızlığı da yine kendi içinde tanımlayan Direktif'e göre, orantısızlığı hesaplarken, malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından telafi edici olup olmadığı dikkate alınacaktır⁹¹. TKHK'nın lafzından bu şekilde genel bir ilke çıkarılmamakla birlikte yine de seçimlik hakkın orantısız olup olmadığına dikkat edilmesi gerektiği Gerekeç'e⁹² vurgulanmıştır: "Örneğin malın tamir edilmesi, ayıpsız mislinin verilmesi ile mukayese edildiğinde çok daha masraflı olacaksa tüketicinin tamirde ısrarcı olması kabul edilmeyecektir. Satın alınan bir vidanın dışlarında bozukluk varsa vidanın tamiri yerine ayıpsız misli ile değiştirilmesi daha uygundur. Buna karşılık satın alınan bir çamaşır makinesinin bir vidasının bozulması halinde, başka bir çamaşır makinesi talep edilmesi orantısızlık savunması ile karşılaşır. Bu hallerde vidanın değiştirilmesi uygun olan çözümdür."

Aldatıcı reklamlara karşı ayıptan sorumluluk hükümlerinin işletilmesi yargı kararlarına çok fazla yansımaya da az sayıdaki karardan birinde⁹³, devre mülkün reklamında belirtti-

⁸⁸ Gümüş, a.g.e., s. 116.

⁸⁹ Tokbaş, a.g.e., s. 114.

⁹⁰ Aydoğdu, a.g.e., s. 263.

⁹¹ Tokbaş, a.g.e., s. 114.

⁹² (çevrimiçi) <http://mevzuat.tbmm.gov.tr>, (e.t. 01.06.2020).

⁹³ "Davacılar, davayla yaptıkları devre tatil sözleşmesi gereğince devre tatil hakkını kullandıklarını belirtmişler ancak ayıplı hizmet nedeniyle sözleşmenin geçersizliğine karar verilmesi için bu davayı açmışlardır. Davacılar 11 Ağustos- 18 Ağustos 2001 tarihleri arasında devre tatil hakkını kullandıktan sonra tatilden dönüşte durumu davalı şirkete bildirmişler, daha sonra da 3.9.2001 tarihli ihtarnameyi göndererek, ödedikleri paranın ve verdikleri senetlerin iadesini istemişlerdir. Yargılama sırasında, davacıların tatil yaptıkları davalıya ait tesislerde keşif yapılmış olup bilirkişi raporunda, tanıtım broşüründe vaad edildiği halde tesiste bulunmayan özellikler sayılmıştır. Tanıtım broşüründe davalıya ait tesiste 12 km.ye varan kayak pistlerinin evlerin içinde şöminenin, kapalı yüzme havuzunun, beş yıldızlı bir otelin bulunduğu belirtildiği halde bunların dava konusu tesiste bulunmadığı anlaşılmıştır. Keza tanıtım broşüründe resimleri basılı olan futbol-voleybol-basketbol sahalarının, dava konusu tesiste aynı kalitede olmadığı da yine bilirkişi raporunda açıklanmıştır. Şu halde davalının verdiği hizmet 4077 sayılı yasanın 4/1 maddesinde tanımlanan ayıplı hizmettir. Ayrıca 4077 sayılı yasanın 16. maddesi gereğince tüketiciciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici reklam ve ilamlar yapılması da yasaktır. Davacıların sözleşmeyi feshetmeleri haklıdır. Bu durumda davacılar ödedikleri bedelin ve henüz ödenmemiş senetlerle mükerrem olarak düzenlenen senetlerin iadesini isteyebilirler. Ne var ki 4077 sayılı yasanın 4/5 maddesi gereğince ayıplı hizmetin yeniden görülmesi imkânsızlaşmışsa veya amaca aykırı sonuçlar doğuracak nitelikte ise, bedel iadesinde, tüketicinin ayıplı hizmetten sağladığı fayda kadar indirim yapılır. Mahkemece davacıların tatil yaptıkları bir haftalık süreye ilişkin bedel konusunda uzman bilirkişi aracılığı ile saptanarak, bu miktarın iade edilecek satış bedelinden tenzili gerekir. Yazılı şekilde davalının reddi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." 13. HD. E. 2003/2749 K. 2003/5860 T. 12.5.2003. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, (e.t. 01.06.2020)

len özellikleri taşımaması dolayısıyla Yargıtay, tüketicinin seçimlik haklarını değerlendirmiş, ayıplı hizmetin yeniden görülmesinin imkânsızlaşması veya uygun olmaması halinde bedelde indirimle gidilmesi gerektiğine işaret etmiştir.

3. Satıcı veya Sağlayıcının Ayıptan Sorumlu Tutulamaması

Kanun koyucu, hem ayıplı mal hem de ayıplı hizmetler için, TKHK m. 9 ve 14'ün ikinci fıkralarında satıcı veya sağlayıcıyı ayıplı ifadan sorumluluktan kurtaracak aynı yönde özel düzenleme yapmıştır. Buna göre, “*satıcı (sağlayıcı), kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satış sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya satış sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağı olmaz*”. Satıcıya veya sağlayıcıya tanınan bu hak sayesinde, tüketicinin, reklamda belirtilen hususların satıcının (sağlayıcının) nitelik vaadi kabul ederek ayıptan doğan sorumluluğa gitmesi engellenecektir. Dikkat edilirse düzenleme satıcı veya sağlayıcı için geçerlidir; üretici veya ithalatçının sorumluluğu bakımından geçerli değildir⁹⁴. Kaldı ki reklamı satıcının yapmış olması halinde de bu hükme başvurulamayacaktır; çünkü hükmün amacı, reklamın satıcı dışında birisi tarafından yapılması halinde, reklamdan dolayı satıcıyı sorumlu tutmanın adaletsizliğe yol açabilecek olmasıdır⁹⁵. Satıcının reklamı kendinin yapması halinde bu ihtimal ortadan kalkacağı için sorumluluktan kurtulma da söz konusu olmayacaktır. Bu hükmün getirilmesinde, günümüzdeki alışveriş ortamı etkili olmaktadır. Zira bugün artık satıcılar sadece kendi ürettikleri malı satmamaktadır. Hatta satıcılar genelde başka üretici veya ithalatçılardan temin ettikleri malları satmakta ve kendisine ambalajla gelen malların özelliklerini genellikle ayrıntılarıyla bilememektedir. Özellikle de reklamın, üretici veya ithalatçı tarafından yapılması halinde satıcı bazen reklamın varlığından bile haberdar olamamaktadır. Bu şekilde bir durumun varlığı halinde, satıcı veya sağlayıcı, ispat yükü kendisinde olmak kaydıyla sorumluluktan kurtulabilecektir⁹⁶. Ancak şu husus da dikkatten kaçmamalıdır ki satıcının, üreticinin temsilcisi gibi kabul edildiği, üreticinin sürüm sistemine çok sıkı bir şekilde bağlı olduğu bağımsız işletmecilerde (franchise alanlar, acenteler ve tek satıcılar), üretici ve satıcı tek bir kişi kabul edileceğinden bu hükme dayanarak satıcı sorumluluktan kurtulamayacaklardır⁹⁷.

Satıcıyı sorumluluktan kurtaran haller, Gerekece’de de belirtildiği gibi, dayanağını 99/44 EC Malların Satışı ve Garantileri Hakkında AB Direktifi’nde⁹⁸ bulmaktadır. Bu direktifin 2. maddesinin 4. fıkrasına göre,

“Aşağıdaki durumlarda aleni beyanlar paragraf 2 (d)’de açıklandığı gibi satıcıyı bağlamayacaktır:

- *Satıcı, söz konusu beyandan haberdar olmadığını, ya da makul şartlarda haberdar olamayacağını ispat ediyorsa,*
- *Satıcı, akit imza tarihi itibarıyla söz konusu beyanın düzeltilmediğini ispat ediyorsa, ya da*
- *Satıcı, söz konusu beyanın söz konusu tüketim mallarını satın alma kararı üzerinde etkisi olmadığını ispat ediyorsa”*

⁹⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s. 94; Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 236.

⁹⁵ Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 236.

⁹⁶ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 125; Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 237; Çabri, **a.g.e.**, s. 203.

⁹⁷ Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 457; Kırcı, **a.g.e.**, s. 162.

⁹⁸ Tokbaş, **a.g.e.**, s. 105 vd.

TKHK'un madde Gerekeçe'sinde⁹⁹ de benzer şekilde bu husus şu şekilde izah edilmiştir: "İkinci fıkra 1999/44 sayılı AB Yönergesinin 2 nci maddesinin dördüncü paragrafı esas alınarak kaleme alınmıştır. Reklam veya ilân yoluyla yapılan açıklamalara aykırı mal teslim edilmesi halinde bir ayıbın varlığının kabul edilmesinin nedeni, bu açıklamalarda yer alan taahhütlerin taraflarca bilindiği ve dolayısıyla bunların sözleşme içeriği olduğudur. Ancak nadiren de olsa, satıcının, mala ilişkin olarak örneğin üretici tarafından yapılan reklamlardan fiilen haberdar olmaması ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyecek olması ihtimali vardır. İşte bu hallerde satıcının ilgili taahhütlerle bağlı tutulması uygun olmayacaktır. Kuşkusuz bu durumda ispat yükü satıcıdadır. Satıcının reklam ve ilânlarda vaat edilenlerden sorumlu tutulmaktan kurtulmak için başvurabileceği ikinci yöntem, gerçeği yansıtmayan reklam veya ilânın, satım sözleşmesinin kurulması anına kadar düzeltilindiğini ispat etmesidir. Bu hallerde sözleşme içeriği zaten yeni reklama göre belirlenir. Son olarak satıcı, ilgili reklam ve ilâna rağmen, tüketicinin bunlardan etkilenmediğini, yani buradaki taahhütlere bağlı olarak sözleşme kurma iradesinin oluşmadığını da ispat edebilir. Örneğin ilgili reklamın hiç ulaşmadığı bir bölgede kurulan bir satım sözleşmesi açısından bu imkân mevcuttur. Bu hallerde yine reklamdaki taahhüdün sözleşme içeriği olmadığı kabul edilebilir."

Direktifte ve Gerekeçe'de¹⁰⁰ izah edilen bu hususu Gümüş'ün verdiği bir örnek¹⁰¹ üzerinden açıklamak gerekirse; Kars'ta ikamet eden bir tüketicinin, İstanbul'u ziyareti sırasında gördüğü ve sadece İstanbul ili sınırlarında yayınlanan bir reklama binaen Kars'ta bir sözleşme akdetmesi halinde, Kars'taki satıcı bu reklamdaki haberden haberdar olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir. Ya da Kars'taki satıcının, sözleşme akdedildiği sırada, tüketicinin yalnızca İstanbul ilinde yayınlanan reklamdaki haberden haberdar olmadığını ispatlaması halinde de sorumluluktan kurtulabilecektir. Reklamın, satış sözleşmesinin akdedilmesi anına kadar düzeltilmesi hususunda tüketiciyle imzalanan bir sözleşmenin de yeterli olacağı¹⁰² belirtilse bile doktrinde düzeltmenin sadece tüketiciye karşı yapılmasının yeterli olmayacağı, düzeltilen reklamın, değiştirilen reklamla eşdeğer bir ortam ve türde yayınlanması gerektiğine dikkat çekilmiştir¹⁰³. Bu görüşe göre, her ne kadar tüketici reklama ilişkin düzenlemeye ulaşmış olsa da burada asıl önemli olan tüketicinin düzeltme hakkında fiilen bilgi sahibi olması değil, bilgi sahibi olma imkânının sağlanmasıdır. Bu sayede, tüketici satış sözleşmesinin akdedilmesi anında düzeltmeden haberdar olmasa bile satıcı sorumluluktan kurtulacaktır. Bu izaha göre ulusal bir televizyon kanalında yapılan reklamın düzeltilmesi de yine ulusal bir kanalda yapılmalı; yerel kanaldan yapılan düzeltme yeterli sayılmamalıdır¹⁰⁴.

SONUÇ

Ürün ve hizmet çeşitliliğinin kontrol edilemez boyutlara geldiği piyasa ortamında, satıcı ve sağlayıcılar için reklamlar vazgeçilmez bir unsur olmuştur. Reklamın zararlı etkileri ileri sürülerek engellenmesi mevcut iktisadi hayat için artık teklif edilebilir değildir. Bir yönüyle tüketicilere bir yönüyle rakip diğer tacirlere bir yönüyle de piyasa sabitelerine temas eden reklamlara karşı hukuk sisteminin iyi işletilmesi de kaçınılmazdır. Özellikle

⁹⁹ (çevrimiçi) <http://mevzuat.tbmm.gov.tr>, (e.t. 01.06.2020).

¹⁰⁰ (çevrimiçi) <http://mevzuat.tbmm.gov.tr>, (e.t. 01.06.2020).

¹⁰¹ Gümüş, **a.g.e.**, s. 94 vd.

¹⁰² Aydoğdu, **a.g.e.**, s. 237.

¹⁰³ Gümüş, **a.g.e.**, s. 95; Çabri, **a.g.e.**, s. 204.

¹⁰⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s. 95.

hukuka aykırığı, çalışma kapsamında aldatıcı reklamlara karşı tüketicilerin de rekabet ortamının da korunması elzemdir.

Aldatıcı reklamların çok yönlü etkisi, korumanın da çok yönlü yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde bu tip reklamlara karşı tüketicinin başvurabileceği bütün sistemleri işler kılmak gerekmektedir. Tüketiciler aldatıcı reklamlara karşı gerek genel hükümlere gerekse özel düzenlemelere başvurabilmelidir. Bu kapsamda tüketiciler, borçlar hukukunun genel hükümlerinden “hile”ye başvurabileceği gibi ticaret hukuku çatısında da “haksız rekabet” hükümlerine gidebilecektir. Ayrıca piyasanın ve tüketicinin korunması amacıyla ihdas edilen Reklam Kurulu da idari denetim yaparak idari para cezaları, tedbirler veya cezaı yaptırımlara da hükmedebilecektir. Çalışma kapsamında, tüm bu imkânların yanında tüketici hukuku kapsamında “ayıp” hükümlerine başvurulması temel hareket noktasını oluşturmuştur. Ayıp hükümleri, sözleşmeye aykırılığın özel düzenlenmiş hali olarak uygulanmakla birlikte tüketiciler temel alındığında ise tüketici lehine tavır alınarak uygulanmaktadır. TKHK’da da düzenlendiği üzere reklamlarda belirtilen hususların mal veya hizmette var olmaması ayıp teşkil edeceğinden tüketici, Kanun’un kendisine tanıdığı imtiyazlı haklardan yararlanabilecektir. Diğer bütün imkânlarla başvurmak yerine, TKHK kapsamında ayıp hükümlerine dayanarak seçimlik haklarını kullanabilecektir.

İktisadi güç ve medyanın her türünün devreye girmesi bakımından değerlendirme yapıldığında, reklam verenler ile reklamın muhatabı tüketiciler arasında menfaatler dengesinin reklam verenler lehine bozulmuş olduğu açıktır. Dolayısıyla pazarlama ve medya tekniklerine karşı yeterli bilgi ve dikkate sahip olmayan ortalama tüketicinin korunması hukuk sisteminin vazifesidir. Bu manada, diğer bütün imkânların yanında, ayıp hükümleriyle özel olarak getirilen seçenekler, satıcı veya sağlayıcı karşısında dezavantajlı konumdaki tüketici açısından telafi edici olacaktır.

KAYNAKÇA

- Aral, Fahrettin, Ayrancı, Hasan** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, Yetkin, 2018.
- Arkan, Sabih** Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014.
- Avşar, Zakir, Elden, Müge** Reklam ve Reklam Mevzuatı, Ankara, RTÜK Yayın, 2004.
- Aydoğdu, Murat** “Madde 8 Şerhi”, Milli Şerh, (Ed. Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner), İstanbul, Aristo Yayınevi, 2016.
- Aydoğdu, Murat, Kahveci, Nalân** Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Adalet, 2019.
- Bozbel, Savaş** Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Ankara, Seçkin, 2006.
- Çabri, Sezer, Çelik, Ömer Faruk**, 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, Adalet, 2016. Türk Borçlar Kanunu Bakımından Taşınır Satışında Alıcının Ücretsiz Onarım (Ayıbın Giderilmesini) İsteme Hakkı, İstanbul, Onikilevha, 2019.
- Ertan, N. Füsün Nomer, Eren, Fikret, Eren, Fikret** Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin, 2019. Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel), 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 2019.

Göle, Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1983.

Gümüş, Mustafa Alper 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde 1-46), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

Gümüş, Mustafa Alper, İçöz, Derya Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2013. Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

İnal, Emrehan “Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Tasarı Taslağı'nın Reklamlara İlişkin Düzenlemesi”, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri (Düzenleyenler Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık), Ankara, Bilge Yayınevi, 2013.

İnal, Emrehan, Baysal, Başak, Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008.

Rıca, Çiğdem “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Ayıplı Mal”, Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler, (Ed. Hüseyin Can Aksoy), Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2016.

Kocayusufpaşaoğlu Necip (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı) Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.1, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 6. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2014.

Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut, Pekdinçer, Remzi Tamer, Yıldız, Ozan Ali Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 16. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018. İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı, Ankara, Adalet, 2019

Poroy, Reha, Yasaman, Hamdi Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Şahinci, Dilek, İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklamverenlerin Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Tokbaş, Hakan, Tandoğan Haluk Tüketici Hukuku İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2015. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C I/1, 6. Tıpkı Basım, İstanbul, Vedat, 2008.

Üçışık, Güzin, “İnternet Aracılığıyla Yapılan Karşılaştırmalı Reklamlar ve Tüketicinin Korunması”, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri (Düzenleyenler Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık), Ankara, Bilge Yayınevi, 2013.

Yavuz, Cevdet Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu (Ayıp), İstanbul, Beta, 1989.

Yavuz, Cevdet, Acar, Faruk, Özen, Burak Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, Beta, 2014.

TAŞINIR MÜLKİYETİNİN TERK YOLUYLA KAYBI

(LOSS OF MOVABLE PROPERTY THROUGH ABANDONMENT)

Arş. Gör. Serra KOCAR* **

ÖZ

Taşınır mülkiyetinin konusu Türk Medeni Kanunu m. 762'de taşınır eşya ve bazı doğal güçler olarak ifade edilmiştir. Taşınır mülkiyetinin sahibi, taşınırı, mülkiyetinden çıkarma konusunda tasarruf yetkisine sahiptir. Bu anlamda malik, taşınır mülkiyetini terk edebilir. Bu işlem neticesinde malik taşınırı kaybetmektedir. Taşınır mülkiyetinin terki için malikin terk iradesine sahip olması ve taşınırı kesin ve sürekli olarak zilyetliğinden çıkarması gerekmektedir. Söz konusu tasarruf işlemi sonucundan taşınır sahipsiz hale gelmektedir. Taşınır mülkiyeti paylı mülkiyete konu olması halinde de paydaşların payından feragat etmesi mümkündür. Payın terki, taşınır mülkiyetinin terki kapsamında teknik bir terk işlemi niteliğinde değildir.

Anahtar Kelimeler: Taşınır mülkiyetinin terki, terk iradesi, paylı mülkiyette payın terki

ABSTRACT

The subject of the movable property is stated in the Turkish Civil Code article 762 as movable goods and some natural forces. The proprietor of the movable property has the power of disposition to dispose of the movable property. In this sense, the owner can desert movable goods. As a result of this transaction, the owner loses the movable. For the abandonment of movable ownership, the owner must have the will of desert the property and permanently remove it from its possession. As a result of this act of disposal, movable property becomes ownerless. Stakeholders may waive their share if there is joint ownership in movable ownership. The withdrawal of the share is not a technical abandonment within the scope of the abandonment of movable ownership.

Keywords: *the abandonment of movable ownership, the will of desert, waiver of share in joint ownership*

GİRİŞ

Taşınır mülkiyetinin kapsamına nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler girmek-

¹ Eserin Dergimize geliş tarihi:23.10.2019. İlk hakem raporu tarihi:09.03.2021. İkinci hakem raporu tarihi:19.04.2021. Onaylanma Tarihi:20.04.2021.

* Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7772-2974.

Esere Atıf Şekli: Serra Kocar, "Taşınır Mülkiyetinin Terk Yoluyla Kaybı", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1199-1214.

tedir. Taşınır mülkiyeti, taşınmaz mülkiyeti sayılmayan ve taşınmazla sıkı bağılılığı bulunmayan mallardan oluşmaktadır.

Taşınır mülkiyetinin kaybı mutlak ve nisbi surette gerçekleşmektedir. Taşınır mülkiyetinin terki mülkiyetin mutlak kaybıdır. Zira malik taşınırı terk iradesiyle zilyetliğinden çıkardıktan sonra taşınır üzerindeki mülkiyet hakkı tamamen ortadan kalkmaktadır. Bir başka kişi bu işlemle taşınıra malik olmamaktadır.

Taşınır mülkiyetinin terki, nitelik itibarıyla bir tasarruf işlemidir. Malik tek taraflı olarak taşınırı mülkiyetinden çıkarmaktadır.

Çalışma kapsamında öncelikle taşınır mülkiyeti ve taşınır mülkiyetinin kaybına ilişkin değerlendirme yapılacaktır. Devamında ise taşınır mülkiyetinin terkinin tasarruf işlemi niteliği üzerine incelemeler yapılacaktır. Taşınır mülkiyetinin terki, tek taraflı tasarruf işlem olduğu için eksiltici işlem kapsamında değerlendirilir. Burada malik, taşınırı bir başkasına kazandırmaksızın mülkiyetten feragat etmektedir.

Ayrıca çalışma kapsamında taşınır mülkiyetinin terkinin gerçekleşmesi için gerekli olan aşamalardan bahsedilecektir. Zira terk, malikin terk iradesi ile taşınırı zilyetliğinden çıkarması ile mümkün olmaktadır. Bu kapsamda taşınır mülkiyetinin terkine ilişkin yargı kararları değerlendirilecektir.

Çalışmanın son kısmında terke ilişkin tasarruf işleminin hüküm ve sonuçları incelenecektir. Taşınır mülkiyeti, malikin terke ilişkin tasarruf işlemini yerine getirmesiyle sahipsiz hale gelmektedir. Taşınır üzerinde mülkiyet hakkının birden fazla kişiye ait olması durumunda paydaşların sahip olduğu payları terk edebilmesi mümkündür. Birlikte mülkiyet kapsamında paylı mülkiyetin kurulduğu taşınırlarda paydaşların paylarından feragat etmesi neticesinde ortaya çıkacak hukuki sonuçlar teknik anlamda terkten farklılık arz etmektedir. Taşınır mülkiyeti ve payın terkine ilişkin tasarruf işleminin hüküm ve sonuçları bu anlamda değerlendirme konusu yapılacaktır.

I. Taşınır Mülkiyeti Kavramı ve Genel Olarak Taşınır Mülkiyetini Sona Erdiren Sebepler

A. Taşınır Mülkiyeti Kavramı

Taşınır mülkiyetinin konusu 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹ (TMK) m. 762'de, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler olarak ifade edilmiştir. Bir eşyanın taşınır mülkiyeti kapsamında değerlendirilebilmesi için öncelikle taşınmaz mülkiyetine konu olmaması gerekmektedir. Taşınır eşya ile taşınmaz eşya arasındaki ayrımın maddi ve hukuki yönleri bulunmaktadır. Nitekim TMK m. 704 ve TMK m. 762, bu hukuki ayrımın dayanaklarıdır. Taşınır eşyanın niteliği gereği zarar görmeksizin bir yerden bir yere taşınabilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla taşınır eşya, üzerinde bulunduğu taşınmaz ile sıkı surette bağlı olmalıdır².

TMK m. 762'de taşınır mülkiyetinin kapsamına, maddi malların yanında doğal güçler de dâhil edilmiştir. Maddi mallar yapısı gereği taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturmaktadır. Doğal güçlerin taşınır mülkiyeti olarak kabulü Kanun gereğidir. Doğal güçlerin

¹ RG. 8.12.2001, S. 24607.

² GÖKHAN ANTALYA, Eşya Hukuku Giriş Temel Kavramlar ve İlkeler, C.IV/I, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2019, s. 84, 85; FİKRET EREN, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 489 vd.; JALE AKİPEK/TURGUT AKINTÜRK/DERYA ATEŞ, Eşya Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 32; 22, 23. SUAD BERTAN, Aynı Haklar, C. I, Balkan Basım ve Ciltevi, Ankara 1976, s. 22, 23.

yanında enerji de taşınır eşya kapsamındadır. Yani elektrik enerjisi, nükleer enerji, termik, rüzgâr ve güneş enerjisi taşınır eşya sayılır. Burada kıstas, enerjinin kullanımı ve yararlanılması açısından hâkimiyet altında tutulabilmesidir. Dolayısıyla taşınır mülkiyetine ilişkin hükümler, kanun atfı gereği doğal güçlere ve enerjiye kıyasen uygulanabilir³. Gemilerin her ne kadar bir yerden bir yere taşınabiliyor olması nedeniyle taşınır eşya olması gerektiği düşünülse de Türk Ticaret Kanununda öngörülen gemi siciline kaydedilen gemiler taşınmaz mülkiyetine tabidir⁴.

Taşınır yapı ise üzerinde bulunduğu taşınmazın bütünleyici parçası niteliğinde değildir. Zira taşınır yapı, taşınmaz üzerinde geçici olarak bulunmaktadır. Örneğin kulübe, baraka, çardak gibi yapılar, taşınır mülkiyeti kapsamında değerlendirilmektedir. Eklenti de niteliği gereği taşınır mülkiyetine tabidir⁵. Hakkın teslimle karşı tarafa geçtiği kıymetli evrak niteliğinde senetler de taşınır mülkiyeti kapsamındadır. Bununla birlikte insan vücudu ve fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar taşınır mülkiyeti kapsamında değildir⁶.

B. Taşınır Mülkiyetini Sona Erdiren Nedenler

TMK m. 778'de: "*Taşınır mülkiyeti, malik tarafından terk edilmedikçe veya başkası tarafından kazanılmadıkça yalnız zilyetliğin kaybıyla sona ermez*" denilmiştir. Taşınır mülkiyetinin sona ermesi için taşınırın zilyetliğinin kaybedilmesine ek olarak hukuki sebebin varlığı aranmaktadır⁷. İlgili hükme göre taşınırın zilyetliğinin kaybedilmesi; taşınırın terk edilmesi ya da başkası tarafından kazanılması hallerinden biriyle tamamlanmalıdır⁸.

Taşınır mülkiyeti, nisbi ve mutlak olmak üzere iki şekilde sona ermektedir. Mülkiyetin nisbi kaybında, taşınırın mülkiyeti eski malik tarafından kaybedilirken başka biri tarafından aslen veya devren iktisap edilmektedir. Taşınır mülkiyetinin terki, mülkiyetin mutlak kaybı hallerinden biridir. Terk edilen taşınır sahipsiz hale gelmektedir⁹. Ayrıca taşınır mülkiyetinin yok olduğu ve özel mülkiyete konu olmaktan çıktığı hallerde de mülkiyet, mutlak olarak kaybedilmiş olmaktadır. Zira taşınır, ikinci bir malik tarafından kazanılmaksızın malik tarafından kaybedilmektedir.

Taşınırın malikin rızası doğrultusunda hukuki işlemle devredilmesi mülkiyetin nisbi kaybı hallerinden biridir. Mülkiyetin aslen kazanıldığı; işleme, karışma, birleşme, bulunmuş eşya ve kazandırıcı zamanaşımı hallerinde de mülkiyet, nisbi olarak, malikin rızası olmaksızın kaybedilmektedir¹⁰. Ancak mülkiyetin yalnızca devren kazanıldığı hallerde önceki malikin mülkiyeti nisbi olarak kaybedeceğini ileri süren bir görüş de vardır. Bu görüşe göre mülkiyetin başkası tarafından aslen kazanılması halinde önceki malik mülkiyeti mutlak olarak kaybetmektedir. Ayrıca söz konusu görüş; mülkiyetin mutlak kaybına, eşyanın yok

³ ANTALYA, Temel Kavramlar, s. 84 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 579.

⁴ MEHMET SERKAN ERGÜNE, Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 16, 17; EREN, Mülkiyet Hukuku, s. 524, 525.

⁵ EREN, Mülkiyet Hukuku, s. 489 vd.; ERGÜNE, s. 16, 17.

⁶ EREN, Mülkiyet Hukuku, s. 12.

⁷ FLURİNA HİTZ, Sachenrecht, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Art. 641-977 ZGB, Art. 729; 3.Auflage, 412, 2016 (Swisslex, Erişim tarihi 01.03.2021).

⁸ KEMAL OĞUZMAN/ÖZER SELİÇİ/SAİBE OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 878; LALE SİRMEN, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 518; TURHAN ESENER/KUDRET GÜVEN, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 402 vd.; SELAHATTİN SULHİ TEKİNAY, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 27; ERGÜNE, s. 295; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 606.

⁹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 607; SİRMEN, s. 518 vd.

¹⁰ ERGÜNE, s. 296.

olmasını, özel mülkiyete konu olmaktan çıkmasını ve sahipsiz hale gelmesini de dâhil etmektedir¹¹.

II. Taşınır Mülkiyetinin Terkine İlişkin Tasarruf İşlemi

A. Taşınır Mülkiyetinin Terkine İlişkin Tasarruf İşleminin Hukuku Niteliği

Tasarruf işlemi, malvarlığı üzerindeki hakkın devrini, sınırlanmasını ve sona ermesini konu alan hukuki işlemdir. Kişi malvarlığındaki bir unsuru doğrudan doğruya kendi aktifinde etkili olacak bir biçimde hukuki işleme konu edebilmektedir¹². Malik, mülkiyeti altında bulunan taşınır eşyanın tasarruf işlemine konu edilerek devredilmesini, üzerindeki hakların sınırlandırılmasını ve özel mülkiyete konu olmaktan çıkarılmasını sağlayabilmektedir¹³.

Tasarruf işlemi, malvarlığının aktifinde yer alan aynı hakkı azaltıyor ise aynı tasarruf işlemi söz konusudur. Bu işlem tek taraflı hukuki işlem ve sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴. Sözleşme şeklinde yapılan tasarruf işlemleri sözleşmenin karşı tarafı için kazandırıcı niteliktedir. Zira taraflardan biri karşı tarafa malvarlığının aktifinde yer alan bir aynı hakkı kazandırmaktadır. Ancak tek taraflı yapılan tasarruf işlemi eksiltici özellik taşır¹⁵.

Taşınır eşya, bir tasarruf işlemi olan eksiltici işlem ile malikin mülkiyetinden çıkarılabilir. Yani eksiltici işlem ile malik, mülkiyetinde olan taşınırı tek taraflı bir hukuki işlemle aktifinden çıkarmaktadır. Ancak malikin söz konusu işleminin eksiltici işlem sayılabilmesi için hukuki işlemin bir başka kişinin malvarlığında bir kazandırmaya sebep olmaması gerekmektedir. Burada nitelik itibarıyla kişinin mülkiyet hakkından feragat ettiği söylenebilir. Zira kişi, tek taraflı iradesini başkaca birine yöneltmesi gerekmeksizin kendi malvarlığındaki taşınır üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdirmektedir¹⁶. Kişinin tek taraflı ve yöneltmesi gerekmeyen irade beyanı ile gerçekleşen söz konusu tasarruf işlemi; taşınırı başkası tarafından iktisap edilebilir hale getirmektedir¹⁷.

Kişinin taşınırı, bir başka kişi tarafından kazanılmaksızın tek taraflı olarak mülkiyetinden çıkarması halî, ancak çalışmanın konusunu oluşturan terk işlemi için mümkündür. Burada taşınır üzerindeki aynı hakkın kaybına ilişkin olarak eksiltici tasarruf işlemi söz

¹¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 878; SİRMEN, s. 518 vd.

¹² GÖKHAN ANTALYA/MURAT TOPUZ, Medeni Hukuk Giriş – Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2021, s. 235 vd.; KUDRET AYİTER, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No: 28-10, Ankara 1953, s. 13, 14; VEDAT BUZ, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 77 vd.; FİKRET EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 173 vd.; KEMAL OĞUZMAN/NAMİ BARLAS, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 182 vd.; AHMET KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Yayınevi, Ankara 2020, s. 73 vd.

¹³ ANTALYA/TOPUZ, s. 235 vd.

¹⁴ “Aynı tasarruf işlemleri, tasarruf (aynî) sözleşmesi ya da tek taraflı işlem ise tasarruf talebi olarak isimlendirilmektedir”, ANTALYA, Temel Kavramlar, s. 141, 142.

¹⁵ “Kazandırıcı malvarlığı işlemlerinin karşısında eksiltici malvarlığı işlemleri yer alır. Haktan feragat işlemleri böylesi eksiltici malvarlığı işlemlerine örnek diye gösterilebilir”, RONA SEROZAN, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 329; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 53.

¹⁶ REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, 3. Auflage, Bern 2007, N 2024 (Swisslex, Erişim tarihi 01.03.2021); VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 48.

¹⁷ AYİTER, s. 26.

konusu olmaktadır. Alacak hakkının malvarlığından çıkması ise başkası açısından kazandırıcı işlem niteliğine sahiptir. Ancak kişi, alacak hakkından tek başına feragat edememektedir. Böyle bir işlemin ancak, diğer tarafın da katılımı ile yapılacak ibra sözleşmesi ile mümkün olabileceği söylenebilir¹⁸. Dolayısıyla alacak hakkının ibra sözleşmesi ile ortadan kalkması eksiltici işlem kapsamında olmayıp tasarruf işlemini sınırları içine alan bir kazandırıcı işlemdir¹⁹.

B. Terke İlişkin Tasarruf İşleminin Gerçekleşmesi

Taşınır mülkiyetinin terki, malikin tek taraflı bir tasarruf işlemidir. Hukuki işlemler için aranan fiil ehliyeti terkte de aranır. Yani kişinin kendi mülkiyetinde bulunan taşınırın terk edebilmesi için bu hususta fiil ehliyeti ve tasarruf yetkisinin olması gerekmektedir²⁰. Fiil ehliyeti veya tasarruf yetkisi olmayan kişilerin taşınır mülkiyetinin terki amacıyla zilyetliği bırakması mülkiyeti kaybettirmez. Ancak zilyetliğin kaybı söz konusu olabilir. Bu şekilde zilyetliği elinde bulunduran iyiniyetli kişi, buluntu veya kazandırıcı zaman aşımı hükümlerine göre mülkiyeti iktisap edebilir.

Terke ilişkin TMK m. 778'de: "*Taşınır mülkiyeti, malik tarafından terk edilmedikçe veya başkası tarafından kazanılmadıkça yalnız zilyetliğin kaybı ile sona ermez*" denilmiştir.

Taşınır mülkiyetinin terkinin gerçekleşebilmesi için objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsurun varlığı gerekir²¹. Taşınır mülkiyetinin terk yoluyla kaybının sübjektif unsuru taşınır malikin terke ilişkin iradesinin varlığıdır²². Taşınmazın terk eden, terk iradesini hem açık hem de zımni olarak ortaya koyabilir²³. Taşınırın terk edilip edilmediği hususunda bir belirsizlik varsa malik lehine yorum yapılarak terk edilmediği kabul edilmelidir²⁴. Objektif unsur ise malikin taşınırın zilyetliğini fiilen ve kesin olarak hâkimiyetinden çıkarma-

¹⁸ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 48.

¹⁹ GÖKHAN ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1, 1 İstanbul 2019, s. 161-164.

²⁰ TMK m. 16/1.1'de: "*Ayrırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler*" denilmiştir. Kanun koyucu söz konusu hükümle sınırlı ehliyetsizi korumayı amaçlamıştır. Dolayısıyla amaca göre yorum yapılacak ve hükmün kapsamına tasarruf işlemleri de alınacaktır, MUSTAFA DURAL/TUFAN ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi İstanbul 2019, s. 85 vd.; Sınırlı ehliyetsiz borçlandırıci ve tasarruf işlemlerini ehliyetin genişlediği hallerde yapabileceğinden taşınır mülkiyetini terk yoluyla da sona erdirebileceği söylenebilir, ERGÜNE, s. 300.

²¹ MİCHEL KÄHR; Orell Füssli Kommentar zum ZGB, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Art. 729, 3. überarbeitete Auflage, 1481-1482, 2016 (Swisslex, Erişim tarihi 01.03.2021); EREN, Mülkiyet Hukuku, s. 524, 525; EREN, Mülkiyet Hukuku, s. 525, 526; ERGÜNE, s. 299.

²² RONA SEROZAN, Eşya Hukuku I, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 333; ROBERT HAAB/AUGUST SİMONİUS/WERNER SCHERRER/DİETER ZOBL, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, Art. 729 ZGB, 2. Auflage, 1064/6-8, 1065/9-14, Zürich (Swisslex, Erişim tarihi 01.03.2021); ERGÜNE, s. 298, 299; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 26; Roma Hukukunda denizde kaybedilen eşyanın mülkiyeti usucapio ile kazanılamaz. Zira malikin mülkiyeti terk etmiş sayılmamaktadır (Bilgi için bkz. KERİM ATAMER, Deniz Ticareti Hukuku I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 273).

²³ Günlük yaşantıda çoğunlukla örtülü irade söz konusudur, HAAB/ SİMONİUS/ SCHERRER/ ZOBL, 1064/10.

²⁴ Malik tarafından terk edilen taşınır üzerinde aynı hakka sahip olanların hakları terkten etkilenmez, HAAB/ SİMONİUS/ SCHERRER/ ZOBL, 1066/16; EREN, Mülkiyet Hukuku, s. 526; ERGÜNE, s. 300-302; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 54, 55.

sıdır. Taşınır mülkiyetinin terk yoluyla sona erdirilmesi, zilyetliğin terk edilmesini gerektirmektedir²⁵. Yani terkin gerçekleşebilmesi için zilyetliğin hâkimiyet alanından sürekli olarak çıkarılması gerekmektedir. Nitekim TMK m. 976 gereği zilyetliğin geçici kaybı, zilyetliği sona erdirmemektedir²⁶.

Malikin taşınır üzerinde dolaylı zilyet olması halinde terk; dolaysız zilyede feragat beyanının yapılmasıyla mümkün olur. Zira taşınır, malik tarafından fiilen elden çıkarılamayacaktır²⁷. İki unsurun bir araya gelmesiyle sahipsiz hale gelen taşınır, yeni dolaysız zilyet tarafından sahiplenme yoluyla kazanılabilir. Netice olarak taşınır mülkiyetinin terk yoluyla kaybı, zilyetliğin terkinin mülkiyet hakkından feragat iradesiyle yapılmasıyla gerçekleşmektedir²⁸.

Taşınırın, maliki tarafından kaybedilmesi halinde terk iradesi yoktur. Ancak malik, taşınırı bulamayacağına kanaat getirip aramayı bırakırsa terk iradesinin varlığından söz edilebilir²⁹.

Tasarruf işlemi, taşınır mülkiyetinin terki açısından hakkı sona erdirir niteliktedir. Söz konusu işlem ile taşınır mülkiyetinin sahibi mülkiyet hakkını kaybedecek, taşınır sahipsiz eşya konumuna gelecektir. Bu taşınır malikinin taşınır üzerindeki tasarruf yetkisinin doğal bir sonucudur³⁰.

Taşınır mülkiyetinden feragat ile kişi, mülkiyeti ileriye etkili şekilde kaybetmektedir³¹. Terk iradesi, herkese karşı mülkiyet hakkından feragat etmeye ilişkindir. Bu sebeple belirli bir kişi lehine mülkiyetten vazgeçme halinde taşınırın terkinden bahsedilemez³².

²⁵ Zilyetliğin terkinin mülkiyet hakkından feragat iradesiyle yapılması halinde işlem dar anlamda tasarruf işlemi olmaktadır. Bu iradeye sahip olmaksızın yapılan terk işlemi geniş anlamda tasarruf işlemi niteliğine sahiptir. Taşınır üzerinde hak sahibi olmayan kişinin taşınırın zilyetliğini terk etmesi geniş anlamda bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Bu halde zilyetliği terk eden kişi zilyetliğin sağladığı haklardan feragat etmiş olacaktır, **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 26; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 86 vd.; **GÖKHAN ANTALYA**, Eşya Hukuku Zilyetlik, C. IV, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2019, s. 293 vd.

²⁶ **ANTALYA**, Zilyetlik, s. 293 vd.

²⁷ “*Dereceli zilyetlikte eşya dolaysız zilyedin fiili hâkimiyeti altındadır. Bunun içindir ki, zilyetliğin dolaylı zilyet tarafından teknik anlamda terki, kanaatimizce söz konusu olmayacaktır. Dolaylı zilyet olsa olsa zilyetlik hakkından vazgeçebilir (feragat edebilir)*” **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 161; **ERGÜNE**, s. 298, 299;

²⁸ **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 26; Zilyetliğin mülkiyet hakkından feragat etme iradesiyle bırakılması nitelikli bir zilyetliği bırakma eylemidir. Bu anlamda mülkiyetin terki bir tasarruf işlemiyken haktan feragat iradesi olmaksızın yapılan zilyetliğin terki yalın ve sıradan bir maddi fiil niteliğindedir. Dolayısıyla hukuki işleme ilişkin hususlar geçerli olmaz, **SEROZAN**, Eşya Hukuku I, s. 137.

²⁹ **ALEXANDER BRADE/JAN BENJAMİN VOGEL**, Die Dereliktion beweglicher Sachen (§ 959 BGB) | JA 2014, 412-417 (<https://beck-online.beck.de/Home>, Erişim tarihi 01.03.2021).

³⁰ **RONA SEROZAN**, Taşınır Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007, s. 326; **EGE TÜREL EREN**, Kazandırmanın Hukuki Sebebi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 39-41.

³¹ “*Feragatte terk edilen hakkın kendisidir. Feragat birine doğrudan veya dolaylı olarak faydalı olabilir. Çünkü feragat neticesinde terk edilen bir hak başkası tarafından iktisap edilebilir hale gelmektedir. Kural olarak bütün haklardan feragat edilebilir. Feragat ile hak sona erer. Feragat tek taraflı bir irade beyanı ile gerçekleştirilebilir. Ancak örneğin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından feragat için tapuda resmi şekilde terkinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kural olarak tasarruf işlemine konu olabilecek bütün haklardan feragat edilebilir*”, **AYİTER**, s. 27-28; “*Feragat genel ve teknik bir kavramdır. Mülkiyet hakkından feragat terk kapsamındadır.*”, **ZEKERİYA KÜRŞAT**, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2008, s. 94 vd.; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 101, 102; BGB § 959’da terk; feragat iradesi ve eşya üzerindeki zilyetliğin ortadan kalk-

C. Taşınır Mülkiyetinin Terkine İlişkin Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

Terk tasarruf işlemi niteliğinde bir hukuki işlem olması sebebiyle taşınır malikinin terk iradesine sahip olması gerekmektedir. Bu irade, terk sonucunu doğuracak nitelikte olmalıdır.

Yargıtay'a intikal eden bir olayda³³ davacı, terk iradesi olmadığından taşınırın zilyetliğini geçici olarak kaybettiğini ileri sürmüştü, davalı Maliye Hazinesi ise taşınırın terk yoluyla kaybedildiğini belirtmiştir. Davacı anonim şirket, lehine kırk dokuz yıllık irtifak hakkı tanınan limana ithal ettiği hurda demirleri boşaltmaktadır. Söz konusu işlem esnasında davacı şirket demirlerin bir kısmını denize düşürmüştür. Bunun üzerine davalı Maliye Hazinesi ise söz konusu demirler üzerinde hak iddiasında bulunmuştur. Davalı taraf, şirketin demirleri denize düşürmesiyle sahipsiz hale geldiğini savunmuştur. Bu hususta ilk derece mahkemesi, denize düşen hurda demirlerin hukuki durumuna ilişkin tespitini yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme gemilerin limanlardan yararlanma hakkının limanlara yansıma ve yüklerinin boşaltılmasına ilişkin süre ile sınırlı olduğunu ifade etmiştir. Öyle ki gemiler limanlardan yararlanmaya ilişkin sürelerle riayet etmeli, yüklerinin limana boşaltılması hususunda gerekli tedbirleri almalıdır. Gerekli önlemlerin alınmayarak demirlerin denize düşmesine neden olunması ve sonrasında denizden ivedilikle çıkarılmaması mahkeme nezdinde mülkiyetin terki olarak yorumlanmıştır. Aksi takdirde denizler üzerinde özel ve tüzel hâkimiyet tanınması anlamına gelebilecek hukuka aykırı bir sonuç çıkacağı ifade edilmiştir. Sonuç itibarıyla demirler şirket tarafından terk edilmiş sayıldığı için söz konusu mülkiyet hazineye intikal etmiş sayılarak dava reddedilmiştir. Bunun üzerine karar temyiz edilmiştir.

Karar için verilen mütalaada olay kapsamında değerlendirilmesi gereken iki unsur olduğu ifade edilmiştir. Bunlardan ilki, şirketin demirler üzerinde zilyetliğinin kaybına, ikinci ise şirketin terk iradesine ilişkindir. TMK m. 778³⁴, taşınırın mülkiyetinin terk edilmesi suretiyle kaybedileceğini ifade etse de terk şartlarına ilişkin bir açıklık yoktur. Ancak ilgili hükümde zilyetliğinin kaybının tek başına mülkiyetin kaybı sonucu doğurmayacağı ifade edilmiştir. İlk derece mahkemesi, şirketin demirlerin zilyetliğini denize düşme neticesinde kesin ve sürekli bir biçimde kaybettiğini ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme, demirlerin denizden ivedi şekilde çıkarılmamasını terke ilişkin iradenin varlığı olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi demirlerin şirket tarafından denize düşürülmesi ile sahipsiz hale geldiğine hükmetmiştir. Zira Mahkemeye göre terkin şartlarına ilişkin zilyetliğin sürekli ve kesin kaybı ile terk iradesi mevcuttur³⁵.

ması hali olarak düzenlenmiştir. **WOLFGANG HAU/ROMAN POSECK**, BeckOK BGB, 57. Edition, C.H.BECK München, 2021, BGB § 959 Rn.2, 3 (<https://beck-online.beck.de/Home>, Erişim tarihi 01.03.2021).

³² **JÜRGEN OECHSLER**, Münchener Kommentar zum BGB, 2020, §953–984, § 959 Rn.3-7 (<https://beck-online.beck.de/Home>, Erişim tarihi 01.03.2021).

³³ **İLHAN HELVACI**, Borçlar Hukuku Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, 2000-2005, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, s. 579 (05.09.2001 tarihinde Aliğa Asliye Hukuk mahkemesinde açılan 2001/4193E., 2003/1288K. Sayılı ilk derece mahkemesinin verdiği karar ve karar için verilen mütalaanın değerlendirmesi yapılmıştır).

³⁴ RG 04/04/1926, S. 339, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi.

TKM m. 702'de: "Menkulün mülkiyeti sahibi tarafından terk edilmedikçe veya başkası tarafından iktisap olunmadıkça yalnız yeddin inkıtai ile zayi olmaz" denilmiştir. Söz konusu uyumsuzluk için açılan dava tarihi TMK'nın yürürlük tarihinden önce olduğundan TKM'e göre değerlendirme yapılmıştır.

³⁵ **HELVACI**, Mütalaalar, s. 582-595.

İlgili mütalaada şirketin demirlerin zilyetliğini ve mülkiyetini kaybetmediği belirtilmiştir³⁶. Zira fiili hâkimiyetin geçici kaybı halinde zilyetlik kaybedilmiş sayılmaz³⁷. Şirketin düşen demirlere ilişkin hâkimiyeti yeniden kurması mümkün olmayacak biçimde sürekli olarak kaybetmesi halinde zilyetlik yitirilmiş sayılabilir. Fiili hâkimiyetin sürekli olarak kaybedilmesi ticaret ve yaşam ilişkilerine hâkim olan esaslara göre tespit edilir. Zilyetliğin sürekli kaybı eşyadaki fiili hâkimiyetin tekrar sağlanmasının imkansız olması durumudur³⁸.

Söz konusu şirket liman üzerinde kırk dokuz yıl süreyle irtifak hakkına sahiptir. Bu hakkın varlığına güvenerek şirket, demirlerin çıkarılmasında gecikmiştir. Mütalaada şirketin, irtifak hakkına istinaden demirleri her zaman denizden çıkarabileceği dolayısıyla fiili hâkimiyeti sürekli olarak kaybetmediği ifade edilmiştir. Aynı şekilde şirket, zilyetliği terk iradesine de sahip değildir. Yani demirlerin şirketin iradesiyle denize atılması gibi bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla zilyetliğin kaybedildiğinin kabulü halinde bile terk iradesinin olmayışı terkin oluşmasına engel olmaktadır³⁹.

Mahkeme, hurda demirlerin hemen toplanmamış olmasını zilyetliğin terki kapsamında değerlendirmiştir. Bu yorum neticesinde demirler sahipsiz eşya konumuna gelmiştir. Mütalaada bu durumun yalnızca TMK m. 768'de düzenlenen sahipsiz hayvanlar açısından geçerli olabileceği ifade edilmiştir. TMK m. 768/1'de: "*Tutulan av hayvanları yeniden serbest kalır ve sahipleri onları gecikmeksizin ve ara vermeksizin aramaz ve tekrar tutmak için uğraşmazsa sahipsiz duruma gelirler*" denilmiştir. Dolayısıyla şirketin vakit kaybetmeksizin demirleri denizden çıkarmaması zilyetliği ve mülkiyeti kaybetme sebebi sayılmamalıdır⁴⁰. Ayrıca mahkeme, kararında deniz üzerinde ve altında özel ve tüzel fiili hâkimiyet söz konusu olamayacağı gerekçesiyle terk sonucunun doğduğunu ileri sürmüştür. Ancak şirket, demirlerin zilyetliğini tekrar elde edebilecek durumdadır. Aynı zamanda liman üzerinde şirket lehine irtifak hakkı kurulmuştur. Şirket, zilyetliğini geçici olarak kaybettiği demirlerin halihazırda malikidir. Dolayısıyla mülkiyet hakkı, kazandırıcı zamanaşımına ilişkin şartlar meydana gelmediği sürece yalnızca sürenin geçmesiyle sona ermeyecektir⁴¹.

Kararda denizlerde terk edilen mal ve eşyaların mülkiyetinin devlete ait olduğu da ifade edilmiştir. Mütalaada demirlerin terk edilmiş olduğu varsayımında bile devletin bu yönde bir hak iddia edebilmesinin söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Zira TMK m. 715/1'de: "*Sahipsiz yerler ve yararı kamuya ait mallar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır*" denilmiştir. Söz konusu hüküm taşınmaz mallar için öngörülmüştür. Devletin sahipsiz taşınırların devlete geçeceğine ilişkin ise bir hüküm bulunmamaktadır⁴². Ayrıca "*Sahipsiz şeyler*" başlıklı TMK m. 767'de; "*Sahipsiz bir taşınırı malik olmak iradesiyle zilyetliğini geçiren kimse onun maliki olur*" denilmiştir. Görüldüğü üzere Kanun hükmünde sahiplenmenin malik olma iradesine sahip olması aranmaktadır⁴³. Dolayısıyla malik olma iradesi

³⁶ HELVACI, Mütalaalar, s. 582-595.

³⁷ Y. 1HD, 27.05.2010, 2010/5248E., 2010/5995K.

TMK m. 976 gereği fiili hâkimiyetin geçici sebeplerle kullanılamaması veya kullanma olanağının ortadan kalkması zilyetliği sona erdirmeyecektir, ANTALYA, Zilyetlik, s. 293 vd.

³⁸ ANTALYA, Zilyetlik, s. 293 vd.

³⁹ HELVACI, Mütalaalar, s. 585.

⁴⁰ HELVACI, Mütalaalar, s. 585.

⁴¹ HELVACI, Mütalaalar, s. 589, 590.

⁴² ERGÜNE, s. 301.

⁴³ HASAN ERMAN, Eşya Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2020, s. 131 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 866 vd.; ERGÜNE, s. 233; SEROZAN, Taşınır Eşya Hukuku, s. 304; ŞEREF ERTAŞ, Eşya Hukuku, Barış Yayınları Fakülte Kitabevi, İzmir 2020, s. 504 vd.

olmaksızın eşyanın zilyetliğini elinde bulunduran kişi, sahiplenme yoluyla mülkiyeti kazanamayacaktır⁴⁴. Devletin de böyle bir istekle hareket etmesi söz konusu olmaz⁴⁵. Ayrıca burada önem arz eden husus; devletin denizler üzerindeki ve dibindeki egemenliğinin özel hukuk anlamındaki zilyetlikle ilgisinin olmamasıdır⁴⁶. Dolayısıyla devlet, demirler üzerinde zilyet olamayacak ve sahiplenme suretiyle mülkiyeti kazanamayacaktır⁴⁷.

Mahkemenin verdiği karar ve ilgili mütalaa incelendiğinde şirketin hurda demirlerinin mülkiyetini kaybetmediği görüşünün isabetli olduğu söylenebilir. Zira olayda taşınırın terki için aranan unsurların oluşmadığı görülmektedir. Terkten bahsedebilmek için şirketin demirler üzerindeki zilyetliğini sürekli olarak kaybetmesi gerekmektedir. Olay nezdinde şirketin irtifak hakkı kurduğu limanda düşen demirleri derhal çıkarmaması, zilyetliğin kaybı olarak nitelendirilemez. Zira demirlerin düştüğü yerden çıkarılması mümkündür. Yani demirler üzerindeki hâkimiyetin kaybı geçicidir. Bununla birlikte şirketin demirlerin zilyetliğini kaybettiğinin kabulünde bile terkin gerçekleştiği söylenemeyecektir. Zira şirket demirlerin mülkiyetini terk yoluyla kaybetme iradesine sahip değildir.

Yine benzer bir olayda davacının denize düşen demirlerin mülkiyetin tespitine ilişkin açtığı davayı ilk derece mahkemesi kabul etmiştir. Olayda davacı, ilgili limanda irtifak hakkı sahibi olduğu iskeleden yükleme ve boşaltma yaparken hurda demirleri denize düşürmüştür. Hurda demirler ise davalı hazine tarafından ihale ile satışa çıkarılmıştır. İlk derece mahkemesi, davacının, bu demirler üzerindeki mülkiyet hakkı terk edilmediğinden buluntu hükümlerinin uygulanamayacağına, iskelenin her yönünden elli metre mesafede denize düşen hurda demirlerin mülkiyetinin kendisine ait olduğuna ilişkin talebini kabul etmiştir. Karar temyiz edilmiştir. Davalı hazinenin hurda demirleri ihaleye çıkarması üzerine bu işlemin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla davacı şirket idare mahkemesine başvurarak ihalenin iptalini talep etmiştir. İdare Mahkemesi ilgili koyda birden fazla iskele bulunduğu ve bu iskelelere yanaşan gemilerden denize düşen hurda demirlerin kime ait olduğunun belirlenemeyeceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla denize düşen demirler, TMK ve TTK anlamında denize düşen ve sahipsiz hale gelen taşınırlar olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda idare mahkemesi, demirlerin ihaleye çıkarılmasını İhale Kanunu ve ilgili düzenlemelere uygun bulmuş ve talebi reddetmiştir. Karar Danıştay denetiminden geçerek kesinleşmiştir. İdare mahkemesinin verdiği karar doğrultusunda Yargıtay Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesi kararında direnmiş, bunun üzerine Yargıtay Hukuk Genel kurulu hukuk dairesinin bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur. Netice itibarıyla denize düşen demirlerin sahipsiz olduğuna hükmedilmiştir⁴⁸.

Bu olayda da şirketin terke ilişkin iradesi bulunmamaktadır. Aynı şekilde şirketin zilyetliği kesin ve sürekli olarak terk etmemiştir. Üstelik şirketin liman üzerinde kırk dokuz yıllık irtifak hakkı bulunmaktadır. Bu gerekçelerle YHGK'nın verdiği kararın hukuken isabetli olup olmadığı tartışmaya açıktır.

İsviçre Federal Mahkemesi kararında⁴⁹ da; kar amacı gütmeyen bir kuruluşa verilmesi için evin önüne bırakılan atık kağıtların zilyetliğinin kaybedilmediği ifade edilmiştir.

⁴⁴ EREN, Mülkiyet Hukuku, s. 510.

⁴⁵ HELVACI, Mütalaaalar, s. 592, 593.

⁴⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 54 vd.

⁴⁷ HELVACI, Mütalaaalar, s. 592, 593.

⁴⁸ YHGK, 14.12.2008, 2008/4-781E., 2008/761 (ERGÜNE, s. 298).

⁴⁹ BGE 115 IV 104 S. 107, 1989 (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F15-IV-104%3Ade&lang=de&type=show_document, Erişim tarihi 01.03.202).

Zira burada önemli olan ilk unsur, şey üzerindeki hâkimiyetin halen devam ediyor olmasıdır. Bu noktada bunun kamuya açık alana konulmasının önemi bulunmamaktadır. İkinci unsur ise kişinin terk iradesinin olmamasıdır. Atıkları koyan kişi için bu kağıtların bir çöpçü veya herhangi bir üçüncü kişi tarafından edinilmesinin önem arz etmediği ihtimalde, terk iradesinin olduğu söylenebilir. Ancak mahkeme tarafından; kişinin, atık kağıtları kar amacı gütmeyen kuruluşun edinmesi için bıraktığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla taşınır mülkiyetinin terk yoluyla kaybindan bahsedilemez. Bu anlamda burada taşınırın mülkiyetinden üçüncü kişi lehine feragat edildiği söylenebilir⁵⁰.

Başka bir kararda⁵¹ ise taşınır mülkiyetinin terki ile imhası amacıyla bırakılması arasındaki fark ortaya konulmuştur. Kişinin hâkimiyet alanından çıkarmak istediği taşınırı, kapısının önüne koyması ve bir başka kişinin taşınırın mülkiyetini kazanmasını önemsememesi durumunda terk iradesinin olduğu söylenebilir. Ancak kişi, imha edilmesi amacıyla mektuplarını, diğer kişisel belgelerini, banka kayıtlarını veya iş evraklarını çöpe atması halinde bunların herhangi bir üçüncü kişi tarafından alınmasını ve önceki sahibine karşı kullanılmasını istemez. Bu gibi durumlarda irade, haktan feragatle ilişkin değil, onları bir çöp imha tesisinde imha etmek içindir. Aynı şekilde belirtilen kararda, sanatçının imha edilmesi amacıyla kapısının önüne koyduğu resimlerin sahipsiz hale gelip gelmeyeceği üzerinde durulmuştur. Mahkeme, kararda sanatçının, resimlerinin başka kişilerin hâkimiyetine girmesini istemesi halinde hukuki işleme konu edebileceğini ifade etmiştir. Ancak sanatçı, bunu yapmamış ve resimleri atık olarak bırakmıştır. Dolayısıyla mahkeme, sanatçının resimlerin imhasını amaçladığına kanaat getirmiştir. Burada sanatçının eserlerinin tanımadığı kişilerde bulunmasını istemeyeceği, yaptığı iş icabı resimleri kapının önüne koymasının terk iradesi olarak yorumlanamayacağı kabulünden yola çıkmıştır. Sonuç olarak, kapının önüne konulan resimlerin üçüncü kişi tarafından sahiplenilemeyeceğine hükmedilmiştir. Burada sanatçının iradesi; taşınırın, atık imhasından sorumlu kişi tarafından imha edilmesine ilişkindir. Nitekim başka bir kararda⁵² kişinin evsel atıklarının imha edilmesi için kapının önüne koymasında terk iradesinin var olduğunu ifade edilmiştir. Burada kişi, atıkların üçüncü bir kişi tarafından alınmasını önemsememekte ve mülkiyet hakkından feragat etmektedir⁵³.

Neticede kişinin şahsi ve özel nitelikli taşınırının çöpe atılması veya çöp çevresine konulmasının imha niyetiyle yapıldığı söylenebilir. Kararlar açısından bakıldığında; kişinin mektuplarını, diğer kişisel belgelerini, banka kayıtlarını, iş evraklarını veya ressam ise resimlerini bırakması terk iradesiyle değil, imha edilmesi amaçlıdır. Dolayısıyla malikin özel bir niteliği bulunmayan bir taşınırı, örneğin bir vazoyu veya eskiyen kıyafetlerini terk iradesiyle bıraktığı kabul edilmelidir. Burada malik, sahip olmak istemediği taşınırları isteyen veya ihtiyacı olan kişilerin sahiplenmesine açık hale getirmektedir.

⁵⁰ Aynı yönde; taşınırın hayır kurumlarının kapısına karşı tarafa mülkiyeti kazandırma iradesiyle bırakılması hayır kurumunun kabulünü bekleyen somut bir devir önerisidir, **SEROZAN**, Eşya Hukuku I, s. 334; **ERGÜNE**, s. 301; **VARDAR HAMANCIOĞLU**, s. 263.

⁵¹ LG Ravensburg, Urteil vom 03. 07. 1987 - 3 S 121/87 (NJW 1987, 3142), (<https://beck-online.beck.de/Home>, Erişim tarihi 01.03.2021).

⁵² OLG Stuttgart JZ 1978, 691, **OECHSLER**, MüKoBGB, § 959 Rn.3-7 (<https://beck-online.beck.de/Home>, Erişim tarihi 01.03.2021).

⁵³ Bu olay açısından taşınırın terki olabileceğini gösteren işaretlerden biri ise değerinin düşük olması olabilir. Nitekim kişinin, toplu taşımada değerli bir mücevherini bırakması halinde terk iradesiyle hareket etmediği söylenebilecektir. **BRADÉ/VOGEL**, 414.

III. Taşınır Mülkiyetinin Terkine İlişkin Tasarruf İşleminin Hüküm ve Sonuçları

A. Genel Olarak

Taşınır mülkiyeti, zilyetliğin terk iradesiyle bırakılması sonucu sahipsiz hale gelir⁵⁴. Aynı şekilde taşınırın çalındığı, kaybolduğu hallerde de malik, mülkiyet hakkından feragat ettiğine ilişkin beyanda bulunursa taşınır yine sahipsiz hale gelecektir. Dolayısıyla zilyetliği bu yollarla elinde bulunduran kötünietli zilyet için mülkiyeti kazanma yolu açılmış olur. Sahipsiz eşya statüsüne giren taşınır “Sahipsiz şeyler” başlıklı TMK m. 767’de düzenlenmiştir. Kanun hükmüne göre sahipsiz bir taşınırı malik olmak iradesiyle zilyetliğine geçiren kimse mülkiyeti sahiplenme yoluyla kazanmaktadır⁵⁵. Bu hususta bir taşınırı sahiplenme ile kazanacak kişinin ayırt etme gücüne sahip olması ve bu yönde iradesinin bulunması gerekmektedir⁵⁶.

Sahipsiz kalan taşınır eşyanın zilyetliğini ele geçiren kişi, mülkiyeti derhal kazanmaktadır. Bu husus taşınmazlarda TMK m. 707’de düzenlenen işgale benzetilmektedir. Ancak taşınır ve taşınmaz eşyada sahipsiz eşya kavramı hususunda farklılık bulunmaktadır⁵⁷.

TMK m. 768’de ise sahipsiz duruma gelen hayvanlara ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre tutulan av hayvanlarının sahipsiz hale gelmesi için yeniden serbest kalmaları gerekmektedir. Ayrıca söz konusu hayvanlar sahipleri tarafından gecikmeksizin ve ara vermeksizin aranmamalıdır. Sahipleri hayvanları gecikmek suretiyle aramaya başlasa bile yine de hayvanlar sahipsiz duruma gelmiş sayılacaktır. Aynı şekilde tutulan av hayvanlarının tekrar tutulması için uğraşılması halinde hayvan sahipsiz konuma gelmemektedir. Vahşileşen hayvanlar açısından ise sadece vahşileşmesi değil sahiplerine dönmemesi hali de mevcut bulunmalıdır. Hükümün son fıkrasında da arı oğulunun başkasının taşınmazına uçması halinde sahipsiz hale gelmeyeceği düzenlenmiştir⁵⁸.

Sahipsiz mal haline gelmemiş taşınırların sahiplenme yoluyla kazanılması mümkün değildir. Örneğin, kaybedilen, unutulmuş veya malikinin rızası dışında elinden çıkan taşınırlar sahipsiz değildir. Bu tür bir taşınıra sahipsiz olduğu düşüncesiyle zilyet olan kişi sahiplenme yoluyla mülkiyeti kazanamaz. Bu hususta iyiniyetli olsa bile TMK m. 988 anlamında mülkiyeti elde edemez. Aynı şekilde bulunmuş eşya hükümlerine göre de söz konusu eşyayı kazanamayacaktır. Zira burada kişi, taşınırı sahipsiz eşya kapsamında değerlendirmiştir. Dolayısıyla bulunmuş eşyaya ilişkin TMK m. 769 vd. hükümlerde öngörülen ödevleri yeri-

⁵⁴ Taşınır mülkiyetinin terk edilmesi halinde taşınırın kendisi ve bütünleyici parçaları tasarruf işlemine dâhildir. Eklentiler ise taşınır ile birlikte terk edilmiş olması haline tasarruf işlemi kapsamındadır, **ERGÜNE**, s. 301.

⁵⁵ Sahiplenmenin hukuki niteliği konusunda doktrinde tartışma vardır. Sahiplenmeyi “bir irade etkinliği, geniş anlamda örtülü bir irade beyanı ile oluşan tek taraflı bir hukuki işlem” olarak gören görüşün yanında sahiplenmeyi hukuki işlem olmasa da hukuki işleme ilişkin kuralların uygulanması gereken hukuki bir fiil olarak gören bir başka görüş de vardır. Bunun yanında sahiplenmeyi hukuki fiil kapsamında maddi fiil olarak gören bir başka görüş de vardır. Bu tartışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **AYDIN AYBAY/HÜSEYİN HATEMİ**, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 144; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 866 vd.; **EREN**, Mülkiyet Hukuku, s. 510; **ERMAN**, s. 132 vd.; **ERGÜNE**, s. 235; **SİRMEN**, s.511 vd.; **SEROZAN**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 304.

⁵⁶ **ERMAN**, s. 131vd; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 866 vd.; **ERGÜNE**, s. 233; **SEROZAN**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 304; **ERTAŞ**, s. 504 vd.; **EREN**, Mülkiyet Hukuku s. 510.

⁵⁷ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.866 vd.; **SEROZAN**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 304; **ERTAŞ**, s. 504 vd.; **EREN**, Mülkiyet Hukuku, s. 508.

⁵⁸ **ÖMER UĞUR GENÇCAN**, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, C.3, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 2992; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 866 vd.

ne getirmemiş olacak ve bu kapsamda mülkiyeti kazanamayacaktır⁵⁹. Ancak TMK m. 777 çerçevesinde kazandırıcı zamanaşımı ile söz konusu taşınır iktisap edilebilir.

B. Taşınırın Birlikte Mülkiyete Konu Olması Halinde Payın Terki

Bir taşınırın mülkiyetinin birden fazla kişiye ait olması durumunda birlikte mülkiyet söz konusudur. Taşınır üzerinde elbirliği ve paylı mülkiyet yoluyla birlikte mülkiyet tesis edilebilir. Paylı mülkiyette paydaşların payından⁶⁰ feragat etmesi mümkündür⁶¹. Elbirliği mülkiyetinde ise konusu ise pay sahibinin katılma payı ortaklığa ayrılmaz biçimde bağlı olduğundan paydan feragat edilemez⁶².

Tek başına mülkiyette ise kişinin malik olduğu taşınır üzerindeki hakkından feragat etmesi terk olarak adlandırılır. Paylı mülkiyette paydaşların payından feragat etmesi de payın terki ifadesiyle incelendiği görülmektedir⁶³. Her ne kadar paylı mülkiyette payın terki ifadesi kullanılsa da taşınır mülkiyetinin terki ile farklılıkları mevcuttur⁶⁴. Payın terki ilişkin tasarruf işlemi pay sahibi, birlikte zilyetliği, söz konusu taşınır mülkiyetini kaybetme iradesiyle bırakmaktadır. İşlem sonucunda paydaş, mülkiyet hakkını kaybetmektedir. Ancak paydaş terkten önce paydaşlığa ait bazı borçlardan sorumluluğu devam etmesi mümkündür⁶⁵.

Taşınır mülkiyetinin terki ile taşınır üzerindeki mülkiyet hakkı ortadan kalkar. Payın terkinde payından feragat eden paydaşın payı taşınırın tamamına yönelik olmadığından paylı mülkiyete konu olan eşya sahihsiz hale gelmemektedir. Zira taşınır üzerinde halen pay sahibi olan diğer paydaşlar bulunmaktadır⁶⁶.

⁵⁹ SEROZAN, Taşınır Eşya Hukuku, s. 305; ERGÜNE, s. 234; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 591, 592

⁶⁰ Paylı mülkiyette pay kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. GÖKÇEN TOPUZ, "Paylı Mülkiyet Hissesinin Haczi ve Satışı" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17.1, s. 92, 93; ZEYNEP ÖZCAN, Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s.50 vd.; ÇAĞRI ŞENSÖZ, Paylı Mülkiyet Kavramı ve Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 40; İLKER ÖZTAŞ, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 6 vd.

⁶¹ "Müşterek (paylı) mülkiyette her bir paydaş, kendi payı bakımından bağımsız malik gibi hak ve yetkilere sahiptir", ABDÜLKADİR ARPACI, "Müşterek (Paylı) Mülkiyette Pay Üzerinde İntifa Hakkı Kurulmasının Diğer Paydaşlara Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 20, 2014, s. 981 vd.

⁶² ERGÜNE, s. 302.

⁶³ Payın terki ifadesi için bkz. KÜRŞAT, s. 94, 95; ERGÜNE, s. 302; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 375 vd.

⁶⁴ "Paylı mülkiyette her paydaş payından feragat edebilir. Buradaki feragat, TMK. m. 717 anlamında bir terk değildir. Zira, terkin kabul edilmesi halinde, terkedilen pay, sahihsiz eşya haline geleceğinden, TMK. m. 707'ye göre işgal edilmesi veya sahiplenilmesi söz konusu olabilir. Oysa, paylı mülkiyette pay, maddî bir mal olmayıp, fikrî, soyut bir değer olduğundan mülkiyet objesi olamaz. Bu sebeple, işgale veya sahiplenmeye maddî mallar konu olabileceği için, payın işgali veya sahiplenilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan, pay, paydaşın, paylı eşya üzerindeki hâkimiyete sayısal anlamda bir katılma yetkisini ifade ettiğinden, feragat sonunda sadece diğer paydaşların payları, feragat edilen pay oranında artar. Böylece, payından feragat eden paydaş, paylı mülkiyet ilişkisinden ayrılmış olur", EREN, Mülkiyet Hukuku, s. 97.

⁶⁵ AYDIN AYBAY, Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doçentlik Tezi), İstanbul, 1964 s. 20, 21; KÜRŞAT, s. 94-100.

⁶⁶ HİTZ, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 414; HAAB/ SİMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL, 1066/17 (Swisslex, Erişim tarihi 01.03.2021); KÜRŞAT, s. 98; ÖZCAN, s. 141, 142.

Paylı mülkiyette konu taşınırdaki pay sahibi olan paydaşın payı terk etmesi üzerine pay üzerindeki hak da sahihsiz hale gelmeyecektir. Paylı mülkiyette pay; mülkiyet hakkına katılma hususunda bir unsur niteliğinde olup terki halinde genel mülkiyet hakkının kullanımında bir boşluk olmamaktadır. Ayrıca hakkın sahihsiz hale geldiğinin kabulü, modern hukuktaki hak kavramına uygun düşmez⁶⁷. Nitekim kanunda da sahihsiz hale gelen hakkın kazanımına ilişkin bir hüküm sevk edilmiş değildir⁶⁸.

Bir başka görüş, terk edilen payın sahihsiz hale geleceğini ileri sürmektedir. Öyle ki görüşe göre; payın terki sonucunda sahihsiz kalan payın zilyetliğinin başka bir kimse tarafından malik olma amacıyla elde edilmesi halinde paya ilişkin hak kazanılabilecektir⁶⁹.

Paylı mülkiyette bir taşınır birden fazla kişinin mülkiyetindedir. Dolayısıyla paydaşlardan birinin payını terk etmesi taşınırı sahihsiz hale getirmemektedir. Nitekim paylı mülkiyette paydaşların söz konusu taşınır üzerinde belli bir paya sahip olduğu öngörülse de paydaşlar mülkiyet konusu taşınırın her yerinde hak sahibi niteliğindedir. Ayrıca hak niteliğini taşıyan pay sahipliği, payın terki ile sahihsiz kalamayacaktır. İfade edildiği gibi payın terki ile payın sahihsiz kalacağına kabulü, hakkın sahihsiz kalması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum da hukukumuzda mümkün değildir.

Netice olarak payın terki sonucunda pay, sahihsiz kalmamakta diğer paydaşların paylarına eklenmek suretiyle varlığını devam ettirmektedir. Terk edilen pay, diğer paydaşların paylarına önalımda olduğu gibi eşit olarak paylaşılması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁰. Ancak terk edilen payın paylı mülkiyette paydaşlara payları oranında eklenmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Bu yol tercih edilirse ortaklıktaki pay dengesi de korunmuş olacaktır⁷¹.

Payın diğer paydaşların payına eklenmesi ile paylı haktaki herhangi bir farklılık söz konusu olmamaktadır. Paydaşların sahip oldukları hukuk alanları büyümektedir⁷². Ayrıca payın terki, payın diğer paydaşa devrinden farklılık arz etmektedir. İlk olarak payın terkinde paydaş, payı terk iradesiyle bırakmaktadır⁷³. Aynı zamanda payın terkinde paydaşın kaybettiği hak ile diğer paydaşların kazandığı hukuki durum aynı değildir. Diğer paydaşlar terk edilen payın hukuki alanını kazanmaktadırlar. Yani paydaşlar, paydaşın payını elde etmektedirler. Burada paydaşların mülkiyeti kullanma ve yararlanma yetkilerinde artış olmaktadır. Bu durum paylı mülkiyette bulunan sınırlı aynı haktan vazgeçilmesi halinde ortaya çıkan hukuki sonuçla aynıdır. Nitekim her iki durum da yalnızca paydaşların hukuki alanlarında genişleme söz konusu olmaktadır. Bu husus “mülkiyet hakkının elastikliği prensibi”

⁶⁷ KÜRŞAT, s. 99; EREN, Mülkiyet Hukuku, s. 97.

⁶⁸ AYBAY, Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, s. 21; KÜRŞAT, s. 99, 100.

⁶⁹ Bilgi için bkz. ERGÜNE, s. 302.

⁷⁰ BERTAN, s. 380.; KÜRŞAT, s. 99, 100.

⁷¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 375 vd.; ŞENSÖZ s. 74, 75; AYBAY, Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, s. 21; Paylı mülkiyette paydaşların haklara katılımında pay oranı etkili olmaktadır. Dolayısıyla paydaşların feragat edilen paya katılmasında da pay oranı etkili olmalıdır, KÜRŞAT, s. 100; Ancak payı büyük olan paydaşın payı oranında pay alması halinde ortaklığın tamamına yakın kısmını elinde bulundurması diğer paydaşlar açısından aleyhe durum teşkil edebileceği görüşü için bkz. FEYZİ NECMETİN FEYZİOĞLU, Şufa Hakkı, Nazari ve Tatbiki Hukuk Eserleri, 1959, s. 165 (Naklen: KÜRŞAT, s. 100).

⁷² AYBAY, Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, s. 21; KÜRŞAT, s. 100.

⁷³ BANU BİLGE SARIHAN, Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1994, s. 10.

olarak da ifade edilmektedir⁷⁴. Payın terki ile ilişkin bu sonuçlar kanun gereği gerçekleşmektedir⁷⁵.

Payın terki ile ilişkin olarak paydaş, terk iradesini tek taraflı ve varması gerekli olmayan ancak kesin bir irade beyanı ile ortaya koymalıdır. Tek başına mülkiyette olduğu gibi burada da paydaşın zilyetliği terk iradesiyle bırakması gerekmektedir. Paydaş, taşınırda zilyetse mülkiyeti diğer paydaşlara teslim etmelidir. Zilyet değilse de terk iradesinin bildirilmesi gerekmektedir. Paydaş taşınırın terk iradesini diğer paydaşlara bildirmeksizin terk etmesi durumunda taşınırın uğradığı zararlardan sorumlu olmaktadır. Zira TMK m. 693/1’de paydaşlara paylı mülkiyete konu taşınırın koruma yükümlülüğü yüklendiği söylenmektedir⁷⁶.

SONUÇ

Taşınır mülkiyetinin terki ile taşınır mutlak surette kaybedilmektedir. Taşınır mülkiyetinin terki, kişinin taşınırın zilyetliğini terk iradesiyle bırakması sonucu gerçekleşir. Ayrıca taşınırın zilyetliğinin sürekli kesin bir biçimde bırakılması gerekmektedir. Aksi takdirde taşınırın terkinden bahsedilemez. Dolayısıyla terkin iki unsuru barındırdığı görülmektedir. Ancak yargı kararlarında taşınır mülkiyetinin terkinde bu hususlar doğrultusunda değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Nitekim zilyetliğin geçici kaybedildiği ve terk iradesinin bulunmadığı durumlarda da taşınırın terk suretiyle sahihsiz hale geldiğine ilişkin kararlar mevcuttur.

Taşınır mülkiyetinin terki, nitelik itibarıyla tek taraflı bir tasarruf işlemidir. Terke ilişkin tasarruf işlemi, kişinin malvarlığının aktifinde yer alan bir ayni hakkı doğrudan azalttığından ayni niteliktedir. Söz konusu işlem ile kişi, taşınırda ilişkin mülkiyet hakkını başkasına kazandırmaksızın kaybetmektedir. Dolayısıyla işlem eksiltici tasarruf işlemi niteliğindedir. Malik taşınır mülkiyetinin terki ile taşınmazını ileriye etkili olarak kaybetmektedir. Bununla birlikte terke ilişkin işlem tasarruf işlemi olduğu için malikin fiil ehliyeti ve tasarruf yetkisi olması gerekmektedir.

Taşınır mülkiyetinin terki sonucunda taşınır, sahihsiz hale gelir. Böylelikle sahiplenme yoluyla iktisabı mümkün olacaktır. Terk edilen taşınır üzerinde paylı mülkiyet varsa payın terki söz konusu olacaktır. Ancak bu teknik anlamda bir terk değildir. Payın paydaş tarafından terk edilmesi neticesinde taşınır sahihsiz kalmamaktadır. Taşınırda pay sahibi olan paydaşların varlığı taşınırın sahihsiz kalmasını engellemektedir. Aynı şekilde paydaşın payı da sahihsiz kalmamaktadır. Hukukumuzda hakkın sahihsiz kalması gibi bir durum söz konusu değildir. Payın terki sonucunda pay, diğer paydaşların paylarına eklenmektedir. Ancak payın, paydaşların payına eşit veya payları oranında ekleneceği hususunda görüş ayrılıkları vardır. Burada terk edilen payın diğer paydaşlara payları oranında eklenmesi gerektiği görüşü daha isabetlidir. Paydaşlar, terk edilen payı elde etmemektedir. Paydaşların taşınır mülkiyetini kullanma ve yararlanma etkisinde artış olmaktadır. Paydaşların paya katılımında pay oranları etkili olduğundan, paydaşlar terk edilen payı, pay oranlarında kazanmalıdır. Bu halde ortaklıktaki pay dengesi korunmuş olacaktır.

⁷⁴ **AYBAY**, Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, s. 21.

⁷⁵ **KÜRŞAT**, s. 99, 100; **AYBAY**, Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, s. 21.

⁷⁶ **KÜRŞAT**, s. 99.

KAYNAKÇA

AKİPEK, JALE/AKINTÜRK, TURGUT/ ATEŞ, DERYA, Eşya Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.

ANTALYA, GÖKHAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2019.

ANTALYA, GÖKHAN, Eşya Hukuku Giriş Temel Kavramlar ve İlkeler, C.IV/I, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2019 (Kısaltma: **ANTALYA**, Temel Kavramlar).

ANTALYA, GÖKHAN, Eşya Hukuku Zilyetlik, C. IV, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2019 (Kısaltma: **ANTALYA**, Zilyetlik).

ANTALYA, GÖKHAN / TOPUZ MURAT, Medeni Hukuk Giriş – Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2021.

ARPAÇI, ABDÜLKADİR, “Müşterek (Paylı) Mülkiyette Pay Üzerinde İntifa Hakkı Kurulmasının Diğer Paydaşlara Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 20, 2014.

AYBAY, AYDIN, Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doçentlik Tezi), İstanbul, 1964.

AYBAY, AYDIN/HATEMİ, HÜSEYİN, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

AYİTER, KUDRET, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No: 28-10, Ankara 1953.

BRADÉ, ALEXANDER / VOGEL, JAN BENJAMİN, Die Dereliktion beweglicher Sachen (§ 959 BGB) | JA 2014, 412-417.

HAU, WOLFGANG / POSECK, ROMAN, BeckOK BGB, 57. Edition, C.H.BECK München, 2021.

BERTAN, SUAD, Ayni Haklar, C.I, Balkan Basım ve Ciltevi, Ankara 1976.

BUZ, VEDAT, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

EREN, FİKRET, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.(Kısaltma: EREN, Mülkiyet Hukuku).

EREN, FİKRET, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020. (EREN, Borçlar Hukuku).

TÜREL EREN, EGE, Kazandırmanın Hukuki Sebebi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

ERGÜNE, MEHMET SERKAN, Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

ERMAN, HASAN, Eşya Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2020.

ERTAŞ ŞEREF, Eşya Hukuku, Barış Yayınları Fakülte Kitabevi, İzmir 2020.

ESENER, TURHAN / GÜVEN, KUDRET, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019.

DURAL, MUSTAFA / ÖĞÜZ, TUFAN, Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi İstanbul 2019.

FEYZİOĞLU, FEYZİ NECMETTİN, Şufa Hakkı, Nazari Ve Tatbiki Hukuk Eserleri, 1959.

GENÇCAN, ÖMER UĞUR, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, C.3, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

HAAB, ROBERT / SİMONİUS, AUGUST / SCHERRER, WERNER / ZOBL, DİETER, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, Art. 641–729 ZGB, 2. Auflage, 1061-1069, Zürich.

HEINZ, REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, 3. Auflage, Bern 2007.

HELVACI, İLHAN, Borçlar Hukuku Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, 2000-2005, On İki Levha Yayınevi, İstanbul.

HİTZ, FLURİNA, Sachenrecht, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Art. 641-977 ZGB, Art. 729; 3. Auflage, 412-414, 2016.

KILIÇOĞLU, AHMET, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Yayınevi, Ankara 2020.

KÄHR, MICHEL, Orell Füssli Kommentar zum ZGB, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Art. 729, 3. überarbeitete Auflage, 1481-1482, 2016.

OECHSLER, JÜRGEN, Münchener Kommentar zum BGB, 2020, § 953–984.

KÜRŞAT, ZEKERİYA, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2008.

OĞUZMAN, KEMAL/SELİÇİ, ÖZER/OKTAY-ÖZDEMİR, SAİBE, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.

OĞUZMAN, KEMAL/BARLAS, NAMİ, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

ÖZCAN, ZEYNEP, Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.

ÖZTAŞ, İLKER, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

SARIHAN, BANU BİLGE, Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1994.

SEROZAN, RONA, Eşya Hukuku I, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul 2014 (Kısaltma: **SEROZAN**, Eşya Hukuku I).

SEROZAN, RONA, Taşınır Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007 (Kısaltma: **SEROZAN**, Taşınır Eşya Hukuku).

SEROZAN, RONA, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018 (Kısaltma: **SEROZAN**, Medeni Hukuk).

SİRMEN, LALE, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.

ŞENSÖZ, ÇAĞRI, Paylı Mülkiyet Kavramı ve Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018.

TEKİNAY, SELAHATTİN SULHİ, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

TOPUZ, GÖKÇEN, “Paylı Mülkiyet Hisselinin Haczi ve Satışı” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17. 1.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, GÜLŞAH, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2014.

^{4f} BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN KULLANIM BİÇİMİNE GETİRİLEN YASAKLAR

(PROHIBITIONS INTRODUCED FOR THE USAGE MANNER OF
INDEPENDENT SECTIONS)

Arş. Gör. Büşra TIRYAKI* **

ÖZ

Mülkiyet hakkının tanıdığı yetkiler, sınırsız değildir. Başkalarının haklarına zarar verdiği ölçüde sınırlandırılmaktadır. Kat mülkiyetine tâbi bir taşınmazda oturmak da sahibine birtakım borçlar yüklemektedir. Bu kapsamda diğer kat maliklerinin hakları gözetilerek bazı kullanım biçimleri yasaklanmış, bazılarında sınırlandırma getirilmiştir. Açık bir düzenleme yapılmayan nitelik değişikliklerinin ise serbest olup olmadığı tartışmalara sebep olmuştur. Bu çalışmada, bağımsız bölümlerin özgülenme amacına aykırı kullanımının sınırları, yapılan düzenlemelerdeki boşluklar, ifade hataları, doktrin ve Yargıtay kararları ekseninde irdelenmiştir. Bunun yanında kanuni düzenlemeye aykırılığın kat malikleri ve bağımsız bölümde oturan diğer kişiler açısından sonuçları, diğer borca aykırılıklardan farkları dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kat Mülkiyeti, Kat Maliklerinin Borçları, Özgülenme Amacını Değiştirme, Mesken, İş yeri, Kiracının Tahliyesi

ABSTRACT

The authorizations provided by the right of ownership are not unlimited. They are being limited at the extent they prejudice the rights of the others. Residing at a real estate subject to property ownership also imposes some liabilities on the owner. Within this scope, some usage manners have been prohibited, and some have been limited by observing the rights of other flat owners. And the issue of whether the amendment of qualification, for which no clear regulation had been made, is unrestricted or not has caused discussions. In this study, the limits of the independent sections' usage against their intended allocation, the gaps in the regulations made, and faults of expressions were scrutinized on the axis of doctrine, and Supreme Court's decrees. In addition, the consequences of contrariety to legal regulation in terms of flat owners and other individuals residing at the independent section were scrutinized considering their differences from other contrarieties to liabilities.

Keywords: Property Ownership, Liabilities of Flat Owners, Amending the Purpose of Allocation, Residence, Workplace, Eviction of the Tenant

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 31.01.2021. İlk hakem raporu tarihi: 08.02.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 10.02.2021. Onaylanma tarihi: 08.03.2021

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9773-4195.

Eser Atf Şekli: Büşra Tiryaki, "Bağımsız Bölümlerin Kullanım Biçimine Getirilen Yasaklar", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1215-1246.

GİRİŞ

Mülkiyet hakkı, sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisi veren bir aynı hakktır. Malikler, mülkiyeti dahilindeki eşyaları nasıl kullanacaklarını, onlardan nasıl yararlanacaklarını belirleme ve bu eşyalar üzerinde diledikleri gibi tasarruf etme yetkisine sahiptirler. Kat mülkiyeti sisteminde ise, komşuluk ilişkisinin daha yoğun olması, ilişkinin düzen içerisinde yürütülmesinin sağlanması gibi sebeplerle, kat maliklerinin, bağımsız bölümlerinden yararlanma tarzını belirleme yetkisine kısıtlama getirilmiştir. Kat malikleri, bağımsız bölümlerini, özgüledikleri amaca uygun kullanmakla sınırlandırılmıştır.

Kat mülkiyeti kurulurken, KMK m. 12/1/a hükmü uyarınca, tapu müdürlüğüne verilmesi gereken belgelerden olan mimari projede, bağımsız bölümlerin özgülendiği amacın gösterilmesi zorunludur. Kat malikleri, mimari projeyi tapuya vermeden önce, bağımsız bölümlerinin kullanım biçimini belirlemede özgürdür. Bu belirlemenin kat mülkiyeti kütüğüne kaydedilmesiyle bağımsız bölümü ve eklentilerini özgülediği amaca uygun kullanma yükümlülüğü doğar. Bu kapsamda, KMK m. 24'teki düzenleme ihdas edilmiştir. Bu düzenlemeyle, bağımsız bölümlerin tapuda kayıtlı niteliklerine bağlı olarak bir kısım kullanım biçimleri kesin olarak yasaklanmışken, bir kısmı için kat maliklerinin oy birliği ile karar vermesi şart kılınmıştır.

Bütün bağımsız bölümlerin malikinin aynı kişi olduğu kat mülkiyetine tâbi yapılar açısından, bu kısıtlamanın manasız olduğu düşünülebilir. Ancak bağımsız bölümler, daha sonra üçüncü kişilere devredilebilir ya da kiracı, oturma hakkı sahibi gibi kişilerin kullanımına bırakılabilir. Bir bağımsız bölümün özgülenme amacına aykırı kullanılması, bu kişileri de etkileyeceğinden, tek malikli yapılarda da bu madde hükümlerinin uygulanması gerekir.

I. KESİN OLARAK YASAKLANAN KULLANIM BİÇİMLERİ

A. Kanuni Düzenleme

Kat mülkiyeti ilişkisinin özellikli niteliği, kanun koyucuyu, ilişkiye daha çok müdahale eden düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Kat mülkiyeti ilişkisinde bağımsız bölümlerin birbirine yakınlığı ve dolayısıyla maliklerin yapılacak bir değişiklikten etkilenme olasılığının daha yüksek olması göz önünde bulundurularak, kat mülkiyetine tâbi taşınmazı hastane, klinik gibi müesseselere dönüştürme yetkisi, maliklerine bırakılmamıştır.

KMK m. 24/1'de, kat mülkiyeti kütüğünde mesken, iş ya da ticaret yeri olarak kayıtlı bağımsız bölümlerin hastane, dispanser, klinik, poliklinik ve ecza laboratuvarı¹ olarak kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Maddede “gibi” sözcüğü kullanılarak, bu kurumlara benzer nitelikteki yerlerin açılması da yasaklanmıştır. Hükümde sayılan yerlerden yola çıkarak, anataşınmazın, diğer bağımsız bölümlerinde yaşayanların sağlık ve can güvenliğini tehlikeye sokacak nitelikteki işlerin yasaklandığı söylenebilir². Zira bu türdeki müesseseler,

¹ “...Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarında, ecza laboratuvarı gibi sair laboratuvar çalışmaları da yasak kapsamında mütalaa edilmekte... Buna göre, hastalardan alınan materyallerin laboratuvarda birtakım işlemlerden geçirilerek incelenmesi olgusu muayene işi olarak kabul edilemez...” Yarg. HGK E. 2004/18-476 K. 2004/561 T. 20.10.2004; “...Dava konusu yer, muayenehane olarak kullanılması yanında, işyeri niteliğindeki tıbbi tahliller laboratuvarı olarak da kullanıldığına göre, muayenehane kavramının genişletilip, hakim faaliyetin laboratuvar tahlilleri olduğu doğru anlaşılın bakteri-yoloji laboratuvarının da bu kavram içinde mütalaa edilerek davanın reddi doğru görülmüştür...” Yarg. HGK E. 2000/18-918 K. 2000/934 T. 31.5.2000, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

² **Ali Arcak**, Değişik ve Yeni Hükümleriyle Son Yargıtay Kararları Işığında: Kat Mülkiyeti, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1988, s. 673; **Ali Arcak / Celal Erdoğan**, Açıklamalı Kat Mülkiyeti Kanunu ve Uygulaması, Ankara, Halkevleri Basımevi, 1976, s. 391; **Mahir Ersin Germeç**, Kat Mülkiyeti Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 535.

her türlü hastalık taşıyan kişilerin sürekli ve kalabalık şekilde bulunduğu, girip çıktığı ya da bu kişilere ilaç üreten veya depolayan yerlerdir. Kanun koyucu da yaptığı düzenlemeyle, bu yerlerin çevresinde ikamet edenlerin sağlığını korumayı amaçlamıştır³. Kat maliklerinin menfaatlerini korumayı amaçlayan bu hüküm, emredici niteliktedir⁴. Hükümde, konulan yasağa aykırı olarak yapılan sözleşmelerin geçersiz olacağı belirtilmiştir. Her ne kadar hükmün lafzında sözleşme ifadesi kullanılmış olsa da, kat maliklerinin anlaşması kastedildiğinden, sözleşme dışında yönetim planına hüküm koyma, karar alma gibi tasarruflar da, kanun koyucunun iradesine karşı olursa, aynı düzenleme uygulanacaktır⁵. Bir kat malikinin, kendi bağımsız bölümünün kullanımını değiştiren sözleşmeler yapması yasak olduğu gibi, bu husus, kat malikleri kurulunun oy birliği kararı ile bile yapılacak bir iş olarak görülmemiştir. Şayet böyle bir sözleşme yapılır ya da karar alınır, emredici hükme aykırı olacağından butlan yaptırımına tâbi olacaktır.

Kanunda yasaklanan tipte büyük ve orta ölçekli sağlık müesseselerinin kurulabilmesi, yalnızca kat mülkiyetinin kurulduğu aşamada, tapuya, sağlık müessesesi olduğunun kaydedilmesi hâlinde mümkündür⁶. Tapuya, sağlık müessesesi dışında bir nitelikte kaydedilmiş bir yerin, sonradan bu niteliğe dönüştürülmesine hiçbir surette izin verilmemektedir. Meskenlerin, iş yerlerine çevrilmesi için oy birliği aranırken⁷, burada oy birliği ile kararın dahi yasaklanmasının nedeni, sağlık müesseselerinin iş veya ticaret yerlerinden daha rahatsız edici nitelikte olmasıdır. Gerçekten de mesken nitelikli bağımsız bölümlerden oluşan bir yapıda, bir bağımsız bölümün dahi sağlık kuruluşuna dönüştürülmesi gürlütyü artıracak, girip çıkan kişilerin yapının ortak yerlerini kullanmaları, diğer bağımsız bölümlerde yaşayanların sağlığına yönelik ciddi bir tehdit oluşturacaktır. Örneğin, küçük bir çocuk, bahçede bulunduğu bir tıbbi atıkla oynadığında, mikrop kaparak kendisinin ve ailesinin sağlığını tehlikeye atacaktır. Yaşlı bir kat maliki, asansörde hasta birisiyle temas ettiğinde, kendisinin de hastalığa yakalanma ihtimali çok yüksektir. Özellikle, salgın dönemlerinde, bu durum, daha fazla önem taşımaktadır.

B. Sağlık Müessesesi Olarak Kayıtlı Yerin Niteliğinin Değiştirilmesi

Tapuya, maddede belirtilen kapsamdaki sağlık kuruluşlarından biri olarak kaydedilen yer, daha sonra başka bir tür sağlık kuruluşuna devredilebilir. Bu kuruluşların açılmasına ilişkin mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere⁸, örneğin, tapuda poliklinik olarak tescil edilen yerin, hastane olarak kullanılmasına bir engel yoktur.

Sağlık müessesesi olarak kayıtlı bir yerin, mesken ya da iş yerine dönüştürülmesi, madde kapsamında kesin yasaklanan hâllerden değildir. Ancak kat mülkiyeti, bağımsız ve

³ Germeç, s. 535-536.

⁴ Abdülkadir Arpacı, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul, Bedir Yayınevi, 1984, s. 162; Şeref Ertaş, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 377; Arcak, s. 673.

⁵ Meskenini kliniğe dönüştürmek isteyen kat maliki, kat malikleri kurulunun olumsuz kararına karşı hâkimin müdahalesini de isteyemez. Abdülkadir Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, Apartman Yaşamının Sorunları, İstanbul, Temel Yayınları, 1994, s. 148.

⁶ Abdülkadir Arpacı, Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması: Doğalgaz ve Devre Mülk, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul, Temel Yayınları, 2002, s. 93; Ertaş, s. 377; Hasan Özkan, İzahlı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Davaları ve Tatbikatı, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1975, s. 54; Şerafettin Gökalp, Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 97; Bütün bağımsız bölümlerin sağlık müessesesi olarak kullanıldığı yapılarda, bu fıkradaki yasaklamanın uygulanmasının maddenin amacını aştığı görüşü için bkz. Ertaş, s. 377.

⁷ Bkz. Bölüm II. A.

⁸ İlgili mevzuat sağlık hizmeti veren kurumların mahiyetlerine uygun binalarda kurulacağını düzenleyen bazı sağlık kuruluşlarının müstakil binalarda kurulmasını şart koşmuştur. Bkz. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik (bkz. RG 15.2.2008 - 26788).

paylı mülkiyetin bir arada olduğu, temeli paylı mülkiyete dayanan özel bir mülkiyet türüdür. Bu nedenle, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda hüküm olmayan hâllere, Türk Medeni Kanunu'ndaki paylı mülkiyet esasları ile çözüm getirilebilir (KMK m. 9). Bu esaslara göre, paylı mülkiyete tâbi taşınmazın özgülleme amacının değiştirilmesi, olağanüstü iş sayılarak, maliklerin oy birliği ile alacağı karara bağlanmıştır. Böyle bir dönüşümün de özgülleme amacında değişiklik meydana getirdiği söylenerek, TMK m. 692 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, oy birliği hâlinde verilecek karara tâbi olacağı ileri sürülebilir. Bu düşünce, kesin yasaklanan hâller dışında, özgülleme amacındaki her tür değişikliğin kat maliklerinin oy birliğine tâbi olduğu sonucuna götürür. Hükmün amacını dikkate almayan bu yorum, kat maliklerini olumlu yönde etkileyecek bir değişikliği de zorlaştıracaktır.

Akla gelebilecek bir diğer düşünce de, hakkında düzenleme yapılmayan nitelik değişikliklerinin serbest olduğudur. Zira KMK m. 24'te "Yasak İşler" başlığı altında yasaklama ve sınırlandırma getirilen işler düzenlenmiştir. Hükmün zıt anlamından hareketle, diğer işlerin serbest bırakıldığı kabul edilmelidir. Bu bakış da, her zaman kat maliklerinin yararına olmayabilir. Dürüstlük kuralı sınırlaması devrede olsa da, bu tür değişiklikler, kat maliklerine etkileri değerlendirilmeden tamamen serbest bırakılmamalıdır.

Kat maliklerinin menfaatini esas alan düşünce tarzını benimsersek, mesken veya iş yeri olarak kullanım, sağlık müessesesi olarak kullanıma göre kat maliklerini daha az rahatsız edecektir. Kanunda da buna yönelik sınırlandırma olmadığından, kurul kararı gerekmeden kat maliki, kendi bağımsız bölümünü, mesken ya da iş yeri olarak kullanabileceği⁹ gibi, yapacağı kira sözleşmesiyle kiracısına da kullanılabılır. Yeri geldiğinde açıklayacağımız üzere¹⁰, kanunda sayılmayan diğer nitelik değişiklikleri bakımından da, mutlak bir şekilde serbesttir ya da oy birliği şartına bağlıdır demek yerine, ilgili değişikliğin özellikleri düşünülerek sonuca varılması kanaatindeyiz.

C. Muayenehanelerin Durumu

KMK m. 24/1'de, tapuda iş ve ticaret yeri ya da mesken olarak görünen yerlerin hastane, dispensar, klinik gibi sağlık müesseselerine çevrilmesinin tamamen yasaklandığı ifade edildikten sonra, muayenehanelerin yasaklanan sağlık müesseselerinin dışında tutulduğu hükmüne bağlanmıştır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında, mesken niteliğindeki bağımsız bölümlerin iş ve ticaret yerlerine dönüştürülmesi için oy birliği ile karar alınmasının zorunlu olduğu düzenlenmiş ve örnek kabilinden sıralanan yerler arasında muayenehaneler sayılmamıştır. Tüm bunlar, mesken nitelikli bağımsız bölümlerin muayenehane olarak kullanılması için, kat maliklerinin oy birliği ile kararının gerekli olup olmadığı hususunda tartışmalara yol açmıştır.

Arcak'a göre¹¹, muayenehaneler, birinci fıkradaki yasaklamadan ayrı tutulmuş, ikinci fıkra kapsamına da alınmamıştır. Bu sebeple, mesken olarak kayıtlı bağımsız bölüm, kat maliklerinin rızasına ihtiyaç olmadan, muayenehane olarak kullanılabilir.

Yargıtay'a göre de, kat maliklerinin oy birliği ile alacağı karara gerek olmadan, meskenlerde, muayenehane açılabilir; muayenehaneler, KMK m. 24/2'de sayılan iş yerleri kapsamına girmemektedir¹². Fakat kat maliklerinin, yönetim planına koyacakları, meskenle-

⁹ *Özkan*, s. 54.

¹⁰ Bkz. II. B., II. E. bölümlerinde yapılan açıklamalar.

¹¹ *Arcak*, s. 674.

¹² "...Daha işlek daha sürekli ve kalabalık kimselerle uğraşı durumunda bulunan doktor muayenehaneleri için bile meskenlerin kullanılmasında bir sakınca görülmediği anlaşıldığından..." Yarg. HGK E. 1970/519 K. 853 T. 10.11.1973; "...Kat Mülkiyeti Yasası'nın 24. maddesinin ilk fıkrasında, tapu

rin özgülenme amacı dışında kullanılmasını ya da muayenehane olarak kullanımını yasaklayan bir hükümle, o bağımsız bölümden, muayenehane olarak yararlanılması engellenebilir¹³.

Arpacı'ya göre¹⁴, meskenlerin, muayenehane olarak kullanılabilmesi için, kat maliklerinin oy birliği ile anlaşması gerekir. Zira, KMK m. 24/1'de "*kat maliklerinin buna aykırı sözleşmeleri hükümsüzdür*" denilmesinin akabinde, "*dispanser, klinik, poliklinik, niteliğinde olmayan (olmayan) muayenehaneler bu hükmün kapsamı dışındadır.*" ibaresinin tercih edilmesi, iki ifadenin birbiriyile bağlantılı olduğunu göstermektedir. Bu ifadelerle, mesken nitelikli bağımsız bölümlerin, muayenehane olarak kullanılmasının, ancak kat maliklerinin yapacakları bir sözleşme ile mümkün olduğu anlatılmak istenmiştir. Kanun metnini bu şekilde anılanın faydaları mevcuttur. Aksi hâlde hastaların, muayenehaneye sürekli girip çıkmalarının, binanın, mesken niteliğini ve komşu bağımsız bölümlerde yaşayanların huzuru bozacağı açıktır.

Reisoğlu'na göre¹⁵, KMK m. 24/1'de, muayenehanelerin kapsam dışında bırakılması, mesken ve iş yerlerinde muayenehane açılabilceği anlamı taşımaktadır. Fakat daha ileri

kütüğünde iş ve ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müesseselerin kurulması yasaklanmış ve dispanser, klinik ve poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu yasak kapsamı dışında tutulmuştur..." Yarg. 18. HD E. 2010/10141 K. 2010/12812 T. 11.10.2010; "...Mesken nitelikte bağımsız bölümlerin belli meslek mensuplarının münferit çalışmalarıyla bu mesleklerini icra ettiği; doktor muayenehanesi, avukat yazıhanesi, mühendis çizim bürosu gibi işlerde kullanılmasının kat malikleri kurulunun oybirliği ile verilmiş bir karar olmadan da mümkün olabileceği kabul edilmekte..." Yarg. 18. HD E. 2002/10502 K. 2002/10286 T. 24.10.2002, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

¹³ "...Yönetim planında yasaklayan özel bir hüküm bulunmaması koşuluyla tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümlerin doktor muayenehanesi olarak kullanılmasında yasal bir sakınca bulunmamakta ise de; somut olayda yönetim planının 2. maddesi ile dairelerin sadece mesken olarak kullanılacağı kurala bağlanmış olmasına göre davanın kabulü ile..." Yarg. HGK E. 2003/18-411 K. 2003/417 T. 11.6.2003; "...kat mülkiyetli anataşınmazın dava konusu bağımsız bölümünün tapuda daire (mesken) olarak gösterildiği, yine yönetim planının 4. maddesinde dairelerin münhasıran mesken olarak kullanılacağı belirtilmiştir. Dava konusu mesken olan bağımsız bölümün dış hekim muayenehanesi olarak kullanılması yönünde kat malikleri kurulunca alınmış bir karar olmadığı gibi yukarıda anılan yönetim planının 4. maddesindeki açık hüküm karşısında mahkemece davanın kabulü..." Yarg. 18. HD E. 2012/4229 K. 2012/5722 T. 17.5.2012; Aynı yönde "...ana gayrimenkulde davalının birinci katta bulunan mesken niteliğindeki bağımsız bölümünü psikiyatri muayenehanesi olarak kullandığını, yönetim planının buna izin vermediğini, bu sebeple davalının bu yeri olduğu şekilde kullanmasına son verilmesini istemişlerdir...KMK 28.madde gereğince yönetim planının bütün kat maliklerini bağlayan bir sözleşme hükmünde olduğu, tüm kat maliklerinin buna uyması gerektiği ana gayrimenkulün yönetim planının 8.maddesinde "tapuda mesken olarak kayıtlı dairelerin iş yeri, büro, ticarethane, yazıhane, muayenehane olarak kullanılmayacağı ve kullandırılmayacağı" yazıldığı, kat maliklerinin bu şekilde bir yönetim planı hazırlamalarının yasaya aykırı olmadığı anlaşılmıştır..." İstanbul BAM 35. HD E. 2017/1191 K. 2017/1196 T. 5.7.2017, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020; Aynı yönde **Selahattin Sulhi Tekinay**, Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II), İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, s. 83; **İlknur Arslan / Mustafa Kırmızı**, Yargıtay'ın Tümüyle Taranmış İçtihatları Işığında Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, Ankara, Bilge Yayınevi, 2012, s. 407.

¹⁴ **Arpacı**, Yönetim, s. 158; **Arpacı**, Kat Mülkiyeti Kanunu, s. 94.

¹⁵ **Safa Reisoğlu**, Uygulamada Kat Mülkiyeti, Yargıtay Kararlarıyla Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Güneş Matbaacılık, 1976, s. 75; Aynı yönde **M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 650, N. 2217; Aynı yönde olmakla birlikte muayenehanelerin KMK m. 24/1 kapsamında olmadığı; ancak KMK m. 24/2 kapsamında iş yeri niteliğindeki yerler arasında sayılması ve böylece oy birliği aranmasının daha isabetli

gidilerek, kat malikleri kurulunun oy birliği ile alacağı karardan istisna tutulduğu söylene-
mez. Zira, kanun koyucu, tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümlerin özgülenme
amacı ile bağdaşmayacak şekilde kullanılmasını, kat maliklerinin oy birliği ile vereceği
karara bağlamıştır.

KMK m. 24/1, üç cümleden oluşmaktadır. Kanımızca, fıkranın ikinci cümlesi, birin-
ci cümledeki yasağın etkisini kuvvetlendirmek, kesin olarak yasaklandığını bildirmek için
yazılmıştır. Üçüncü cümle de kendinden önceki cümlelerde getirilen yasaklamanın istisnası
niteliğindedir. Bu düzenlemelerden, meskenlerde, sağlık müessesesi kurulmasına ilişkin
sözleşmelerin hükümsüz olacağı; ama muayenehane kurulmasına ilişkin bir sözleşme yapı-
labileceği anlamı çıkar.

KMK m. 24/2 hükmü ile de, meskenlerin iş yerlerine dönüştürülmesi, kat malikleri-
nin oy birliği ile alacağı karara bağlanmıştır¹⁶. Zira iş yeri olarak kullanım, mesken olarak
kullanıma göre daha rahatsız edicidir. Kanaatimizce, ilk fıkra, ikinci fıkradan ayrı değeren-
dirilemez. Madde bir bütün hâlinde incelenmelidir. İkinci fıkra ile getirilen kısıtlamadaki
amaç, muayenehaneler için de mevcuttur. Muayenehanenin, niteliği itibarıyla iş yerinden
farklı bir yer olmaması, ikinci fıkra da muayenehaneleri kapsam dışı bırakan açık bir
düzenlemenin bulunmaması olguları bir arada düşünüldüğünde, oy birliği ile karar sınırla-
masına tâbi olduğu anlaşılacaktır¹⁷. Özellikle, tek girişi olan apartmanlarda, üst kattaki
dairelerden birinin, konut olarak kullanılan niteliğinin, muayenehaneye çevrilmesi ile mua-
yenehaneye gelenlerin aynı girişi, aynı merdivenleri kullanmak zorunda kalmaları, diğer
apartman sakinlerinin sağlığını ve huzurunu olumsuz etkileyecektir. Onların fikri sorulma-
dan, kat malikinin kendi iradesiyle, dairesinin özgülenme amacını muayenehane olarak
değiştirmesi kabul edilemez. KMK m. 24/2'nin açık düzenlemesi karşısında, kat malikleri-
nin toplantı yapmadan, tamamının katılımıyla, çok taraflı bir sözleşme yapmaları da yeterli
olmayacaktır¹⁸. Sonuç olarak, kat maliki, kat maliklerinin kurul olarak toplanarak oy birliği
ile karar alması kaydıyla, mesken nitelikli bağımsız bölümünde, muayenehane açabilir,
buna yönelik sözleşme yapabilir.

Kat maliklerinin, bağımsız bölümlerini, başlangıçta özgüledikleri amaca uygun kul-
lanma borcu vardır. Mesken nitelikli bağımsız bölüm, muayenehane olarak kullanıldığında,
özgülenme amacında değişiklik meydana geleceği açıktır. Bizce, KMK m. 24/2 hükmü
varken böyle bir değişiklik, oy birliği şartından muaf tutulamaz. Yargıtay'ın, hiçbir şarta
bağlı olmadan, meskenlerde, muayenehane açılabilirliğini kabul ederek¹⁹, kanunda yazma-
yan bir istisnayı, içtihat yolu ile getirmesi uygun olmamıştır.

D. Faaliyetin Niteliği

Önem atfedilmesi gereken bir diğer konu, meskende, yürütülecek faaliyetin açılması
tamamen yasaklanan müesseselerden birine mi yoksa muayenehaneye mi özgü olduğunun

olacağı hakkında bkz. **A. Lale Sirmen**, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 503-504; Birinci fıkra da yer alan istisnanın ikinci fıkra da uygulanmasının kanunun lafzı ve ama-
cına aykırı olacağı şeklindeki gerekçe için bkz. **Germeç**, s. 539.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II.

¹⁷ KMK m. 24/2'de kat maliklerinin kurul hâlinde toplanarak oy birliği ile karar almasının, şekil şartını
sağlayacağı öngörülmüştür. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Bölüm II. C. 1.

¹⁸ Çok taraflı sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hü-
kümeler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 173 vd.

¹⁹ Bkz. dn. 12'de yer alan kararlar.

ayırt edilmesidir²⁰. Zira, birinci fıkra kapsamındaki sağlık müesseselerinin açılması kesinlikle yasaktır. KMK m. 24/1’de yasaklanan iş; muayene ile birlikte tedavinin de yapıldığı, birden çok doktorun çalıştığı ve birden fazla uzmanlık alanını kapsayabilecek bir faaliyet-tir²¹. Yargıtay uygulamasında, muayenehane; tıp ve diş hekimlerinin hekimlik faaliyeti kapsamında, ticari amaç gütmeyen, münferit ve emeğe dayalı olarak yürüttüğü muayene etme, reçete yazma ve küçük çapta tedavi işlemlerinin görüldüğü yerdir²². Hayvanların muayene edildiği veteriner hekim muayenehaneleri²³, diş protez laboratuvarları²⁴ bu kriter-

²⁰ “...Kat Mülkiyeti Yasası'nın 24. maddesinin ilk fıkrasında, tapu kütüğünde iş ve ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müesseselerin kurulması yasaklanmış ve dispanser, klinik ve poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu yasak kapsamı dışında tutulmuştur...Özellikle radyoloji uzmanının raporunda belirttiği görüşler de dikkate alınarak, anataşınmazın sağlığa yönelik işler için kullanılan bağımsız bölümdeki faaliyetlerin dispanser, klinik ve poliklinik niteliğinde olup olmadığı, sözü edilen yerdeki tıbbi cihazlar kullanılmak suretiyle yapılan işlerin muayene faaliyeti niteliği taşıyıp taşımadığı ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde konu ile yakından ilgili kurumların görüşlerine de başvurulmak suretiyle alınacak cevapların incelenmesi sonucu oluşacak uzman bilirkişi kanaati doğrultusunda düzenlenecek raporla açıklığa kavuşturulması gerektiğinden, davacı tarafın ileri sürdüğü iddiaların doğruluğunun araştırılması bakımından ayrıca fizik ve çevre mühendisinin görüşleri de alındıktan sonra, öncelikle bu yerde yürütülen faaliyetin klinik, poliklinik, laboratuvar veya muayenehane olarak kabulünün mümkün olup olmadığı, cihazların bina statüsüne olumsuz etkisi bulunup bulunmadığı araştırılarak...” Yarg. 18. HD E. 2010/10141 K. 2010/12812 T. 11.10.2010; “...Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamalarında, sağlığa yönelik işler için kullanılan bağımsız bölümlerdeki bu faaliyetin dispanser, klinik ve poliklinik niteliğinde olup olmadığı, muayene faaliyeti niteliği taşıyıp taşımadığı ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde uzman bilirkişilere incelettilerinde bu konunun düzenlenecek raporla açıklığa kavuşturulması aranmaktadır...” Yarg. 18. HD E. 2003/2472 K. 2003/3083 T. 15.4.2003, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

²¹ **Germeç**, s. 539; **Gökalp**, s. 97.

²² “...yasak kapsamı dışında kalan ve muayenehanede yapılabilecek işin ise doğrudan hasta üzerinde elle veya aletlerle yapılan sağlık kontrolünü ve operasyon sayılamayacak müdahaleleri içerir nitelikte olması aranmaktadır...” Yarg. HGK E. 2004/18-476 K. 2004/561 T. 20.10.2004; “...Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre şirketlerin gerek merkezleri ve gerekse irtibat büroları da dahil faaliyet gösterdikleri tüm yerler, ticari işletmenin uzantısında bir işyeri niteliğinde olup doktor muayenehanesi gibi kabulü söz konusu olamaz...Davalı şirketin dava konusu yerle irtibatının kesildiğinin tespiti halinde ise ilk davanın davalısı kiracı tarafından kullanılan böyle bir laboratuvarın, daha çok münferit ve kişisel emeğe dayalı olarak faaliyet gösterilen doktor muayenehanesi olarak kabulünün mümkün olup olmadığı ya da Kat Mülkiyeti Yasasının 24. maddesinin birinci fıkrasında sayılan yasak işler kapsamına girip girmediği hususunda yeniden ve konunun uzmanlarından oluşturulacak üç kişilik bilirkişi kurulundan rapor alınması, ayrıca konunun Sağlık Bakanlığının radyoloji uzmanı doktorun muayenehanesinde "muayene" sözcüğünün ifade ettiği anlam çerçevesinde yapabileceği işlerin neler olduğunun, bu kapsamda hangi cihazları muayenehanede bulundurup kullanabileceğinin ve de tıbbi tanı cihazı bulundurma yetkisiyle ruhsatını almış bir laboratuvarın, hasta yoğunluğu da dikkate alınarak yasada belirtilen dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler kapsamına girip girmeyeceğinin bildirilmesinin istenmesi, alınacak rapor ve cevap doğrultusunda oluşacak duruma göre yukarıda yapılan tüm açıklamalar da gözetilerek bir karar verilmesi, gerekirken...” Yarg. 18. HD E. 2004/345 K. 2004/1603 T. 4.3.2004; “...Tıp doktoru ve diş hekimli muayenehaneleri 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 24/1 maddesinde düzenlenen yasak işler kapsamına girmez...” Yarg. HGK E. 2002/18-1055 K. 2002/1057 T. 11.12.2002 www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020; “...Meskenlerin, akapunktur kliniği olarak kullanılmasına yasal engel yoktur...” Yarg. 18. HD E. 2000/9192 K. 2000/10751 T. 17.10.2000 (**Ali Haydar Karahacıoğlu / Cengiz Ergin**, Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 713).

²³ “...Tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümlerde hayvanların tedavi ve bakımlarının yapıldığı veterinerlik faaliyetlerinin yürütülebilmesi tüm kat maliklerinin oybirliğiyle verecekleri kararla

leri taşımadığından muayenehane olarak görülmemektedir. Ancak muayenehanelerde de acil hâllerde, tababet mevzuatının izin verdiği kapsamda²⁵, pansuman ve ufak çapta operasyonlar yapılabilir²⁶.

Muayenehane faaliyeti, dispanser, klinik, poliklinik boyutuna ulaşmayan bir faaliyettir. Birden fazla doktorun bir arada çalıştığı, fizik tedavi ve rehabilitasyon merkezi, tıp merkezi, psikiyatri merkezi, saç ekim merkezi, ağız ve diş sağlığı merkezi gibi yerler, muayenehane olarak değerlendirilemez. Benzer şekilde, botoks, dolgu, cilt bakımı, lazer epilasyon gibi tıbbi müdahalelerin yapıldığı güzellik merkezleri, tek doktordan oluşsa bile, faaliyetin içeriği itibarıyla poliklinik niteliğindedir. Uygulamada, doktorlar tarafından yapılması gereken bu işlemlerin, güzellik salonlarında, güzellik uzmanlarınca yapıldığını görmekteyiz²⁷. Bu tür yerlerin muayenehane olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Güzellik salonu, güzellik uzmanlarından oluşan bir tür iş yeridir; sağlık kuruluşu değildir.

Dolayısıyla, genel bir belirleme yapılmayıp, somut olay bakımından faaliyetin içeriği değerlendirilerek sonuca varılması yerinde olacaktır. Bu değerlendirme yapılmadan, birkaç kritere bakarak ulaşılan sonuç doğru olmayacaktır. Yani bir faaliyetin sadece doktor gözetiminde veya doktorların kullanabileceği bir cihazla yapılmış olması ya da o yerin kira sözleşmesinde muayenehane olarak kullanılacağına yazılması, oranın, muayenehane olduğu anlamına gelmez²⁸.

II. KAT MALİKLERİ KURULUNUN OY BİRLİĞİ İLE ALACAĞI KARARA BAĞLANAN KULLANIM BİÇİMLERİ

A. Genel Olarak

KMK m. 24/2'ye göre, tapu kütüğünde mesken olarak görünen bağımsız bölümde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali eğlence ve

mümkündür..." Yarg. 18. HD E. 2009/4897 K. 2009/5402 T. 25.5.2009, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

²⁴ "...Davalının diş hekimi olmadığı ve muayenehane açma hak ve yetkisi bulunmadığı gibi diş hekimlerine, ihtiyaçlarına uygun materyal ürettiği, dolayısıyla söz konusu yerin muayenehane niteliği taşımadığı ve işyeri olduğu..." Yarg. 18. HD E. 2007/9833 K. 2008/1165 T. 11.2.2008 (**Tahsin Murat Pulak**, Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli-Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 442).

²⁵ **Arslan / Kırmızı**, s. 407; **Pulak**, s. 416.

²⁶ **Ertaş**, s. 378; **Germeç**, s. 539; "...Yargıtay uygulamalarında, doktorların teşhise yönelik hasta muayeneleri dışında, klinik veya hastanelerde yapılması gereken orta ve büyük çapta ameliyatların yapıldığı yerler muayenehane niteliğinde kabul edilmemektedir. Muayenehanelerde acil durumlarda küçük çapta operasyon ve pansuman gibi tedaviye yönelik işlemler yapılabilir de, yukarıda değinildiği gibi ameliyat ağırlıklı operasyon ve yataklı tedavi uygulanamaz..." Yarg. 18. HD E. 2001/8950 K. 2001/10690 T. 22.11.2001; "...Muayenehanede kürtaj yapılmış olması, muayenehanenin amacı dışında klinik olarak kullanıldığı anlamına gelmeyeceğinden..." Yarg. 18. HD E. 1997/3992 K. 1997/6924 T. 1.7.1997, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

²⁷ Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in geçici 5. maddesiyle güzellik salonlarında doktor çalıştırılma dahi, tıbbi müdahale niteliğindeki cilt yenileme, gençleştirme, botoks, dolgu gibi işlemlerin yapılması yasaklanmıştır.

²⁸ "...Lazerli epilasyon merkezi...tedaviyi de içeren epilasyon faaliyetinin yapıldığı bir işyeridir. Bu nitelikteki bir faaliyetin doktor nezaretinde ve lazer cihazı ile yapılmış olması ya da muayenehane olarak kiralanmış bulunması o yere doktor muayenehanesi niteliği kazandırmaz..." Yarg. 18. HD E. 2001/9084 K. 2001/10180 T. 12.11.2001 (**Pulak**, s. 434-435).

toplantı yerleri ile fırın, lokanta²⁹, pastane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ile imalat-hane, boyahane, basımevi, dükkân³⁰, galeri ve çarşı gibi ticaret ve iş yerleri, ancak kat malikleri kurulunun oy birliği ile alacağı kararlarla açılabilir³¹. Görüldüğü gibi, açılması kurul kararına bağlanan yerler üç gruba ayrılmıştır. Her grup için sayılan yerler de örnek niteliğindedir. Maddenin hükümet gerekçesindeki: “...anagayrimenkulde hangi müesseselerin kurulup kurulamayacağıın incelenmesi bakımından, anataşınmazın genel durumunun göz önüne alınması ve açılacak işyerlerinin birbirleriyle olan alakası ve bunların binanın du-

²⁹ “...Bağımsız bölümün şubede çalışan memurlara öğle yemeği servisi için kullanılması o yerin lokanta olarak kullanıldığı anlamına gelmez...” Yarg. HGK E. 1981/289 K. 1982/473 T. 5.5.1982, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

³⁰ “...Davacı vekili davalıların, anataşınmazın tapuda mesken olarak kayıtlı bulunan bölümünü üç ayrı dükkân haline dönüştürmek suretiyle kullandıklarını ileri sürerek, yapılan değişikliklerin onaylı mimari projesine uygun eski hale getirilmesini istemiştir. Anataşınmazın kat malikleri kurulu karar defteri ilgili yönetimden getirilip incelenerek meskenin işyerine dönüştürülmesine ilişkin oybirliğiyle alınmış bir karar bulunup bulunmadığı araştırılarak, oluşacak sonuç doğrultusunda karar verilmesi gerekir...” Yarg.18. HD E. 2008/10771 K. 2009/1364 T. 19.2.2009; “...Dava, tapuda mesken olarak kayıtlı ancak işyeri olarak kullanılan bağımsız bölümün eski hale getirilmesi ve tahliyesi talebine ilişkindir. Kat mülkiyetine tabi taşınmazlarda kütükte mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümler kural olarak kat maliklerinin oybirliği ile verdikleri karar olmadıkça işyeri olarak kullanılamaz. Somut olayda, ihtilaf konusu yer nalbur dükkânı olarak kullanılmaktadır. Davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır...” Yarg. 18. HD E. 2004/7201 K. 2004/7357 T. 18.10.2004, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

³¹ “...Mahkemece, yapı tadilat ruhsatının verildiği tarih itibari ile davaya konu mesken nitelikli birinci kat 1 numaralı bağımsız bölümün işyeri olarak kullanılması için kat maliklerince oybirliği ile verilmiş karar bulunup bulunmadığı araştırılarak tüm delillerin birlikte değerlendirilmesinin yapıp oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir...” Yarg. 18. HD E. 2015/12897 K. 2016/11011 T. 5.10.2016; “...Mesken nitelikli bağımsız bölümün çocuk yurdu (çocuk evi) olarak kullanılması hukuka uygundur...” Yarg. 18. HD E. 2014/10785 K. 2015/2366 T. 19.2.2015; “...Dava konusu edilen bağımsız bölümlerin tapu kütüğünde mesken olarak kayıtlı buldukları, dosya kapsamından bu bölümlerin işyeri niteliği taşıyan dershane olarak kullanıldıkları, böyle bir kullanım için tüm kat maliklerinin oybirliğini taşıyan herhangi bir karar bulunmadığı gibi yönetim planında böyle bir kullanıma izin verilmediği anlaşılmaktadır...” Yarg. 18. HD E. 2008/9827 K. 2008/10977 T. 27.10.2008; “...Bilirkişi tarafından incelenen hükme konu edilen 3 nolu bağımsız bölümün tapuda mesken olarak gösterildiği, buranın emlak bürosu olarak kullanıldığı konusunda tartışma yoktur... Somut olayda dava konusu edilen ve tapuda mesken niteliği ile kayıtlı bulunan 3 nolu bağımsız bölümde işyeri açılabilmesi için tüm kat maliklerince verilmiş bir karar bulunmamaktadır...” Yarg. 18. HD E. 2007/2832 K. 2007/3803 T. 1.5.2007; “...Dava, tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümün kuaför işyeri olarak kullanılmasından kaynaklanan men'i müdahale talebine ilişkindir...” Yarg. 18. HD E. 2002/11869 K. 2003/927 T. 6.2.2003; “...Mesken otel olarak kullanılamaz. Pansiyon olarak kullanılması ise mesken gibi kullanıma koşulu ile mümkündür. Apart otel kullanımı, fiilen otel veya pansiyon şeklindeki kullanımın hangisine yakınsa o yolda işlem yapılır...” Yarg. 18. HD E. 1998/5555 K. 1998/6226 T. 27.5.1998; “...ana gayrimenkulün kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bölümünün işyerine katılarak kullanılabilmesi için, kat malikleri kurulunun oybirliğiyle aldığı bir karar bulunması gerekir...” Yarg. HGK E. 1993/18-419 K. 1993/566 T. 6.10.1993; “...Dava konusu bağımsız bölümün tapuda mesken olarak yazılı bulunduğu ve bu yerin davalı dernek tarafından lokal olarak kullanıldığı, böylece Kat Mülkiyeti Yasasının 24/2.maddesinde öngörülen koşullara uyulmaksızın meskenin işyeri olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır...” Yarg. 18. HD E. 2002/8038 K. 2002/9586 T. 10.10.2002; “...Şirketlerin irtibat büroları dahil, hangi amaçla olursa olsun kullanıldıkları yerler işyeri niteliğinde kabul edilmektedir...” Yarg. 18. HD E. 2002/7345 K. 2002/9148 T. 3.10.2002, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020; “...Kat malikleri kurulunun oybirliğine dayalı kararı yoksa, konut, noterlik olarak kullanılamaz...” Yarg. 5. HD E. 1986/15944 K. 1986/15246 T. 17.11.1986 (Mustafa Reşit Karahasan, Kat Mülkiyeti Hukuku, C. 1, İstanbul, Arıkan Basım, 2007, s. 376).

rumu ile bağdaşır bağdaşmadığı noktaları incelenmek lazımdır...” ifadesiyle, benzeri yerlerin takdirinde hâkimin dikkate alması gereken hususlar belirtilmiştir. Temel olarak, gelir elde etme saikiyle mal ve hizmet sunulan yerlerin mesken nitelikli bağımsız bölümlerde açılması, kat maliklerinin oy birliği ile kararına bırakılmıştır³². Çalışmamızda bu yerler kısaca iş yeri olarak anılmıştır.

Mesken nitelikli yapıların bir bölümünün niteliğinin değiştirilmesi, örneğin bir odasının iş yeri olarak kullanımı da bu kapsamdadır. Oy birliği şartının aranması da, olağanüstü bir iş olarak görüldüğünü göstermektedir³³. Sonradan bağımsız bölüm ilave edilmesi yoluyla da kısıtlamanın dolanılması istenmemiştir. Bu yüzden, anagayrimenkulün üstüne kat ilavesi, çekme kat yerine tam kat yapılması, zemin ya da bodrum kat yahut arsanın boş kısmında 24’üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen yerlerin yapılması, yeni kayıt gibi görülmeyerek oy birliğiyle verilecek kurul kararına bağlanmıştır (KMK m. 44).

Konutun iş yerine dönüştürülmesi için, buna yönelik karar alınması yeterli olmaz. Hamam, sauna gibi sıcaklık; bar, dans salonu gibi ses yüksekliği veya başka sebeplerle rahatsızlık veren iş yerlerinin açılabilmesi için sağlanması gereken bazı şartlar vardır³⁴. Bu şartların sağlanması hâlinde, ilgili belediyeden ruhsat alınarak bağımsız bölüm, iş yeri olarak kullanılabilir.

B. Bağımsız Bölümün İş Yeri Olan Niteliğinin Değiştirilmesi

Kanun koyucu, meskenlerin özgülenme amacının değiştirilmesini, bazı kullanım biçimleri için yasaklama, bazı kullanım biçimleri için de sınırlama yoluna gitmiştir. İş yerlerinin ise, sağlık kuruluşlarına dönüştürülmesini yasaklamış, bunun dışında başka bir biçimde kullanımıyla ilgili açık bir düzenleme getirmemiştir. Meskenler için getirilen kısıtlamanın, iş yeri olarak kaydedilen bağımsız bölümlerin özgülenme amacının değiştirilmesi durumunda da uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışılmıştır.

Bir görüşe göre³⁵, her bağımsız bölümün, tapuda yazılı niteliğine uygun şekilde kullanılması gerekir. Aksi durum, oy birliği ile karar şartına bağlanmıştır. Bu görüş uyarınca, özgülenme amacı iş yeri olan bir bağımsız bölümün, meskene çevrilmesi için de, yeter sayı olarak oy birliğinin sağlanması şarttır. Bu da, maddede yer almayan bir sınırlamanın, yorum yoluyla getirilmesi sonucunu doğuracağından amacı aşar niteliktedir. Ayrıca oy birliği, sağlanması kolay olmayan bir yeter sayıdır. Kat maliklerine zararı olmayacak bir kullanım, bu denli zorlaştırılmamalıdır.

Diğer bir görüşe göre³⁶, tapuda iş yeri olarak kayıtlı yerlerde, KMK m. 24/2 hükmü uygulanmaz. İş yerleri, oy birliği ile verilecek karara ihtiyaç olmadan başka bir biçimde kullanılabilir. Nitekim iş yeri, başka bir iş yerine dönüştüğünde, özgülenme amacı değişmemektedir. Niteliği itibariyle hareketli olan iş yerinin, daha sakin olan meskene çevrilmesi

³² Germeç, s. 537; Kat malikleri kurulu kararında iş yeri denmesi bazı faaliyetleri kapsam dışı bırakacağından yapılacak faaliyet türünün de açıkça belirtilmesinin yerinde olacağı yönünde bkz. Germeç, s. 537.

³³ Bkz. Abdülkadir Arpacı (Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı), Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, s. 205.

³⁴ Ayrıntılar için bkz. İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik (bkz. RG 10.8.2005 - 25902)

³⁵ Tekinay, s. 86.

³⁶ Ertaş, s. 379; Arcak, s. 681; Ali Haydar Karahacıoğlu / Ahmet Velioglu, Açıklamalı-İçtihatlı: Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar, 4. Bası, Ankara, Adalet Yayinevi, 1998, s. 504.

ise, kat maliklerini daha az rahatsız edeceğinden, bu dönüşüme izin verilmesinde de bir sakınca yoktur.

Başka bir görüşe göre³⁷ de, KMK m. 24/2'nin uygulanmasındaki kriter, bir bağımsız bölümün, tapuda kayıtlı niteliğine aykırı kullanımının, diğer kat maliklerini rahatsız etmesidir. Tapuda iş yeri olarak kayıtlı bir yerin, başka bir tür iş yeri olarak kullanılması, kat maliklerinin huzurunu bozmuyor, yaşantılarına zarar vermiyorsa, rızalarının alınmasına gerek yoktur. Ancak bu durum, diğer kat maliklerini rahatsız ediyorsa, oy birliği ile verilecek bir karar aranmalıdır. Kanımızca, ayırım yapılarak dahi olsa, iş yeri olarak kullanılabilen yerin, başka bir iş yeri olarak kullanılmasını kat maliklerinin oy birliğine tâbi kılmak, mülkiyet hakkına aşırı ölçüde müdahale teşkil eder. Bu düşünce, iş hayatının gereklerine de aykırıdır. Oy birliği şartı, bütün kat maliklerinin rahatsız olacağı düşünülen işler için getirilmiştir. Ancak bu iş, kat maliklerinin tamamını rahatsız edecek nitelikte değildir.

Yargıtay ise, niteliği iş yeri olan bağımsız bölümlerin, maliklerinin seçimiyle başka bir tür iş yerine dönüştürülebileceği³⁸; dönüşümden sonra, rahatsız etmeme borcuna aykırı davranan kat maliki için hâkimin müdahalesinin istenebileceği³⁹ görüşündedir. Kanaatimiz-

³⁷ **Arpacı**, Yönetim, s. 160; **Arpacı**, Apartman Yaşamının Sorunları, s. 146.

³⁸ "...Bir işyerinde yapılacak çalışmanın niteliğini ve türünü tayin hakkı o bağımsız bölümün malikine aittir. Kat malikleri kurulunun bu konuda takdir hakkı yoktur. Davalının kafe bar şeklinde çalışma yapması bağımsız bölümün işyeri niteliğine aykırı olmadığından..." Yarg. 5. HD E. 1987/13074 K. 1987/15367 T. 5.10.1987 (**Karahasan**, s. 379-380); "...işyeri nitelikli bağımsız bölümlerin tapu kaydındaki niteliği ile kullanılmasını emreden hüküm yoktur..." Yarg. 18. HD E. 2011/9910 K. 2011/10073 T. 13.10.2011 (**Pulak**, s. 423); "...Dava konusu bağımsız bölüm işyeri olup, bar olarak kullanılmasında yasal engel bulunmamaktadır..." Yarg. 18. HD E. 1995/9430 K. 1995/10522 T. 23.10.1995, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

³⁹ "...eylemin 634 sayılı Yasanın 24. maddesinin birinci fıkrası kapsamı dışında kaldığının ve cihazların bina statüsüne olumsuz etkisi bulunmadığının anlaşılması durumunda da bu işyerinde cihazların gümrüktü, titreşim, elektromanyetik dalgalarla radyasyon yayması, elektronik cihazlarda mıknatıslanma ve görüntü kirliliğine neden olması suretiyle çevreye verilen rahatsızlığın giderilmesi bakımından alınacak önlemlerin neler olduğunun, nasıl alınacağını teker teker tespit edilmesi ve bu önlemlerin alınması suretiyle saptanan olumsuzlukların giderilmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması, söz konusu rahatsızlıkların giderilmesinin bilimsel ve teknik yönden mümkün olmaması durumunda söz konusu faaliyete son verilmesi yönünde hüküm kurulması gerektiği düşünülmeyen eksik inceleme ile davanın reddi doğru görülmemiştir..." Yarg. 18. HD E. 2010/10141 K. 2010/12812 T. 11.10.2010; "...Dava, kiracının fırın olarak kullandığı zemin kattaki dükkanın sebep olduğu ısı, ses ve koku nedeniyle diğer kat maliklerine verilen rahatsızlık nedeniyle fırın faaliyetinin durdurulmasına ve tahliye karar verilmesi talebine ilişkindir...dava konusu yer tapuda dükkan olarak kayıtlı olmasına göre, gerek 24. maddenin gerekse yönetim planının 9/c maddesinin öngördüğü yasak kapsamında kalmamaktadır. Projeye aykırı baca imalatı da dava edilmemiş olduğundan, dava konusu yer fırın olarak faaliyet gösterilmesinde eylemli ya da yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak, Kat Mülkiyeti Yasasının 18. maddesi uyarınca bağımsız bölümleri kullananlar, birbirini rahatsız etmemek zorundadırlar. Somut olayda, yapılan işin niteliği itibarıyla diğer bağımsız bölüm maliklerinin rahatsız oldukları anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, fırın faaliyetinin durdurulması yerine, bilirkışı marifetiyle rahatsızlık verici ısı, ses ve kokunun giderilmesi ya da tahammül edilebilir sınırlar içine getirilmesi için alınması gerekli önlemlerin belirlenmesi ve davalıya bu önlemlerin yerine getirilmesi için süre verilmesine karar vermek olmalıdır..." Yarg. 18. HD E. 2000/3772 K. 2000/4074 T. 10.4.2000; "...Tapuda mesken olarak gözüken bağımsız bölüm davacı da dahil olmak üzere kat maliklerinin oybirliği ile aldığı bir kararla halen mevcut hali ile radyo istasyonu olarak kullanılmak üzere kiraya verilmesi halinde ilke olarak 24. madde uyarınca tahliyesine karar verilemez. Ancak ana gayrimenkul sakinlerine rahatsızlık verilmesi durumu harihtir..." Yarg. 18. HD E. 1996/1778 K. 1996/2378 T. 11.3.1996, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

ce, ikinci görüşe paralel yöndeki Yargıtay kararları yerindedir. İş yeri nitelikli yerlerin, sağlık kuruluşuna çevrilmesi dışında, başka bir şekilde kullanımı yasaklanmış değildir. Oy birliği, özel bir yeter sayıdır. Bu yeter sayıyı uygulayabilmek için, kanunda hüküm olması gerekir. KMK m. 24/2, sadece tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümleri ilgilendirmektedir. Yasaklama getiren bir hükmün lafzını, diğer kullanım biçimlerini de içerecek şekilde genişletmek doğru olmaz. Kanun koyucu, iş yeri nitelikli yerlerin başka bir şekilde kullanımı açısından özel bir yeter sayı aramadığına göre, bu dönüşümü serbest bırakmak istemiştir. Dolayısıyla, mesken olarak kayıtlı olmayan, iş yeri niteliğinde görünen bağımsız bölümleri, meskene ya da başka bir tür iş yerine çevirmek, maliklerinin inisiyatifindedir. Ancak KMK m. 18'deki kat maliklerinin birbirlerini rahatsız etmeme borcu, burada da devrededir. Eğer ki, bu borca aykırı kullanım olursa, hâkimin müdahalesini isteme imkânı vardır.

C. Kararın Tâbi Olduğu Şekli Şartlar

1. Kat Malikleri Kurulunun Kararı

Kat malikleri kurulu, kat maliklerinin tamamından oluşan, kat mülkiyeti ilişkisinin karar ve yönetim organıdır. Kural olarak, salt çoğunlukla karar alır (KMK m.30). Kanunda nitelikli çoğunluk öngörülen hâllerde ise, bu çoğunluğa uyarak karar alınmalıdır. Alınan kararlara, karara katılsın katılmasın bütün kat malikleri, külli ve cüzi halefleri, yönetici ve denetçiler uymakla yükümlüdürler (KMK m. 32/2).

Meskenlerin, iş ve ticaret yeri vb. yerler olarak kullanılması için, kat malikleri kurulunun oy birliği ile kararı aranmaktadır. Kanunda oy birliği aranan diğer hâllerde olduğu gibi, burada da, toplantı ve karar yeter sayısı, oy birliği olmalıdır⁴⁰. Bundan dolayı, usulüne uygun yapılan toplantıya, bütün kat maliklerinin katılarak oy birliği ile karar almaları şarttır⁴¹. Yalnızca toplantıya katılan kat maliklerinin olumlu oy kullanması yeterli olmayacaktır⁴². Yine, maliklerin tümü değişikliğe onay verdiğini yazılı olarak bildirirse bile, müzakere edilerek alınan bir karar mevcut olmadığından, maddenin aradığı şart sağlanmamış olur⁴³.

⁴⁰ Bkz. **Arpacı**, Yönetim, s. 155; **Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı)**, Eşya Hukuku, s. 205.

⁴¹ **Arpacı**, Yönetim, s. 155; **Reisoğlu**, s. 72; **Germeç**, s. 537; **Arcak**, s. 677-678; "...Davacının sözü edilen bağımsız bölümün mesken niteliğine dönüştürülmesi için davayı açtığı tarihte (5.8.2004) böyle bir karar bulunmamaktadır. Davanın yargılaması sırasında kat malikleri kurulunun 1.3.2005 günlü toplantısında (2) numaralı bağımsız bölümün kiracısı Ender Demir'in burayı emlak bürosu olarak kullanmasına karar verilmiş ise de bu karar, tüm kat maliklerinin oybirliği ile değil oy çokluğu ile alınmıştır. Davacı kat maliki kararın altına "5. madde dışında diğer maddeleri kabul etmiyorum" biçiminde bir şerh koymuş ise de yargılamanın 16.3.2006 günlü oturumunda kendisinin kat malikleri kurulunun 5. maddesini kabul etmediğini, diğer maddeleri kabul ettiğini, ancak şerhin yanlış yazıldığını belirtmiş, bu konudaki davanın birlikişi raporu doğrultusunda kabulüne karar verilmesini istemiştir. Açıklanan tüm bu olgular birlikte değerlendirildiğinde işyeri olarak kullanılan meskenin eski hale dönüştürülmesi için dava açan davacının böyle bir davanın yargılamanın sürdüğü aşamada kat malikleri kurulu toplantısında o bağımsız bölümün emlak bürosu olarak kullanılmasında olumlu oy kullanması işin niteliğine ve yaşamın olağan akışına aykırıdır. Nitekim davacı bu hususu yukarıda değinilen oturumda açıkça ortaya koymuş bulunmaktadır..." Yarg. 18. HD E. 2007/2832 K. 2007/3803 T. 1.5.2007, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁴² **Arpacı**, Yönetim, s. 158-159; **Germeç**, s. 537; "...Anataşınmazın yönetim planının 3. maddesinde "... kat mülkiyeti kütüğünde işyeri ve ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bölümler haricinde daireler sadece konut olarak kullanılacaktır." hükmü yer almaktadır. Somut olayda iptali istenen 30.12.2005 tarihli kat malikleri kurulu toplantısının 6. maddesinde "... 4 numaralı dairede B. A.'ın ofis olarak çalışmalarını sürdürmesine, sigorta acentesi bürosu olarak çalışmasına..." karar verilmiştir. Bu toplantıya davacı katılmamıştır. 4 numaralı bağımsız bölüm tapuda mesken sıfatıyla ka-

Karara tâbi olan bir değişiklik yapılacaksa, öncelikle kararın alınması, bundan sonra bağımsız bölüm içerisinde fiziki dönüşümün sağlanması gerekir. Karar alınmadan tadilatların yapılması ya da fiilen, yasak kullanım biçimlerine dönüştürülmesi hâlinde, kat malikleri KMK m. 33 hükmüne göre eski hâle iade davası açarak bu kullanımı sona erdirebileceklerdir. Ancak hâkim karar verinceye kadar oy birliği sağlanırsa, dava konusuz kalır⁴⁴. Zira davayı açan kat malikleri de olumlu oy verdiği için ortada uyumsuzluk kalmamıştır.

2. Yönetim Planına Konulacak Hüküm

Yönetim planı, yönetimle ilgili hususları düzenleyen, kat mülkiyeti kurulurken tapuya verilmesi gereken bir belgedir. Kat malikleri, yönetim planı hükümlerine uymakla yükümlüdürler. Yönetim planı, kat maliklerinin beşte dördünün oyu ile değiştirilebilir. Yapılan değişiklik, tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilir. Bu değişiklikler de, yönetim planının ilk hâli gibi kat maliklerini, cüzi ve külli haleflerini, yönetici ve denetçiyi bağlar (KMK m. 28).

Yönetim planına beşte dört oranında bir çoğunlukla, KMK m. 24/2'ye aykırı olarak, kullanım biçimini kısıtlayan veya değiştiren bir hüküm getirilemez⁴⁵. Bu fıkrada, oy birliği aranan bir hâl söz konusu olduğundan, ancak bu nitelikli çoğunluk sağlanırsa, şekil şartı gerçekleşmiş olur. Oy birliği şartı, yönetim planı değişikliği ile bertaraf edilemez. Yargıtay da, KMK m. 24/2'nin kamu düzeninden, mülkiyet hakkının özülüyle ilgili bir hüküm olduğunu, yönetim planı ile aksinin öngörülmesinin mümkün olmadığını, öngörüldüyse geçersiz olacağını vurgulamaktadır⁴⁶. Yönetim planıyla kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak

yıttır. Buna göre dosya kapsamından Kat Mülkiyeti Yasası'nın yukarıda açıklanan esaslarına uygun kat malikleri kurulunca oybirliği ile alınmış bir karar bulunmadığı ve davacı da işyerine dönüştürülmesine muvafakat vermediğine göre 30.12.2005 tarihli kat malikleri kurulu kararlarınının 6. maddesinin de iptaline karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir..." Yarg. 18. HD E. 2014/8579 K. 2014/12982 T. 22.9.2014, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁴³ **Arpacı**, Yönetim, s. 159; **Arcak**, s. 678; **Karahacıoğlu / Veliöğlu**, s. 504; "...toplantı dışında yazılı olarak rızaları elde edildiği takdirde dahi, kat malikleri kurulunca oybirliğiyle verilmiş bir kararın varlığı kabul edilemez..." Yarg. 5. HD E. 1973/777 K. 1973/6188 T. 21.3.1973 (**Karahasan**, s. 378).

⁴⁴ Davanın konusuz kalması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hakan Pekcanitez / Muhammet Özkes / Mine Akkan / Hülya Taş-Korkmaz**, Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2041 vd.; **Baki Kuru**, Medeni Usul Hukuku, İstanbul, Legal Yayınevi, 2015, s. 348-349; **Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taspinar-Ayvaz**, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 473.

⁴⁵ **Germeç**, s. 547; "...Yönetim planı, kat maliklerinin 4/5 inin oyu ile değiştirilebilir ise de, anagayrimenkulün kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünün iş yeri olarak kullanılabilmesi için kat malikleri kurulunun oybirliği ile karar vermesi gerekir..." Yarg. 18. HD E. 1995/8591 K. 1995/8525 T. 12.9.1995, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020; "...24. madde meskenin işyeri olarak kullanılabilmesi için kat malikleri kurulu kararı ve tapuya şerhi öngören özel bir hüküm olup, yönetim planında buna şartlı da olmak üzere izin verilmiş olması geçerli değildir..." Yarg. 18. HD E. 1997/7308 K. 1997/9340 T. 20.10.1997 (**Karahasan**, s. 376).

⁴⁶ "...Kanun koyucunun özel bir önem atfederek düzenlediği 634 Sayılı Kanunun 24. maddesinin 2 ve 3. fıkraları yasanın amir hükümlerinden olup bunun hilafına olan yönetim planı hükmüne itibar edilmemelidir... Mesken olan 5 numaralı bağımsız bölümün, işyeri olarak kullanım veya kiraya verilebilmesi öngören yönetim planını aksine Kat Mülkiyetine geçilirken kat maliklerinin tümünün imzalarını taşıyan noterden onaylı listede tüm bağımsız bölümlerin "mesken" olduğu belirtilip tapu kütüğüne böyle tescil edilmesi istenmiş ve istek yerine getirilmiştir. Bu beyana değil de, daha önce imzalanmış "yönetim planı"na öncelik verilmesine, Yasanın 28. maddesi yeterli dayanağı sağlayamaz..." Yarg. HGK E. 2000/18-1006 K. 2000/1069 T. 21.6.2000; "...Kanunun 24. maddesindeki bu

getirilen düzenlemeler kat maliklerini bağlamaz⁴⁷. Bu sebeple de kat mülkiyetinin kurulduğu aşamada dahi olsa, yönetim planında oy birliği kararını hafifleten, ortadan kaldıran, kat maliklerinden birine diğerlerine nazaran ayrıcalık tanıyan hükümler⁴⁸ getirilemez. Yönetim planının daha önce imzalanmış olması da, öncelikle uygulanacağı manasına gelmez.

3. Şerh

Kat malikleri kurulunun kararı, yöneticinin ya da kat maliklerinden birinin talebi ile, bütün bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sayfalarına şerh verilir (KMK m. 24/4). Yapılan şerh, açıklayıcı fonksiyon taşımaktadır⁴⁹. Bu şerhle, bağımsız bölümleri daha sonra satın alacak maliklerin olası itirazlarını önlemek, tapu sicilinde aleniyeti sağlayarak yeni malikleri uyarmak⁵⁰ amaçlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, KMK m. 24/4'teki bu hüküm olmasaydı da alınan karar bağlayıcı olacaktı⁵¹. Zira KMK m. 32/2'de, kat malikleri kurulu kararlarının, bütün kat malikleri ile külli ve cüzi haleflerini, yönetici ve denetçileri bağladığı düzenlenmiştir.

D. Hâkim Kararının Kat Malikleri Kurulu Kararı Yerine Geçip Geçmeyeceği Sorunu

Kat malikleri kurulu toplanmasına rağmen, oy birliği ile karar alınamamış olabilir. Bu durumda, dönüşümden yararlanacak olan kat maliklerinin şekil şartını sağlamak için

kural mülkiyet hakkının özünüyle ilgili olan ve kamu düzenine dair bulunan bir kuraldır. Anayasamızla teminat altına alınmış mülkiyet ve ticaret hakkının somut olayda olduğu gibi tamamen ortadan kaldırmak kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Anataşınmazın kat malikleri kurulunca alınmış olan bu nitelikteki karar, yok hükmündedir ve her zaman davaya konu edilebilir. Her ne kadar Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 28. maddesine göre kat maliklerinin beşte dördünün oylarıyla anataşınmazın yönetim planında değişiklik yapılabilirdi ise de, bu değişikliklerin Kat Mülkiyeti Yasası'nın 24. maddesine ve bu arada kanunda düzenlenmiş ve oybirliğini gerektiren diğer maddelerine aykırılık teşkil etmemesi, kamu düzenine dair bulunmaması, anayasayla teminat altına alınmış hakların özünü zedelememesi gerekir. Mahkemece somut olayın bu özelliği dikkate alınarak davanın kabulüyle yönetim planı değişikliğinin iptaline karar verilmesi gerekir..." Yarg. 18. HD E. 2012/5399 K. 2012/8320 T. 2.7.2012, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020; Yargıtay'ın KMK m. 24/2'yi emredici hüküm olarak görüp, bu hükmeye aykırı yönetim planlarının yoklukla sakat olacağı sonucuna bağlaması hukuk tekniği bakımından hatalıdır. Eğer yönetim planı, kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde düzenlenmişse, butlanla sakat olacaktır. Bunun sonucunda da geçersizlik, butlan davası açılarak, ihlalden etkilenen herkes tarafından, her zaman ileri sürülebilecektir.

⁴⁷ Germeç, s. 547.

⁴⁸ "...Yönetim planında, bağımsız bölümlerden birisine diğerlerine göre ayrıcalık ve üstünlük sağlanması kanuna ve hakkaniyete uygun düşmediğinden bütün kat maliklerini bağlayıcı kabul edilemez..." Yarg. HGK E. 2000/18-1006 K. 2000/1069 T. 21.6.2000, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020; Karşı görüşteki Bağcı, kat mülkiyeti kurulurken yönetim planında kat maliklerinden birisine mesken niteliğindeki bağımsız bölümünü zamanla değişen ihtiyaçları doğrultusunda ve belirli esaslar dahilinde kullanma imkânı tanımlayabileceği ve bu tür hükümlerin mesken niteliğine uygun şekilde kullanımı serbest bıraktığı düşüncesindedir. Ancak yazar bu imkânın dar yorumlanması gerektiğini, kanunun lafzı ve amacına uymayan yönetim planı hükümlerinin geçersiz olacağını da belirtmektedir. Ömer Bağcı, "Kat Mülkiyetinde Cins Tashihine Yönelik Düşünceler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 1, s. 310-311.

⁴⁹ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 652, N. 2219; Sirmen, s. 503; Arslan / Kırmızı, s. 409; Bu şerhin TMK m. 1009 anlamında şahsi hakkın şerhi niteliğinde olduğu hakkında Ertaş, s. 378.

⁵⁰ Arpacı, Kat Mülkiyeti Kanunu, s. 95; Aynı yönde Germeç, s. 543.

⁵¹ Arpacı, Yönetim, s. 163 dn. 257.

başvurabilecekleri bir imkân var mıdır sorusu akla gelmektedir. Kararın alınmaması, hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse, hâkimin müdahalesi istenilerek, olumsuz oy kullanan kat maliklerinin oyu yerine geçen bir karar verilip verilemeyeceği konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır.

Bir görüşe göre⁵², olumsuz oy kullanan kat malikine karşı dava açılarak hakkını kötüye kullandığı gerekçesiyle olumlu oy vermiş sayılmasına karar verilemez. Zira kanun koyucu, meskenlerin, iş yerine çevrilmesine ilişkin karar için, gerekli nisap sağlanamadığında hâkime başvurulmasını isteseydi, açık bir düzenleme getirirdi. Örneğin, KMK m. 28/3'te yönetim planı değişikliği için aranan nisabın sağlanamaması hâlinde, KMK m. 33'e göre hâkimin müdahalesinin istenebileceği öngörülmüştür. Bu hüküm gereğince, gerekli nisap sağlanamazsa, hâkimin olumsuz oy kullanan kat maliklerinin yerine geçerek karar vermesi mümkündür. KMK m. 24'te ise, böyle bir atf yoktur. Şu hâlde, gerekli nisabı sağlamak için hâkime gitme imkânı, KMK m. 28/3 ile sınırlıdır. Kanaatimizce dürüstlük kuralının uygulanması için kanunda açık bir hüküm bulunmasına gerek olmadığından bu gerekçe yerinde değildir.

Diğer bir görüşe göre⁵³, bir ya da birkaç kat maliki, KMK m. 24/2'de söz edilen karara muhalefet ederek kararın alınmasını hakkın kötüye kullanılması suretiyle engellerse, kararı elde etmekte menfaati olan kat maliki, kurul kararının iptali ve kararın yerine geçecek bir hüküm verilmesi için hâkimin müdahalesini isteyebilir. Dava, olumlu oy vermeyen kat maliklerine karşı açılacaktır. Hâkim, bu karar alındığında davacının elde edeceği menfaatin çok fazla olacağı ve diğer kat malikleri aleyhine de sonuç doğmayacağı kanaatine ulaşması durumunda, davanın kabulüne karar verecektir. Verdiği karar da, kat malikleri kurulu kararı yerine geçecektir. Söz gelimi, zaman içinde yapının bulunduğu çevredeki binaların giriş katlarında iş ve ticaret yerleri yoğunluk kazanmışsa ve bu değişim ekonomik açıdan da zorunluysa, giriş katta mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümün iş yerine dönüştürülmesi yönündeki karara olumsuz oy veren kat maliklerinin davranışı, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir⁵⁴.

Yargıtay'ın da eski tarihli kararları⁵⁵ ikinci görüşe paralel yöndeysen, daha sonraki kararları kat malikinin olumsuz oy vermesinin kanundan doğan hakkını kullanmak olduğu⁵⁶,

⁵² **Arcak / Erdoğan**, s. 502. Bu görüş yönetim planındaki değişikliklerin kat maliklerinin oy birliğine bağlı olduğu dönemde ileri sürülmüş olsa da, KMK m. 28/3'teki özel düzenleme, kanundaki diğer karar nisabı düzenlemelerinde yer almadığından hâlâ geçerliliğini korumaktadır.

⁵³ **Reisoğlu**, s. 76; **Arpacı**, Yönetim, s. 161; **Abdülkadir Arpacı**, Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Devre Mülk Sistemi, İlaveli 3. Baskı, İstanbul, Temel Yayınları, 1990, s. 123; **Arpacı**, Apartman Yaşamının Sorunları, s. 147; **Arcak**, s. 678; **Gökalp**, s. 99; **Karahacıoğlu / Velioglu**, s. 504; Kat malikine yönetim planında bağımsız bölümde değişen gereksinimler doğrultusunda kullanım yetkisi veren bir hüküm söz konusu olduğunda da talebinin reddedilmesinin dürüstlük kuralına aykırılığını iddia edebileceğini ekleyen görüş için bkz. **Bağcı**, s. 314.

⁵⁴ **Reisoğlu**, s. 76; "...ana yapıda birden fazla bağımsız bölüme sahip bulunan kimsenin her bağımsız bölüm için ayrı ayrı onay verebileceği gibi maliki bilindiği başka bir daire için farklı şekilde karar vermiş olması onun kötü niyetli olduğunu göstermez..." Yarg. 18. HD E. 2007/11319 K. 2008/2659 T. 10.3.2008, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁵⁵ "...diğer kat malikleri veya bunlardan birisinin muvafakat etmediği veya oybirliği temin edilemeyen hallerde değişiklik isteyen kat maliki aynı kanunun 33. maddesi hükümlerine dayanarak hakim müdahalesini talep edebilir. Mahkemenin de muvafakat edilmemesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını inceleyerek sonucuna göre bir karar vermesi gerekir..." Yarg. 5. HD E. 1973/8154 K. 1973/17643 T. 28.12.1973 (**Karahasan**, s. 383-384).

⁵⁶ "...Davalı kat maliki, meskenin işyerine çevrilmesi konusundaki karara olumlu oyla katılmamakla, yasadan doğan hakkını kullanmıştır. Böyle bir hakkın kullanımının sırf gayri ızzar amacına yönelik

toplantıya katılan kat malikinin olumlu oy vermeye zorlanamayacağı gibi, bu davranışının hakkın kötüye kullanılması sayılamayacağı⁵⁷, bu nedenle de hâkim kararının olumlu oy yerine geçmeyeceği⁵⁸ yönündedir.

Kanaatimizce, kat malikleri kurulunun toplanma isteği engellenen ya da toplantıda istediği yönde karar verilmeyen kat maliki, kararın alınmasının TMK m. 2'ye aykırı şekilde engellendiği iddiası ile hâkimin müdahalesini talep edebilmelidir. Kanun koyucu bir nisap getirerek, bunun sağlanmasını, irade özgürlüğü ile alınacak karara bırakmıştır. Olumsuz oy kullanmak, kat malikinin en doğal hakkıdır. Bu yüzden, kural olarak, KMK m. 24/2'deki çoğunluk sağlanmadığı için hâkimin bu hakka müdahale etmesi mümkün değildir. Ancak kararın alınması, dürüstlük kuralına uygun olmayan şekilde engellenmiş olabilir. Örneğin, üst kat dairelerin konut, alt kat dairelerin çoğunun iş yeri olarak kullanıldığı bir apartmanda, üst kattaki kat maliklerinin, bodrum kattaki mesken nitelikli dairenin iş yerine çevrilmesine, ilgili kat maliki ile daha önceden yaşadıkları anlaşmazlıklar yüzünden işini güçleştirmek gayesiyle olumsuz oy vermeleri, hakkın kötüye kullanılması mahiyetindedir. Bu oyu kullanmalarında kendi rahatsızlıklarından ziyade, o kat malikiyle kişisel husumetleri etkili olmuştur. Zarar verme kastının açık olduğu bu eylem, hukuken korunmamalıdır.

Yine taşınmazın bulunduğu yer zamanla iş ve ticaret bölgesi hâline gelmiş, apartmanın bir kısmı iş yerine dönüşmüş ve dönüştürülmek istenen dairenin apartman kapısı dışında başka bir girişi varsa, diğer bağımsız bölümlerin olumlu oy vermemesi hakkaniyete aykırılık teşkil eder. Kat malikleri özgürce karar alma hakkını hukuka uygun şekilde kullanmadığı için, dürüstlük kuralı uyarınca müdahale edilmelidir. Bu müdahale de, hâkim kararı ile sağlanacaktır. Bunun için kanunda, haklı sebep durumunda hâkime başvurulacağı açıkça yazmasına gerek yoktur. Hukuk düzeni, dürüstlük kuralına aykırı şekilde yapılan engellemeleri korumaz. Adaleti sağlamak adına pratik açıdan en uygun çözüm, aykırı hareket eden bu kişilerin gerçekleşmesini istemediği sonucun hâkim kararıyla tesis edilmesidir. Aksi takdirde, kararın iptali ile yetinip tarafların yeni bir karar alması beklenirse, ilk kararda olumlu oy vermeyen kat malikleri, çoğu örnekte oylarını değiştirmeyeceğinden, adil olmayan bir sonuç ortaya çıkacaktır.

E. Meskenlerin Büro Olarak Kullanımı

1. Genel Olarak

Yargıtay kararlarına göre, tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümler, kat maliklerinin oy birliği ile alacağı karara gerek olmadan büro (yazıhane) olarak kullanılabilir⁵⁹.

olduğu ve bu suretle hakkın suistimali niteliğinde bulunduğu söylenemez..." Yarg. 18. HD E. 1995/5452 K. 1995/6104 T. 22.5.1995, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁵⁷ "...Bir kimsenin yasanın kendisine verdiği yetki ve hakka dayanarak bir şeye razı olup olmaması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görülemez..." Yarg. HGK E.1971/5-66 K. 1973/577 T. 30.6.1973 (Arcak / Erdoğan, s. 501-502).

⁵⁸ "...Kat mülkiyetli taşınmazda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümün işyeri olarak kullanılması kat maliklerinin oybirliği ile verecekleri karar ile mümkündür. Hakim kat malikleri yerine onay veremez..." Yarg. 18. HD E. 2008/10150 K. 2009/783 T. 9.2.2009; "...Projesinde ve tapu kaydında "düşün salonu" ve "gece kulübü" olarak kayıtlı bulunan bağımsız bölümün, aynı şekilde kullanılmasına Kat Mülkiyeti Kanunu yönünden diğer bağımsız bölüm maliklerinin onayına bağlı değildir. Ancak; içkili yerlerin açılması için idari mercilerce ruhsat verilmesinde kat maliklerinin muvafakatları aranmakta ise de, bunlardan onay vermemeyi seçenlerin iradesi yerine kaim olmak üzere hakim müdahalesi istenemez..." Yarg. 18. HD E. 1996/10337 K. 1996/11129 T. 12.12.1996; "...Hakim bağımsız bölüm maliklerinin yerine geçerek onların adına yapılan işe onay veremez..." Yarg. 18. HD E. 1994/10530 K. 1994/12720 T. 21.10.1994, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

Zira büro kavramı, KMK m. 24/2'de sayılan ve benzeri nitelikteki yerlerden değildir; meskenlerde muayenehane bile açılabilirken evleviyetle büro da açılabilir. Büro olarak kullanım mesken niteliğine zarar vermemektedir. Büro, bir kişinin tek başına ya da yanında bir yardımcı şahısla emeğe dayalı olarak mesleki faaliyet icra ettiği yerdir⁶⁰. Birden fazla kişinin aynı ya da farklı amaçlarla bir araya gelerek meskenin odalarını kullanmaları⁶¹ ya da bir ticari şirkete bağlı olarak yürütülen faaliyet⁶² yahut vakıf merkezi⁶³, dernek şubesi⁶⁴, mü-

⁵⁹ "...Büro niteliğindeki yazıhaneler KMK.nun 24. maddesinin 1.fıkrasına giren yasak işlerden olmadığı gibi diğer kat maliklerinin oyunu da gerektirmez..." Yarg. 3. HD E. 2005/598 K. 2005/808 T. 7.2.2005; "...634 sayılı yasanın 24 maddesinin ikinci fıkrası "ana gayrimenkulün kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde" ne gibi yerlerin kat malikleri kurulunun oybirliğiyle vereceği kararla açılabilmesi sayılıp gösterilmiştir. Büro, bu fıkra yazılan işyerlerinin hiç birinin veya benzerinin kapsamı içine girmez. Her ne kadar daire kararında büronun sözü geçen fıkra sayılan işyerlerinden dükkâna benzetildiği belirtilmiş ve buna göre, sonuca varılmış ise de; dükkân ile büro, gerek içinde çalışanların uğraşı biçimleri, gerekse herkese açıklık derecesi ve gerekse buraya girip çıkanların sayısı ve sürekliliği yönünden farklı niteliktedir. Nitelik 634 sayılı yasanın 1. maddesinde de tamamlanmış bir yapının başlı başına kullanmaya elverişli olan hükümleri sayılırken (iş bürosu) ve (dükkân) ayrı ayrı belirtilmiştir. Bu yönden de: büronun dükkân gibi kabul edilmesi olanağı yoktur... Büro, sözü geçen ikinci fıkra yazılı işyerlerinden ne açık ve ne de kapalı olarak hiçbirinin veya benzerlerinin kapsamına girmez. Doktor muayenehaneleri için bile meskenlerin kullanılmasında bir sakınca görülmediği anlaşıldığından mesken olarak kayıtlı bir bağımsız bölümünün büro (Yazıhane) olarak kullanılması veya kiraya verilebilmesi için kat malikleri kurulunun herhangi bir kararına gerek olmadığı dikkate alınmalıdır..." Yarg. HGK E. 1970/5-19 K. 1973/853 T. 10.11.1973, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁶⁰ "...Mesken nitelikli bağımsız bölümün muhasebe ve mali müşavirlik bürosu şeklindeki kullanımı için kat maliklerinin muvafakatinin aranmayacağı Yargıtay uygulamalarıyla kabul edilmekte ise de, bu faaliyetin tek bir bağımsız bölümü, bağımsız olarak çalışan bir kişinin en fazla bir elemantasya birlikte yazıhane niteliğinde kullanması şeklinde olması gerekir..." Yarg. 18. HD E. 2012/5735 K. 2012/7143 T. 6.6.2012; "...Büro, bağımsız olarak çalışılan yerlere münhasır faaliyet tarzında bulunan yerdir..." Yarg. 18. HD E. 1995/3970 K. 1995/4462 T. 11.4.1995; "...Belli meslek mensuplarının münferiden kendi emeğiyle yürüttüğü faaliyetler, meskende yapılabilecek büro hizmetleri olarak kabul edilebilir..." Yarg. 18. HD E. 2002/7572 K. 2002/10144 T. 22.10.2002, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁶¹ "...Dava dilekçesinde, işyeri olarak kullanılan bağımsız bölümün mesken olan eski haline getirilmesi ve davalı şirketin tahliyesi istenilmiştir. Anataşınmazın kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünün işyeri olarak kullanılması ancak kat malikleri kurulunun oybirliğiyle vereceği kararla mümkündür. Her ne kadar Yargıtay uygulamalarında tapuda mesken olarak kayıtlı bulunan bir yerin mimarlık bürosu olarak kullanılması, bir mimar ile yanında çalıştırabileceği tek bir kişi bulunması kaydıyla kabul edilmekte ise de, somut olayda böyle bir durumun sözkonusu olmadığı, bir çok kimsenin burada çalışmak suretiyle bağımsız bölümün işyeri olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulüne karar verilmelidir..." Yarg. 18. HD E. 2011/1580 K. 2011/2519 T. 24.2.2011; "...Değişik işlerle her biri meslekleri icabı uğraştıkları anlaşılan beş kişinin bir araya gelerek tek bir bağımsız bölümü işgal etmeleri büro kullanımının dışındadır..." Yarg. 18. HD E. 1997/3982 K. 1997/4243 T. 1.5.1997, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁶² "...Ticaret şirketinin merkez ve şubeleri ise işyeri olup Yargıtay uygulamalarında tanımlanan büro niteliğinde değildir..." Yarg. 3. HD E. 2005/598 K. 2005/808 T. 7.2.2005; "...Mesken nitelikli dava konusu bağımsız bölümün davalı şirketçe işyeri olarak kullanıldığı anlaşıldığına göre..." Yarg. 18. HD E. 2005/2330 K. 2005/4786 T. 9.5.2005; "...Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre şirketlerin gerek merkezleri ve gerekse irtibat büroları da dahil faaliyet gösterdikleri tüm yerler, ticari işletmenin uzantısında bir işyeri niteliğinde olup..." Yarg. 18. HD E. 2004/345 K. 2004/1603 T. 4.3.2004; Yarg. 18. HD E. 2010/5702 K. 2010/12206 T. 30.9.2010; "...bu nitelikte olmayan her tür ticari faaliyet (emlak bürosu şeklindeki kullanım) meskende yürütülebilecek büro faaliyeti olarak kabul edilemez..." Yarg. 18. HD E. 2002/7572 K. 2002/10144 T. 22.10.2002; "...bir ticari faaliyet için irtibat bürosu olarak dahi kullanılması işyeri nitelikli kullanım olarak nitelendirilmekte ve mes-

hendisler odası temsilciliği⁶⁵ şeklindeki kullanım büro kapsamında değerlendirilemez. Yönetim planında bağımsız bölümlerin özgülendiği amaçta kullanılacağını ya da büro olarak kullanılmayacağını düzenleyen bir hüküm olması hâlinde ise, bu dikkate alınarak yönetim planındaki hüküm uygulanmalıdır⁶⁶.

Doktrinde Yargıtay'ın bu içtihatları, eleştiri konusu olmuştur. Tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümde mesken kavramıyla bağdaşmayan, diğer kat maliklerinin rahatsızlık duymasına sebep olabilecek nitelikteki kullanımların, oy birliği ile alınacak karara muhtaç olduğu şeklinde görüş beyan edilmektedir⁶⁷. Yargıtay'ın tapuda mesken olarak görünen bağımsız bölümlerin büro olarak kullanılmasına izin vermesinin, tapudaki kayda güvenerek bir daire satın alan kişi bu kullanımdan rahatsızlık duyacağından, kanunun mesken sahiplerini koruma amacı ile uyumadığı ifade edilmektedir⁶⁸. Meskenin, mesken dışı amaçlarla kullanılması, kat maliklerinin oy birliği sonucu alacağı karar ile mümkündür⁶⁹.

kende bu işlemin görülebilmesi için bütün kat maliklerinin muvafakati aranmaktadır..." Yarg. 18. HD E. 2002/10502 K. 2002/10286 T. 24.10.2002, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁶³ "...Yargıtay uygulamalarına göre vakıf merkezleri büro kapsamında değerlendirilemez. Bu nedenle tapuda mesken niteliğinde olan bağımsız bölümün mevcut biçimde kullanımı yasaya aykırı olup, kullanılan kuruluşun vakıf veya dernek ya da başka bir nitelikte olması sonuca etkili değildir. Bu durumda Kat Mülkiyeti Yasası'nın 24. maddesinde ve bu maddeye göre yapılan uygulamalardaki istisnalar arasında yer almayan ve vakıf merkezi olarak kullanılan bağımsız bölümün bu tür kullanımına son verilmesi ile tapuda belirlenen mesken niteliğine uygun olarak eski haline getirilmesine karar verilmesi gerekirken 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 24. maddesi gereğince büro kapsamında kaldığı ve yönetim planının 27/c maddesi gözetilerek davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir..." Yarg. 18. HD E. 2011/11879 K. 2012/435 T. 23.1.2012, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁶⁴ "...Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre dernek ile şubelerinin işgal ettikleri mekanlar işyeri niteliğinde olup, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24. maddesi hükmü uyarınca tapuda mesken olarak kayıtlı bir bağımsız bölümün bu amaçla kullanılması, tüm bağımsız bölüm maliklerinin oybirliği ile verecekleri karara bağlıdır..." Yarg. 18. HD E. 2012/316 K. 2012/900 T. 2.2.2012, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁶⁵ "...Sendika, dernek veya siyasi parti temsilcilerinden farkı bulunmayan, Mühendis Odaları temsilciliğinde; bir çok üyesi bulunan bir kuruluşun faaliyetleri söz konusu olacağından, bu faaliyetlerin yürütüldüğü bölümün, büro değil, işyeri olarak kullanıldığının kabulü gerekir..." Yarg. 18. HD E. 1995/3970 K. 1995/4462 T. 11.4.1995, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁶⁶ "...Yönetim planında yasaklanmadığı sürece mesken olarak kayıtlı yer avukatlık, mimarlık bürosu veya doktor muayenehanesi olarak kullanılabilir..." Yarg. HGK E. 2008/18-546 K. 2008/556 T. 24.9.2008, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020; Yönetim planında iş yeri olarak kullanımı yasaklanan bağımsız bölümlerin, büro olarak da kullanılmayacağı görüşü için bkz. **Gökalp**, s. 98.

⁶⁷ **Reisoğlu**, s. 72-73.

⁶⁸ **Reisoğlu**, s. 74-75; Aynı yönde büronun iş yeri niteliğinde olduğu görüşü için bkz. **Arpacı**, Yönetim, s. 155 vd., dn. 239; **Arpacı**, Kat Mülkiyeti Kanunu, s. 95; **Germeç**, s. 540.

⁶⁹ "...Davaya konu kiralananın tapuda mesken olarak kayıtlı olduğu, davalı kat maliki tarafından diğer davalıya işyeri olarak kullanılmak üzere kiraya verildiği ve davalı kiracı tarafından mimarlık bürosu olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Kat Mülkiyeti Yasasınının 24/2 maddesi uyarınca tapuda mesken olarak gösterilen bağımsız bölümün işyeri olarak kullanılabilmesi için anataşınmazdaki tüm kat maliklerinin bu konuda oybirliğiyle karar vermeleri gerekir..." İstanbul BAM 36. HD E. 2017/267 K. 2017/347 T. 13.3.2017; "...Somut olayda, dava konusu binanın, 2.kat 3 nolu dairenin tapu kaydı ve yönetim planında mesken niteliğinde olduğu ve davalı tarafından diğer davalı şirkete model ve tasarım ofisi olarak kiralandığı sabittir. Dava konusu dairenin iş yeri olarak kullanılması yönünde kat malikleri kurulu tarafından oy birliği ile alınmış bir karar bulunmamaktadır..." Yarg. HGK E. 2012/18-834 K. 2013/308 T. 6.3.2013, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

Kanaatimizce, büro da, bir iş yeridir, mesken niteliğiyle bağdaşmayan bir kullanımdır⁷⁰. Bürolar da, iş yerleri gibi kazanç elde etme amacıyla faaliyet göstermektedir. Faaliyetlerin birbirinden farklı olmaması, böyle bir istisnanın kabulünü zorlaştırmaktadır. Yargıtay'ın iki faaliyeti ayırt etmek için somut bir kriter sunamaması da düşüncemizi desteklemektedir. Hâlbuki büro faaliyetine bir ayrıcalık tanınacaksa, getirilen istisnanın kanunda örnek niteliğinde sayılan yerler arasına neden girmediğinin, farklılık arz eden yönlerinin neler olduğunun somut şekilde belirlenmesi gerekir. Ayrıca avukatlık ve mali müşavirlik faaliyetleri dışında meskenlerde, büro açılabilmesine yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Şu hâlde, Yargıtay'ın bu faaliyetler dışında yaptığı uygulama, kanuni dayanaktan yoksundur.

2. Avukatlık ve Mali Müşavirlik Bürolarının Durumu

KMK m. 24'e 6111 sayılı Kanun'un 194. maddesi⁷¹ ile eklenen geçici nitelikteki üçüncü fıkrasında, kütükte mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümlerde maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl süreyle avukatlık ve hukuk büroları ile serbest muhasebeci ve yeminli mali müşavirlik bürolarının faaliyette bulunabileceği düzenlenmiştir. Kanunun bu emredici hükmü gereği, iki yıllık süreçte yönetim planlarında yasaklama getiren hükümler uygulanmamıştır. Sürenin dolması ile de ilgili kanunlarda düzenleme yapılarak geçiş döneminde uygulanan hâl korunmuştur.

KMK m. 24/3 uyarınca, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 43/1'de, mesken niteliğindeki bağımsız bölümlerde, kat maliklerinin izni ve benzeri şartlar aranmadan avukatlık bürolarının faaliyet gösterebileceği, ayrıca yönetim planlarındaki bunun yapılamayacağına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı düzenlenmiştir⁷².

Yine 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 45'e de benzer bir düzenleme getirilerek, mesken niteliğindeki bağımsız bölümlerde, serbest muhasebeci, mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik faaliyetlerinde bulunmasına izin verilmiş, yönetim planlarında aksine yer alan hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir⁷³.

Bu iki mesleki faaliyet, hem oy birliği ile alınacak karardan muaf tutulmuş, hem de yönetim planlarında aksine bir düzenleme yapılması yasaklanmıştır. Peki avukatlık, yeminli mali müşavirlik ve mali müşavirlik faaliyetlerini diğer büro faaliyetlerinden üstün kılan

⁷⁰ İş yerlerinin niteliklerinin değiştirilmesi bakımından yaptığımız açıklamalar bürolar için de geçerlidir. Bkz. Bölüm II. B.

⁷¹ RG 25.2.2011 - 27857.

⁷² RG 30.4.2013 - 28633, 6460 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesi ile 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 43 üncü maddesinin birinci fıkrasına birinci cümleden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümleler eklenmiştir. "23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre anagayrimenkulün mesken olarak gösterilen bağımsız bölümlerinde kat maliklerinin izni ve benzeri şartlar aranmaksızın avukatlık büroları faaliyet gösterebilir. Bu konuda, yönetim planındaki aksine hükümler uygulanmaz."

⁷³ RG 30.4.2013 - 28633, 6460 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesi ile 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 45 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir. "23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre anagayrimenkulün mesken olarak gösterilen bağımsız bölümlerinde kat maliklerinin izni ve benzeri şartlar aranmaksızın serbest muhasebeci mali müşavirlik veya yeminli mali müşavirlik faaliyetlerinde bulunulabilir. Bu konuda, yönetim planındaki aksine hükümler uygulanmaz."

nedir? Örneğin noterlik, mühendislik, mimarlık büroları ile avukatlık bürolarının arasında bu ayrımı haklı kılacak bir fark var mıdır?

Yargıtay, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndaki düzenlemeden önce mesken niteliğindeki bağımsız bölümlerin avukatlık veya mali müşavirlik bürosu olarak kullanılabileceğini, KMK m. 24/2'deki oy birliği şartına tâbi olmayacağını kabul ediliyordu⁷⁴. Ancak yönetim planlarında, büro açılmasını engelleyen bir hüküm varsa, açılmayacağı görüşünü benimsemekteydi⁷⁵. Avukatlık Kanunu ile getirilen düzenlemede geçen “*avukatlık büroları faaliyet gösterebilir.*” şeklindeki ifade Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına uygunsuz da, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'ndaki “*serbest muhasebeci mali müşavirlik veya yeminli mali müşavirlik faaliyetlerinde bulunulabilir.*” ifadesi, ticari şirket olarak kullanılan mali müşavirlik bürolarının, meskenlerde açılmasına müsaade edecek mahiyette olduğundan içtihatlarla aykırıdır⁷⁶. Aynı amacı taşıyan bu düzenlemelerin farklı şekilde kaleme alınması kanun yapma tekniğine de uygun değildir⁷⁷. 3568 sayılı Kanun'daki bu düzenlemeyi de, büro olarak yürütülen mali müşavirlik faaliyeti olarak anlamak gerekir. Yoksa meskenlerde, mali müşavirlik faaliyetinin ticari şirket çatısı altında yürütülmesine izin verildiği düşünülmemelidir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, getirilen düzenlemelerle, Yargıtay'ın düzenleme öncesi içtihatlarından farklı olarak, yönetim planlarına konulacak hükümler sınırlandırılmıştır. Doktrinde, avukatlık ve mali müşavirlik faaliyetlerinin, diğer mesleki faaliyetlerden farklı uygulamaya tâbi tutulmasının nedenini ve yönetim planı ile bu faaliyetlere niçin sınırlama getirilemeyeceğini açıklayan haklı bir gerekçe bulmanın zor olduğu ileri sürülerek yapılan düzenlemeler eleştirilmektedir⁷⁸.

KMK m. 9'da, kat malikleri arasında çıkacak uyuşmazlıkların, yönetim planı veya Kat Mülkiyeti Kanunu'nda hüküm bulunmayan hâllerde, diğer kanun hükümlerine göre çözüme bağlanacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, yönetim planında hüküm bulunuyorsa, bunun diğer kanun hükümlerinden önce uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak avukatlık ve mali müşavirlik büroları için getirilen düzenlemeler -Kat Mülkiyeti Kanunu dışında bir kanunla getirilmiş olsa da- emredici nitelikte olduğundan, yönetim planlarına bu hükümlere aykırı olarak konulan düzenlemeler butlanla malul olur. Dolayısıyla, yönetim planına, meskenlerin, avukatlık ya da mali müşavirlik bürosu olarak kullanımını yasaklayan bir hüküm konulsa da, bu nitelikteki bürolar açılabilir. Keza, geçici nitelikteki KMK m. 24/3 hükmü de, emredici nitelikte olduğundan, yürürlükte olduğu iki yıllık dönemde de yönetim planlarına aksi yönde konulan hükümler butlan yaptırımına tâbiydi.

Kanaatimizce, kat maliklerinin yönetimi belirleme hakkına kısıntı koyan bu hükümlere yapılan eleştiriler haklı olmakla birlikte, yasal düzenlemeler açıktır. Mesken niteliğindeki bağımsız bölümlerde, yönetim planlarında aksine hükümler olsa dahi, avukatlık ve mali müşavirlik faaliyetleri yürütülebilecektir. Bahsi geçen kanunlarda yapılan düzenleme-

⁷⁴ Yarg. HGK E. 2008/18-546 K. 2008/556 T. 24.9.2008, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁷⁵ “...Yönetim Planında yer alan, bağımsız bölümlerin münhasıran mesken olarak kullanılacağı hükmü karşısında dava konusu bağımsız bölümün avukatlık bürosu olarak kullanılması mümkün değildir. Yönetim planında sadece doktor muayenehaneleri için bu kurala istisna getirilmiş olup; bu istisna da yorum yoluyla genişletilemez. Davanın kabulüne karar verilmelidir...” Yarg. HGK E. 2010/18-617 K. 2010/637 T. 8.12.2010, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁷⁶ Pulak, s. 418.

⁷⁷ Pulak, s. 418. Bu düzenlemelerin Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yapılarak geçici nitelik taşıyan üçüncü fıkranın yerini almasının daha uygun olacağı yönünde bkz. Germeç, s. 542, dn. 186; Pulak, s. 417.

⁷⁸ Sirmen, s. 504; Pulak, s. 419; Aynı yönde yapılan değişikliklerin hukukun genel ilkeleri ve yorum ilkeleri bir kenara bırakılarak keyfi olarak yapıldığı hakkında bkz. Bağcı, s. 313.

lerle, iki mesleki faaliyet açısından Yargıtay'ın mesken niteliğindeki bağımsız bölümlerde büro açılabilceği yönündeki içtihadı da hukuki zemine oturtulmuştur.

III. KANUNA AYKIRILIĞIN GİDERİLMESİ İÇİN HÂKİME BAŞVURU İMKÂNI

A. Davacı Sıfatı

1. Klasik Kat Mülkiyetinde

Bir kat malikinin, bağımsız bölümünü özgülediği amaca uygun kullanmaması, bütün kat maliklerini etkileyecektir⁷⁹. Bu yüzden her bir kat maliki, KMK m. 33'e dayanarak dava açma hakkına sahiptir. Kat maliklerinden birinin davayı açması yeterlidir⁸⁰. Davayı bir bağımsız bölüm maliki açmış olsa da, dava sonucunda alınan karardan bütün kat malikleri faydalanır.

Kat malikinin dava hakkı, yönetici olup olmamasından bağımsızdır. Sekizden az bağımsız bölümden oluşan kat mülkiyetli binalarda, yönetici seçmek zorunlu olmadığından, bu hakkın doğrudan yöneticiye tanınmaması isabetli olmuştur. (KMK m. 34/2) Yönetici aynı zamanda kat maliki ise, kat maliki sıfatıyla dava açabilir. Ancak kat maliki olmayan yöneticinin bu davayı açıp açamayacağı konusunda, Yargıtay'ın farklı doğrultuda kararlar verdiği görülmektedir. Bazı kararları⁸¹, kat maliki olmayan yöneticinin, kat maliklerinden yetki almışsa, dava açabileceği; bazı kararları⁸², yönetici sıfatının yeterli olduğu yönündedir. KMK m. 35/1/i'de, kat maliklerinden birinin borçlarını yerine getirmemesi hâlinde, ona karşı dava açılmasının, yöneticinin görevlerinden olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla kat maliki olmayan yönetici de, kat maliklerinin düzen içerisinde yaşayabilmeleri amacıyla, düzene aykırı davranan kat malikinin bu aykırılığının giderilmesi için hâkime başvurmak konusunda kanun tarafından yetkilendirilmiştir. Şu hâlde, Yargıtay'ın, yöneticinin ancak kat malikleri kurulundan alacağı özel yetkiyle bu davayı açabileceği yönündeki kararları, kanunun açık hükmü ile bağdaşmamaktadır. Başka bir anlatımla, yönetici, özel yetki verilmesine gerek olmadan, kanundan kaynaklanan yetkisi ile hâkimin müdahalesini isteyebilecektir.

⁷⁹ Arpacı, Yönetim, s. 298 vd.; Yasak işlerin engellenmesinde her kat malikinin hukuki menfaati vardır. bkz. Arcak, s. 634.

⁸⁰ Kemal T. Gürsoy / Fikret Eren / Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 454; Reisoğlu, s. 77; "...meskende işyeri açılması halinde bağımsız bölüm maliklerinden her biri dava açma hakkına sahiptir..." Yarg. 18. HD E. 1997/9968 K. 1997/11235 T. 24.11.1997, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁸¹ "...Yönetici; kat malikleri kurulunca verilen kararları yerine getirmekle görevli olup kat malikleri kurulu kararında ruhsata aykırılık ve işyeri olarak kullanıma izin verilmediği belirtilerek dava açılması ve Avukatın yetkili kılınması kararlaştırılmıştır. Yönetici tarafından Avukata verilen vekalet-nameyle de dava açılmıştır. Buna göre yönetim tarafından açılan davaya bakılması gerekmektedir. Yöneticinin kat maliki olmayıp yöneticiye açıkça kat malikleri kurulunca verilmiş yetki bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir..." Yarg. 18. HD E. 2014/743 K. 2014/5001 T. 18.3.2014; "...Konut olan bağımsız bölümün işyeri olarak kullanılması nedeniyle meskene dönüştürme davasını ana taşınmazda bağımsız bölüm maliki olanlar açabilir. Yöneticinin bu davayı açabilmesi için kendisine kat malikleri kurulunca özel yetki verilmiş olması gerekir..." Yarg. 18. HD E. 2005/1118 K. 2005/3174 T. 4.4.2005, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020; Aynı yönde Arcak, s. 683; Germeç, s. 548.

⁸² Bkz. Yarg. 5. HD E. 2336 K. 2809 T. 15.5.1970; Yarg. 5. HD E. 6738 K. 8037 T. 7.10.1971 (Arcak, s. 682).

Yargıtay'a göre, kendi bağımsız bölümünü de kanun hükmüne aykırı kullandıran⁸³ ya da anataşınmazda niteliğine uygun kullanılmayan başkaca bağımsız bölümler varken, sadece birine karşı⁸⁴ dava açan kat malikinin davası kabul edilmelidir. Buna karşılık, mesken niteliğindeki bağımsız bölümün, iş yerine çevrilmesi için yapılan toplantıda olumlu oy kullanan kat malikinin, daha sonra eski hâle iade için dava açması, çelişkili davranış yasasına aykırıdır⁸⁵. Kanuna aykırı kullanım uzun bir süre devam etmesine rağmen, sessiz kalan⁸⁶ kişinin açtığı dava da dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır.

Bağımsız bölüm, kiracı ya da sınırlı aynı hak sahibi tarafından kullanılıyorsa, yapılan değişiklikten etkilenen ve dolayısıyla aykırılığın giderilmesinde menfaati olan onlardır. Bu yüzden, KMK m. 33/1 geniş yorumlanarak, kat maliki olmayan kiracı, intifa hakkı sahibi, oturma hakkı sahibi gibi kişilerin de dava açabilmeleri mümkün olmalıdır⁸⁷. Zira oturdukları bağımsız bölümün maliki, kendisi orada yaşamadığı, ileride de yaşamayı düşünme-

⁸³ "...Davacının da mesken niteliğindeki bağımsız bölümünü işyeri olarak kullandırması onun davalı kat malikleri hakkında böyle bir davayı açma hakkını ortadan kaldırmaz ve kötüniyetli olarak nitelendirilemez..." Yarg. 18. HD E. 2008/9827 K. 2008/10977 T. 27.10.2008; "...Mahkemeye, zaman içerisinde diğer bağımsız bölümlerin kullanım biçimlerinin değişerek eylemli olarak "işyeri-ofis" olarak kullanılabilir hale geldiği belirtilmiş ise de, mesken niteliğinde kullanılması gereken diğer dairelerin de yeniden mesken niteliğine dönüştürülmesi için her zaman dava açılması olanaklı olup, davacı kanundan doğan hakkını kullandığından kendi taşınmazını evvelce işyeri olarak kiralamasına rağmen bu davayı açmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu söylenemez..." Yarg. HGK E. 2012/18-834 K. 2013/308 T. 6.3.2013, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020; Bu yönde **Germeç**, s. 550.

⁸⁴ "...anataşınmazda işyeri olarak kullanılan mesken nitelikli başka bağımsız bölümler bulunması davalıların... eski hale getirme ve tahliye istemiyle dava açma hakkını ortadan kaldırmaz ve onun böyle bir istemde bulunması kötüniyetli bir davranış olarak yorumlanamaz..." Yarg. 18. HD E. 2010/9872 K. 2010/14898 T. 9.11.2010 (**Pulak**, s. 427).

⁸⁵ "...Ancak mesken olarak kayıtlı yerin işyeri olarak kullanılmasına muvafakat eden kat malikinin dava açması hakkın suistimalidir. Somut olayda, davacının bu yönde muvafakat verdiği ilişkin belge ibraz edilmiştir. Söz konusu belge dikkate alınmaksızın eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır..." Yarg. 18. HD E. 2010/1955 K. 2010/9530 T. 24.6.2010; "...Dosyada fotokopisi bulunan noter onaylı muvafakatnameye göre, aynı binada 3 numaralı bağımsız bölüm maliki olan davacı Bekir Rıdvan Çetin'in dava konusu 2 numaralı meskende malik Sebahattin Kavak'ın işyeri açmasına, çalıştırmasına, keza bu hususlarda kiraya vermesine rıza ve muvafakatının bulunduğunu bildirmiş olduğundan, bu açık muvafakatına rağmen davalı Sebahattin'in söz konusu bağımsız bölümü işyeri olarak kullanmasının önlenmesini istemesi Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde anlatımını bulan dürüstlük ilkesi ile bağdaşmaz..." Yarg. 18. HD E. 2002/11869 K. 2003/927 T. 6.2.2003; "...Buna göre tüm kat maliklerinin oybirliğiyle alınmış bir karar ve meskenlerin işyeri olarak kullanılması ile ilgili davacı veya temsilcisinin açıkça bir muvafakatı bulunmadığına göre kalorifer kazanının yakılmasına ilişkin düzenleme getiren kat malikleri kurulu kararının meskenlerin işyeri olarak kullanılmasına muvafakat olarak yorumlanarak davacının iyiniyetli olmadığı gerekçesiyle davanın reddi doğru görülmüştür..." Yarg. 18. HD E. 2010/5702 K. 2010/12206 T. 30.9.2010; "...Ortaklığın giderilmesi davasında mahkemeye yargılama sırasında hazırlanan yönetim planına karşı kendisine verilen sürede itiraz etmeyip kararı da temyiz etmeyen davacının yönetim planında işyeri olarak kullanımına izin verdiği bağımsız bölümün bu şekildeki kullanımına karşı çıkıp dava açması iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz..." Yarg. 18. HD E. 1998/1406 K. 1998/2802 T. 19.3.1998, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

⁸⁶ "...Davacı bu daireyi, davalıların işyeri olarak işlettiklerini bilerek satın almış olmasına ve 8 sene süreyle de buna rıza gösterdiğine göre...dava konusu dairenin mesken biçimine dönüştürülmesini kendilerinin ileri sürmesi iyi niyet kuralları ile bağdaşamaz..." Yarg. 5. HD E. 1985/7760 K. 1985/7472 T. 24.6.1985 (**Karahasan**, s. 382).

⁸⁷ **Arpacı**, Yönetim, s. 91 vd.

diği için dava açmayabilir. Bu kişilerin, rahatsızlıklarını kat malikine iletmelerine rağmen dava açmaması mağduriyetlerine sebep olacaktır.

2. Toplu Yapıda Özel Durum

a. Toplu Yapıda Yönetim

Klasik kat mülkiyeti sistemi tek parsel, tek anayapı esası üzerine şekillendirilmiştir⁸⁸. Birden fazla parsel ya da tek parselde birden fazla yapı bulunduğu, bu sistem yapıların birbiriyle bağlantısını kurmakta yetersiz kalmıştır. Bu amaçla bir parsel veya birden çok parsel üzerinde birden fazla blok ya da münferit bağımsız bölüm bulunması durumu için, toplu yapılara özgü birtakım düzenlemeler getirilmiştir⁸⁹. KMK m. 66/1'de toplu yapı; bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim planına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapı olarak tanımlanmıştır.

Toplu yapı, kendi içinde alt birimler barındırmaktadır. Kendine özgü bu niteliği gereği, klasik kat mülkiyetinden farklı olarak, her bir alt birim için ayrı bir yönetim oluşturulabilir. Bu birimlerin yönetim işlerini yerine getirmek için de birden fazla yönetici seçilebilir. Çalışma konumuz açısından, bağımsız bölümünü KMK m. 24 hükümlerine aykırı olarak kullanan kat malikine karşı, hangi birimdeki kat maliklerinin ve dolayısıyla yöneticinin birden fazla olması hâlinde, seçilen yöneticilerden hangisinin dava açabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun çözümü için, öncelikle, toplu yapıdaki yönetim birimleri ve görev alanlarını inceleyeceğiz. Daha sonra, bir bağımsız bölümün kullanım biçimini değiştirmenin, hangi yönetim birimini ilgilendirdiğini belirleyerek davayı açmaya yetkili kişileri tespit edeceğiz.

Toplu yapıda, blok kat malikleri kurulu; blok niteliğinde olmayan yapılar için, kat malikleri kurulu; adalardan oluşuyorsa, ada kat malikleri kurulu; toplu yapıdaki tüm kat maliklerinden oluşan toplu yapı kat malikleri kurulu, karar verme yetkisini haiz kurullardır. Blok, en az üç bağımsız bölümden oluşan birimdir⁹⁰. Zira kanun koyucu, blok kat malikleri kurulundan bahsettiğine göre kurul oluşturup karar alabilmesi gerekir.

Kurul kararlarının uygulanması, kat maliklerinin borç ve yükümlülüklerine uymaması hâlinde aykırılığın giderilmesi, yönetici marifetiyle sağlanacaktır. Toplu yapı yönetim planı ile toplu yapı bünyesinde yer alan yönetim birimlerinden hangileri için yönetici seçileceği, bu yöneticilerin görev alanlarının nasıl olacağı düzenlenebilir. Böyle bir düzenleme yapılmaması hâlinde, anayapıda ortak yerleri olan blok niteliğindeki yapılar⁹¹ için blok yöneticisi, her biri münferit bağımsız bölümlerden oluşan yapılar varsa, blok niteliği taşımayan yapıların yöneticisi ve toplu yapının tamamı için toplu yapı yöneticisi seçilir. (KMK m. 71) Kat maliki olup olmamasından bağımsız olarak tek yönetici veya üç kişiden oluşan yönetim kurulunun bu görevi yürütmesi mümkündür (KMK m. 74 atfıyla KMK m. 34).

Blok yöneticisi, blok ortak yerlerinin yönetimini üstlenir. KMK m. 74 gereği, toplu yapıya ilişkin özel hüküm bulunmayan hâllerde, klasik kat mülkiyeti hükümleri kıyasen tatbik edilecektir. KMK m. 35-37 arasında düzenlenen yöneticinin görevleri ile ilgili hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde burada da uygulanabilecektir. Dolayısıyla yönetim

⁸⁸ **Mehmet Şengül**, Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 46-47.

⁸⁹ **Şengül**, s. 47.

⁹⁰ **Abdülkadir Arpacı**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eşya Hukuku Lisans Dersi Notları, 2020, (Yayımlanmamış).

⁹¹ **Seda Öktem-Çevik**, Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 31.

planında aksine bir düzenleme yapılmadıysa, blok yöneticisi, blokun genel yönetim işlerini ve kanunda sayılan diğer görevleri yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Bu çerçevede blok niteliği taşımayan yapıların yöneticisi de, blok niteliğinde olmayan yapıların yer aldığı parseldeki maliklere özgülenmiş ortak yer ve tesislerin genel yönetim vb. işlerini yürütecektir⁹². Görev alanı diğer yöneticilerden daha geniş olan toplu yapı yöneticisi ise, toplu yapıya özgülenen ortak yer ve tesislerin yönetimiyle görevlidir⁹³.

b. Dava Açma Yetkisinin Sahibi

Bir bağımsız bölümün kullanım biçiminin değiştirilmesinden doğacak sorunların, yalnızca bağımsız bölümün bulunduğu yapı ya da bloku mu, yoksa toplu yapının tamamını mı ilgilendirdiğinin tespiti, diğer bir önem arz eden konudur. Doktrinde bir görüşe göre⁹⁴, mesken nitelikli bir bağımsız bölümün iş yeri olarak kullanılması, bağımsız bölümün kamuya açılması anlamına gelir. Bu da, toplu yapının bütününe güvenliği ve menfaatiyle alakalı olduğu için, toplu yapının tamamını ilgilendiren bir sorundur. Toplu yapı kat malikleri kurulunun oy birliği ile kararı olmadan böyle bir kullanım gerçekleşmişse, toplu yapı kat maliklerinden her biri, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Diğer bir görüşe göre⁹⁵, yönetim planında bir belirleme yapılmamışsa, o blokun ortak yerleri için bile karar verme yetkisi, blok kat maliklerine aitken, bağımsız bölümlerin kullanım biçiminin değiştirilmesi konusunda da blok kat malikleri kurulu yetkili olmalıdır. Aykırı kullanım hâlinde, blok kat maliklerinden biri dava açabilir. Başka bir görüşe göre⁹⁶, bir blok içerisinde yer alan mesken nitelikli bağımsız bölümün iş yeri olarak kullanılması, toplu yapı ortak yer ve tesislerinin dışında, bir bağımsız bölümün özgülenme amacındaki değişiklik ile ilgili olduğu için, o bloka ait bir sorundur. Zira böyle bir değişiklikten rahatsız olacak kişiler, kural olarak, o bloktaki kat malikleridir. Ancak yapılan değişiklik, toplu yapıdaki diğer kat maliklerini de rahatsız edecek boyuttaysa, toplu yapıyı ilgilendiren bir sorun hâline gelir.

Toplu yapı yönetim planında, bir blok içerisinde bulunan bağımsız bölümün kanuna aykırı şekilde kullanılması hâlinde, dava açmaya yetkili yönetim birimi belirlenmişse, bu belirlemeye itibar edilir. Fakat yönetim planında hüküm yoksa, kanaatimizce, bağımsız bölümlerin kullanım biçiminin değiştirilmesi, blokun iç ilişkisine ilişkin bir sorun olduğundan, blok kat maliklerini ilgilendirir. Blok yöneticisi de, KMK m. 35/1/i'nin kıyasen uygulanması sonucu, bağımsız bölümünü özgülediği amaca uygun kullanma yükümlülüğünü ihlal eden kat malikine karşı, bağımsız bölümün eski hâle dönüştürülmesi için dava açmakla görevlidir. Zira toplu yapı yöneticisi, toplu yapının tamamına özgülenmiş ortak yer ve tesisler ile toplu yapının tümünü ilgilendiren genel yönetim işlerini yerine getirmekle görevlidir. Blok yöneticisi ise, o blokun ortak yer ve tesisleri ile sadece o blokun sorunları için yönetim hakkına sahiptir. Bir blokta yer alan bağımsız bölümün niteliğinin değişmesi, yalnızca o bloktaki kat maliklerini etkileyeceğinden, o bloka ait bir sorundur. Bloklardaki bağımsız bölümler, toplu yapının tamamına özgülenen alanlar kapsamına girmediğinden, toplu yapıdaki diğer blok ve yapılardaki kat malikleri bu değişiklikten etkilenmeyecektir. Açıklanan nedenlerle, eski hâle iade davasını, KMK m. 33'ün kıyasen uygulanmasıyla, aykırı kullanım sebebiyle zarar gören blok kat maliklerinden her biri ya da blok yöneticisi açabilir (KMK m. 35/1/i).

⁹² Öktem-Çevik, s. 200-201.

⁹³ Öktem-Çevik, s. 202.

⁹⁴ Öktem-Çevik, s. 159.

⁹⁵ Arpacı, Ders Notları.

⁹⁶ Şengül, s. 565.

Diğer blok kat maliklerinin, kural olarak, dava açma yetkisi yoktur. Ancak kanaatimizce, blokların birbirine çok yakın olduğu, tek girişi olan sitelerde oradaki seslerden, girip çıkan kişilerden diğer bloklar da etkileneceği için, onların da, bu davayı açabilmeleri gerekir. Konut sitesinin bir dairesini pilates salonuna, spa merkezine çevirmek ya da günübirlik kiralarak randevu evi olarak kullanılmak, blokların birbirine yakın inşa edildiği siteler bakımından, tüm kat maliklerini rahatsız edecek niteliktedir. Bu durum, sitede oturanları tanımayan ilgisiz kişilerin girişine olanak tanıyacağından, özellikle, güvenli sitelerde, sitedeki daireyi güvenli bulduğu için alan bir kat maliki, yan bloktaki kat malikinin yaptığı değişiklikten etkilenecek, giriş çıkıştaki yoğunluk huzurunu kaçırabilecektir. Bu nitelikteki bir toplu yapıda, diğer blok kat malikleri de eski hâle iadeyi isteyebilir.

B. Davalı Sıfatı

KMK m. 24 hükümlerine aykırı hareket eden bağımsız bölüm malikleri ya da bağımsız bölümden devamlı olarak yararlananlar aleyhine, KMK m. 33 gereğince, hâkimin müdahalesi yoluna gidilebilir. Yetkili mahkeme, anataşınmazın bulunduğu yer; görevli mahkeme, sulh hukuk mahkemesidir.

İlgili bağımsız bölümden yararlanan intifa hakkı sahibi, oturma hakkı sahibi, kiracı gibi diğer kişilere de davanın yöneltilmesi mümkündür⁹⁷. Başka bir sebebe dayanarak bağımsız bölümü devamlı olarak kullananlar varsa kanımızca onlar da davalı olarak gösterilebilir⁹⁸. Dava, aykırı hareketi gerçekleştiren kat malikine karşı, eski hâle getirme talebiyle; eğer bağımsız bölüm kiraya verilmişse, kiracıya karşı da, tahliye talebiyle açılır. Yargıtay, kiraya verilmiş bağımsız bölümler için davanın yalnızca kiracıya⁹⁹ ya da kat malikine karşı açılması¹⁰⁰ hâlinde, husumet yöneltilmeyen tarafın da, davaya dahil edilerek yargılamaya devam edilmesi görüşündedir¹⁰¹. Zira tahliye, bölünemez nitelikte bir edim olduğundan,

⁹⁷ Arpacı, Yönetim, s. 296.

⁹⁸ Ancak bağımsız bölümü geçici olarak kullanan kişilerin davalı sıfatı yoktur. Örneğin, yeğenin, amcasının malik olduğu bağımsız bölümde, üniversite öğrenimi için oturması durumunda, yeğene karşı dava yöneltilmez.

⁹⁹ "...Kiracının yaptığı işin yasak işlerden olması nedeniyle hakkında açılan tahliye davasının niteliği itibarıyla, yargılama sonunda verilecek karar kat malikinin haklarını yakından ilgilendirdiği gibi, diğer davalı ile arasındaki kira sözleşmesini de etkiler nitelikte olduğundan, adı geçenin davaya dahil edilmesi gerekirken kiracı aleyhine açılan dava yeterli bulunup işin esası hakkında hüküm kurulmuş olması hatalıdır..." Yarg. 18. HD E. 2002/4981 K. 2002/5983 T. 23.5.2002; "...Dava, tapuda mesken olarak kayıtlı bulunan bağımsız bölümün davalı kiracı tarafından işyeri olarak kullanıldığı ileri sürülerek Kat Mülkiyeti Yasası'nın 24. maddesi gereğince eski haline getirilmesi istemine ilişkindir. Anataşınmaza ait yönetim planında, dairelerin sadece mesken olarak kullanılacağı kararlaştırılmıştır. Tapuda dava konusu bağımsız bölüm maliki olarak gözükten şahsın davaya dahil edilmesi gerektiğinin düşünülmemesi, dosya içindeki bilgi ve belgeler ile özellikle bozma kararından önce alınmış olan bilirkişi raporundan; dava konusu bağımsız bölümün davalı şirket tarafından işyeri olarak kullanıldığı anlaşıldığından, mahkemece tüm deliller toplanıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, davalı E. K.'nin tapu maliki olmaması ve diğer davalı şirketin ise kat maliki ile kiracılık ilişkisinin tespit edilememesi gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi, doğru görülmemiştir..." Yarg. 18. HD E. 2013/2063 K. 2013/2598 T. 26.2.2013, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

¹⁰⁰ "...Kat Mülkiyeti Kanununa Muhalefet sebebiyle verilen tahliye kararlarının hüküm ifade edebilmesi için davanın hem bağımsız bölüm malikleri hem de bağımsız bölümü işgal etmekte olan kiracı veya şağiller aleyhine açılması gerekir..." Yarg. HGK E. 1994/18-650 K. 1994/717 T. 23.11.1994, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

¹⁰¹ "...Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre dava malike ya da malikle birlikte dava konusu bağımsız bölümü kullanan kişiye karşı açılabilmesi gibi, başlangıçta bunlardan salt birine açılmış-

kiralananmış bağımsız bölümlerde, kiracı ile kat maliki, zorunlu dava arkadaşı konumundadır¹⁰².

C. Hâkimin Vereceği Karar

1. Eski Hâle İade

Açılan davada hâkim, bağımsız bölümün, KMK m. 24 hükümlerine aykırı olarak kullanıldığı kanaatine varırsa, KMK m. 24/1'deki kesin yasaklamaya aykırılık durumunda, müessesenin kapatılmasına, KMK m. 24/2'deki kat malikleri kurulunun oy birliği ile karar alması şartına aykırılık durumunda¹⁰³ da, kanuna uymayan kullanıma son verilmesine ve her iki durumda da bağımsız bölümün kütükte kayıtlı niteliğine dönüştürülmesine karar verir¹⁰⁴. Verilen karar, tedbir niteliğindedir¹⁰⁵. Hâkim, öncelikle davalı tarafa uygun bir süre vererek¹⁰⁶, bu süre içerisinde bağımsız bölümdeki kanuna aykırılığın giderilmesini ister. Aksi takdirde, KMK m. 33/3'teki cezanın uygulanacağını ihtar eder. Hâkimin, süre verme kararını, nihai karar şeklinde vermesi gerekir¹⁰⁷. Esasında verilen süre, fiziken eski hâle dönüşümün sağlanması için değil, davalının bağımsız bölümü tapuda kayıtlı niteliğine uygun kullanıp kullanmama arasında seçim yapması içindir¹⁰⁸. Süre verilmeden doğrudan tahliyeye

sa yargılama sırasında diğerinin yöntemince davaya katılmalarının sağlanıp toplanacak kanıtlarla hüküm kurulmalıdır..." Yarg. 18. HD E. 2005/5370 K. 2005/9216 T. 20.10.2005, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020; Aynı yönde **Reisoğlu**, s. 77.

¹⁰² Zorunlu dava arkadaşlığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, s. 368 vd.; **Hakan Pekcanitez / Muhammet Özkes / Mine Akkan / Hülya Taş-Korkmaz**, Medeni Usul Hukuku, C. I, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 702 vd.; **Arslan / Yılmaz / Taşpınar-Ayvaz**, s. 540 vd.

¹⁰³ Bu şekilde aykırı bir kullanım olmasına rağmen, bağımsız bölümün bulunduğu anataşınmaz ve çevresindeki yapılar, iş ve ticaret merkezi hâlini almışsa, uygulamada hâkimin bütün kat maliklerinin oy birliği ile anlaşmasını beklediği hakkında bkz. **Germeç**, s. 550.

¹⁰⁴ **Reisoğlu**, s. 77; **Gürsoy / Cansel / Eren**, s. 454; "...*Davanın dayanağı olan Kat Mülkiyeti Kanununun 33. maddesi hükmü dikkate alındığında, davalı şirketin doğrudan tahliyesine karar verilerek bağımsız bölümün işyeri olarak kullanımına son verilmesine, meskene dönüştürülmesine, bunun için belli bir süre verilmesi ve bu süre sonunda meskene dönüştürülmediği takdirde tahliyeye karar verilmesi gerekir...*" Yarg. 18. HD E. 1994/650 K. 1994/2528 T. 1.3.1994; "...*Mahkemece dava konusu bağımsız bölümün meskene dönüştürülmesine karar verilmesi de gerekirken salt tahliyeye hükmedilmesi isabetsizdir...*" Yarg. 18. HD E. 2002/8038 K. 2002/9586 T. 10.10.2002, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

¹⁰⁵ **Ertaş**, s. 380.

¹⁰⁶ "...*mahkemece davanın kabulü ile dava konusu bağımsız bölümün tapuda yazılı daire (mesken) niteliğine dönüştürülmesi, bunun için davalılara uygun bir süre verilmesi gerekir...*" Yarg. 18. HD E. 2012/4229 K. 2012/5722 T. 17.5.2012; "...*İşyeri olarak kullanılan bağımsız bölümün eski hale getirilmesi için öncelikle davalıya uygun bir süre tanınması gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır...*" Yarg. 18. HD E. 2002/2779 K. 2002/3959 T. 11.4.2002, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

¹⁰⁷ "...*Ancak bu süre...ara kararı şeklinde verilmeyip nihai kararlarla birlikte verilir...*" Yarg. 5. HD E.1985/11964 K. 1985/18 T. 14.1.1985 (**Karahasan**, s. 386-387).

¹⁰⁸ "...*Kat Mülkiyeti Kanununun 33. maddesinde yer alan taşınmazın meskene dönüştürülmesine ilişkin süre, işyeri olarak kullanılan bağımsız bölümün meskene dönüştürülmesine yönelik fiziki tadilatın yapılması için değil, kira akdine dayalı olarak bağımsız bölümü işgal edene taşınmaz tapudaki niteliği gibi kullanıp kullanmayacağına dair tercihinin yapılması ve ayrıca işyeri olarak kullanmak zaruretinde ise işi için başka bir yer bulma ve taşınma amacına yöneliktir...*" Yarg. 18. HD E. 1994/11694 K. 1994/13041 T. 27.10.1994, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

karar verilmesi¹⁰⁹ ya da verilen süre içerisinde eski hâle getirilmezse belli bir miktarda para cezasına mahkûm edileceği şeklinde hüküm kurulması¹¹⁰, Yargıtay tarafından benimsenmemiştir.

Hâkimin kararı üzerine verilen sürede gereğini yerine getirmeyenler hakkında, KMK m. 33/3 hükmüne göre, idari para cezasına karar verilir. Davalı tarafın, hâkimin verdiği kararı yerine getirmemeyi bir yıl sürdürmesi ya da kat malikleri arasındaki ilişkiyi çekilmez hâle getiren diğer bir hâlin mevcut olması durumunda, diğer kat malikleri, KMK m. 25¹¹¹ uyarınca, ilgili bağımsız bölümün kendilerine devredilmesini talep etme hakkına sahiptirler. KMK m. 25'teki dava, ancak kat malikine karşı açılabilir. Dava sırasında bağımsız bölüm el değiştirtirse, yeni malike karşı kaldığı yerden devam edilebilir.

2. Kiracının Tahliyesi

Bağımsız bölümün kira sözleşmesine dayanarak kullanıldığı durumlarda, sadece eski hâle iade kararının verilmesi yeterli olmaz; aykırı kullanımı gerçekleştiren kiracı da tahliye edilmelidir. Zira kat malikinin, kiracının bu kullanımından haberi dahi olmayabilir. Kanun koyucunun, KMK m. 24/1'de kesin yasaklanan hâlleri düzenlerken KMK m. 24/2'deki hâlleri oy birliği kararına tâbi kılması, özgülenme amacına uygun kullanıma önem verdiğini göstermektedir. Bu maddenin öneminden hareketle aykırılığı gerçekleştiren, kat maliklerinin rahatsız olmasına sebep olan kiracıya da bir yaptırım uygulanmalıdır.

Arpacı'ya göre¹¹², KMK m. 33, kiracıya uygulanamayacağından, bu madde kapsamında tahliye kararı verilemez. KMK m. 25'teki yaptırımlar da, kiracının aykırı kullanımı-

¹⁰⁹ "...bu dava, kiracı-kiralayan arasındaki bir tahliye davası niteliğinde olmadığından, işyeri (dersane) olarak kullanıldığı belirlenen dava konusu bağımsız bölümlerin davalılarca meskene dönüştürülmesi, bunun için kendilerine belli ve uygun bir süre verilmesine, bu süre içerisinde gereğinin yerine getirilmemesi durumunda davalı kiracı şirketin bu bölümlerden tahliyesine hükmedilmesi gerekir...doğrudan tahliyeye karar verilmiş bulunması...doğru görülmemiştir..." Yarg. 18. HD E. 2006/9494 K. 2007/412 T. 29.1.2007; "...açılan dava, kiracı-kiralayan arasındaki bir tahliye davası niteliğinde olmadığından...doğrudan tahliye kararı verilmiş olması da hatalıdır..." Yarg. 18. HD E. 2002/11869 K. 2003/927 T. 6.2.2003; Aynı yönde "...hükümde önce kiralananın eski hale getirilmesi için taraflara makul bir süre verilmesi gerekirken önce tahliyeye karar vermesi hatalı olup..." İstanbul BAM 36. HD E. 2017/267 K. 2017/347 T. 13.3.2017, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

¹¹⁰ "...işyeri olarak kullanılan bir bağımsız bölümün yeniden mesken haline dönüştürülmesine ilişkin bir karar kesinleşip verilen süre içinde gereğinin yapılmadığı gerçekleşmeden, (Bu süre içinde yerine getirmediği takdirde davalılardan 2000 lira para cezası alınması) biçiminde karar verilemez. Çünkü yasal olan yargısal buyruğun veya kararın yerine getirilmesi, tamamen ayrı bir olgudur. Bu olgu gerçekleşmeden ceza verilmesi doğru bulunmamıştır..." Yarg. 5. HD E.1985/11964 K. 1985/18 T. 14.1.1985 (Karahasan, s. 386-387).

¹¹¹ KMK m. 25: "(1) Kat maliklerinden biri bu kanuna göre kendisine düşen borçları ve yükümleri yerine getirmemek suretiyle diğer kat maliklerinin haklarını, onlar için çekilmez hale gelecek derecede ihlal ederse, onlar, o kat malikinin müstakil bölümü üzerindeki mülkiyet hakkının kendilerine devredilmesini hakinden istiyebilirler..."

(3) Aşağıdaki durumlarda, birinci fıkrada yazılı çekilmezlik, her halde mevcut farz edilir: ...

b) Anagayrimenkulün bulunduğu yerin sulh hakimi tarafından 33 üncü madde gereğince verilen emre rağmen, bu kanunda yazılı borç ve yükümleri yerine getirmemek suretiyle öteki kat maliklerinin haklarını ihlal etmekte devamlı olarak bir yıl ısrar edilmesi ..."

¹¹² *Arpacı*, Ders Notları; *Arpacı*, Yönetim, s. 296; *Abdülkadir Arpacı*, Kira Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, Temel Yayınları, 2002, s. 150 vd.; *Abdülkadir Arpacı (Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı)*, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 253-254.

nın önüne geçemez. Konut ve çatılı iş yeri kiralalarında, kiracının tahliyesi için gerekli sebepler sayılmıştır. Bu sebepler, kiracı ile kiraya verenin iç ilişkisini düzenlediğinden, diğer kat malikleri bu hükümlerden de yararlanamayacaktır. Ancak mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümü, randevu evi olarak işleten kiracının, taşınmazdan tahliye edilemeyeceği söylenebilir. Burada, diğer kat malikleri, eşya hukuku kaynaklı, müdahalenin önlenmesi davası açarak; kiracılar da, zilyetlik hükümlerine dayanarak, saldırının önlenmesi davasıyla rahatsız eden kiracının tahliyesini isteyebilirler (TMK m. 683/2, TMK m. 983). Böylece üçüncü kişi konumundaki kiracı ve kat maliklerinin açacakları dava, hukuki temele dayanacaktır.

Yargıtay, KMK m. 24 çerçevesinde yapılan ihlallerde, bağımsız bölüm kiraya verilmişse, eski hâle iade kararı ile birlikte kiracının tahliyesine de hükmetmektedir¹¹³. Ancak kira ilişkisi, kiracı ve kiraya veren arasında kurulan nisbi bir ilişkidir. Burada ise kiracının tahliyesi, kira akdine taraf olmayan üçüncü bir kişinin talebiyle sağlanmaktadır. Aykırılığın giderilmesinde menfaati olan kat malikleri, kiracının taşınmazdan tahliyesini KMK m. 33'e dayanarak isteyebilirler. Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu ihlal karşısında tahliye de hükmetmesi yerindedir. İhlalin ağırlığı düşünüldüğünde, KMK m. 33'te hâkime verilen müdahale yetkisi, kiralanan taşınmazlarda kiracının tahliyesini de içerecek şekilde geniş yorumlanmalıdır. Aynı davada tahliye de hükmedilmesi, kiracının bir an önce bağımsız bölümden uzaklaştırılmasını sağlayacağından, hem taşınmazı terk etmeyen kiracı yaptırımsız kalmayacak, hem de diğer kat maliklerinin talepleri en hızlı şekilde karşılanacaktır.

Yargıtay, KMK m. 33 uygulamasında, kiracının tahliye edilebileceğini, sadece özgünlük amacı ile bağdaşmayan kullanımlarda kabul etmektedir. Diğer borç ve yükümlülüklerle aykırılık hâlinde, faaliyetten men gibi tedbir kararları vermekte, kiracının tahliyesi taleplerini reddetmektedir¹¹⁴. Kanaatimizce, somut ilişkiye göre, diğer borç ve yükümlülüklerle

¹¹³ "...Dava dilekçesinde, meskenin eski hale getirilmesi ve davalı kiracının tahliyesi istenilmiştir. Tapuda mesken olarak kayıtlı bir bağımsız bölümde işyeri açılabilmesi ancak; anataşınmazdaki tüm kat maliklerinin oybirliği ile alacakları bir karar ile olanaklıdır. Yönetim planında dairelerin mesken olarak kullanılacağı belirtilmiştir. Yönetim planı ve kat malikleri kurulunca oybirliği ile alınmış bir karar olmadığı gözönüne alındığında bağımsız bölümün mesken niteliğine dönüştürülmesi, bunun için davalılara uygun bir süre verilmesi, meskene dönüştürülmesi halinde bölümü dersane olarak kullanan davalı kiracının tahliyesine karar verilmesi gerekir..." Yarg. 18. HD E. 2011/1568 K. 2011/2788 T. 1.3.2011; "...Dava dilekçesinde işyerine çevrilen meskendeki kiracının tahliyesi istenilmiştir. Dava konusu taşınmazın tapuda mesken niteliği taşıdığı ve davalı şirkete kiralanmış bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davalı Şirket ve taşınmaz sahibi diğer davalılar hakkındaki davanın kabulüne, bu davalılara verilecek süre içerisinde bağımsız bölümün profesine uygun mesken haline getirilmemesi durumunda davalı Şirketin taşınmazdan tahliyesine karar verilmesi gerekir..." Yarg. 18. HD E. 2009/3722 K. 2009/10719 T. 23.11.2009; "...Yargıtay uygulamalarında, meskene dönüştürme istemi ve kararının, tanınan sürede yerine getirilmemesi durumunda, kiracının tahliyesini de içerdiği kabul edilmektedir..." Yarg. 18. HD E. 2002/7572 K. 2002/10144 T. 22.10.2002, www.kazanci.com.tr, e.t.: 20 Aralık 2020.

¹¹⁴ "...Dava dilekçesinde davacı, yapılan faaliyetin (pasta, börek imalatı ve pişirilmesi) verdiği rahatsızlığı öne sürerek tahliye ve bağımsız bölümün eski halli olan dükkâna dönüştürülmesini istemiştir. Kat Mülkiyeti Kanununun 24. maddesindeki koşullar mevcut olmadığından tahliye söz konusu değil ise de, şikâyet edilen rahatsızlığın boyutları, alınacak önlemlerle giderilmesinin mümkün olup olmadığı hususları araştırıldıktan sonra bu önlemlere rahatsızlıkların giderilemeyeceği sonucuna varıldığı takdirde ana yapının diğer, bağımsız bölümleri mesken olarak kullanıldığından, dava konusu bağımsız bölümde börek ve pasta imalat ve pişirimine son verilmesine karar verilmelidir..." Yarg. 18. HD E. 1997/10249 K. 1997/11409 T. 27.11.1997; "...bağımsız bir bölümde oturanın diğer bağımsız bölümde oturanlara rahatsızlık vermesi durumunda o kişinin ya da kişilerin bağımsız bölümden tahliyesinin anılan madde hükümlerinde öngörülmediği bu hususun ancak 24. maddede düzenlenen yasal işler için geçerli olduğu anlaşılacaktır. Rahatsız edici kullanımın önlenmesi için mah-

aykırılık hâlleri de kiracının tahliyesini haklı kılabilir. Diğer borca aykırılıklar, genellikle bir kısım kat maliklerini rahatsız edici niteliktedir¹¹⁵. Ancak kiracının, bağımsız bölümde, anayapıya zarar verecek bir değişiklik yapması ya da sürekli olarak sarhoş gelip gürültü yapması gibi hâllerde, aykırılık bizzat kiracı tarafından gerçekleştirildiği ve tüm kat maliklerini etkilediği için hâkimin müdahale kapsamında tahliye kararı da verebileceği düşünce-sindeyiz.

SONUÇ

Kat malikleri, bağımsız bölümlerini özgülenme amacına uygun kullanma yükümlülüğü altındadır. Diğer kat maliklerinin menfaatleri göz önünde bulundurularak, kat malikinin, kendi mülkiyetindeki bağımsız bölümü kullanması ve sözleşme kurma özgürlüğü kısıtlanmıştır. Bağımsız bölümlerin kütükte yazılı niteliğinin değiştirilmesi, KMK m. 24'ün izin verdiği ölçüde mümkündür.

KMK m. 24/1'de, mesken veya iş ve ticaret yeri niteliğindeki bağımsız bölümlerin, büyük ve orta ölçekli sağlık müessesesi olarak kullanılması kesin olarak yasaklanmıştır. Maddenin son kısmında da, muayenehaneler kapsam dışında bırakılarak, bu yasaklamaya istisna getirilmiştir. Ancak kanunda, muayenehanelerin ikinci fıkradaki oy birliği şartından da istisna tutulup tutulmadığı belirtilmemiştir. Yargıtay uygulaması, yönetim planında ayırık hükümler yoksa, mesken nitelikli bağımsız bölümlerde muayenehanelerin açılacağı yönündedir. Bizce, mevcut düzenlemede, muayenehanelerin KMK m. 24/2'nin kapsamına girmediği açıkça belirtilmediğinden, muayenehanelerin meskenlerde açılması için oy birliği şartı aranmalıdır.

KMK m. 24/2'de ise, mesken niteliğindeki bağımsız bölümlerde gelir sağlamayı hedef edinen eğlence ve toplantı yeri, gıda ve beslenme yeri, iş ve ticaret yeri gibi yerlerin açılabilmesinin, bütün kat maliklerinin katıldığı bir kat malikleri kurulu toplantısında, yine bütün kat maliklerinin oy birliği ile vereceği karar ile mümkün olduğu düzenlenmektedir. Bu düzenleme, yalnızca meskenler içindir. Yönetim planına konulmuş ya da konulacak bir hükümle, maddede aranan nisabın altında bir nisapla dönüşümün gerçekleştirilmesi, emredici hükme aykırı olacağından kabul edilemez. Kat maliklerinden biri ya da bir kısmı, kararın alınmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek şekilde engellendiği iddiasındaysa, hâkimin müdahalesini isteyerek, kurul kararı yerine geçen bir karar alabilecektir. Fakat Yargıtay, kat malikinin olumsuz oy kullanmasının kanundan doğan hakkı olduğu, hâkim kararı ile müdahale edilemeyeceği görüşündedir.

KMK m. 24'e getirilen üçüncü fıkra uyarınca, ilgili kanunlarda yapılan düzenleme-lerle, Yargıtay'ın mesken niteliğindeki bağımsız bölümlerde büro açılacağı yönündeki kökleşmiş içtihadı, avukatlık büroları ve mali müşavirlik büroları bakımından hukuki zemi-ne oturmıştır. Ancak diğer büro türleri açısından yasal düzenleme olmaması, Yargıtay'ın da somut kriterler sunamaması, istisna tutulma nedeninin anlaşılmasını zorlaştırmaktadır.

Madde hükümlerine aykırı davranışlarda bulunan kat malikleri veya bağımsız bölümden sürekli yararlanan kişilere, diğer kat maliklerince, bağımsız bölümün eski hâle iadesi için KMK m. 33 hükmüne göre dava açılması mümkündür. Hâkimin kararında, aykırı-

kemece saptanacak olan önlemlerin alınması ve bu önlemlerin belirlenen süre içerisinde yerine getirilmemiş olması durumunda ise 33. maddenin son fıkrasındaki yaptırımın uygulanması gerekecektir..." Yarg. 18. HD E. 2009/4903 K. 2009/5003 T. 11.5.2009, www.lexpera.com.tr, e.t.: 28 Ocak 2021.

¹¹⁵ Kat maliklerinin borç ve yükümlülükleri hakkında genel bilgi için bkz. Arpacı (Hatemi / Serozan / Arpacı), Eşya Hukuku, s. 177 vd.

rılığın giderilmesi için uygun bir süre vermesi, bu sürede aykırılık giderilmezse, KMK m. 33/3'teki idari para cezasına hükmetmesi gerekir. Bağımsız bölüm kiralanarak kullanılıyorsa, kiracının tahliyesine de karar verebilir.

KISALTMALAR LİSTESİ

bkz.	: bakınız
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
e.t.	: erişim tarihi
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
KMK	: 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: madde
N.	: Numara
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

Arcak Ali, Değişik ve Yeni Hükümleriyle Son Yargıtay Kararları Işığında: Kat Mülkiyeti, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1988.

Arcak Ali / Erdoğan Celal, Açıklamalı Kat Mülkiyeti Kanunu ve Uygulaması, Ankara, Halkevleri Basımevi, 1976.

Arpacı Abdülkadir, Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Devre Mülk Sistemi, İlaveli 3. Baskı, İstanbul, Temel Yayınları, 1990.

Arpacı Abdülkadir, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eşya Hukuku Lisans Dersi Notları, 2020, (Yayımlanmamış). (Ders Notları)

Arpacı Abdülkadir, Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması: Doğalgaz ve Devre Mülk, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul, Temel Yayınları, 2002. (Kat Mülkiyeti Kanunu)

Arpacı Abdülkadir, Kat Mülkiyetinde Yönetim, Apartman Yaşamının Sorunları, İstanbul, Temel Yayınları, 1994. (Apartman Yaşamının Sorunları)

Arpacı Abdülkadir, Kira Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, Temel Yayınları, 2002.

Arpacı Abdülkadir, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul, Bedir Yayınevi, 1984. (Yönetim)

Arslan İlknur / Kırmızı Mustafa, Yargıtay'ın Tümüyle Taranmış İçtihatları Işığında Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, Ankara, Bilge Yayınevi, 2012.

Arslan Ramazan / Yılmaz Ejder / Taşpınar-Ayvaz Sema, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

Bağcı Ömer, “Kat Mülkiyetinde Cins Tashihine Yönelik Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 1, s. 301-315.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

Ertaş Şeref, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015.

Germeç Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.

Gökalp Şerafettin, Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.

Gürsoy Kemal T. / Eren Fikret / Cansel Erol, Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.

Hatemi Hüseyin / Serozan Rona / Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

Hatemi Hüseyin / Serozan Rona / Arpacı Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991. (Eşya Hukuku)

Karahacıoğlu Ali Haydar / Ergin Cengiz, Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

Karahacıoğlu Ali Haydar / Veliöğlu Ahmet, Açıklamalı-İçtihatlı: Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar, 4. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 1998.

Karahasan Mustafa Reşit, Kat Mülkiyeti Hukuku, C. 1, İstanbul, Arıkan Basım, 2007.

Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku, İstanbul, Legal Yayınevi, 2015.

Oğuzman M. Kemal / Seliçi Özer / Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

Öktem-Çevik Seda, Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Özkan Hasan, İzahlı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Davaları ve Tatbikatı, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1975.

Pekcanitez Hakan / Özkes Muhammet / Akkan Mine / Taş-Korkmaz Hülya, Medeni Usul Hukuku, C. I, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Pekcanitez Hakan / Özkes Muhammet / Akkan Mine / Taş-Korkmaz Hülya, Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Pulak Tahsin Murat, Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli-Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

Reisoğlu Safa, Uygulamada Kat Mülkiyeti, Yargıtay Kararlarıyla Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Güneş Matbaacılık, 1976.

Sirmen A. Lale, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Şengül Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Tekinay Selahattin Sulhi, Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II), İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr).

Lexpera - Hukuk Bilgi Sistemi, (www.lexpera.com.tr).

  EKTEN DOĞAN BORCUN GÖTÜRÜLECEK BORÇTAN ARANILACAK BORCA DÖNÜŞMESİ SORUNU

*(THE ISSUE OF TRANSFORMATION OF THE DEBT TO BE SOUGHT ARISING FROM THE
CHECK INTO THE DEBT TO BE TAKEN)*

Arş. Gör. Mehmet Emin YIKAR* **

 Z

Kambiyo senetlerinin bir türü olan  ek, TTK m. 780 ve devamında düzenlenmektedir. Kanun koyucu poliçe ve bonoyu birer kredi aracı olarak, çeki ise ödeme aracı olarak düzenlemiştir. Kambiyo senedine bağlanan bir borcun  ifte ibraz ve  ifte teşhis kayıtları nedeniyle, aranılacak borç olduğu ifade edilmektedir.  ekten doğan borcun aranılacak borçtan götürülecek borca dönüşüp dönüşmeyeceği esasen takip yeri bakımından önem arz etmektedir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, kambiyo senetlerine özgü takip yolunda alacaklının senet borçlusunun yerleşim yerinde, senedin düzenlenme yerinde ve senedin ödenme yerinde takip yapabileceği kabul edilmektedir.

Çalışmamızda TTK m. 780-781 kapsamında tüm unsurları tam olan ve ibraz süresinde muhatap bankaya ibraz edilen bir  ek esas alınmıştır. Süresinde ibraz edilen  ek bedelinin ödenmediğinin tespiti üzerine kambiyo senetlerine özgü takip yolu incelenmiştir. Bu çerçevede alacaklının, ek takip yeri olarak, kendi yerleşim yerinde kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurup başvuramayacağı ele alınmıştır. Konuya ilişkin genel bilgiler verildikten sonra doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları, özellikle on birinci hukuk dairesi, üzerinden açıklamalar yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kambiyo senetleri,  ek, aranılacak bor , götürülecek bor , yetki.

ABSTRACT

Article 780 of Turkish Commercial Code specifies the check as a type of negotiable instruments. The legislator recognizes bills of exchange and promissory notes as a means of a trust, and checks as a means of payment. Due to the double-presentation and double-diagnosis records, a debt attached to a negotiable instrument is characterized as a debt to be sought. The question of whether the debt arising from a check as a debt to be sought can transform into a debt to be taken is necessary, generally in terms of the place of enforcement. As regards the enforcement proceedings peculiar to negotiable instruments, the legal doctrine and decisions by the Supreme Court approve the enforcement to be carried out by the creditor at the debenture debtor's place of residence, the place of issue of the debenture and the place of payment of the debenture.

^{ f} Eserin dergimize geliş tarihi: 15.05.2019. İlk hakem raporu tarihi: 11.10.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 05.04.2021. Onaylanma tarihi: 05.04.2021.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3345-6269.

Esere Atf Şekli: Mehmet Emin Yıkar, " ekten Doğan Borcun Götürülecek Borçtan Aranılacak Borca D n Őmesi Sorunu", Y HFD, C.XVIII, 2021/2, s. 1247-1263.

Our study is based on a check presented to the respondent bank within the presentation period and complete with its all elements in the meaning of Article 780 and 781 of the Turkish Commercial Code. This study further investigates the enforcement proceedings peculiar to the negotiable instruments following the detection of non-payment of the equivalent of the check presented in time. In this regard, it is disputed if the creditor can activate the enforcement proceedings peculiar to negotiable instruments at their place of residence as an extra place of enforcement. After the introduction of general knowledge on the topic, further explanations have been given in regard to the doctrinal views and the decisions by the Supreme Court, especially its 11th Chamber.

Keywords: Bill of exchange, check, debt to be sought, debt to be taken, venue.

I. Para Borçlarında Aranılacak ve Götürülecek Borç Kavramı

Aranılacak borçlar, borçlunun yerleşim yerinde veya malın bulunduğu yerde ifa edilecek borçlardır². Götürülecek borçlar ise, alacaklının yerleşim yerine veya ifa yeri olarak belirlenen yere borçlu tarafından götürülecek veya masrafı ve hasarı borçlu üzerinde kalacak şekilde nakledilecek borçlardır³.

TBK m. 89 gereğince, taraflar borcun ifa yerini aralarında kararlaştırabilir. Tarafların arasındaki anlaşma açık veya örtülü olabilir. Para borçlarında, taraflar aralarında ifa yerini kararlaştırmamışlarsa tamamlayıcı hüküm olan TBK m. 89/2 uygulanır.

TBK m. 89/2 gereğince para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ödenir. Bu nedenle para borçları, alacaklıya götürülmesi gereken borçlardandır⁴. Ancak bir para borcunun kıymetli evraka bağlanması halinde; borç, kıymetli evrak ibraz edilince ödeneceğinden aranılacak borç haline gelir.

II. Kambiyo Senetlerinin Temel Özellikleri

Kıymetli evrakın bir türü olan kambiyo senetleri TTK'nın dördüncü kısmında, m. 670 ve devamında ele alınmıştır. Kanun koyucu poliçe, bono ve çeki kambiyo senedi olarak düzenlemiştir⁵.

Kambiyo senetleri kanunen emre yazılı senetlerdir (TTK m. 681, TTK m. 788) ve belirli bir para alacağını içerir. Kambiyo senetleri herhangi bir sebepten ari olarak düzenlenebilir ve düzenlenmeleriyle birlikte temel ilişkiden bağımsız yeni bir alacak hakkı oluştu-

² Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul, 2018, s. 325.

³ Oğuzman/Öz, s. 325.

⁴ Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, 2016, s. 373; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 686 vd; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 967 vd.

⁵ Kanun koyucu çeki de kambiyo senedi olarak kabul ederek mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan ayrılmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda poliçe ve bono kambiyo senetlerinden sayılmışken çek dahil edilmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. Yalçın Karayalçın, Ticaret Hukuku Dersleri-Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), Ankara, 1964, s. 33 vd; Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1997 (1997), s. 360 vd; Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, İstanbul, 2007, s. 22; İsmail Kayar, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2013, s. 37; Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2017 (2017), s. 219.

rurlar⁶. Soyutluk ilkesi gereğince, doğumuna sebebiyet veren temel ilişkiden kaynaklanan sakatlıklar kural olarak kambiyo ilişkisini sakatlamaz⁷.

Kambiyo senetleri ibraz senetleri olarak düzenlenmiştir (TTK 645). Tedavül yeteneğine sahip olan kambiyo senetleri sık sık el değiştirebilmektedir. Senet borçlusu, senedi elinde bulundurana çoğunlukla bilemez ve senedi elinde bulunduranları takip etmesi de kendisinden beklenemez⁸. Senet borçlusu, senet kendisine teslim edildiği takdirde senedi ödemekle yükümlüdür (TTK m. 646) ve senet kendisine teslim edilmeden ödemede bulunan borçlu, ikinci kez ödemede bulunma riski altındadır. Bu yönüyle kambiyo senetlerinden kaynaklanan borcun, para borçlarına ilişkin genel kuralın (TBK m. 89/2) aksine götüreceği değil aranılacak borç olduğu kabul edilmektedir⁹.

III. Çekin İbrazı ve Hukuki Sonuçları

TTK m. 780 ve 781’de öngörülen zorunlu ve alternatif zorunlu unsurları içeren bir senet çek hükmündedir. Poliçe ve bono kredi aracı iken çek bir ödeme aracı olarak düzenlenmiştir¹⁰. Ödeme aracı olarak düzenlendiğinden çekte vade bulunmaz¹¹, kısa ibraz süreleri belirlenmiştir (TTK 796)¹².

Çek sadece banka üzerine çekilebildiği ve üçlü bir ilişki barındırdığı için havale niteliğinde olduğu kabul edilir¹³. Ancak TBK m. 555 ve devamında düzenlenmiş olan havalede farklıdır, havalenin özel bir tipini oluşturduğu ifade edilmektedir¹⁴.

⁶ Oğuz İmregün, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 1995, s. 35; Reha Poroy/Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul, 2013, s. 35; Kayar, s. 11; Tahir Saraç/ Sami Karahan/Zekeriya Arı/Hayri Bozgeyik/Mücahit Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku, Konya, 2014, s. 151; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arsalan Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2014, s. 92; Öztan, 2017, s. 33.

⁷ Poroy/Tekinalp, s. 35.

⁸ Adolf Baumbach/ Wolfgang Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, München, 2000, s. 315; Bozgeyik (Karahan/Arı/Saraç/Ünal), s. 265.

⁹ Ernst Hirs, Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1946, s. 506; Karayalçın, s. 12-13; Domaniç, 1975, s. 262, 374, 436; İmregün, s. 89, 96; Domaniç, Şerh, s. 108, 550; Naci Kınacıoğlu, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1999, s. 16, 181; Poroy/Tekinalp, s. 300; Kayar, s. 10, 41; Bozgeyik (Karahan/Arı/Saraç/Ünal), s. 265; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku İstanbul, 2016 (İcra ve İflas Hukuku), s. 340.

¹⁰ Karayalçın, s. 33, 37; Nurkut İnan, “İstirdat Davasında İsbat Yükü-Çekin İktisadi Niteliği”, BATİDER, 1969, C. V, S. 1, s. 93; Nurkut İnan, “Özel Hukukda Karşılıksız Çek Kavramı”, BATİDER, 1981, C. XI, S. 2, (Karşılıksız Çek), s. 100; İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi (C. 2), Ankara, 1974, s. 1435; Domaniç, Şerh, s. 530; İmregün, s. 119; Kınacıoğlu, s. 261; Kendigelen, s. 4, 16, 37; Seza Reisoğlu, Çek Hukuku, Ankara, 2011, s. 37; Poroy/Tekinalp, s. 292; Kayar, s. 37, 140; Ali Bozer/Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2017, s. 59, 60; Öztan, 2017, s. 222.

¹¹ Ancak uygulamada ileri düzenleme tarihli çek ile fiilen vadeli hale getirilmesinin yanı sıra ÇekK geçici m. 3/5 ile vadeli çeklerin önü açılmaktadır.

¹² Çekin kural olarak bir borcun ifası amacıyla düzenlendiği kabul edilir, çekin başka bir amaçla verildiğini iddia sahibi ispatlamakla yükümlüdür, bkz. İmregün, s. 119; Kendigelen, s. 17, 37; Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 234; Reisoğlu, s. 40; Arı (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 338. İlgili Yargıtay kararları için bkz. Kendigelen, s. 38, 39.

¹³ Karayalçın, s. 36; Doğanay, s. 1439; Hayri Domaniç, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 1975 (1975), s. 368; Hayri Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. IV (Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması), İstanbul, 1990 (Şerh), s. 529; Öztan, 1997, 1029; Kendigelen, s. 2; Reisoğlu, s. 29; Poroy/Tekinalp, s. 291; Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 233; Kayar, s. 139; Arı (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 337; Bozer/Göle, s. 209; Öztan, 2017, s. 219, 220. Kınacıoğlu’na gö-

A. İbraz Sürelerinin Hukuki Niteliği

Çek, ödenmesi için TTK m. 796'da düzenlenen ibraz süreleri içinde muhatap banka veya takas odasına ibraz edilmelidir¹⁵. Buna göre çek, düzenlendiği yerde ödenecekse on gün; aynı kıta üzerinde, düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde; ödeneceği ülkeden başka bir ülkede düzenlenen çek ise düzenlenme yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay ve farklı kıtalarda ise üç ay içinde muhataba ibraz edilmelidir¹⁶. İlgili hükümde düzenlenen ibraz süreleri hak düşürücü sürelerdir ve taraflar ibraz süreleri üzerinde değişiklik yapamazlar¹⁷.

B. Çekin Süresinde İbraz Edilmemesi

Mücbir sebep olmaksızın sürenin kaçırılması, protestodan muafiyet hali olmaması veya ibraz işleminin usulüne uygun olarak tespit edilememesi halinde hamil, çeki düzenleyene ve diğer başvuru borçlularına karşı kambyo hukukuna dayalı başvuru hakkını kaybeder¹⁸. İbraz süresinin kaçırılmasıyla çekin kambyo senedi niteliği sona erer¹⁹.

İbraz süresinin kaçırılması halinde dahi hamil, düzenleyene karşı sebepsiz zenginleşme davası (TTK m. 732)²⁰ açabileceği gibi çeki düzenleyenden varsa temel ilişki sebebiyle talepte bulunabilir veya karşılığın devri (TTK m. 733) ile çek bedelinin tahsilini sağlayabilir²¹.

re çek, banka üzerine çekilebilen, sıkı şekil şartlarına tabi havale kılığında bürünmüş mücerret bir ödeme vaadidir, bkz. **Kınacıoğlu**, s. 259.

¹⁴ **Domanıç**, 1975, s. 369; **Domanıç**, Şerh, s. 530; **Öztaş**, s. 1997, s. 1033; **Kendigelien**, s. 35,36; **Bozer/Göle**, s. 209; **Öztaş**, 2017, s. 221.

¹⁵ Çekten kaynaklanan talep hakkı ibraz ile ödenmemesi durumunda temerrüde düşülür, **Domanıç**, 1975, 440; **Kendigelien**, s. 209.

¹⁶ TTK m. 793 gereğince, ibraz süresinin sona ermesinden sonra yapılacak ciro alacağın temlikli hükümünde olacaktır.

¹⁷ **Doğanay**, s. 1435; **Öztaş**, 1997, s. 1167; **Kendigelien**, s. 220; **Arı** (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 385; **Kayar**, s. 168; **Kendigelien** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 266; **Öztaş**, 2017, s. 272.

¹⁸ **Domanıç**, 1975, s. 483; **Celal Göle**, Çek Hukuku, Ankara, 1989 (Çek), s. 173; **Domanıç**, Şerh, s. 713, 714, 769; **İmregün**, s. 131, 132; **Öztaş**, 1997, s. 1169; **Kınacıoğlu**, s. 283; **Baumbach/Hefermehl**, s. 642; **Narbay**, s. 44; **Kendigelien**, s. 221, 299; **Kendigelien** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 266; **Arı** (Karahan/Bozgeyik/Saraç/Ünal), s. 386; **Öztaş**, 2017, s.274; Yargıtay 11. HD., E. 8557/K. 353, T. 29.1.1991 (**Gönen Eriş**, Uygulamalı Çek Hukuku, Ankara, 2003, s. 188).

¹⁹ **Öztaş**, 1997, s. 1169; Yargıtay 19. HD., E. 3914/K. 4015, T. 21.4.1994 (**Eriş**, s. 189); **Öztaş**, 2017, s. 274. Ayrıca bkz. Yargıtay 12. HD., E. 2017/1690, K. 2017/5157, T. 3.4.2017 (www.kazanci.com E.T. 31.10.2018); Yargıtay 13. HD., E. 2015/29955, K. 2017/13034, T. 21.12.2017 (www.lexpera.com E.T. 31.10.2018); İbraz edilmeyen çekte kambyo hukukuna dayalı takip hakkı düşer. Hamilin temel ilişkiye dayanması halinde çekin delil başlangıcı oluşturacağı yönünde bkz. Yargıtay 19. HD., E. 5465/K. 1710, T. 24.2.1997 ve Yargıtay 11. HD., E. 701/K. 1734, T. 27.3.1985 (**Gönen Eriş**, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu C. 4, Ankara, 2010 (TTK), s. 4313, 4307); Çekin ilk hamili, çeki ibraz etmese dahi temel ilişkiye dayanarak icra takibi yapabilir veya dava açabilir bkz. Yargıtay 19. HD., E. 8791/K. 1334, T. 25.2.1998 (**Eriş**, TTK, s. 4316); Süresinde ibraz edilmeyen çekin adı senede dönüşmeyeceği ve ibraz edilmeyen çekte bir alacak hakkının bulunmayacağından temlik dahi edilemeyeceği yönünde bkz. Yargıtay 19. HD., E. 253/K. 1792, T. 25.2.1994 1985 ve Yargıtay 19. HD., E. 4659/K. 10010, T. 25.11.1997 (**Eriş**, TTK, s. 4308, 4315).

²⁰ Çeki düzenleyen teknik anlamda esas borçlu değildir ancak çekin düzenlenmesiyle birlikte hamil zararına gerçekleşen zenginleşmeyi giderme amacıyla öngörüldüğü yönünde bkz. **Kendigelien**, s. 317.

²¹ Detaylı bilgi için bkz. **Domanıç**, 1975, s. 484; **Domanıç**, Şerh, s. 769; **Kendigelien**, s. 315 vd.

C. Çekin Süresinde İbrarı ve Tam Ödeme

ÇekK m. 3/1 gereğince çekin ödenme amacıyla ibrazı, muhatap bankanın çekle ilgili hesabın bulunduğu şubesine yapılabileceği gibi muhatap bankanın herhangi bir şubesine de yapılabilir. Çek hesabının bulunduğu şube dışındaki şubelere ibraz halinde, o şubece karşılığı sorulmak suretiyle ödeme yapılır. Takas odasına yapılan ibraz da ödeme için ibraz yerine geçer (TTK m. 798). Çekin muhatap banka tarafından tamamen ödenmesiyle çek üzerinde imza sahibi olan borçlular bakımından kambiyo borcu sona erer²².

D. Çekin Süresinde İbrarı ve Ödenmemesinin Tespiti

Süresinde ibraz edilen çek bedeli; hesapta karşılığın bulunmaması, yetkili hamil olmama, hesap üzerinde bir haczin veya ihtiyati tedbir kararının olması gibi nedenlerle tahsil edilemeyebilir²³. Çek hamilinin, senedin ibrazı ile alacağını tam veya kısmen tahsil edemediği takdirde, düzenleyene ve diğer başvuru borçlularına başvurabilmesi belirli şartlara tabi tutulmuştur (TTK m. 808). Buna göre hamil öncelikle senedi ibraz süresinde ibraz etmelidir. Çekin kısmen veya tamamen ödenmediği protesto ile, muhatap banka tarafından çekin üzerine yazılmış olan bir beyanla veya takas odasının çekin ödenmediğine dair beyanıyla tespit edilmelidir^{24 25}. Ödememenin tespiti ile çeki düzenleyen, varsa cirantalar ve aval verenler hamile karşı müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olurlar (TTK m. 818, 724). Hamil başvuru borçlularına başvurabilmek için, ödenmeme halinin tespitini başvuru borçlularına bildirmek zorunda değildir (TTK m. 818/1-j atfıyla TTK m. 723/7)²⁶.

Süresinde ibraz edilen çekin bedelini ödemekle yükümlü olan muhatap banka, ibraz süresi geçtikten sonra kendisine ibraz edilmesi halinde ise söz konusu bedeli ödemek zorunda değildir ancak dilerse ödeyebilir (TTK m. 799/2). Düzenleyen, ibraz süresinin geçmesinden sonra geçerli olmak üzere, ibraz süresi içerisinde göndereceği cayma beyanıyla çekin muhatap tarafından ödenmesini engelleyebilir. Düzenleyen, ibraz süresinden sonraki beyanıyla da muhatabın ödeme yapmasını önleyebilir²⁷.

IV. Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu ile Çekin Takibi

A. Genel Olarak

Kambiyo senetlerinin ifa uğruna düzenlenmesi nedeniyle mevcut bir borç için kambiyo senedi düzenlenmesi temel borç ilişkisini sona erdirmez (TBK m. 133/2). Kambiyo senedinin düzenlenip verilmesiyle, temel ilişkiden kaynaklanan borç ilişkisi kambiyo alaca-

²² **Domanıç**, 1975, s. 440; **Domanıç**, Şerh, s. 618; **Kınacıoğlu**, s. 287; **Narbay**, s. 44; **Kendigelen**, s. 241; **Kendigelen** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 271; **Öztaş**, 2017, s. 275, 290.

²³ Ödememe nedenlerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Öztaş**, 1997, s. 1223 vd; **Göle**, Çek, s. 171 vd; **Kendigelen**, s. 281 vd.; **Kayar**, s. 180 vd; **Öztaş**, 2017, s. 291.

²⁴ Muhatap banka ve takas odası tarafından yapılacak beyanların çek üzerinde olması gerektiği yönünde bkz. **Kendigelen** (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 278.

²⁵ TTK m. 808 gereğince her üç ihtimalde de, hem çekin ibraz edildiği hem de ödememenin tespiti açısından beyanlarda tarih açıkça yer almalıdır. Çekin yasal sürede muhatap bankaya ibraz edildiğinin anlaşılabilmesi durumunda hamilin başvuru hakkını kullanamayacağı yönünde bkz. **Kendigelen**, s. 288, 289.

²⁶ TTK m. 723/7 gereğince, zamanında ihbar yapmayan hamil, sadece ihbarı yapmadığı başvuru borçlusuna karşı, ihmalden doğan zarardan sorumludur.

²⁷ Detaylı bilgi için bkz. **Domanıç**, Şerh, s. 714; **Narbay**, s. 47 vd; **Kendigelen**, s. 258 vd; **Kayar**, s. 175 vd; **Öztaş**, 2017, s. 274.

ğının talep edilebileceği ana kadar donmuş olur²⁸. Kambiyo senedinden kaynaklanan borcun talep edilebilir hale gelmesi ile hamil, dilerse bu ana kadar donmuş olan temel ilişkiye dilerse de kambiyo ilişkisine dayanarak alacağını talep edebilir²⁹. Alacağını tahsil edemeyen hamil, dilerse temel ilişkiye dayanarak genel takip yoluna dilerse kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurabilir (İİK m. 167-177)³⁰.

Hamilin borçlu aleyhine kambiyo senedine dayalı takipte bulunabilmesi için, alacağının bir kambiyo senedine dayanması, muaccel olması ve kendisinin yetkili hamil olması gerekir. Çeke dayanan takip talebini alan icra müdürü borçluya ödeme emri göndermeden önce, TTK m. 780-781 bakımından unsurları tam olan bir çek olup olmadığını resen inceleyebilir³¹. İcra müdürü, İİK m. 168'deki ödeme emrinde bulunması gereken kayıtların yazılmasıyla, ödeme emrini borçluya gönderir.

B. Yetkili İcra Dairesi

İlamsız icranın bir türü olan kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte yetki İİK m. 50'de düzenlenmiştir³². İİK m. 50, HMK'daki yetki kurallarının kıyasen uygulanacağı (HMK m. 5-19) ve ek olarak sözleşmenin yapıldığı yer icra dairesinin de yetkili olduğunu belirtmiştir³³.

HMK'da yetki, görevden farklı olarak kamu düzenine ilişkin görülmemiştir³⁴ 35. Bunun sonucu olarak genellikle tek icra dairesi yetkili olarak kabul edilmemiştir, genel yetki kuralı yanında genel yetki kuralını kaldırmayan, özel yetki kuralları da düzenlenmiştir³⁶.

²⁸ **Öztaş**, 1997, s. 381; **Saraç** (Karahana/Arı/Bozgeyik/Ünal), s. 158. **Ülgen** (Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 91.

²⁹ **Domaniç**, 1975, s. 130; **Saraç** (Karahana/Arı/Bozgeyik/Ünal), s. 158.

³⁰ **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku, s. 339; Yargıtay 12. HD., E. 6220/K. 6834, T. 26.5.1999 (**Eriş**, s. 518); Kambiyo senetlerine dayanan alacağın varlığını, senetsiz veya adi senede bağlı alacağın varlığından daha muhtemel gören kanun koyucu, kambiyo senetlerine dayalı takip yolunu alacaklı lehine kolaylaştırmıştır, bkz. **Timuçin Muşul**, İcra ve İflas Hukuku, C. 2, Ankara, 2013 (İcra ve İflas), s. 989; Alacağın kambiyo senedine dayalı olmasına rağmen alacaklı genel takip yolunu kullanarak takipte bulunursa, kambiyo senedi bu durumda takip konusu alacağın delil başlangıcı olacağı yönünde bkz. **Timuçin Muşul**, "Kambiyo Senetlerine Dayanan Haciz Yolu İle Takip", BATİDER, 1974/3, C. VII (Takip), s. 606.

³¹ **Muşul**, Takip, s. 618; **Domaniç**, 1975, s. 747; **Domaniç**, Şerh, s. 964; **Mehmet Helvacı**, "Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları", İÜHFMD, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 167.

³² Madde hükmünde HUMK'taki yetkiye ilişkin hükümlere atıfta bulunulmuştur. HMK m. 447/2 gereğince HUMK'a yapılan atıflar HMK'nın bu hükümlerinin karşılığı olan maddelerine yapılmış sayılır.

³³ Sözleşmenin yapıldığı yerin HMK m. 10 gereğince sözleşmenin ifa edileceği yer şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **Helvacı**, s. 168.

³⁴ **İlhan E. Postacıoğlu**, İcra Hukuku Esasları, İstanbul, 1982, s. 107; **Baki Kuru**, İcra ve İflas Hukuku C. 1, İstanbul, 1988 (İcra 1), s. 178; **Seyithan Deliduman/Şafak Narbay**, "Kambiyo Senetlerinden Çeke Dayanarak Yapılan Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takipte Yetkili İcra Dairesi", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 1, İstanbul, 2001, s. 629; **M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım**, İcra Hukuku, İstanbul, 2012, s.45; **Mine Akkan**, Pekanitez Usul Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2017, s. 267; **Levent Börü**, "Bonoya Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte Yetki", AÜHFMD, 65 (1) 2016, s. 144.

³⁵ İcra dairesinin yetkisi kamu düzeninden olmadığından yetkisiz icra dairesinde takip başlatılabilir, icra dairesi yetkisizliğini resen araştıramaz ve yetkiye itiraz edilmediğinde yetkisiz icra dairesi yetkili hale gelir. Yetki itirazı İİK m. 50/2'ye göre esas hakkındaki itirazlarla birlikte ileri sürülebilir. İİK m. 168/5 gereğince, yetki itirazı beş gün içinde bir dilekçe ile icra mahkemesine yapılabilir. De-

Kambiyo senetlerine dayalı takiplerde genel yetkili icra dairesi, kambiyo senedi borçlusunun yerleşim yeridir^{37 38}. Borçlunun birden fazla olması halinde, borçlulardan birinin yerleşim yeri icra dairesinde takip başlatılabilir³⁹. HMK m. 7/2 gereğince, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir yer belirtilmişse, icra takibi o yerde yapılır.

Kambiyo senetlerine dayalı takipte özel yetkili icra daireleri, HMK m. 10'un kıyasen uygulanmasıyla, senedin düzenlenme yerinin⁴⁰ ve ödeme yerinin⁴¹ bulunduğu yer icra daireleridir^{42 43}. Senette yetki kaydının varlığı durumunda, kayıt geçerli olmakla beraber taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, kayıta yer alan icra dairesi veya daireleri münhasıran yetkili olur⁴⁴.

V. Yargıtay Uygulaması

İbraz edilen kambiyo senedinin bedelinin ödenmediğinin tespiti ile kambiyo senetlerindeki aranılacak borcun götürülecek borca dönüşüp dönüşmeyeceği Yargıtay kararlarında ele alınmıştır. Söz konusu dönüşüm alacaklının kambiyo senetlerine özgü takipte bulunabileceği yer açısından önem arz etmektedir.

Yargıtay verdiği bazı kararlarında kambiyo senedinden doğan borcun aranılacak borç olduğunu ve TBK m. 89 uygulanamayacağından alacaklının kendi yerleşim yerinde

taylı bilgi için bkz. **Postacıoğlu**, s. 108; **Baki Kuru**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara, 2013 (El Kitabı), s. 786.

³⁶ Genel yetki kuralının taraflara göre belirlendiği, özel yetki kurallarının ise taraflara veya uyuşmazlık konusuna göre belirlendiği yönünde bkz. **Akkan**, s. 267.

³⁷ Çekte kambiyo senetlerine özgü takip borçluları, düzenleyen, varsa cirantalar ve aval verenlerdir.

³⁸ Yıldırım/ Deren-Yıldırım'a göre, kambiyo senedine özgü haciz yolu ile takipte, yetki TTK m. 755 gereğince, kambiyo senedinin ödenmek üzere borçlunun işyerinin veya kendisinin bulunduğu yerde ibrazı gerektiğinden, bu yer kesin yetki kuralı oluşturmaktadır, bkz. **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 46, 275.

³⁹ HMK m. 7 gereğince alacaklı, sırf takip borçlularından birisini kendi icra dairesinden başka bir icra dairesine getirmek amacıyla icra takibi başlatmışsa ve durum belirtiler veya başka delillerle anlaşılırsa, ilgili takip borçlusunun itirazı üzerine, icra mahkemesi onun hakkındaki icra takibini ayırarak yetkisizlik kararı vermemelidir.

⁴⁰ TTK m. 780 gereğince düzenlenme yerinin gösterilmesi gerekir. Düzenlenme yerinin gösterilmediği durumlarda TTK m. 781 gereğince, çek düzenleyeninin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır.

⁴¹ TTK m. 780 gereğince ödeme yerinin gösterilmesi gerekir. Ödeme yerinin gösterilmediği durumlarda TTK m. 781 gereğince, muhatabın adının yanında gösterilen yer ödeme yeri sayılır ve muhatabın adının yanında yazılı olarak gösterilmesi durumunda ilk gösterilen yerde ödenir. Bu şekilde bir açıklık ve başka bir kayıt da yok ise, çek muhatabın merkezinin bulunduğu yerde ödenir.

⁴² **Deliduman/Narbay**, s. 629; **Kuru**, El Kitabı, s. 762; **Helvacı**, s. 169; **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku, s. 340.

⁴³ Bkz. Yargıtay 12.HD, 5.2.1981, 8618/1094 (**Baki Kuru**, İcra ve İflas Hukuku C. 2, İstanbul, 1990 (İcra 2), s. 1589).

⁴⁴ **Kuru**, İcra 1, s. 178 vd; **Delidumuna/Narbay**, s. 629; **Helvacı**, s. 169; **Kuru**, El Kitabı, s. 762; **Bozer/Göle**, s. 291; **Celal Göle**, "Kambiyo Senetlerinde Yetki Kaydı", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Ankara 2015, C. 1, s. 873 vd; **Öztaş**, 2017, s. 239; HMK m. 17 gereğince yetki kaydı, yetki sözleşmesidir. Bu nedenle yetki kaydının geçerli olabilmesi için düzenleyen ile lehtarın tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekir. Geçerli bir yetki kaydı konulduktan sonra, düzenleyen ve lehtarın külli veya cüz'î haleflerinin tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerektiği yönünde bkz. **Saraç** (Karahana/Arı/Bozgeyik/Ünal), s. 214.

takip yapamayacağına hükmetmiştir⁴⁵. Bazı kararlarında ise bedeli ödenmeyen kambiyo senedine dayalı borcun aramanın tüketilmesiyle götürülecek borca dönüştüğünü ve alacaklının kendi yerleşim yerinde takip yapabileceğine hükmetmiştir. Çalışmamız bakımından Yargıtay'ın kambiyo senetlerine dayalı borcun aramanın tüketilmesi ile aranılacak borcun götürülecek borca dönüşeceği ilişkin kararları ele alınacaktır⁴⁶.

Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁴⁷, ihtiyati haczin yetki yönünden kaldırılması talep edilmiştir. Yapılan yargılamada, ihtiyati hacze ilişkin İİK m. 258 gereğince, İİK m. 50'ye göre yetkili mahkemenin belirleneceği ve İİK m. 50'de yetki bakımından HMK'nın yetkiye ilişkin hükümlerine atıfta bulunulduğu belirtilmiştir. Yargıtay uyuşmazlığa ilişkin değerlendirmesinde, muhatap bankaya ibraz edilen ancak karşılıksız kalan çeke dayalı borcun, bu şekilde araması tüketildikten sonra götürülecek borca dönüştüğüne ve bunun sonucu olarak HMK m. 10 gereğince (TBK m. 89/2 uygulanarak), alacaklının yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili mahkemelerden biri olduğuna hükmedip aynı dairece daha önce verilen iki karara da atıfta bulunmuştur. Karşı oy yazısında ise, çekte ibrazın esas borçluya yapılmadığı ve çekte ibrazın, hamilin öğrenilmesini sağlayıcı fonksiyonunun olmadığı ifade edilerek aranılacak borcun götürülecek borca dönüşmeyeceği belirtilmiştir.

Yargıtay'ın atıfta bulunduğu ilk kararda⁴⁸, karşılıksız kalan çeke dayalı borcun, muhatap bankaya ibrazıyla aranmasının tüketilerek götürülecek borca dönüştüğü belirtilmiştir. Bunun yanında dairenin 2005 tarihli ilamının da bu yönde olduğuna işaret edilmiştir. Belirttiğimiz iki kararda da atıf yapılan ilamda⁴⁹ ise, karşılıksız kalmış olan çeke dayalı borcun salt para borcu olduğu, bunun sonucu olarak eTBK m. 73 (TBK m. 89) gereğince alacaklının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olacağı belirtilmiştir. Söz konusu kararda üzerinde durulması gereken husus ise borcun neden dönüştüğü ifade edilmemiştir. Herhangi bir hüküm veya gerekçe gösterilmeksizin borcun dönüştüğü kabul edilmiştir.

VI. Değerlendirme

Yargıtay, uyuşmazlığa ilişkin verdiği kararlarında iki hususa dayanmaktadır. İlk olarak karşılıksız kalan çeke dayalı borcun salt para borcu olduğunu belirtmiş, sonraki kararlarında ise çekin ibraz üzerine karşılıksız kalmasıyla aramanın tüketilerek götürülecek borca

⁴⁵ Alacaklının kendi yerleşim yerinde takip yapamayacağına ilişkin Yargıtay 11. HD.'nin kararları; E. 2016/792, K. 2016/1858, T. 22.2.2016; E. 2015/9068, K. 2016/3750, T. 6.4.2016; E. 2015/10523, K. 2015/9851, T. 5.10.2015 E. 2015/13916, K. 2015/13698, T. 21.12.2015; E. 2013/10327, K. 2013/15210, T. 9.9.2013 (www.kazanci.com E.T. 30.10.2018). Karşılıksız kalsa dahi aranılacak borç olacağı yönünde bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2010/4386, K. 2010/6598, T. 8.6.2010 (www.lexpera.com E.T. 30.10.2018). Diğer daire kararları için bkz. Yargıtay 19. HD., E. 2009/10101, K. 2010/5700, T. 10.5.2010 (www.kazanci.com E.T. 30.10.2018); Yargıtay 12 HD., E. 2009/3445 K. 2009/11103 T. 26.5.2009 (**Erdoğan Moroğlu/Abuzer Kendigelen**, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu Ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2014, s. 631).

⁴⁶ Kendigelen'nin hukukumuzda kazandırdığı "**Çatışan ve Yarışan Kararlar**" kavramı ve Yargıtay 11. HD'nin aynı konu ve zaman diliminde olmasına rağmen farklı yöndeki kararları için bkz. **Abuzer Kendigelen**, "**Çatışan ve Yarışan Kararlar**", **İÜHFHAD**, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2018, (Sempozyum), s. 177 vd.

⁴⁷ Yargıtay 11. HD., E. 2016/12481, K. 2016/8797, T. 14.11.2016 (www.lexpera.com E.T. 28.10.2018). Yargıtay 11.HD'nin aynı yöndeki kararları için bkz. E. 2016/2455, K. 2016/3080, T. 21.3.2016; E. 2016/6613, K. 2016/8152, T. 17.10.2016; E. 2016/13698, K. 2016/9391, T. 6.12.2016 (www.lexpera.com E.T. 30.10.2018).

⁴⁸ E. 2014/15478, K. 2014/17256, T. 10.11.2014 (www.lexpera.com E.T. 28.10.2018).

⁴⁹ E. 2005/8454, K. 2005/8277, T. 19.09.2005 (www.lexpera.com E.T. 28.10.2018).

dönüştüğünü ifade etmiştir. Değerlendirmemizde Yargıtay'ın dayandığı iki gerekçe ayrı ayrı ele alınacaktır.

A. Karşılıksız Kalan Çeke Dayalı Borcun Salt Para Borcu Olması

Ödeme aracı olan çek, belirli bir miktar para alacağını içerir⁵⁰. Çekten kaynaklanan alacak aranılacak borçtur ve çek ibraz süresi içerisinde muhatap bankaya veya takas odasına ibraz edilmelidir. Alacağını bu şekilde tahsil edemeyen hamilin elinde seçimlik iki imkanı vardır.

Hamil dilerse genel takip yoluna başvurur; dilerse de İİK m. 167-176 gereğince, kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurur. Ancak Yargıtay'ın ilk gerekçesinde, ibraz sonucu karşılıksız kalan çekin kambiyo senedi vasfını koruduğunu göz ardı ederek salt para borcu olarak değerlendirmesi hatalıdır.

B. Çek Bedelinin Ödenmemesi Halinde Borcun Niteliği

1. Doktrindeki Görüşler

Ödeme aracı olan çek, kural olarak muhatap bankaya süresinde yapılacak ibraz ile muhatap banka tarafından ödenir. Ancak çekte muhatap banka kambiyo ilişkisinin tarafı değildir ve düzenleyen de teknik anlamda esas borçlu değildir⁵¹. Çekte sadece başvuru borçluları bulunur; hamil, senette imzası bulunanlara karşı kambiyo ilişkisine dayalı başvuru hakkına sahiptir. Çekin süresinde ibraz edilmemesi veya ödenmemenin tespit edilmemesi durumunda, hamil başvuru hakkını kaybeder. Esas borçlunun olmaması nedeniyle, kambiyo ilişkisi kapsamında doğrudan başvurulabilecek biri de yoktur.

Borcun niteliğinin değişip değişmeyeceği değerlendirilirken, alacaklı tarafından kambiyo senedinin ibraz edildiği ödeme yeri ele alınmalıdır. Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte HMK m. 10 gereğince ödeme yerindeki icra daireleri de yetkilidir.

⁵⁰ Deliduman/Narbay, çekin ödeme aracı olması niteliğinden hareketle çekin paraya eşdeğer kıymetli evrak olduğu kanısındadır. Yazarlar makalede verdikleri örnekte, tacirin aldığı birden fazla çekin karşılıksız çıkması durumunda, takiplerinin zorlaşacağını, ödemeler dengesinin bozulacağını ve mağdur olacağını ifade etmiştir. Hamilin başvuru haklarını hızlıca kullanabilmesi ve zor durumda kalmaması amacıyla, ek yetkili yer olarak (de lege ferenda) alacaklının yerleşim yeri icra dairesinin yetkili olması gerektiğini belirtmiştir, bkz. **Deliduman/Narbay**, s. 639 vd. Ticaret hayatında nakitle yapılan ödemelere oranla çekle yapılan ödemelerin, hız ve güvenlik sağladığı açıktır. Kanun koyucu, çekte kısa ibraz süreleri öngörerek ödeme vasıtası olmasını amaçlamaktadır. Her ne kadar çek bir ödeme vasıtası olsa da ülkemizde, hem ÇekK hem de uygulamada yer alan ileri düzenlenme tarihli çek vardır. Böylece bir nevi kredi fonksiyonu yüklenmektedir. Ayrıca tarafların anlaşması söz konusu değilse, alacaklı çeki kabule zorlanamaz. Çeki alan alacaklı, keşide yerini, düzenleyeni ve muhatap bankayı senet üzerinde görebilmektedir. Bunun yanında uygulamada çok örneği olmasa dahi, HMK m. 17 gereğince tacirler yetki sözleşmesi yapabilirler. Basiretli tacirin tüm bu hususları göz önüne alması gerektiği ve belirttiğimiz gerekçelerle yazarların görüşüne katılmamaktayız. Ayrıca, paranın hukuken temel ödeme aracı olarak kabul edilmesi ancak çeke ilişkin ödeme kurallarının nakit paraya yaklaştırılması veya mevcut kuralların böyle yorumlanması yönünde bkz. **İnan**, Karşılıksız Çek, s. 103. Çekin günümüzde paraya yaklaştığı yönünde bkz. **Ömer Teoman**, “Çek-Senet Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Tüm Makalelerim, İstanbul, 2012, s. 768. Çekin esasen para yerine kullanılan senet türü olması bakımından bkz. **Kendigelen**, s. 4, 16, 18. Çekin, tedavül kabiliyetinin sınırlı olması, kanuni bir ödeme vasıtası olmaması ve itibari değeri bulunmadığından paraya eş tutulamayacağı yönünde bkz. **Öztan**, 2017, s. 222 vd.

⁵¹ **Öztan**, 2017, s. 260. Çeki düzenleyen kişi çekin ödenmemesinden dolayı birinci sırada sorumludur. Başvuru hakkı kapsamında çek bedelini ödemediğinde, kendisinin başvurabileceği birisi bulunmaz ve kambiyo ilişkisi bütün kambiyo borçluları bakımından sona erer, bkz. **Kendigelen**, s. 295.

TTK m. 780/1-d bendinde ödeme yeri çekte aranan unsurlardan biri olarak düzenlenmiştir⁵². Doktrinde kambiyo senetlerinden doğan borcun ödeme yerinin ve dolayısıyla yetkili icra dairesinin tespiti bakımından çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bazı yazarlar, kambiyo senetlerine dayalı borcun aranılacak borç olması nedeniyle, para borçlarının aksine, TBK m. 89'un uygulanmayacağını ve alacaklının kendi yerleşim yerinde kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvuramayacağını belirtmektedirler⁵³.

Muşul, poliçede kabul eden muhatap ve bonoda düzenleyen ile diğer senet borçluları bakımından kambiyo senetlerine özgü takibi ikiye ayırmaktadır (esas borçlu ve diğer senet borçluları)⁵⁴. Poliçede kabul eden muhatap ve bonoda düzenleyene karşı yapılacak takiplerde ödeme yeri icra dairesinin; diğer senet borçluları aleyhine yapılacak takiplerde ise senet borçlularının yerleşim yeri icra dairesinin yetkili olacağını belirtmiştir. Çekte ise düzenleyen aleyhine yapılacak takiplerde düzenlenme yeri icra dairesinin yetkili olacağını ifade etmiştir. Çekte yer alan ödeme yerinin ise muhatap banka aleyhine takip yapılamayacağından yetki kuralı oluşturmayacağını ve iradi ödeme (tediye) halinde önem taşıyacağını belirtmiştir.

Domaniç, tüm senet borçluları açısından ödeme yerinin senette yer alan ödeme yeriyle gösterilen mülki birlik olduğunu; yerleşim yeri ödeme yerinden başka bir yerde bulunanlara başvuru yapılması için kendilerine durumun ihbar edilmesinin gerekli ve yeterli olduğunu ifade etmiştir⁵⁵. İhbarı alan senet borçlusunun senetten doğan borcu ödeme yerinde ödemesi veya ödeme yerinde ödemede bulunmak üzere üçüncü bir kişi tayin etmesi gerekeceğini belirtmiştir.

Öztan, poliçenin ibrazı ile derhal ödemede bulunmayan kabul eden muhatabın temerrüde düşmesi nedeniyle muhatabın borcunun aranılacak borç olmaktan çıkıp götürülecek borca dönüşeceğini⁵⁶; başvuru borçluları bakımından ise başlangıçtan itibaren götürülecek borç olduğunu ifade etmiştir⁵⁷. Senet borçlusu, senet kendisine ibraz edilene kadar

⁵² Uygulamada ÇekK m. 2/7-b bendi gereğince, matbu çek yapraklarında, çek hesabının bulunduğu banka şubesinin adı yazıldığından ayrıca ödeme yeri belirtilmediği ve ihtilaf da çıkmadığı yönünde bkz. **Deliduman/Narbay**, s. 634 vd.

⁵³ **Mevci Ergün**, Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları, Ankara, 1989, s. 56 vd; **Kuru**, İcra 2, s. 1591; **Kuru**, El Kitabı, s. 762; **Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar**, İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, Ankara, 2013, s. 529. Olması gereken hukuk bakımından, çek hamilinin kendi yerleşim yerinde takip yapması gerektiği yönünde bkz. **Deliduman/Narbay**, s. 637 vd. Karşılıklı çek suçuğunun işlendiği yerin ibraz edilen yer olması ve karşılıksız çek davasının ibraz edilen yerde açılabilmesinden dolayı ibraz edilen yerde takip yapılamamasını eleştirmektedir, bkz. **Abdurrahim Karşı**, İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2010, s. 582 vd. Karşılıksız kalan çekte dayalı ceza davası, karşılıksız çekin azaltılması amacından dolayı kamu menfaati taşımaktadır. Çekin ödenmemesi nedeniyle yapılacak icra takibi ise kişisel menfaat taşımaması nedeniyle yazara katılmamaktadır.

⁵⁴ **Muşul**, Takip, s. 617 vd; **Muşul**, İcra ve İflas, s. 1015 vd.

⁵⁵ **Domaniç**, 1975, s. 214 vd; **Domaniç**, Şerh, s. 252 vd.

⁵⁶ Borçlu temerrüdünün genel olarak iki sonucu söz konusudur; borçlunun, gecikme tazminatı ödeme borcu altına girmesi (TBK m. 118) ve temerrütten sonra beklenmedik halden doğacak zararlardan sorumlu olmasıdır (TBK m. 119). Para borçları bakımından borçlu temerrüde bağlanan sonuçlar ise temerrüt faizi (TBK m. 120) ve aşkın zarardır (TBK m. 122), detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 485 vd; **Ayan**, s. 385 vd; **Eren**, s. 1113 vd. Bu çerçevede hükümleri ele aldığımızda, borçlu temerrüdü ile ifa yerinin değişmesi söz konusu olmadığından görüşe katılmamaktayız.

⁵⁷ **Öztan**, 1997, s. 672 vd, 680 vd; **Öztan**, 2017, s. 129. Aynı yönde bkz. **Fritz Bornemann**, Zivilrecht im Querschnitt Band 5: Wertpapierrecht, Heidelberg, 1972, s. 124; **Teo Guhl/Alfred Koller/Jean Nicolas Druey**, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zurich, 1991, s. 829; **Baumbach/Hefermehl**, s.316; **Hayri Bozgeyik**, Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara, 2003, s. 680.

hamili bilemez; ancak senedin ibrazı ile alacaklı bilineceğinden genel hükümlerin (TBK) uygulanacağını ileri sürmüştür⁵⁸. Ancak yazar eserin devamında çelişkili olarak kambyo senetlerine özgü takip yolunda eTBK m. 73'ün (TBK m. 89) uygulanmayacağı, alacaklının kendi yerleşim yerinde takipte bulunamayacağını belirtmiştir⁵⁹.

2. Kanaatimiz

Poliçede kabul eden muhatap ve bonoda düzenleyen esas borçludur⁶⁰. Senet vadesinde, ödenmek üzere esas borçluya ibraz edilir ve esas borçlunun yapacağı ödemeyle tüm kambyo borçlularının borcu sona erer. Alacaklı, senedi vadesinde ibraz etmezse veya TTK m. 730 gereğince başvuru hakkı düşse dahi, zamanaşımı süresince TTK m. 725/1 gereğince poliçenin bedelini esas borçludan isteyebilir⁶¹.

Doktrinde ileri sürülen borcun dönüşmesi görüşü poliçe ve bono için kabul edilse dahi, çek bakımından farklılık arz eder. Öncelikle poliçe ve bono birer kredi aracı olarak düzenlenmişken, her ne kadar ileri düzenleme tarihli çek uygulaması olsa da, çek nitelik itibarıyla ödeme aracıdır. Bunun yanında poliçede kabul eden muhatap, bonoda düzenleyen ve çekte muhatap banka kural olarak ödemeyi yapar. Poliçe ve bonoda ödemeyi yapacak olan kişiler esas borçlu iken çekte kambyo ilişkisinin tarafı olmayan ve TTK m. 784 gereğince çeki kabul yaşağına tabi olan muhatap bankadır. Poliçe ve bonoda esas borçluların ibraz ile alacaklıyı öğrenmelerinden dolayı borcun götürülecek borca dönüşeceği belirtilmiştir. Çekte ise alacaklının bilinip bilinmemesi esas borçlu olmadığından önem arz etmez⁶².

Poliçe ve bonoda, ibraz edilen senedi ödeme veya ödememe esas borçlunun iradesi-ne bağlıdır. Oysa çekte bedelin kambyo ilişkisinin tarafı olmayan muhatap banka tarafından ödenmesi nedeniyle poliçe ve bonodan farklılık arz eden haller ortaya çıkabilmektedir. ÇekK m. 3/1 gereğince çekle işleyen hesapta karşılığın bulunması halinde muhatap banka, kural olarak ödeme yapmakla yükümlü olmasına rağmen hataen veya kasten çek bedelini ödemekten kaçınabilir⁶³ veya ödeme yapmayı geciktirebilir⁶⁴. Çekle işleyen hesap üzerine

⁵⁸ Öztan, 2017, s. 129; aynı yönde bkz. **Bornemann**, s. 124. TTK m. 690 gereğince, vadeden sonraki ciro alacağın temlikli hükümlerini doğurur. Ancak bu hüküm artık sadece TBK hükümlerinin uygulanacağını, kambyo senedine bağlı bir borcun salt para borcu olarak ele alınacağı sonucunu doğurmaz. Söz konusu hüküm defilerin geçişi bakımından önem arz etmekle beraber kambyo senedi vasfını sona erdirmez. Bu nedenle Türk hukuku bakımından senedin ibrazı neticesinde ödenmemesi halinde borcun dönüşmesi ve TBK hükümlerinin uygulanacağı görüşüne katılmamaktayız.

⁵⁹ Öztan, 1997, s. 1324.

⁶⁰ **Kayar**, s. 86, 124; **Hasan Pulaşlı**, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara, 2017, s. 211; **Bozgeyik**, s. 110, 145.

⁶¹ **Bozgeyik**, s. 30, 176.

⁶² Uygulamada muhatap banka, kendisine ibraz edilen çekin karşılığının hesapta bulunmaması durumunda çeki düzenleyene bildirimde bulunmaktadır. Ancak ne ÇekK ne de BankK gereğince muhatap bankanın böyle bir yükümlülüğü yoktur. Bu nedenle yapılan bildirim alacaklının öğrenilmesi bakımından önem arz etmez.

⁶³ **Kendigelen**, s. 283. Çek hesabında çek bedelinin kısmen de olmasına rağmen ödemenin yapılmaması halinde muhatap bankanın sorumluluğunun niteliği açısından tartışmalar için bkz. **Kendigelen**, s. 223 vd.

⁶⁴ ÇekK m. 3/7 gereğince muhatap banka, ödemeyi geciktirdiği her gün için çek hamiline binde üç gecikme cezası öder. Muhatap haklı bir neden olmaksızın ödmeden kaçınırsa hamile karşı sorumlu olur. Bu durumda hamilin, çek bedelini ödemeyen muhataba karşı ihtiyati haciz isteyebileceği yönünde bkz. **Talih Uyar**, "İhtiyati Haciz İsteminin Koşulları", DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, Y. 2017, s. 2602 vd.

haciz konulması⁶⁵; TTK m. 806 gereğince hesaba geçirilmek üzere düzenlenen bir çekin hamili, muhatap bankanın iflasi⁶⁶, ödemelerini tatil etmesi veya aleyhine yapılan herhangi bir icra takibi semeresiz kalmışsa⁶⁷ ve çek bedelinin nakden ödenmesinin istenmesine rağmen ödenmemesi; TTK m. 807 gereğince, hesaba geçirilmek üzere düzenlenen bir çekin muhatap banka tarafından kayıtsız ve şartsız bir alacak olarak hesaba geçirilmemesi; ödeme yerindeki takas odasının, çekin, hamilin borçlarına mahsup edilme kabiliyetini haiz olmadığını beyan etmiş bulunduğunu ispat etmesi gibi hallerde başvuru hakkı kullanılabilir. Verdiğimiz örneklerdeki gibi düzenleyenin iradesine bağlı olmayan ödememe sebepleri söz konusu olabilmektedir.

Tarafların açık veya örtülü iradesinin olmadığı yerde, ifa yeri TBK m. 89/2 gereğince tespit edilecektir. Kanaatimizce, kambiyo senedine bağlanan borcun ödeme yeri, kambiyo senedine yazılan kayıt nedeniyle, tarafların açık iradesiyle belirlendiğinden TBK m. 89/2 uygulanamayacaktır.

Lehine kambiyo senedi düzenlenen ve senet üzerinde imzası bulunan diğer kişiler, senet üzerinde yer alan ödeme yerini görerek borç altına girmektedirler veya alacak hakkını devralmaktadırlar. Bu nedenle doktrinde poliçede kabul eden muhatap, bono ve çekte düzenleyen ve diğer senet borçluları bakımından ayrıma gidilmesi görüşüne katılmamaktayız.

Yerleşim yeri ödeme yerinden başka bir yerde bulunan kişilere borcun ödenmesi için yapılacak başvuruda, ihbar gerekli ve yeterlidir. Bu kişiler senette belirtilen ödeme yerinde bizzat veya üçüncü bir kişi aracılığıyla senet bedelini ödemelidir. Söz konusu senet borçluları açısından borcun niteliği götürülecek borçtur. Ancak yerleşim yeri ödeme yeri olan kişilerin borcu ise aranılacak borç olmaya devam etmesi nedeniyle borcun ödenmesi için alacaklının senedi ibraz etmesi gerekir.

Diğer bir yönden ele alırsak, kambiyo senetlerine bağlanan borcun aranılacak borç olması nedeniyle senet borçlusuna avantajlı konumdadır. Borcunu poliçe ve bonoda vadede, çekte ibraz süresinde ödemeyen senet borçlusunun avantajlı konumdan çıkarılması düşünülebilir⁶⁸. Ancak ödeme yerinin değişmesi için kanuni düzenleme veya tarafların iradesinin bulunması gerekirken böyle bir durumun söz konusu olmadığı halde borcun niteliğinin değişmeyeceği kanaatindeyiz.

Son olarak ödeme yerinde ibraz edilip de ödemeyen senet açısından ödeme yerinin elverişliliği ele alınmalıdır. Alacaklı elindeki senedi ödeme yerinde tekrardan ibraz etmek zorunda değildir. Kambiyo senetlerine özgü takip yoluna veya genel takip yoluna başvurulabilir. Ancak senedi ödemek isteyen senet borçlusuna ödeme yerinde gerçek bir ödeme beyanında bulunursa, alacaklı ödemeyi reddedemez. Şayet yapılan ödeme teklifi reddedilirse, senet borçlusuna ödeme beyanının reddini tespit ettirdiği takdirde alacaklı temerrüdü doğar.

⁶⁵ İnan, ihtiyati haciz ile icrai haciz arasında ayırım yapmaktadır. Yazara göre, icrai hacizde, borçluya ödeme emrinin tebliği şart olduğundan borcunu ödeyip çek bedelinin sağlanması için gerekli tedbirleri alabilir. Bu nedenle çek bedelinin muhatap bankaca ödenip ödenmemesi çeki düzenleyene bağlıdır ve bedelin icrai haciz nedeniyle ödenmemesinden sorumlu tutulmalıdır. İhtiyati hacizde ise ödeme emrinin tebliği şart olmadığından somut olaya bakılmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. **İnan**, Karşılıksız Çek, s. 114. Kanaatimizce İnan tarafından yapılan ayırım başvuru hakkı bakımından bir farklılık arz etmeyecektir.

⁶⁶ Muhatap bankanın iflasi halinde başvuru hakkının kullanılabilmesi için çek bedelinin ödenmemesinin tespit edilmesine gerek olmayacağı yönünde bkz. **Domañıç**, Şerh, s. 765; **Kendigelen**, s. 299.

⁶⁷ Muhatap bankanın ödemelerini tatil etmiş olması veya aleyhine yapılan bir icra takibinin semeresiz kalmış olması halinde, çek bedelinin ödenmediğinin tespit ettirilmesi gerekeceği yönünde bkz. **Kendigelen**, s. 299 (dipnot 60).

⁶⁸ **Aydın Aybay**, "Borcun İfa Yeri ve Yetkili Mahkeme", İÜHFMD, C. 26, S. 1-4, 1960, s. 222.

Belirttiğimiz gerekçeler kapsamında, çektteki aranılacak borcun çekin muhatap bankaya ibrazı neticesinde çek bedelinin ödenmemesi ile götürülecek borca dönüşmesi sınırlı şekilde gerçekleşebilir; yerleşim yeri ödeme yeri dışında olan başvuru borçluları açısından kendilerine yapılacak ihtarla borçlarını ödeme yerinde bizzat veya üçüncü bir kişi aracılığıyla ödemeleri gerekir. Bu çerçevede borcun niteliğinin dönüşümü söz konusu olsa dahi alacaklının yerleşim yeri icra dairesi yetkili hale gelmeyecektir. Alacaklı, çeki düzenleyen veya diğer başvuru borçlularına karşı kambiyo senetlerine özgü takip yoluna kendi yerleşim yerinde başvuramayacaktır.

SONUÇ

Para borçları TBK m. 89/2 gereğince kural olarak, götürülecek borçlardandır. Kambiyo senetlerine bağlanan belirli bir para borcu ise; poliçe ve bonoda vadede; çekte ibraz süresinde, senet, ödeyecek olan kişiye ibraz edileceğinden götürülecek borçtan aranılacak borca dönüşür.

Kambiyo senedine bağlanan borcun ödeme yeri, kambiyo senedine yazılan kayıt nedeniyle, tarafların açık iradesiyle belirlendiğinden TBK m. 89/2 uygulanamayacaktır. Lehine kambiyo senedi düzenlenen ve senet üzerinde imzası bulunan diğer kişiler, senet üzerinde yer alan ödeme yerini görerek borç altına girmektedirler veya alacak hakkını devralmaktadırlar.

Yerleşim yeri ödeme yerinden başka bir yerde bulunan başvuru borçlularına yapılacak başvuruda, ihbar gerekli ve yeterlidir. Bu kişiler senette belirtilen ödeme yerinde bizzat veya üçüncü bir kişi aracılığıyla bedeli ödemelidir. Söz konusu başvuru borçluları açısından borcun niteliği götürülecek borçtur. Ancak yerleşim yeri ödeme yeri olan kişilerin borcu ise aranılacak borç olmaya devam edeceğinden borcun ödenmesi için alacaklının senedi ibraz etmesi gerekir. Bu çerçevede başvuru borçluları açısından aranılacak borç götürülecek borca dönüşse dahi ödeme yeri esas unsur olduğundan alacaklı kambiyo senetlerine özgü takip yoluna kendi yerleşim yerinde başvuramayacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BankK	: 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇekK	: 5941 Sayılı Çek Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
eTBK	: 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu
E.T.	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 Sayılı Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	: 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu

İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFTHAD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
K.	: Karar
m.	: Madde
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl

KAYNAKÇA

- Akkan, Mine** ; Pekcanitez Usul Medeni Usul
Ayan, Mehmet ; Hukuku, İstanbul, 2017.
Aybay, Aydın ; Borçlar Hukuku (Genel Hükümler),
Baumbach, Adolf ; Ankara, 2016.
Hefermehl, Wolfgang ; “Borcun İfa Yeri ve Yetkili
Bornemann, Fritz ; Mahkeme”, İÜHFM, C. 26, S. 1-4,
Bozer, Ali/Göle, Celal ; 1960, s. 218-225.
Bozgeyik, Hayri ; Wechselgesetz und Scheckgesetz,
Börü, Levent ; München, 2000.
Deliduman, Seyithan/Narbay, Şafak ; Zivilrecht im Querschnitt Band 5:
 Wertpapierrecht, Heidelberg, 1972.
 Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara,
 2017.
 Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara,
 2003.
 “Bonoya Dayalı Kambiyo
 Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle
 Takipte Yetki”, AÜHFD, 65 (1)
 2016: 137-182.
 “Kambiyo Senetlerinden Çeke
 Dayanarak Yapılan Kambiyo
 Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla
 Takipte Yetkili İcra Dairesi”, Prof.
 Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü
 Armağanı, C. 1, İstanbul, 2001, 627-
 642.
- Doğanay, İsmail** ; Türk Ticaret Kanunu Şerhi (C. 2),

- Domaniç, Hayri** ; Ankara, 1974.
- Domaniç, Hayri** ; Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 1975 (1975).
- Eren, Fikret** ;
- Ergün, Mevci** ; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. IV
- Eriş, Gönen** ; (Kıymetli Evrak Hukuku ve
- Eriş, Gönen** ; Uygulaması), İstanbul, 1990 (Şerh).
- Göle, Celal** ; Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
- Göle, Celal** ; Ankara, 2017.
- ; Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları, Ankara, 1989.
- Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu C. 4, Ankara, 2010 (TTK).
- Uygulamalı Çek Hukuku, Ankara, 2003.
- Çek Hukuku, Ankara, 1989 (Çek).
- “Kambiyo Senetlerinde Yetki Kaydı”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Ankara 2015, C. 1, s. 873-881.
- Guhl, Teo/Koller, Alfred/** ; Das Schweizerische
- Druey, Jean Nicolas** ; Obligationenrecht, Zurich, 1991.
- Helvacı, Mehmet** ; “Kambiyo Senetlerine Özgü Takip
- Hirş, Ernst** ; Yolları”, İÜHFM, C. LXXI, S. 2,
- İmregün, Oğuz** ; 2013, s. 165-192.
- ; Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1946.
- Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 1995.
- İnan, Nurkut** ; “İstirdat Davasında İsbat Yükü-
- İnan, Nurkut** ; Çekin İktisadi Niteliği”, BATİDER,
- Karahan, Sami/Arı,** ; C. V, S. 1, 1969, s. 88-97.
- Zekeriyya/**Bozgeyik, Hayri/** ; “Özel Hukukda Karşılıksız Çek
- Saraç, Tahir/Ünal, Mücahit** ; Kavramı”, BATİDER, C. XI, S. 2,
- Karayalçın, Yalçın** ; 1981, s. 95-118 (Karşılıksız Çek).
- Karşlı, Abdurrahim** ; Kıymetli Evrak Hukuku, Konya,
- Kayar, İsmail** ; 2014.
- Kendigelen, Abuzer** ; Ticaret Hukuku Dersleri-Ticari
- Kendigelen, Abuzer** ; Senetler (Kambiyo Senetleri),
- ; Ankara, 1964.
- ; İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul,
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** ; 2010.
- Kınacıoğlu, Naci** ; Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara,

- Kuru, Baki** ; 2013.
- Kuru, Baki** ; Çek Hukuku, İstanbul, 2007.
- Kuru, Baki** ; “Çatışan ve Yarışan Kararlar”,
- Kuru, Baki** ; **İÜHFTHAD**, Yürürlüğünün 5.
- Moroğlu, Erdoğan/** ; Yılında ve Yargıtay Kararları
- Kendigelen, Abuzer** ; İşığında Türk Ticaret Kanunu
- Muşul, Timuçin** ; Sempozyumu, İstanbul, 2018, s. 177-
- Muşul, Timuçin** ; 193 (Sempozyum).
- Narbay, Şafak** ; Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut** ; Ankara, 2017.
- Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1999.
- İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 2016 (İcra ve İflas Hukuku).
- İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara, 2013 (El Kitabı).
- İcra ve İflas Hukuku C. 1, İstanbul, 1988 (İcra 1).
- İcra ve İflas Hukuku C. 2, İstanbul, 1990 (İcra 2).
- İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu Ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2014.
- “Kambiyo Senetlerine Dayanan Haciz Yolu İle Takip”, BATİDER, C. VII, 1974/3, s. 603-645 (Takip).
- İcra ve İflas Hukuku, C. 2, Ankara, 2013 (İcra ve İflas).
- Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, İstanbul, 1999.
- Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul, 2018.
- Öztan, Fırat** ; Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara,
- Öztan, Fırat** ; 2017 (2017).
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal** ; Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara,
- Postacioğlu, İlhan E.** ; 1997 (1997).
- Pulaşlı, Hasan** ; Kıymetli Evrak Hukuku Esasları,
- Reisoğlu, Seza** ; İstanbul, 2013.
- Teoman, Ömer** ; İcra Hukuku Esasları, İstanbul, 1982.
- Uyar, Talih/Uyar, Alper/** ; Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları,
- Uyar, Cüneyt** ; Ankara, 2017.
- Uyar, Talih** ; Çek Hukuku, Ankara, 2011.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı,** ; “Çek-Senet Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Tüm Makalelerim,

Mehmet/**Kendigelen**, Abuzer/
Kaya, Arsla

İstanbul, 2012, s. 759-771.
İcra Hukukunda Kambyo Senetleri,
Ankara, 2013.
“İhtiyati Haciz İsteminin Koşulları”,
DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a
Armağan, C. 19, Özel Sayı, Y. 2017,
s. 2585-2631.

Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul,
2014.

Yıldırım, M. Kamil/
Deren-Yıldırım, Nevhis

; İcra Hukuku, İstanbul, 2012.

^{4f} KARŞILIKLI EDİMLİ SÖZLEŞMELERDE ALACAKLI TEMERRÜDÜ NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNEN BORÇLUNUN OLUMLU ZARARININ TAZMİNİ SORUNUNA İLİŞKİN BİR İNCELEME

(COULD DEBTOR COMPENSATE POSITIVE DAMAGES IN A SYNALLAGMATIC
CONTRACT, WHICH IS RESCINDED AS A RESULT OF CREDITOR'S DELAY?)

Arş. Gör. Gizem ZURNACI* **

ÖZ

Alacaklı temerrüdü halinde sözleşmeden dönme yoluna başvurmak, bazı hallerde borcundan kurtulmak isteyen borçlu için tek çaredir. Bu yola başvuran borçlunun sözleşmeden dönme ile birlikte genel olarak alacaklıdan tazminat talep edemeyeceği ile tazminata imkan tanınması halinde tazmine konu zararın olumsuz zarar mı yoksa olumlu zarar mı olduğu meseleleri doktrinde tartışmalıdır. Bu çalışmada öncelikle konuya ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşler ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel bir kararına yer verilecektir. Bu sorun özellikle karşılıklı edimli sözleşmeler bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Zira karşılıklı edimli bir sözleşmede alacaklı temerrüdü yüzünden sözleşmeden dönen borçlu karşı edim alacağını yitirme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durumda borçlunun hem karşı edim menfaati hem de borçtan kurtulma menfaati, sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine imkan tanınarak korunabilir. Fakat öncelikle borçlunun söz konusu menfaatlerini koruyabilecek başka hukuki yolların varlığı irdelenerek sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminini talep etme imkanının hangi hallerde son çare olduğu tespit edilecektir. Bu tespitten sonra söz konusu haller bakımından sözleşmeden dönen borçlu lehine olumlu zararın tazminine imkan tanımının haklılığı ve bunun nasıl mümkün olacağı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Alacaklı temerrüdü, sözleşmeden dönme, külfet (Obliegenheit), alacaklının ifaya katılma borcu, olumsuz zarar, olumlu zarar, karşılıklı edimli sözleşme, karşı edim menfaati.

ABSTRACT

In case of creditor's delay, rescinding the contract is in particular situations the only liberating way for the debtor who is no longer willing to be bound with the debt. Whether the debtor could claim compensation for- negative or positive- damages by rescinding the contract is disputed in legal doctrine. This article will firstly deal with different doctrinal views and a recent judgement given by the Swiss Federal Court. This question is particularly important for synallagmatic contracts in which debtor has also a claim as against

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.02.2020. İlk hakem raporu tarihi: 06.03.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 09.02.2021. Onaylanma tarihi: 08.04.2021.

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2326-2049.

Eser Atf Şekli: Gizem Zurnacı, "Karşılıklı Edimli Sözleşmelerde Alacaklı Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmeden Dönen Borçlunun Olumlu Zararının Tazmini Sorununa İlişkin Bir İnceleme", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1265-1300.

the creditor for counter performance, which could not survive after the contract is rescinded. While debtor's consideration interest is no less important than her liberation interest, a formula should be developed in order to protect both interests. It could be provided if the debtor is allowed to claim positive damages by rescinding the contract. However this possible solution should be the last resort. So, this article will first scrutinize whether and how the problem could be solved with other legal instruments. Then, for those cases in which the combination of rescinding the contract and claiming positive damages arises as the only solution, its accuracy will be examined.

Keywords: *Delay of creditor, avoidance of the contract, Obliegenheit, creditor's obligation to cooperate, negative damages, positive damages, consideration benefit, mutual contract.*

I. SORUNUN TESPİTİ

Nitelikleri itibarıyla bazı borçlar alacaklının katılımına gerek olmaksızın borçlu tarafından tek başına ifa edilebilir¹. Yapmama borçları² ile bazı yapma borçlarında³ ve borçlunun bir irade beyanında bulunmayı borçlandırdığı⁴ hallerde böyle bir durum söz konusudur. Buna karşılık verme borçları ile yapma borçlarının çoğunun ifası ancak alacaklının katılımı ile gerçekleştirilebilir⁵. Alacaklının ifaya katılması, borç ilişkisinin şartlarına ve edimin niteliğine göre alacaklının teklif edilen edimi kabul etmesi, ifaya hazırlık fiillerini ya da ifaya eşlik (refakat) eden fiilleri yerine getirmesi tarzında gerçekleşir⁶. Alacaklının katılımı ile gerçekleştirilebilecek bir yapma veya verme ediminin gereği gibi ifası kendisine önerildiği halde haklı bir sebep olmaksızın ifaya katılmaktan kaçınan alacaklının tutumu ise, alacaklı temerrüdüne yol açar (TBK m.106).

Kefalet sözleşmesindeki istisnai düzenleme (TBK m.593/f.2) dışında alacaklı temerrüdünde, borçlunun borcundan kurtulması veya alacak hakkının etkisizleşmesi sonucunu öngörmeyen kanun, bu halde borçluya borcundan kurtulmasını sağlayacak birtakım imkan-

¹ **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara, 2019, N.3172; **M. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 16. Bası, İstanbul, 2018, N.841.

² Yapmama borçlarında alacaklının katılımına gerek duyulmadığı için alacaklı temerrüdünün söz konusu olmayacağına ilişkin olarak bkz.: **Necip Kocayusufpaşaoğlu/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul, 2016, §12, N.1; **Feyzi Necmeddin Feyzioğlu**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 2. Bası, İstanbul, 1977, s.141; **Oğuzman/Öz**, N.1135.

³ Örneğin, komşusunun manzarasını açmak için kendi bahçesindeki ağaçları kesme borcunu üstlenen borçlu, bu borcu tek başına ifa edebilir. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.841.

⁴ Tartışmalı olmakla birlikte borçlunun taşınmaz mülkiyetini nakil borcunu alacaklının katılımı gerek-meksizin tapu sicil memurluğuna yapacağı taleple tek başına ifa edebileceği kabul edilmektedir. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.841.

⁵ **Oğuzman/Öz**, N.842. Bu bakımdan alacaklının ifayı kabulü, yapma ve verme borçlarında söz konusu olur. Bkz.: **Haluk N. Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2018, N.175.

⁶ **Gökhan Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.3, İstanbul 2017, s.137; **Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, N.1394 vd. İlk halde dar anlamda, son iki halde ise geniş anlamda katılma fiillerinin varlığından bahsedilir. Bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.3170.

lar tanımakla yetinmiştir⁷. Bu imkanlar, bir şeyin teslimine ilişkin edimlerde (verme borçlarında) doğrudan edim konusu eşya veya paranın (TBK m.107/Art.92 OR); tevdiye elverişli olmayan eşya bakımından ise satma hakkına (TBK m.108/Art.93 OR) başvuru açık artırma ile satıştan elde edilen bedelin tevdi edilmesidir.

Bir şeyin teslimine ilişkin olmayan diğer edimlerde ise edimin niteliği gereği, tevdi veya satma hakkına başvurulması mümkün değildir⁸. Bu hallerde borçluya borcundan kurtulması için tanınan tek imkan, sözleşmeden dönmedir (TBK m.110/Art. 95 OR)⁹. Yapma borçlarında esasen alacaklı temerrüdü söz konusu olmadığı için¹⁰ sözleşmeden dönme imkanı yapma borçlarını hedeflemektedir¹¹. Ayrıca alacaklının ifaya katılımı olmaksızın borçlunun hangi edimi tevdi edeceğini veya satışa çıkaracağını bilemeyeceği durumlarda, sözleşmeden dönme hakkının kıyasen verme borçları için de uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹².

TBK m.110 uyarınca alacaklısı temerrüde düşen borçlu, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilecektir¹³. Borçlu temerrüdü hükümlerinde sözleşmeden dönme, TBK m.123-125'te (Art.107-109 OR) düzenlenmiştir. Bu bakımdan sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen borçlu, öncelikle TBK m. 123 uyarınca kural olarak edimin ifasına katılması için alacaklıya uygun bir süre vermelidir¹⁴. Şayet alacaklı, bu süre içerisinde de ifanın tamamlanabilmesi için üzerine düşen fiilleri yerine getirmezse borçlu, TBK m.125/f.2 uyarınca derhal beyanda bulunarak sözleşmeden dönebilir¹⁵. TBK

⁷ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N.6; **Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s.843; **Antalya**, s.135; **Oğuzman/Öz**, N.1155; **Feyzioğlu**, s.148, s.153; **Nomer**, N.176.

⁸ **Feyzioğlu**, s.158; **Eren**, Genel Hükümler, N.3217; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N.1417; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N.10; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.846.

⁹ TBK m.110'un kaynağını teşkil eden Art.95 OR'da öngörülen sözleşmeden dönme imkanı, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununda tanınmamıştı. Alacaklı temerrüdü hükümlerinin kanunlaştırma çalışmalarını sırasındaki tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Demian Stauber**, Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, Bern 2009, N. 78 vd.

¹⁰ **Eren**, Genel Hükümler, N.3218.

¹¹ **Jakob Biedermann**, Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, Diss. Zürich 1944, s.91; **Oğuzman/Öz**, N.1184; **Nevzat Koç**, İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara, 1992, 264 vd.; **Alfred Koller**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, N.56.91.

¹² Seçim hakkı alacaklıda bulunan seçimlik borçlar bakımından ise mesele tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu ihtimalde de borçlu sözleşmeden dönebilmelidir. Bu yönde bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.1184; **Koç**, s.144; **Eren**, Genel Hükümler, N.3219. Diğer görüşe göre ise alacaklının temerrüdü seçim hakkının borçluya geçmesine yol açar. Bu yönde bkz.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.839. Dayanağını BGB § 264 hükmünün kıyasen uygulanmasından alan bu görüş, Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarında hukuki dayanağı olmadığı için diğer görüş tarafından eleştirilmektedir. İsviçre hukukundaki tartışmalar için bkz.: **Stauber**, N.669 vd.

¹³ Burada hüküm içi bir atıf bulunduğuna ilişkin olarak bkz.: **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N.1417. Atıf yapılan borçlu temerrüdü hükümlerinin alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmeye kıyasen uygulanacağı hakkında bkz.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.846; **Feyzioğlu**, s.158.

¹⁴ TBK m. 124'te yer alan hallerin varlığı söz konusu ise, borçlu alacaklıya süre vermeden de sözleşmeden dönebilir. Bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.3220; **Oğuzman/Öz**, N.1185; **Stauber**, N.510 vd.; **Koller**, N.56.92.

¹⁵ **Ingeborg Schwenger**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, s.499 vd.; **Rolf H. Weber**, Kommentar zu Art. 68-96 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI (Das Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 4. Teilband (Die Erfüllung der Obligationen), 2. Aufl., Bern, 2005, Art.95 OR N 14 vd.; **Eren**, Genel Hü-

m.125/f.3'e göre sözleşmeden dönme üzerine taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve önceden ifa ettikleri edimlerin iadesini isteyebilirler.

Borçluya borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere göre dönme hakkını veren TBK m.110 (Art.95 OR)'da sözleşmeden dönen borçlunun, alacaklıdan uğradığı zararın tazminini talep edip edemeyeceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁶. Nitekim alacaklı temerrüdü hükümlerinde genel nitelikli bir tazminat düzenlemesi de bulunmamaktadır. Buna karşılık sözleşmeden dönen borçluya bir tazminat hakkı tanınıp tanınmayacağı meselesi doktrinde tartışılmış ve farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüş borçlunun tazminat talep edebilme imkanını tamamen reddederken, çoğunluk görüşü bunun mümkün olduğunu savunmaktadır. Borçluya tazminat hakkı tanıyan görüşler ise tazmine konu zararın olumsuz zarar mı olumlu zarar mı olacağı; yoksa borçluya sözleşmeden dönüp olumsuz zararın ya da ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini istemek hususunda seçimlik hak mı tanınacağı hususunda birbirlerinden ayrılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi ise 3 Mart 2016 tarihli bir kararında¹⁷ TBK m.110 (Art.95 OR) uyarınca ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini isteyen borçlunun talebini haklı bulmuştur.

Bu çalışmada doktrinde ileri sürülen görüşler ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu kararına yer verdikten sonra, konuya ilişkin yapacağımız değerlendirmede önce sorunu tespit edecek ve bu hususta sözleşmeden dönen borçlunun alacaklıdan tazminat talep edip edemeyeceği sorusuna ilişkin olarak değerlendirmede bulunacağız. Bu açıklamalardan sonra ise tespit ettiğimiz sorunun, hangi hallerde alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurmaksızın borçlar hukukunun başka hükümleri aracılığıyla çözüme kavuşturulabileceğini aydınlığa kavuşturacağız. Böylece soruna ilişkin münhasıran alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde çözüm aranması gereken hallerde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine ilişkin kanaatimizi ortaya koyacağız.

II. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Konuya ilişkin doktrindeki görüşler, tazminat imkanını tamamen reddeden (borçluya sadece sözleşmeden dönme hakkı tanıyan) görüş ile tazminata imkan veren görüşler şeklinde iki ana başlık altında toplanabilir. Tazminata imkan veren görüşler ise kendi içerisinde zararın kapsamını olumsuz zarar ile sınırlandıran görüş, olumlu zararın tazminini kabul eden görüş ve borçlu temerrüdündeki seçimlik hakları borçluya tanıyan görüş olarak üçe ayrılmaktadır. Bu görüşler arasındaki farklılık esas itibarıyla, alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme için borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atfın farklı şekillerde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Aşağıda bu görüşlere ve her bir görüşün vardığı sonucu desteklemek için dayandığı gerekçelere yer vereceğiz.

A. Borçlunun Tazminat Talep Edebilmeksizin Sadece Sözleşmeden Dönebileceğini Savunan Görüş

Bu görüşü savunan yazarlara göre, TBK m.110 (Art.95 OR)'da borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atfı yalnızca dönme hakkının kullanılması için uyulması gereken süre

kümler, N.3220; Oğuzman/Öz, N.1185; Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, §12, N.10; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N.1418; Max Keller/Christian Schöbi, Das schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel/Frankfurt, 1988, s.294; Stauber, N.539 vd.

¹⁶ Eren, Genel Hükümler, N.3222; Keller/Schöbi, s.294.

¹⁷ 4A_446/2015.

gibi prosedürlere yönelik olup, borçlu temerrüdündeki hukuki sonuçlar ile tazminata imkan tanıyan hükümleri de kapsamına alan genel nitelikli bir atf olarak yorumlanamaz¹⁸.

Bu görüş aynı zamanda dayanağını alacaklının ifaya katılma fiillerinin veya ifayı kabulünün hukuken borç değil, külfet (yükleti, *Obliegenheit*) olarak nitelendirilmesinden almaktadır.

Kanundan, taraf iradelerinden ve özellikle sözleşmeden doğan istisnaların varlığı kabul edilmekle beraber, alacaklının ifaya katılma fiillerini külfet olarak nitelendiren hakim görüşün¹⁹ esasını, “alacaklının kabul hakkı ilkesi” oluşturmaktadır. İlk olarak *Mommsen* tarafından savunulan “alacaklının yalnızca bir alacak hakkının sahibi olduğu; alacak hakkını kullanmayan bir kimsenin ise borçlu tarafından ifayı kabule zorlanamayacağı” düşüncesi, daha sonra *Kohler* tarafından geliştirilmiştir. Alman hukukunda büyük yankı uyandıran *Kohler*'in görüşleri, kodifikasyon çalışmaları sırasında Alman Medeni Kanunu (BGB)'nda alacaklı temerrüdü hükümlerinin düzenlenmesine yol açmış ve böylece “alacaklının ifayı kabul hakkı ilkesi” kanuni bir dayanağa kavuşturulmuştur²⁰.

Doktrinde genel kabul edilen anlayış uyarınca külfet, bazı hakların elde edilebilmesi veya zaten elde edilmiş olan hakların korunabilmesi için yerine getirilmesi gereken davranışlardır. Bir kimsenin üzerine düşen külfeti yerine getirmemesine bağlanan yaptırım ise o kimsenin, kendisi için avantajlı olan bir durumu elde edememesi veya bir hakkı kaybetmesidir; bununla birlikte bu davranışların ifası dava edilemez ve ihlali tazminat sorumluluğuna sebebiyet vermez²¹.

Alacaklının ifaya katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınması da, alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca borçluya karşı sahip olduğu elverişli bir hukuksal durumun kaybına yol açmaktadır. Bu bağlamda alacaklı, tevdi sonucu hasarı üstlenmek, tevdi masraflarını ödemek ve kanunda öngörülen hallerde borçlunun dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmesine katlanmak zorunda kalır²². Buna karşılık alacaklıya karşı borca aykırılığa özgü yaptırımlara başvurulamayacağı, ifa davası açılmayacağı ve özellikle alacaklının tazminatla sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir²³. Bunun bir sonucu olarak alacaklı

¹⁸ **Biedermann**, s.92: **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, § 12, N.10. Art.95 OR'un tarihsel yorumu esas alındığında bu görüşün desteklenebileceğine ilişkin olarak bkz.: **Stauber**, N.567.

¹⁹ **Martin Bernet**, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. von Honsell/Vogt/Wiegand, 6. Aufl., Basel 2015, Vor Art.91-96 OR N.2; **Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid, Jörg/Susan Emmenegger**, Schweizerisches Obligationenrecht, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014, N.2390; **Claire Huguenin**, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich Basel Genf 2019, N.968; **Schwenzer**, N.69.02; **Koller**, N.2.96; **Eren**, Genel Hükümler, N.3173; **Koç**, s.60 vd.; **Antalya**, s.135 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N.3.

²⁰ Alacaklının kabul hakkı ilkesinin tarihi gelişimi hakkında bilgi için bkz.: **Koç**, s. 56 vd.; **Marc-Philippe Weller**, Die Vertragstreue, Vertragsbindung -Naturalerfüllungsgrundsatz- Leistungstreue, Tübingen 2009, s.471-472.

²¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.31 vd.; **Nomer**, s.16, 8.6; **Oğuzman/Öz**, N.62; **Terrier/Pichonnaz/Develioğlu**, N.292.

²² **Koç**, s.62; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.32.

²³ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N.3; **Andreas von Tuhr/Arnold Escher**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, 3. Aufl., Band II, Zürich, 1974, s.73; **Schwenzer**, N 69.02; **Antalya**, s.135. Bazı yazarlar ise ayrıca külfet nitelendirmesi yapmaksızın doğrudan alacaklının edimi kabul hakkı ilkesinden hareketle alacaklının yerine getirmesi gereken fiillerin borç doğurucu nitelikten eksik olduğu, bu nedenle tazminat sorumluluğuna yol açmayacağını ifade etmektedir. Bkz.: **Weber**, Art.91 OR N 51; **Marius Schraner**, Kommentar zu Art.68-96 OR, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V (Obligationenrecht), Teilband 1e (Die Erfüllung

temerrüdü yüzünden sözleşmeden dönen borçlunun bir borca değil, yalnızca külfete aykırı davranan alacaklıdan tazminat talep edemeyeceği görüşü ileri sürülmüştür²⁴.

Yine de bu görüşün temsilcilerinden olan *Serozan* sözleşmeden döndüğü için karşı edimden yoksun kalan borçluya, edimi ifaya hazırlamak için yapmış olduğu masrafların karşılanmasına yönelik bir alacak hakkı tanınması gerektiğini ileri sürmüştür. Fakat bu alacağın “tazminat” niteliğinde olmayıp, alacaklının kusurunu şart kılmadığı ve sorumluluğun borçlu yararına geniş tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar borçluya tanınacak söz konusu alacak hakkını, borçluyu sırf alacaklının tutumu yüzünden mağdur etmenin hakkaniyete uymayacağı düşüncesi ile vekaletsiz iş görmeye dayandırmaktadır²⁵.

B. Borçlunun Tazminat Talep Edebileceğini Savunan Görüşler

Borçlunun herhangi bir tazminat talep edemeyeceğini savunan görüşün aksine doktrindeki hakim görüş, sözleşmeden dönen borçlunun kusurlu olarak alacaklı temerrüdüne düşen alacaklıdan tazminat talep edebileceği yönündedir²⁶. Bu görüşü savunmak için, borçluya tazminat hakkı tanınmamasının, alacaklının davranışları yüzünden borçlunun hukuki durumunun kötüleştirilmesini önlemeyi amaçlayan alacaklı temerrüdü hükümlerinin ruhu ile bağdaşmayacağı, ayrıca TBK m.110 (Art.95 OR)’da borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan genel atıf da esas alındığında bunun prensip olarak kanun koyucu tarafından da desteklendiği ileri sürülmüştür²⁷. Hatta borçlanılan edimin mahiyeti gereği tevdi ve satma

der Obligationen), 3. Aufl., Zürich, 2000, Art.91 OR, N.23; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.837; **Oğuzman/Öz**, N.1153; **Nomer**, N.176.4. İfaya katılmaktan kaçınan alacaklının bir borcu ihlal etmiş olmayacağına ilişkin olarak ayrıca bkz.: **Eugen Bucher**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 318.

²⁴ **Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger**, Kommentar zu Art. 1-183 OR, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V (Das Obligationenrecht,) Halbband 1, 2. Aufl., Zürich, 1929, Art. 95 OR N. 2; **Hermann Becker**, Kommentar zu Art.1-183 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI (Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 2. Aufl., Bern, 1945, Art.95, N.1; **Oğuzman/Öz**, N.1186; **Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druet**, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., 2000, § 33, Rn.16; **Hermann Schulin**, “Besteht ein Recht des Schuldners auf Erfüllung seiner Verpflichtung?”, Grenzen des Instituts des Gläubigerverzugs, Liber amicorum Nedin Peter Vogt, Basel, 2012, s.216, dn.5. İsviçre Federal Mahkemesi’nin de bu görüşü benimsediği bir karar için bkz.: BGE 110 II 148, 152.

²⁵ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12 N.10. Eser sözleşmesinde iş sahibinin alacaklı sıfatıyla temerrüdü halinde yüklenicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde bu dönmenin ileriye etkili olacağı ve yüklenicinin o zamana kadar yaptığı işin bedelini ve bu bedele dahil olmayan masrafları talep edebileceği, buna karşılık iş sahibinin de eserin tamamlanmış kısmına hak kazanacağına ilişkin olarak bkz.: **Peter Gauch**, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2011, N.1342 vd.

²⁶ **von Tuhr/Escher**, s.84; **Keller/Schöbi**, s.294; **Weber**, Art.95, N.17; **Gauch/Schluop/Schmid/Emmeneger**, N.2463; **Schraner**, Art.95 OR, N 18; **Koç**, s.274; **Stauber** N. 586 vd.

²⁷ **Keller/Schöbi**, s.294. **Stauber** (N. 586 vd.) ise lafzi yorum dikkate alındığında borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atfın, olumsuz zararın tazminine ilişkin hükmü de kapsamına alıp almadığı hususunda kesinlik bulunmadığını ifade etmekle birlikte, amaçsal ve sistematik yorum metotları esas alındığında sözleşmeden dönen borçlunun tazminat talep edebilmesi gerektiğini savunur. Nitekim **Weber** (Art.95, N.17) de alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme hakkına imkan tanınmasının amacını göz önünde bulundurarak borçluya tazminat hakkı tanınması gerektiğini, aksi takdirde sözleşmeden dönen borçlunun hukuki durumunu iyileştiremeyeceğini; kanun koyucunun aynı amaçla iş sahibi yüzünden ifanın imkansızlaşmasını düzenleyen TBK m.485 /Art.378 OR hükmünü sevk ettiğini ifade etmiştir. Benzer yönde bkz.: **von Tuhr/Escher**, s.84.

hakkına başvurmadığı için ancak sözleşmeden dönerek borcundan kurtulabilen borçlunun menfaatini korumak amacıyla TBK m.110 (Art.95 OR)'un borçlu temerrüdü hükümlerine atıf yapmak suretiyle bir istisna öngördüğü ve külfet ihlaline borca aykırılığa ilişkin sonuçları bağladığı ifade edilmiştir²⁸.

Bu bakımdan borçluya tazminat hakkı tanıyan görüşler, alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönmede borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atfın yalnızca sözleşmeden dönmek için izlenmesi gereken prosedürlere değil; aynı zamanda bu hükümlerde öngörülen tazminata da ilişkin olduğunu savunmaktadır. Buna karşılık hangi tür zararın tazmininin istenebileceğine ilişkin olarak görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Bu hususta ileri sürülen görüşleri açıklamaya geçmeden önce, alacaklının tazminat sorumluluğunun ön şartı²⁹ olan kusurdan ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır:

Alacaklı temerrüdünden söz edebilmek için borçlunun gereği gibi ifa teklifini kabulden veya üzerine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınan alacaklının, haklı bir sebebi olmaması gerekir. Kaçınmanın haklı bir sebebe dayanmaması ise alacaklının kusurlu olmasını değil³⁰; kabulden kaçınmasını haklı gösterecek objektif bir sebebin bulunmamasını ifade eder³¹. Bu bağlamda ifanın tamamlanmaması alacaklının ölümü, hastalığı veya ayırt etme gücünü kaybetmesi gibi bir sebepten kaynaklanmış olsa bile, alacaklı temerrüdü gerçekleşir³²; zira böyle bir durumda ifayı kabulden kaçınan alacaklı kusursuz olsa bile kaçınma objektif bir sebebe dayanmadığı için haksızdır. Alacaklının tazminat sorumluluğu için ise kaçınmanın haksızlığı tek başına yeterli olmaz; ayrıca alacaklının temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmektedir³³. Ancak burada da tıpkı borçlu temerrüdünde olduğu gibi kusur karanesi (TBK m.112) uygulanmalı; böylece karine gereği alacaklının temerrüde düşmekte kusurlu olduğu varsayılarak aksini ispat yükü alacaklı üzerinde olmalıdır³⁴.

Aşağıda yer vereceğimiz görüşlerden birinin benimsenmesi halinde borçlu kusurlu alacaklıdan tazminat talep edebilecektir. Doktrinde tazmin edilecek zararın türüne ve kapsamına ilişkin olarak ileri sürülen görüşler şu şekildedir:

²⁸ **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmeneger**, N.2463; **Schraner**, Art.95 OR, N 18. **Koç** (s.274) ise adalet ve hakkaniyet duygularını gerekçe göstererek alacaklının ifayı kabulden kaçınma yönündeki tutumuna prim verilmemesi ve bunun için borçlunun tazminat talep edebilmesi gerektiğini savunmuştur. Yazar hakkaniyet dışında bu görüşünü ayrıca MK m.2'den kaynağını alan alacaklının işbirliği yapma yükümüne dayandırmaktadır.

²⁹ **Keller/Schöbi**, s.294. Borçlunun sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için alacaklının kusuru aranmaz; ancak alacaklının olası bir tazminat sorumluluğu ancak kusurlu olduğu kabul edilebilirse söz konusu olabilir. Bkz.: **Koller**, N.56.93.

³⁰ **Feyzioğlu**, s.118; **Oğuzman/Öz**, N.1149; **Eren**, Genel Hükümler, N.3184; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.841; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, § 12, N.3.

³¹ **Weber**, Art. 91 OR N.155; **Eren**, Genel Hükümler, N.3184; **Stauber**, N. 110.

³² **Eren**, Genel Hükümler, N.3184; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N.3. Alacaklının hakimiyet alanından kaynaklanan bir sebebin varlığını haklı sebep olarak kabul eden ve kanaatimizce isabetli olmayan bir örnek için bkz.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.840. Bazı hukuki sonuçların doğması için borçlunun kusuru aranmış olsa da, borçlu temerrüdü de alacaklı temerrüdü gibi kusurun varlığından bağımsız gerçekleşir. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.1533.

³³ **Keller/Schöbi**, s.294; **Eren**, Genel Hükümler, N.3222.

³⁴ “Alacaklının temerrüdünde kusur aranmadığı için (menfi) zararının tazminini isteyen borçlu alacaklının kusurunu ispat zorunda bırakılmamalıdır.” Bkz.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.846.

1. Sözleşmeden Dönme ile Birlikte İstenebilecek Tazminatı Olumsuz Zarar ile Sınırlandıran Görüş

Borçlu temerrüdündeki sözleşmeden dönmeye ilişkin TBK m.125/f.3 hükmünde, temerrüde düşmekte kusursuzluğunu ispat edemeyen borçludan, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğranılan zararın tazmininin istenebileceği öngörülmüştür.

Türk-İsviçre doktrinlerindeki hakim görüş uyarınca, kanun metninde yer alan “sözleşmenin hükümsüzlüğünden” kaynaklanan zarar, alacaklının ifa menfaatini karşılayan olumlu zararı değil³⁵; sözleşme ilişkisine girmiş olmasından kaynaklanan ve alacaklının malvarlığının sözleşmeden dönüldükten sonra içinde bulunduğu durum ile böyle bir sözleşme yapılmamış olsaydı içinde bulunacağı durum arasındaki farktan ibaret olan olumsuz zararı ifade etmektedir.³⁶

Bu doğrultuda TBK m.110 (Art.95 OR)’da borçlunun alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönebilmesi için borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atf esas alınarak sözleşmeden dönen borçlunun tazminini isteyebileceği zararın, olumsuz zarar ile sınırlandırıldığı ileri sürülmüştür³⁷.

Bu görüşü savunan yazarlar ifayı kabulün alacaklı bakımından borç olup olmadığı nitelendirmesinden bağımsız olarak sözleşmeden dönen borçlunun olumsuz zararının tazmini için talepte bulunabileceğini kabul etmiş gözükmektedir. *Oğuzman/Öz* ise sözleşmeden dönme halinde borçlunun isteyebileceği olumsuz zarara ilişkin tazminatın ancak alacaklının ifaya katılma borcu bulunan haller bakımından söz konusu olabileceğini ifade etmiştir³⁸.

³⁵ Sözleşmeden dönmede talep edilebilecek tazminatın kapsamını, çoğu zaman düşük miktarda kalan olumsuz zararlar sınırlamanın taraf menfaatlerine ve somut olay adaletine uygun düşmeyeceği gerekçesiyle doktrinde bazı yazarlar olumlu zararın tazminine imkan tanınması gerektiği görüşündedirler. Bkz.: *Kocayusufoğlu/Serozan/Arpacı*, §16, N.14 vd.; §17, N.19 vd.; *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, s.589 vd.; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.970-971; *Weber*, Art.109, Rn.24; 84. Bu görüşte haklılık payı olsa da, ancak *de lege ferenda* savunulabileceği hakkında bkz.: *Mehmet Serkan Ergüne*, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s.260 vd.

³⁶ *Vedat Buz*, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s.240 vd.; *Ergüne*, s.256 vd.; *von Tuhr/Escher*, s.156; *Oğuzman/Öz*, N. 1705; *Eren*, Genel Hükümler, N.3512; *Nomer*, N.201 vd.; *Wolfgang Wiegand*, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. von Honsell/Vogt/Wiegand, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 109 OR N 8.

³⁷ *von Tuhr/Escher*, s.84; *Schraner*, Art.95 OR N 18; *Weber*, Art.95 OR, N 17; *Eren*, Genel Hükümler, N.3222; *Koç*, s.273; *Schwenzer*, N.70.18. Hükümün tarihi yorumu ile lafzi yorumunda bir açıklık olmasa da, hem amaçsal hem de sistematik yorumundan çıkan sonuç gereği en azından olumsuz zararın tazminine imkan tanınması gerektiği yönünde bkz.: *Staubert*, N.586-587.

von Tuhr/Escher (s.84) özellikle eser sözleşmesinde iş sahibinin temerrüdü yüzünden eseri tamamlamayamayan ve sözleşmeden dönme hakkını kullanan yüklenicinin menfaatlerini koruyabilmek için olumsuz zararın tazmin edilebilmesi gerektiğini savunmuş ve burada istenebilecek zararın kapsamının büyük ölçüde TBK m.485 /Art.378 OR uyarınca iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla eserin tamamlanması imkansızlaştığında yüklenicinin isteyebileceği yaptığı işin değeri ve bu değere girmeyen giderler ile örtüştüğünü ifade etmiştir. *Eren* (Genel Hükümler, N.3222) ise dönme ile birlikte olumsuz zararın tazminine imkan tanınması görüşünü ayrıca iş sahibinin kusuru ile ifanın imkansızlaşmasını düzenleyen TBK m.485/II’ye dayandırmaktadır. Kanaatimizce, eser sözleşmesine dair söz konusu hükmün birinci fıkrasında eserin tamamlanmasına kadar yapılan işin değeri ile bu değere girmeyen giderlerin istenebileceği ifade edildiğine göre, artık ikinci fıkrada olumsuz zararın değil; ifa menfaatinin bir görünümü olan, fakat karşı edim alacağı ile sınırlı tutarda olumlu zararın tazmini hedeflenmiş olmak gerekir.

³⁸ *Oğuzman/Öz*, N.1186.

2. Sözleşmeden Dönme İle Birlikte Olumlu Zararın Tazminine İmkan Tanıyan Görüş

İsviçre hukukunda *Keller/Schöbi* sözleşmeden dönen borçlunun olumlu zararının tazminini talep edebileceğini savunmuşlardır³⁹. Yazarlara göre olumsuz zararın tazmini TBK m.110 (Art.95 OR)'un atf yaptığı borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m.125/f.3 (Art.109/II OR) hükmünde sözleşmeden dönme ile birlikte olumsuz zararın tazmininin öngörülmesi olmasına dayandırılabilirse de, bu hükümde alacaklının kendisine tanınan seçimlik hakkı kullanarak sözleşmeden döndüğü ve böylece sözleşmeyi sona erdirdiği gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır. Alacaklı temerrüdünde ise sözleşmeden dönme, sözleşmeyi ayakta tutmak ile sona erdirmek arasında bir seçim hakkına sahip olmayan borçlunun elindeki tek imkandır. Borçluyu dezavantajlı bir duruma sokan bu halin önlenememesi için ona olumlu zararının tazminini talep etme hakkı tanınmalıdır⁴⁰. Karşı edim alacağını yitirmemek için borçlunun sözleşmeden dönme hakkını kullanmaması ise, bu hallerde tevdi veya satış yollarına başvurmak da mümkün olmadığı için, alacaklının tutumu yüzünden borçlunun borcundan kurtulamaması sonucuna yol açar.

Nitekim *Koller* de sözleşmeden dönen borçlunun olumlu zararının tazminini isteyebileceğini savunmakta; fakat bunu olumsuz zararın tazminine alternatif olarak ele almaktadır. Diğer bir deyişle, borçluya olumlu zarar ile olumsuz zararın tazminini isteyebilmek bakımından bir seçim hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır⁴¹.

Stauber ise TBK m.110 (Art.95 OR)'un yorumundan sözleşmeden dönen borçluya sadece olumsuz zararı için tazminat isteme imkanı tanındığı sonucuna varılabileceğini; olumlu zararın tazmini bakımından ise, kanun koyucunun bilinçli olarak sessiz kaldığını ifade ettikten sonra⁴², bu hususta kanunda gerçek olmayan bir boşluk bulunup bulunmadığını incelemiştir⁴³. Yazara göre kanun amaca göre yorumlandığında, borçluya olumsuz zararın ibaret bir tazminat hakkı tanımak, özellikle borçlunun karşı edim alacağını koruyabilmek açısından yeterli değildir ve sözleşmeden dönen borçlunun karşı edim menfaatini yitirmesinden dolayı uğradığı kayıp ancak olumlu zarar türünde bir tazminat alacağı ile giderilebilir. Borçlunun tazminat talebi sadece olumsuz zarar ile sınırlandırıldığı takdirde ise, ifaya katılmaktan kaçınan alacaklı, borçluyu zamanaşımı süresi dolana kadar her an kendisi tarafından yöneltilecek ifa talebine karşı hazırlıklı bulunmak veya karşı edim alacağını yitirmeyi göze alarak sözleşmeden dönme arasında bir seçim yapmaya zorlanmış olurdu. Halbuki borçlu olayların çoğunda bu kadar uzun süre alacaklının her an ifa talebinde bulunarak kendisini temerrüde düşürebileceği sözleşme ile bağlı olmak istemez. Borçlu sözleşme bağından kurtulmak için dönme hakkını kullandığında, alacaklının da karşı edim bor-

³⁹ *Keller/Schöbi*, s.294.

⁴⁰ Aynı gerekçeye satım sözleşmesinde tam zapt halinde sözleşmenin hükümsüz kalması ile ayıplı ifada alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullandığı hallerde de rastlıyoruz. Tam zapt halinde sözleşmenin ortadan kalkması halinde alıcının talep edebileceği zararın olumsuz zarar ile sınırlandırılmaması gerektiği, burada borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme halinde yalnızca olumsuz zararın tazminini öngören hükme kıyasen zararın olumsuz zarar ile sınırlandırılmasının haklı sayılmayacağı, çünkü borçlu temerrüdünden farklı olarak burada alacaklıya sözleşmeyi ayakta tutup ifa yerine olumlu zararın tazmini ile sözleşmeden dönüp olumsuz zararın tazminini isteme arasında serbest bir seçim hakkı tanınmadığı ifade edilmiştir. Bu nedenle tam zapt ve ayıp halinde borçlu kusurlu ise alacaklının ayrıca olumlu zararı için tazminat talep edebilmesi gerektiği savunulmuştur. Bkz.: **Max Keller/Thomas Lörtscher**, Kaufrecht, Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., Zürich 1986, s.86.

⁴¹ *Koller*, N.56.95.

⁴² *Stauber*, N.588.

⁴³ *Stauber*, N.589 vd.

cundan kurtulabilmesi ise adalet duygusunu zedeleyeceği gibi mevcut hukuk düzenince de kabul edilemez. Bu gerekçelerle alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmini bakımından düzeltilmesi gereken gerçek olmayan bir boşluğun varlığı kabul edilmelidir⁴⁴. Belirtmek gerekir ki *Stauber* de sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminini, olumsuz zararın tazmininin istenmesine alternatif olarak kabul etmekte; diğer bir deyişle sözleşmeden dönme ile birlikte talep edilebilecek tazminatın olumsuz zararla sınırlandırılmaması gerektiğini ve borçluya olumsuz zararı ile olumlu zararının tazminini istemek bakımından bir seçim hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır⁴⁵.

Türk hukukunda *Hatemi/Gökyayla* da alacaklı temerrüdü hükümlerine dayanarak sözleşmeden dönen ve bu nedenle tevdiye elverişli borçlardan farklı olarak karşı edimini isteyemeyen borçluya tazminat hakkı tanımamanın, sözleşme adaleti ilkesine uygun olmayacağını; bu nedenle “dönme” seçeneğinin haklı olarak kullanıldığı durumlarda sözleşmeye dayanarak tazminat istenebilmesine imkan tanınmasını ve bu talebin olumsuz zararın tazmini ile sınırlandırılmaması gerektiğini savunmuştur⁴⁶.

Alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen borçlunun olumlu zararının tazminini isteyebileceğini savunan bazı yazarlar, buradaki tazminatın hesaplanmasında özel bir yonteme başvurmuşlardır⁴⁷. Şöyle ki; kural olarak hiç ifa etmeme veya kötü ifa hallerinde alacaklıya tanınan ifa menfaatini karşılayan olumlu zararın tazmini ile alacaklının malvarlığı, borçlu borcu gereği gibi ifa etmiş olsaydı ne durumda olacak idiyse o duruma getirilir. Buna karşılık borçlunun sözleşmeden dönmesine yol açan alacaklı temerrüdü, borçluya alacaklının ifaya katılma fiillerini yerine getirmesine yönelik ifa davası açma hakkı verdiği için, borçlu alacaklı temerrüdü gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı duruma getirilmesini, örneğin gelecekte kaçırdığı sözleşme yapma fırsatları yüzünden doğan zararının tazminini isteyemez⁴⁸. Burada borçlu ancak alacaklı karşı edim borcunu gereği gibi ifa etseydi içinde bulunacağı ekonomik duruma yeniden sokulmasını karşılayan bir tazminat talep edebilmelidir⁴⁹. Bu açıdan başlıca zarar kalemi karşı edimin değeridir; fakat bundan borçlunun kendi edim yükümlülüğünün sona ermesi sonucunda yapmaktan kurtulduğu masraflar ve emeğini başka şekilde sarf ederek elde ettiği veya elde etmekten kasıtlı olarak kaçındığı yararlar düşürülmelidir. Böylece alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönen borçlunun olumlu zararı sınırlandırılmış olmaktadır⁵⁰.

3. Borçlu Temerrüdündeki Seçimlik Hakların Borçluya Tanınması Gerektiğini Savunan Görüş

Bu görüşü ilk olarak ortaya atan *Bucher*'e göre, TBK m.110 (OR Art.95) kapsamına giren hallerde sözleşmenin ifasını engelleyen alacaklı, borcunu ifa etmeyen borçlu gibi kabul edilerek, borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmeye ilişkin hüküm yanında ayrıca borca aykırılığa ilişkin genel hükümler (TBK m.112 vd.; OR Art.97 vd.) uygulanmalıdır. Alacaklı temerrüdü nedeniyle borçlunun sözleşmeden dönebileceğini ifade eden hükümde

⁴⁴ *Stauber*, N.597.

⁴⁵ *Stauber*, N.578.

⁴⁶ *Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla*, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Bası, İstanbul 2015, N.21, s.250.

⁴⁷ *Koller*, N.56.95; *Stauber*, N.608.

⁴⁸ *Stauber*, N.606.

⁴⁹ *Stauber*, N.607.

⁵⁰ *Koller*, N.56.95; *Stauber*, N.608.

(TBK m.110; Art.95 OR) “dönme” kavramına yer verilmişse de, TBK m.125/II (Art. 107/II OR) anlamında sözleşme bağından kurtulma (*Abgehen vom Vertrag*) da bu kapsamdadır; diğer bir ifadeyle ifanın gerçekleşmesini engelleyen alacaklıya karşı borçlu (fark teorisinin uygulanması sayesinde) sözleşme ayakta iken kendi edimini yerine getirmekten kaçınıp ifa menfaatini talep edebilmelidir⁵¹.

Gauch/Schluelp/Schmid/Emmenegger de bu görüşü takip ederek alacaklı temerrüdü hükümlerinde yer verilen “dönme” (*Rücktritt*) kavramının teknik anlamda kullanılmadığını; hükümde borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan genel atf uyarınca borçluya ya sözleşmeden dönme ya da sözleşmeyi ayakta tutup kendi edimini yerine getirmekten kaçınarak fark teorisinin uygulanması ile ifa menfaatini talep etme ve sözleşmeden kurtulma hakkı tanındığını savunmaktadır⁵². Bu bakımdan alacaklı temerrüdü yüzünden borçlu sözleşmeden döndüğünde, kusurlu alacaklıdan dönme ile birlikte olumsuz zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Ayrıca borçluya TBK m.110 (Art.95 OR)’un lafzının ötesinde TBK m.125/II (Art.107/II OR)’ye kıyasen seçimlik haklar tanındığında borçlunun ifa menfaatini karşılayan olumlu zararının tazminini isteyebilmesi de mümkün hale gelir⁵³.

Türk hukukunda ise *Feyzioğlu* TBK. m. 110’un borçlu temerrüdüne yaptığı atfı esas alarak, alacaklı temerrüdüde borçlunun sözleşmeden dönerek olumsuz zararını talep edebileceğini, fakat dilerse bunun yerine karşı edimi elde edemeyişi ile meydana gelen olumlu zararının tazminini de isteyebileceği görüşünü benimsemiştir⁵⁴.

Alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen borçlunun olumlu zararının tazminini isteyebileceğini savunan görüşlerin aksine burada borçluya seçimlik olarak sözleşmeden dönme ile birlikte olumsuz zararının ya da sözleşmeyi ayakta tutup ifa yerine olumlu zararının tazminini isteme imkanı tanınmaktadır. Dolayısıyla sözleşmeden dönme hakkını kullanan borçlu sadece olumsuz zararının tazmini ile yetinecektir; olumlu zararın tazminini isteyebilmesi ise ancak diğer seçimlik hakkını kullanmasına bağlıdır.

III. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN 3 MART 2016 TARİHLİ KARARI (4A_446/2015)⁵⁵

Karara konu olayda, X anonim şirketi, Y anonim şirketinden 62.500 Fr. karşılığında bir bilgisayar programı satın almıştı. Y şirketinin ayrıca bilgisayar programını kurmayı ve X şirketinin personeline 3 günlük bir eğitim vermeyi de üstlendiği sözleşmede, taraflar bilgisayar programında bulunan veya sonradan ortaya çıkacak ayıplar için, X şirketine onarım hakkı (*Nachbesserungsrecht*) tanınacağını kararlaştırmıştı⁵⁶. X şirketi 23.09.2010 tarihinde

⁵¹ *Bucher*, s.326.

⁵² *Gauch/Schluelp/Schmid/Emmenegger*, N. 2462.

⁵³ *Gauch/Schluelp/Schmid/Emmenegger*, N.2465.

⁵⁴ *Feyzioğlu*, s.158.

⁵⁵ Kararın Almanca özeti ve değerlendirmesi için bkz.: **Alfred Koller**, Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_446/2015 vom 3. März 2016, X. AG gegen Y. SA, Zeitpunkt des Leistungsverzichts (Art.107 Abs.2 OR) im Falle einer definitiven Leistungsverweigerung des Schuldners (Art.108 Ziff.1 OR). Leistungsverzicht eines Dienstleistungsschuldners wegen Mitwirkungsverzugs (Art.91 OR) des Gläubigers: Haftungsfolgen (Art.95 OR i.V.m. Art.107 f. OR), AJP 2018 S. 912-915.

⁵⁶ TBK m.227/f.1/b.3’ten farklı olarak OR Art.205-206 hükümlerinde satıcının ayıplı ifasında alıcıya seçimlik haklardan sadece sözleşmeden dönme, ayıp oranında bedel indirimi ve ayıpsız benzeri ile değiştirme hakları tanınmış; ücretsiz onarım hakkı ise kanundan doğan bir seçimlik hak olarak düzenlenmemiştir. Buna karşılık İsviçre doktrininde ve içtihatlarında tarafların anlaşma ile ayıplı ifade alıcının ücretsiz onarım isteyebileceğini kararlaştırabilmelerine imkan tanınmaktadır. Bkz.: **Markus**

teslim edilen bilgisayar programında, ertesi gün ayıp tespit etmiş ve bu ayıbın giderilmesine yönelik talepte bulunmuştu. Bunun üzerine Y şirketi, 12.10.2010 tarihinde X şirketine bilgisayar programının iyileştirilmesi ve onarımı için uğraştıklarını bildirerek, ayıp giderilene kadar X şirketine ait eski sürüm bilgisayar programlarının kullanılmasını istemiştir. Fakat X şirketi, Y şirketinin bilgisayar programını iyileştirme işlemlerini gerçekleştirebilmesi için hazır bulunmadığı ve yapılan hiçbir çağrıya cevap vermediği gibi, 20.01.2012 tarihinde Y şirketine yaptığı bildirimle sözleşmeden dönme istediğini beyan etmiştir. Y şirketi ise 02.03.2012 tarihinde X şirketine sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce onarımı talep etmesi gerektiği için sözleşmeyi sona erdirmeye beyanını kabul etmediğine, bilgisayar programının 14 gün içerisinde onarılarak çalışır duruma getirilebileceğine ilişkin bir bildirimde bulunmuştur. X şirketi bu süre içerisinde de pasif kalarak üzerine düşen fiilleri yerine getirmemiş; Y şirketi ise 12.04.2012 tarihinde TBK m.125/II (Art. 107/II OR) uyarınca ifadan vazgeçerek X şirketinden olumlu zararının tazmin edilmesini istemiştir.

Kanton Mahkemesi, X şirketinin eser ve satış sözleşmelerindeki ayıba ilişkin hükümler çerçevesinde⁵⁷ kendisine tanınan seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkını kullandığı gerekçesiyle Y şirketinin bu talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Y şirketi, mahkemenin verdiği kararı İsviçre Federal Mahkemesi'nde temyize götürmüştür. Federal Mahkeme ise Kanton Mahkemesinin aksine, davada Y şirketini haklı bulmuştur.

Kanunda onarım hakkının seçimlik hak olarak düzenlenmediğini, yine de tarafların sözleşme ile bunu kararlaştırabileceklerini vurguladıktan sonra Federal Mahkeme, uyumsuzluk konusu olayda taraflar böyle bir anlaşma yaptıkları için satıcının onarımı gerçekleştirmekle yükümlü olduğunu; fakat alıcının da yapılan bu anlaşma ile bağlı olduğunu ve bu nedenle onarımı istemeden sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağını ifade etmiştir. Sonrasında Mahkeme satıcının onarım borcunu ifa edebilmesi için alıcının üzerine düşen ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmeyerek alacaklı temerrüdüne düştüğünü ve verme borcu dışında bir edim söz konusu olduğu için tevdi veya satış imkanlarına başvuramayan satıcının elindeki imkanın, TBK m.123 (OR Art.107) vd.'ndaki şartları yerine getirerek alıcı ile arasındaki sözleşmeyi sona erdirmek olduğu hususlarını tespit etmiştir⁵⁸.

TBK m.124 (Art.108 OR)'teki sebeplerden biri yoksa alıcıya üzerine düşen fiilleri yerine getirmesi için uygun bir süre verilmesi gerekmektedir; bu süreye riayet edilmediğinde ise borçlu aynen ifayı istemediğini derhal alacaklıya bildirmek zorundadır. Karara konu olayda, satıcı yazılımlı onarılabilmesine imkan tanınması için alıcıya 14 günlük bir süre vermiş; alıcının bu süreye de uymaması üzerine ifadan vazgeçip olumlu zararının karşılanmasını talep etmişti; ihtilaf konusu olan mesele ise ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini isteyen borçlunun uygun süre sonunda derhal bildirim şartına uyup uymadığı idi. Çünkü X şirketi, Y şirketinin olumlu zararın talep edilebilmesi için gerekli olan "hemen bildirme" koşuluna uymadığını, zira Y şirketinin Mart ayının ortalarında yapması gereken bu bildirim Nisan ayında yerine getirdiğini iddia ederek itiraz etmişti. Federal Mahkeme ise satıcının bu hakkını kullanmak istediğini geç bildirmesinin X şirketinin aleyhine bir durum yaratmadığı

Müller-Chen, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184 - 318 OR), 3. Aufl., Zürich, 2016, Art.205, N.18; **Koller**, AJP, s.913.

⁵⁷ Somut olayda satım, eser ve vekâlet sözleşmelerine ait unsurların bir arada bulunduğu isimsiz bir sözleşme söz konusudur; fakat eldeki uyumsuzluğa satış sözleşmesinde ayıba ilişkin hükümler uygulanabilir. Bkz.: **Koller**, AJP, s.912-913.

⁵⁸ 4A_446/2015, E.3.5.1.

gerekçesi ile bu itirazı reddetmiş ve Y şirketinin ifadan vazgeçip kusuruyla temerrüde düşen X şirketinden, olumlu zararının tazminini talep edebileceğine hükmetmiştir⁵⁹.

Alacaklı ifaya hazırlık fiillerini kendisine verilen uygun süre içerisinde de yerine getirmedeği takdirde borçlunun süre sonunda derhal bildirimde bulunarak ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini istemesine imkan tanıyan Federal Mahkeme böylece kanunda borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atfı, seçimlik hakların tamamına yapılmış bir atf olarak nitelendirmiş gözükmektedir⁶⁰. Nitekim kararda kanun koyucunun Art.95 OR (TBK m.110)'da Art.107 OR (TBK m.123) vd. hükümlerine atf yapmak suretiyle alacaklının külfet niteliğindeki ifaya katılma fiillerini yerine getirmemesini bir borca aykırılık gibi yaptırma bağlamak istediği⁶¹ ifade edilmiştir.

Federal Mahkeme borçlunun olumlu zararının tazminine imkan tanımış olmakla birlikte, temyiz incelemesine dahil olmadığı için ayrıca bu zararın miktarı veya kapsamını hesaplamamış; bu hususu kararı bozarak geri gönderdiği Kanton Mahkemesine bırakmıştır⁶². Dolayısıyla mahkemenin olumlu zarar kapsamında hangi kalemlerin tazminine hükmedeceği hususu açık kalmıştır.

IV. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Borç ister tek tarafa ister iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden veya haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme dışı bir kaynaktan doğmuş olsun, borçlunun her zaman borçlanılan edimi yerine getirerek borcundan kurtulmaya yönelik menfaati bulunmaktadır⁶³. Alacaklı temerrüdünde ise borcunu ifaya hazır bir borçlunun alacaklının direnmesi yüzünden borcunu ifa edememesi ve bu nedenle borçlu kalmaya devam etmesi hali söz konusudur. Karşılıklı sözleşmelerde borçlunun borcundan kurtulma menfaati dışında bir de karşı edimi elde etme menfaati bulunmaktadır.

Verme borçlarında borçlu kural olarak tevdi veya satma hakkına başvurarak borcundan kurtulurken, sözleşme ile birlikte karşı edim alacağı da varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla borçlu söz konusu alacağını talep ve dava edebilir; böylece borçlunun hem borcundan kurtulma hem de karşı edim alacağına kavuşma menfaati korunmuş olur⁶⁴.

Alacaklı temerrüdünde borçluya tanınan tevdi ve satma hakkına başvurmanın edimin niteliği bakımından elverişli olmadığı hallerde ise kanun borçluya sadece sözleşmeden dönmek suretiyle borcundan kurtulma imkanı tanımıştır. Borcundan kurtulmak isteyen borçlu elindeki tek imkan olan sözleşmeden dönme hakkını kullandığında, sözleşmeden

⁵⁹ 4A_446/2015, E.3.6. **Koller**'e (AJP, s.915) göre ise somut olay bakımından bildirimde bulunmak için 1 aylık süre makul değildir ve bu nedenle satıcı derhal bildirim şartını yerine getirmiş kabul edilemez; fakat yine de ifaya katılma fiillerini kesin olarak yerine getirmekten kaçınan alıcının tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıldığı (TBK m.124/ OR Art.108) için satıcının ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini istediğini derhal bildirmemiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

⁶⁰ **Koller**'e (AJP, s.915) göre mahkemenin değerlendirmesinden iş görme edimi borçlusuna sözleşmenin ifasından vazgeçip, kusuruyla temerrüde düşen alacaklıdan olumlu zararının tazminini isteme imkanı tanındığı çıkarımında bulunulabilir; fakat olumlu zararın yerine olumsuz zararının tazminini talep edip edemeyeceğine ilişkin olarak kararda bir açıklık bulunmamaktadır.

⁶¹ 4A_446/2015, E.3.3.2.

⁶² 4A_446/2015, E.3.6.

⁶³ İfa borcu sona erdirerek borçluyu borçtan kurtardığı için borçlunun borçlanılan edimi ifada menfaati olduğuna ilişkin olarak bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.3173.

⁶⁴ **Koç**, s.274.

doğın karşılıklı edimler sona ereceğinden alacaklıya karşı sahip olduğu karşı edim alacağını yitirmiş olacaktır⁶⁵. Şayet borçlu karşı edim alacağını muhafaza etmek istiyorsa, dönme hakkını kullanmayabilir⁶⁶; fakat bu sefer de borçlu kalmaya devam edecektir⁶⁷.

Belirtmek gerekir ki, alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen borçlunun borçtan kurtulma menfaati ile aynı anda karşı edim alacağına kavuşma menfaati kendisine bu menfaati karşılayacak bir tazminat hakkı tanınması ile korunabilir. Fakat borçlunun tazminat talep edebilmesinin önündeki başlıca engel, alacaklının ifaya katılma fiillerinin doktrindeki hakim anlayış uyarınca bir borç değil, külfet olarak nitelendirilmesidir. Modern doktrinde alacaklının ifaya katılmasını külfet olarak nitelendiren anlayışa yöneltilen gerekçeler tümüyle haksız değildir. Ayrıca alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönebilmek için kanunun borçlu temerrüdü hükümlerine yaptığı atf esas alınarak bu hal ile sınırlı olarak “külfet ihlali”ne borca aykırılığa özgü sonuçların bağlanabileceği; özellikle karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlunun karşı edim menfaatinin korunabilmesi bakımından alacaklı temerrüdünün borçlunun hukuki durumunu iyileştirmese bile, olumsuz bir duruma da getirmemesi gerektiği gerekçeleri kanaatimizce de yerindedir⁶⁸.

Alacaklıdan tazminat talep edilebilmesinin önündeki engel prensipte bu şekilde aşıldığı takdirde ortaya çıkan diğer bir sorun ise sözleşmeden dönme ile birlikte talep edilebilecek tazminatın türüne ilişkindir. Hemen belirtmek gerekir ki, borçlunun karşı edim menfaati ancak kapsamı bu menfaatle sınırlı tutulacak bir olumlu zararın tazmini ile korunabilir; bu bağlamda olumsuz zarar borçlunun ihtiyaç duyduğu yeterli korumayı sağlamaz. Ancak hakim görüş uyarınca sözleşmeden dönme ile birlikte sadece olumsuz zararın tazmini talep edilebilir; ifa menfaatini karşılayan olumlu zarar ise istenemez⁶⁹.

Alacaklı temerrüdünde borçluya, borçlu temerrüdündeki seçimlik hakların tanınması gerektiğini savunan görüş kabul edildiğinde ise bu engel aşılabilmektedir. Şöyle ki; kanun koyucunun alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme imkanı öngörmesinin nedeni, borçluya edim yükümlülüğünden kurtulma imkanı sağlamaktır. TBK m.110 (Art.95 OR)’daki atfın TBK m.125/II (Art. 107/II OR)’de öngörülen seçimlik hakları da kapsadığı kabul edildiği takdirde, günümüz öğretisinde ifa yerine geçen olumlu zararın hesaplanmasında benimsenen fark teorisi sayesinde, borçluya sözleşmeden dönme dışında dilerse sözleşmeyi ayakta tutup karşı edim alacağından vazgeçme ve aynı zamanda kendi edimini de yerine getirmekten kurtulma imkanı tanınmış olmaktadır. Böylece ifadan vazgeçip fark teorisi uyarınca olumlu zararının tazminini isteyen borçlu, sözleşmeden dönmeye olduğu gibi

⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, § 12, N. 10. Krş.: Weller, s.507. Borçlu daha önce karşı edimini elde etmişse dönme halinde bu edimi iade ile yükümlü olacaktır. Bkz.: Koç, s.270 vd.

⁶⁶ Kanunda borçtan kurtulmak için tanınmış olan imkanlar borçluya verilmiş bir yetki niteliğindedir; dolayısıyla borçlu bu yetkiye başvurup başvurmamakta serbesttir. Bkz.: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.843.

⁶⁷ Alman Federal Mahkemesi de bir kararında § 643 BGB kapsamında iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde fesih hakkını kullanan yüklenicinin karşı edim alacağını kaybetmesi sorununa işaret etmiştir. Bkz.: Weller, s.507, dn.292’de gösterilen karar.

⁶⁸ Alman hukukunda da eser sözleşmesi özelinde ifaya katılma fiilleri borç olarak nitelendirilmese ve bunun sonucu olarak yüklenicinin sözleşmenin ifasına yönelik bir talep hakkının varlığı reddedilse bile, kusurlu olarak eserin meydana getirilmesi için üzerine düşen katılım fiillerini yerine getirmeyen yüklenicinin karşı edim menfaatinin korunması gerektiğine ilişkin olarak hem içtihatlarla hem de doktrinde görüş birliği bulunduğuna dikkat çekilmiştir. Bkz.: Fritz Nicklisch, Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertragsbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag, Betriebs-Berater (1979), Heft 11, s.535.

⁶⁹ Bkz.: dn.35.

kendi edim yükümlülüğünden kurtulabilmektedir. Yine de belirtmek gerekir ki, borçluya seçimlik hakların tanınması, edim yükümlülüklerinin sona ermesi bakımından değil; istenebilecek tazminatın türü açısından önem taşımaktadır⁷⁰. Şöyle ki, sözleşmeden dönme ile birlikte sadece olumsuz zararının tazminini isteyebilecek olan borçlu diğer seçimlik hakkı kullandığında, yani ifadan vazgeçtiğinde olumlu zararının tazminini isteyebilmektedir.

Fakat alacaklı temerrüdü hükümlerinde sözleşmeden dönme için borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atfın, seçimlik hakların tamamına yapılmış genel nitelikli bir atf olduğu öne sürülerek desteklenmeye çalışılan bu görüşün kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır⁷¹. Kaldı ki, fark teorisinin bile esasını kanundan değil; doktrindeki görüşlerden aldığı gerçeği göz önünde bulundurduğunda kanun koyucunun genel bir atf yaptığı ve borçluya bu şekilde alternatif bir borçtan kurtulma imkanı tanımak istediği sonucuna varılamaz. Kanun koyucunun öngörüsüne göre tevdi veya satışa elverişli olmayan edimlerde alacaklı temerrüdünde borçtan kurtulmanın tek yolu, (teknik anlamda) sözleşmeden dönme⁷² hakkının kullanılmasıdır.

Dolayısıyla sorunun çözümü TBK m.110'da öngörülen sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine imkan tanınıp tanınmayacağı noktasında düşünülmektedir⁷³.

Sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zarar için tazminat talep edilip edilemeyeceği meselesi, özellikle borçlu temerrüdü bakımından doktrinde yoğun tartışmalara yol açmıştır.

Bir görüş sözleşmeden dönme ile olumlu zararın istenemeyeceği düşüncesinin aşılması gereken bir dogmadan ibaret olduğunu ileri sürmektedir. Nitekim borçlu temerrüdünde alacaklı, kendi edimini henüz yerine getirmemişse, fark teorisi uyarınca olumlu zararını talep edebilir; alacaklı bu sayede kendi edim yükümlülüğünden de kurtulduğu için, sözleşmeden dönme ile olumlu zarar "filen" bir arada bulunabilmektedir. Fark teorisinin uygulanması dolaylı olarak sözleşmeden dönme ile benzer sonuca yol açtığı halde, yine de alacaklı olumlu zararının tazminini isteyebildiğine göre, sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine de karşı çıkılmaması gerekir⁷⁴.

Sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin istenmesi önünde teorik bir engel bulunmadığı ve bu ikisi birbiriyle bağdaşmaz nitelikte olmadığı halde⁷⁵, hakim görüş uyarınca sözleşmeden dönen alacaklı sadece olumsuz zararını talep edebilir; olumlu zararının tazminini istediği takdirde ise sözleşmeden dönme yerine diğer seçimlik hakkını kullanması gerekir. Bu anlayış doğrultusunda kusurlu borçluya karşı ifa yerine tazminat isteme hakkından yararlanmayarak sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklı, yaptığı bu seçimin sonuçlarına katlanmalı ve olumsuz zararının tazminiyle yetinmelidir⁷⁶.

Fark teorisinin uygulanması her ne kadar sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmin edilmesine benzer sonuçlara yol açsa da, ifadan vazgeçip olumlu zararın taz-

⁷⁰ **Stauber**, N.534.

⁷¹ TBK m.110 (OR Art.95) hükmünün seçimlik hakların borçluya tanındığına dair bir yoruma elverişli olup olmadığı değerlendirilmiş (**Stauber**, N.529 vd.) ve sonuç olarak buna olumsuz cevap verilmiştir. Bkz.: **Stauber**, N.538.

⁷² TBK m.110 (OR Art.95)'ün lafzi yorumu bakımından teknik anlamda sözleşmeden dönme kavramının kullanıldığı hususunda bir tereddüt yoktur. Bkz.: **Stauber**, N.529.

⁷³ Benzer yönde bkz.: **Stauber**, N.534.

⁷⁴ Bkz.: **Rona Serozan**, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 592; **Stauber**, N.595 ve N.598.

⁷⁵ Nitekim Alman hukukunda olduğu gibi (BGB 325) ulusal hukukların birçoğunda, sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklıya, kusurlu borçludan olumlu zararını isteme hakkı tanınmıştır. Çeşitli hukuk sistemlerinde kabul edilen düzenlemeler için bkz.: **Ergüne**, s. 261.

⁷⁶ İsviçre Federal mahkemesi ile Yargıtay'ın bu anlayışı benimsediğine ilişkin olarak bkz.: **Ergüne**, s.258-259.

minini talep hakkı kanunda bağımsız bir seçimlik hak olarak düzenlenmiştir. Sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine izin verilirse, TBK m.125'te alacaklıya tanınan seçimlik hakların sayısında bir azalma olur; diğer bir deyişle, alacaklının fark teorisine göre olumlu zararının tazminini talep etmesi ile sözleşmeden dönmesi arasında pratik bakımdan hiçbir fark kalmaz⁷⁷. Bu gerekçelerle, mevcut hukuk (*de lege lata*) açısından sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmin edilmesi gerektiğini savunan görüşe karşı çıkmıştır⁷⁸.

Alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin talep edilebilmesi bakımından da kanun koyucunun bilinçli susması söz konusudur⁷⁹.

Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme alacaklıya ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini isteme hakkına alternatif bir hak olarak tanınmıştır. Borçlu temerrüdünde bu imkanı varken, sözleşmeden dönme yolunu tercih eden alacaklının olumsuz zararının tazminini istemek ile yetinmesi haklı görülebilir. Zira borçlu temerrüdünde alacaklı, durumunu çeşitli ihtimalleri göz önünde bulundurarak gözden geçirme ve kendisi için en uygun seçeneği tercih etme imkanına sahiptir. Alacaklı temerrüdünde ise, doktrinadaki görüşler ve Federal Mahkemenin bu yönde yorumlanabilecek yukarıda işaret ettiğimiz kararının aksine, borçlu temerrüdündeki seçimlik haklar alacaklı temerrüdünde borçluya tanınmamıştır. Bu nedenle borcundan kurtulmak isteyen borçlunun sözleşmeden dönme hakkını kullanmaktan başka başvurabileceği bir yol bulunmamaktadır. Hal böyle olunca borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme ile olumlu zararın tazmininin birlikte istenebilmesine karşı serbest seçim hakkı tanındığına ve sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine imkan tanındığı takdirde kanunda öngörülen seçimlik hakların sayısında azalma olacağı yönündeki eleştiriler burada geçerli değildir.

Hem alacaklı hem de borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen taraf, kendi edim yükümlülüğünden kurtulmayı hedeflemektedir⁸⁰. Yine de alacaklı temerrüdünde borçluya tanınan sözleşmeden dönme hakkı, borçlu temerrüdünde alacaklıya tanınan sözleşmeden dönme hakkından fonksiyon itibariyle farklıdır. Şöyle ki:

Borçlu temerrüdünde karşılıklı edimli sözleşmelerde karşı edime kavuşma menfaati tehlike altında iken kendi edimini yerine getirmek çekilmez olacağı için alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır⁸¹. Bu bakımdan sözleşmeden dönmenin en önemli işlevlerinden birinin, karşılıklı edimler arasında sözleşmenin kurulması anında mevcut olan ve borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı ile bozulan fonksiyonel bağlılığı ve dengeyi, sözleşmenin kurulmasından önceki duruma dönülmesi suretiyle yeniden sağlamak olduğu ifade

⁷⁷ **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.265 vd.; özellikle s.268. Bu görüşün haklı olmadığı eleştirisi için bkz.: **Ergüne**, s.266.

⁷⁸ Sözleşmeden dönen alacaklının olumlu zararının tazminini talep edebilmesinin bir “de lege ferenda” öneri niteliği taşımaktan öteye gidemeyeceğini ifade eden **Buz** (Sözleşmeden Dönme, s.268), böyle bir çözüme dahi tereddütle yaklaşmaktadır. **Ergüne** (s.267) ise de lege ferenda bir öneri olarak sözleşmeden dönme halinde alacaklının, olumsuz zararının veya olumlu zararının tazmini talepleri arasında seçimlik bir hakla sahip olmasını ve kendisi bakımından hangisi daha lehte olacak ise o yöndeki menfaatinin giderilmesini talep edebilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu çözümü haklı kılan gerekçeler için bkz.: **Ergüne**, s.260 vd.

⁷⁹ **Stauber**, N.588.

⁸⁰ Borçlu temerrüdünde alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının altında yatan başlıca sebep, kendi ediminden kurtulmak ve şartları varsa borçludan tazminat elde etmektir. Bkz.: **Ergüne**, s.264-265.

⁸¹ **Stauber**, N.596.

edilmiştir⁸². Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmenin temel fonksiyonu, karşılıklı edimli sözleşmelerdeki synallagma ilişkisine dahil edimler bakımından bir anlam ifade ederken; alacaklı temerrüdündeki sözleşmeden dönme imkanı sadece bu nitelikteki sözleşmelerle sınırlandırılmamış, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından da borçluya aynı imkan tanınmıştır. Zira tevdi veya satma hakkına başvurmanın mümkün olmadığı edimlerde alacaklının temerrüde düşmesi halinde borçluya tanınan sözleşmeden dönme hakkının amacı ifaya direnen alacaklı karşısında borçlunun borcundan kurtulmasını sağlamaktır.

Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminin istenebilmesine ilişkin *de lege ferenda* çözüm önerisi sadece fark teorisinin uygulanmadığı haller⁸³ bakımından söz konusu olabilir⁸⁴. Alacaklı temerrüdünde ise borçlunun sözleşmeden dönme hakkını kullanarak borçlandığı edimden kurtulmak istemesine doğrudan alacaklının davranışı yol açmaktadır. Bu halde borcunu ifaya hazır olan; fakat alacaklının kaçınması yüzünden ifayı gerçekleştiremeyen borçluyu, borçlu kalmaya devam etmek istemediği sözleşmeden döndüğü için karşı edim alacağından mahrum bırakmak daha büyük haksızlığa yol açacaktır⁸⁵. Dolayısıyla borçlu temerrüdündekine nazaran alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönen borçluya olumlu zararının tazmin edilebilmesine imkan veren bir düzenleme daha çok ihtiyaç duyulmaktadır.

Doktrinde sözleşmeden dönme ile birlikte olumsuz zarar tazmininin borçlunun menfaatleri açısından yeterli korumayı sağlamadığı gerekçesiyle kanunda gerçek olmayan bir boşluk bulunduğu ve borçlunun olumsuz zarar yerine olumlu zararının tazmini talebine imkan tanımak suretiyle bu boşluğun düzeltilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁶.

Belirtmek gerekir ki, kanundaki boşluğun gerçek olmayan boşluk⁸⁷ olduğu kabul edilse bile doktrindeki hakim görüş, bu tür boşluklar aynı zamanda örtülü boşluk teşkil

⁸² **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.66; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.39-40. Sözleşmeden dönmenin diğer fonksiyonları için bkz.: **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.67 vd.; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.40 vd.

⁸³ Doktrindeki hakim görüşe göre (ifa imkansızlığında ve) karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde ifa yerine tazminat istendiği takdirde alacaklının zararı, ifa edilmeyen edimin değeri ile kendi karşı ediminin değeri arasındaki fark göz önünde bulundurularak fark teorisine göre hesaplanmalıdır. Bu görüş için bkz.: **Bucher**, s.380 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.870; **Eren**, Genel Hükümler, N.3497. Buna karşılık başka bir görüş fark teorisinin sadece ifa imkansızlığı halinde uygulanabileceğini; borçlu temerrüdünde ise zararın her iki edim ayrı ele alınarak, zararın sadece ifa edilmeyen edim gözönüne alınarak mübadele (değişim) teorisine göre hesaplanacağını; fark teorisinin uygulanmasını ise kanunun desteklemediğini ileri sürmüştür. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.1299. Ayrıca belirtmek gerekir ki, fark teorisinin uygulanabileceğini kabul eden görüşlerde çoğunluk olumlu zararın bu şekilde hesaplanmasını alacaklının kendi edimini henüz yerine getirmemiş olduğu hallerle sınırlandırmakta; kendi edimini önceden yerine getirmiş alacaklının ise fark teorisini yardımıyla verdiklerini geri alarak olumlu zararının isteyebilmesini kabul etmemektedir.

⁸⁴ Fark teorisinin uygulanamayacağı hallerde borçluya sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmin edilememesinin adil olmayacağı gerekçesi ile (*de lege ferenda* bir çözüm önerisi olarak) olumlu zararın talep edilebilmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz.: **Ergüne**, s.265-266.

⁸⁵ **Stauber**, N.596.

⁸⁶ **Stauber**, N.597. Borçlu temerrüdü hükümleri uyarınca sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin istenebilmesi bakımından da kanunda gerçek olmayan boşluğun bulunduğu kabul edilerek bu boşluğun doldurulması gerektiğini ileri süren görüşler bulunmaktadır. Bkz.: **Ergüne**, dn.426'da gösterilen yazarlar.

⁸⁷ Gerçek olmayan boşluklar örtülü boşlukları da kapsamına alan daha geniş bir kavramdır. Kanunda lafzî ile ruhu bağdaşmayan, eşdeğerdeki başka bir hükümle çatışan veya uygulanması dürüstlük kuralına aykırı sonuç doğuran bir hüküm varsa örtülü boşluk söz konusudur. Buna karşılık kanun hükmünde böyle bir örtülü boşluk bulunmadığı halde, hükümde öngörülen çözüm tarzının beğenil-

etmedikçe, doldurulamayacağı yönündedir⁸⁸. Bu bakımdan alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönen borçlunun karşı edim menfaatini koruma çabası, olumlu zararın tazminine yönelik *de lege ferenda* bir çözüm önerisinde bulunmaktan öteye geçemeyecektir.

B. Sorunun Çözümüne İlişkin Olarak Alacaklı Temerrüdü Hükümleri Dışında Başvurulabilecek Hukuki Çareler

Doktrinde özellikle karşılıklı edimli sözleşmeler bakımından TBK m.110 (Art. 95 OR) hükmünün uygulama alanının oldukça sınırlandırıldığına dikkat çekilmiştir⁸⁹.

Alacaklı temerrüdünde borçlunun borçtan kurtulma ile birlikte karşı edim menfaatinin korunmasına duyulan ihtiyaç ve mevcut hukuk bakımından işaret ettiğimiz sorun da tam olarak karşılıklı edimli sözleşmelerde ortaya çıkmaktadır⁹⁰. Alacaklının karşı edim borcu bakımından borçlu sıfatını taşıdığı bu hallerde, *de lege ferenda* bir çözüm arayışına girilmesine dahi gerek kalmayabilir. Bu nedenle aşağıda önce alacaklı temerrüdü hükümleri devreye sokulmaksızın borçlunun her iki menfaatinin korunmasını sağlayabilecek başka hukuki çareleri inceleyeceğiz. Böylece meselenin en azından *de lege ferenda* bir öneri getirilerek sadece alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde çözülmek zorunda olduğu halleri de tespit etmiş olacağız.

1. Alacaklı Karşı Edim Borcuna Aykırı Davranmışsa

Karşılıklı edimli sözleşmelerde karşı edim bakımından aynı zamanda borçlu sıfatını taşıyan alacaklı⁹¹, hem alacaklı temerrüdüne düşmüş hem de karşı edim borcuna aykırı davranmış olabilir. Hatta karşılıklı sözleşmelerde karşı tarafın edimini kabul etme-

memesi, ihtiyaçlara uygun görülmemesi, tatminkar bulunmaması halinde yine de gerçek olmayan boşluğun varlığından söz edilir. Bkz.: **Seyfullah Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Basım, Ankara 1997, s.134; **M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk, 24. Bası, İstanbul 2018, N.341 ve N.343. Aslında kanunun boşluğunu değil, kanunun sakatlığını veya yetersizliğini ifade eden gerçek olmayan boşluğu karşılamak için kanun boşluğu kavramının kullanılması eleştirilmiştir. Bkz.: **Oğuzman/Barlas**, N.342.

⁸⁸ Kanun koyucunun hatası veya sonradan ortaya çıkan teknik yahut sosyal gelişmeler nedeniyle artık tatmin edici olmayan bir hükmün uygulanmasını istemek hakkını kötüye kullanılması anlamı taşıyorsa, hakim, TMK m.2/II'yi gerekçe göstererek söz konusu hükmü uygulamaktan imtina edecek ve ortaya çıkan örtülü kanun boşluğunu MK m.1'e göre kendisi doldurabilecektir. Ancak böyle bir durum söz konusu olmadıkça, kanunda yer alan ve tatmin edici görülmeyen bir hükmü düzeltmeye veya değiştirmeye yetkili olan hakim değil; kanun koyucudur. Bkz.: **Oğuzman/Barlas**, N.344; **Edis**, s.134. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin de TMK m.2/II kapsamına giren haller dışında gerçek olmayan boşluğun tanımlanmasına imkan tanımadığı ifade edilmiştir. Bkz.: **Antalya**, s.250.

⁸⁹ Özellikle borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabilen hallerde alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulama alanının daraldığına işaret eden yazarlar için bkz.: **Gauch/Schluap/Schmid/Emmenegger**, N.2464; **Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey**, § 33, Rn.16; **Staubert**, N.590. **Bernet**, Art.95, N.1. Bunun dışında ayrıca bazı sözleşme tipleri bakımından kanunun alacaklı temerrüdüne ilişkin öngördüğü özel hükümlerin de böyle bir sınırlandırmaya yol açtığı hakkında bkz.: **Keller/Schöbi**, s.295.

⁹⁰ Alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından da tanınmıştır. Fakat burada karşı edim alacağı söz konusu olmadığı için böyle bir sorun ile karşılaşmamaktadır.

⁹¹ Karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu ve alacaklı kavramlarında yaratılabilecek olası bir karşıklığı önlemek adına "alacaklı" sıfatını yalnızca alacaklı temerrüdüne yol açan edimin alacaklısı bakımından kullanacağız

yen kimsenin, kendi edimini de ifaya hazır olmadığı⁹² ve alacaklı temerrüdüne düşen alacaklının çoğu kez aynı anda borçlu temerrüdüne düşeceği ifade edilmiştir⁹³.

Alacaklı borçluya karşı ifa ile yükümlü olduğu karşı edim borcu bakımından borçlu temerrüdüne düştüğünde borçlu, (alacaklı sıfatıyla) karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde alacaklıya tanınan seçimlik hakları kullanabilecektir⁹⁴. Borçlu seçimlik haklardan ifa yerine olumlu zararın tazminini istediği takdirde, hakim görüşün tazminatın hesaplanmasında kabul ettiği fark teorisi⁹⁵ uyarınca, hem kendi borcundan kurtulacak hem de karşı edim menfaatinin korunmasına hizmet eden olumlu zararının tazminini talep edebilecektir.

Borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilmek için öncelikle borçlu temerrüdünün şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan en önemlisi de borcun muaccel hale gelmiş olmasıdır⁹⁶. Borçlunun karşı edim alacağı daha önce muaccel olmuşsa veya karşılıklı edimler bakımından aynı anda ifa prensibinin geçerli olduğu bir hal söz konusu ise, doğrudan borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabileceğinde bir tereddüt bulunmamaktadır⁹⁷.

Borçlunun önce ifa ile yükümlü olduğu haller⁹⁸ ise bu bakımdan özellik arz eder. Önce ifa yükümlülüğü iki anlam taşıyabilir⁹⁹: (1) karşılıklı edimlerin muacceliyeti bakımından sadece zamansal bir öncelik-sonralık ilişkisi vardır (*unbeständige Vorleistungspflicht*) veya (2) borçlunun karşı edim alacağının muaccel olabilmesi önce kendisinin borçlandığı edimi ifa etmesi şartına bağlanmıştır (*beständige Vorleistungspflicht*).

⁹² **Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey**, § 33, Rn.16; **Koller**, N.56.27.

⁹³ **Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger**, N.2464; **Stauber**, N.590; **Bernet**, Art.95, N.1; **Keller/Schöbi**, s.295; **Schwenzer**, N.69.04.

⁹⁴ Satış sözleşmesinde alıcının satılanı devir ve teslim almaya yanaşmaması, aynı zamanda satış bedelini ödemekten kaçınmak anlamına geliyorsa borçlu temerrüdündeki seçimlik hakların kullanılabilmesine ilişkin olarak bkz.: **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008, s.201.

⁹⁵ Karşılıklı edimli sözleşmelerde ifa yerine istenen olumlu zararın hesaplanmasında kullanılacak yöntemlerden biri olarak fark teorisi hakkında genel bilgi için bkz.: **Oğuzman/Öz**, N. 1679; **Eren**, Genel Hükümler, N.3497.

⁹⁶ **Oğuzman/Öz**, N. 1504 vd.; **Eren**, Genel Hükümler, N.3407.

⁹⁷ Aynı anda ifa prensibinin geçerli olduğu hallerde mütemerrit alacaklının, borçlu olduğu edim bakımından kendisine karşı yöneltilen ifa talebine karşı farklı gerekçelerle de olsa ödemezlik defini ileri sürmeyeceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.3193; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N. Yalnızca **Oğuzman/Öz** (N.1161) ödemezlik definin ileri sürülememesinin alacaklı temerrüdünün değil; doğrudan ifanın teklif edilmiş olmasının bir sonucu olduğunu ve alacaklının haklı bir sebebe dayanarak kaçındığı hallerin alacaklı temerrüdüne yol açmaması bile, yine de ödemezlik defini etkisiz hale getireceğini savunur. İsviçre hukukunda alacaklı temerrüdünün ödemezlik defini etkisiz hale getirmesine ilişkin olarak ileri sürülen farklı gerekçeler için bkz.: **Stauber**, N.729 vd. Alacaklı temerrüdünün ödemezlik defini etkisiz hale getireceğini savunan hakim görüşün eleştirisi için bkz.: **Koller**, N.56.122. Alman hukukunda ileri sürülen çeşitli görüşler ve mahkeme kararları için bkz.: **Uwe Hüffer**, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, Berlin 1976, s.25-26 ve s.195 vd.; **Christian Hartmann**, Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, Berlin 1997, s.35 vd.; **Weller**, s.480-481. Yazar alacaklı olduğu edimin ifasına katılmaktan ciddi ve kesin olarak kaçınan alacaklının, karşı edim borcu bakımından kendisine yöneltilen ifa talebine karşı hakim görüş doğrultusunda ödemezlik defini (§320 BGB) ileri sürmeyeceğini belirttiikten sonra, alacaklının sadece temerrüde düştüğü hallerin bu sonuca varılması için tek başına yeterli olmadığını ifade etmiştir. Bkz.: **Weller**, s.482 vd.

⁹⁸ Önce ifa yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden, işin niteliğinden veya teamülden doğabilir. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.1077 vd; **Weber**, Art. 82 OR N.140.

⁹⁹ **Weber**, Art. 82 OR N.147 vd.; **Stauber**, N. 741.

İlk hal bakımından alacaklının borçlunun borçlandığı edimin ifasına katılması, borçlunun karşı edim alacağına muaccel hale gelebilmesi bakımından herhangi bir önem arz etmez. Burada borçlunun karşı edim alacağı için öngörülen vadenin beklenmesi gerekmektedir¹⁰⁰.

İkinci halde ise, borçlu önce kendi borcunu ifa etmediği sürece karşı edim alacağı da muaccel hale gelmez¹⁰¹. İsviçre doktrininde çoğunluk tarafından savunulan bir görüşe göre alacaklının kabulden veya üzerine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmemesinden dolayı borcunu ifa edemeyen borçlunun önce ifa yükümlülüğü ortadan kalkar ve karşı edim alacağı muaccel hale gelir¹⁰².

Buna karşılık doktrinde diğer bir görüş, alacaklı temerrüdünün tek başına karşı edimi muaccel hale getirmeye yetmeyeceğini savunmaktadır¹⁰³. Bu bakımdan karşı edim alacağı muaccel hale gelmeyen borçlunun, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurması da söz konusu olamayacaktır. Ancak alacaklının borçlunun ifasını kabulden kaçınmaya ilişkin

¹⁰⁰ **Weber**, Art. 82 OR N.148; **Stauber**, N.744.

¹⁰¹ **Stauber**, N.745; **Weber**, Art. 82 OR N 147. Karşılıklı edimli sözleşmelerde alacaklı temerrüdünde borçlunun karşı edim alacağını talep edebilmesi bakımından asıl sorunun bu hallerde ortaya çıkacağına ilişkin olarak bkz.: **Weller**, s.481. Ayrıca krş.: **Hartmann**, s.24.

¹⁰² Bu görüş için bkz.: **von Tuhr/Escher**, s.76; **Weber**, Art. 92 OR, N. 22; **Schraner**, Art. 92 OR, N. 19. Alman hukukunda konuya ilişkin ileri sürülen görüşler için bkz.: **Hartmann**, s.24 vd.; **Hüffer**, s.25-27. Yazara göre içtihatların ve bunu takip eden doktrindeki görüşlerin aksine, borçlunun karşı edimin ifasına yönelik talebine karşı alacaklı temerrüde düşmüş olsa bile yine de ödemezlik defini ileri sürebilir. Bkz.: **Hüffer**, s.195-198. Türk hukukunda ise karşılıklı edimli sözleşmelerde alacaklı temerrüdü yanında borçlu temerrüdünün gerçekleşmesinin yalnızca aynı anda ifa prensibinin geçerli olduğu hallerle sınırlı ele alındığı; alacaklı temerrüdünün muacceliyete etkisi sorununa ise değinilmediği görülmektedir. Krş.: **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N. 1; **Antalya**, s.137. Yalnızca Oğuzman hizmet sözleşmesi özelinde Alman Federal Mahkemesinin işverenin temerrüdünün kendi karşı edimini muaccel kılacağına ilişkin kararına değinmiş ve varılan sonucunun alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerde bir dayanacak bulamayacağını ifade etmiştir. Bkz.: **M. Kemal Oğuzman**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.142.

¹⁰³ **Koller**, N.56.125; **Stauber** (N.748 vd.) ise alacaklının kabulden kaçındığı haller ile ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçındığı haller arasında ikili bir ayırım yapmaktadır. Önce ifa yükümlülüğü borçlunun karşı edim alacağına muacceliyeti bakımından bir şart niteliğindedir. Borçlunun gereği gibi ifa teklifini kabul etmeyerek alacaklı temerrüdüne düşen alacaklının bu tutumu, TBK m.175 (Art.156 OR) bağlamında şartın gerçekleşmesinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde engellenmesi olarak nitelendirilmeli ve böylece borçlunun karşı edim alacağına muaccel hale geldiği kabul edilmelidir. Bu şekilde farklı bir gerekçeyle de olsa doktrindeki hakim görüşün olduğu sonuç desteklenmektedir. Buna karşılık alacaklı temerrüdü alacaklının ifaya katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınması sonucu gerçekleşmişse burada şartın gerçekleşmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde engellenmesinden söz edilemez; çünkü borçlunun gereği gibi ifa teklifini sunup sunamayacağı henüz belli olmayan bir aşamada alacaklının davranışının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği kesin bir şekilde söylenemez.

Alman hukukunda ise tek başına alacaklı temerrüdünün (*bloße Gläubigerverzug*) borçlunun önce ifa ile yükümlü olduğu edimi muaccel hale getirmeyeceği; ancak alacaklının ifanın gerçekleşebilmesi için üzerine düşen fiilleri yerine getirmeyi hiçbir sebebe dayanmaksızın kesin olarak reddettiği (*Annahme- und Mitwirkungsverweigerung*) hallerde borçlunun karşı edim alacağını doğrudan talep edebileceği ifade edilmektedir. Fakat bu durumun borçlunun önce ifa yükümlülüğünün bulunmasından bağımsız olduğu da belirtilmiştir. Bkz.: **Weller**, s.481-482 ve orada gösterilen Alman Federal Mahkemesi kararları.

tutumu kendi borcuna da aykırı davranacağı anlamına geliyorsa, bu hal doktrinde “öncelenmiş borca aykırılık¹⁰⁴” olarak ifade edilen duruma işaret eder.

Öncelenmiş borca aykırılıkta vadesi henüz gelmeyen bir borcun ifasının borçlunun davranışları yüzünden tehlikeye düşürülmesi söz konusudur¹⁰⁵. Borçlunun ifayı gerçekleştirebilmesi için üzerine düşen fiilleri yerine getirmekten kesin olarak kaçınan alacaklı aynı zamanda henüz vadesi gelmeyen karşı edim borcunun ifasını tehlikeye düşürmüş olabilir¹⁰⁶. Kanunda düzenlenmeyen bu aykırılığın hukuki niteliği ve hangi hükümlere tabi olacağı doktrinde tartışmalıdır¹⁰⁷. Kıyasen borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüşün¹⁰⁸ kabulü halinde, fark teorisinin uygulanması ile ifa yerine olumlu zararını tazminini seçen borçlu hem borcundan kurtulup hem de ifa menfaatinin kavuşabilecektir¹⁰⁹. Bu bakımdan borçlu temerrüdü hükümlerinin TBK m.110 (Art.95 OR) aracılığıyla değil; doğrudan uygulanacağı¹¹⁰ bu hallerde alacaklı temerrüdünde istenecek tazminatın türüne ilişkin yapılan tartışmanın önemini yitireceği ifade edilmiştir¹¹¹.

¹⁰⁴ **Başak Başoğlu**, Öncelenmiş Borca Aykırılık, İÜHFİM, C. LXVI, S.2, 2008, s.289 vd. Bu hali ifade etmek üzere doktrinde borca aykırı davranılacağından önceden belli olması (**Oğuzman/Öz**, N.1562 vd.); borçlunun vaktinden önce ifadan açıkça kaçınması (**Eren**, Genel Hükümler, N.3291); borçlunun (ifa günü gelmeden) borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi (**Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §18, N.8 vd.; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.315 vd.) gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır.

¹⁰⁵ **Oğuzman/Öz**, N.1563.

¹⁰⁶ **Bucher**, s. 319; **Koller**, N.56.27 ve N.56.125; **Koller**, AJP, s.915; **Stauber**, N.754.

¹⁰⁷ Bir görüş borçlunun bu tutumunu sözleşmenin müspet ihlali, diğer bir görüş ise güven ilişkisinden doğan edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisinin ihlali olarak nitelendirir. Başka bir görüşe göre kıyasen borçlu temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır. Ayrıca imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır. Konuya ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen farklı görüşler için bkz.: **Başoğlu**, s.289 vd.; **Oğuzman/Öz**, N.1567 vd.

¹⁰⁸ Türk hukukunda bu görüşte bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.3291.

¹⁰⁹ Belirtelim ki, öncelenmiş borca aykırılığın tabi tutulacağı rejim bakımından doktrinde ileri sürülen diğer görüşlerde borçlunun hem sözleşmeyi ayakta tutup hem de kendi edim yükümlülüğünden kurtulma imkanı bulunmamaktadır. Gerçi ifa imkansızlığı görüşü, cebri icrası mümkün olmayan borçlar bakımından imkansızlık görüşünü savunup, alacaklıya ifa menfaatinin karşılayan tazminat hakkı verdiği için hem borçtan kurtulma hem de karşı edim alacağına kavuşma menfaati bu ihtimalde korunabilir. Buna karşılık cebri icrası mümkün olan borçlarda vadenin beklenmesi gerektiği savunulduğu için, bu takdirde alacaklının temerrüdü nedeniyle esasen vade hiç gelemeyeceğinden, borçlunun karşı edim alacağını elde etme menfaati korunamaz. İfa imkansızlığı görüşü ve bu görüşün sonuçları için bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.1574. Öncelenmiş borca aykırılığı sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendiren görüş ise, ihlale bağlanan sonuçlar bakımından kendi içerisinde ayrılmaktadır. Bir görüşe göre sözleşmenin müspet ihlaline, kanunun kötü ifaya bağladığı sonuçlar uygulanır ve bu ihlal tazminat sorumluluğuna yol açar. (Bu görüş için bkz.: **Haluk Tandoğan**, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, s.401; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 465.). Bu görüş karşı edim alacağı tehlikeye giren borçlunun sadece karşı edim menfaatinin korumakta; fakat sözleşmeden dönme hakkı tanımadığı için alacaklı temerrüdü nedeniyle kendi borcunu ifa edemeyen borçlunun borçtan kurtulma menfaatinin koruyamamaktadır. Buna karşılık öncelenmiş borca aykırılığı sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendiren başka bir görüş, hakkı tehlikeye düşürülen tarafın sözleşmeden dönebileceğini ve kusurlu taraftan tazminat talep edebileceğini savunur. (Bu görüş için bkz.: **Serozan**, s.319.). Bu görüş doğrultusunda borçlunun hem karşı edim hem de borçtan kurtulma menfaatlerini aynı anda korumak mümkün olabilse de, doktrinde bu görüş haklı olarak eleştirilmektedir. Bu görüşün eleştirisi için bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.1573.

¹¹⁰ Bkz.: **Bucher**, s. 319; **Koller**, N.56, 27.

¹¹¹ **Koller**, AJP, s.915.

2. Alacaklı Karşı Edim Borcuna Aykırı Davranmamışsa

Doktrinde TBK m.110 (Art.95 OR) hükmünün uygulama alanının karşılıklı edimli sözleşmelerde oldukça sınırlandırıldığı ileri süren yazarların bu sonuca, ifayı kabulden kaçınan alacaklının, karşı edim borcuna da aykırı davranmış sayılacağı yönündeki kanaatten yola çıkarak ulaştıkları anlaşılmaktadır. Halbuki alacaklının bu tutumu her zaman karşı edim borcuna da aykırı davranacağı şeklinde yorumlanamaz¹¹². Örneğin alacaklının ifaya katılımını gerektiren bir halin olup olmadığı veya alacaklının üzerine düşen fiilleri yerine getirip getirmediği meseleleri taraflar arasında ihtilaflı ise veya alacaklının üzerine düşen katılma fiillerinin geçici veya sürekli olarak yerine getirememesi, bu fiiller için görevlendirildiği üçüncü kişinin buna uygun hareket etmemesinden kaynaklanmışsa, alacaklının kaçınması, sözleşmeyi sabote etme amacından kaynaklanmaz¹¹³.

Kaldı ki, alacaklı borçluya karşı ifası ile yükümlü olduğu karşı edimi zaten yerine getirmiş; yine de sahip olduğu alacak hakkının borçlu tarafından yerine getirilebilmesi için üzerine düşen fiilleri yerine getirmekten kaçınmış olabilir¹¹⁴. Bu halde alacaklının ifaya katılmaktan kaçınması karşı edim borcuna aykırılık teşkil etmeyeceği gibi, ileride bu borca aykırı davranacağı şeklinde bir çıkarımda da bulunulamayacağı açıktır¹¹⁵.

Dolayısıyla bu ihtimalde borçlunun elinde karşı edim alacağı bakımından borca aykırılık hükümlerine başvurabilmesini sağlayacak imkanlar bulunmamaktadır. Borçlu, ancak alacaklının ifaya katılmaktan kaçınmasına bağlanabilecek hükümler çerçevesinde hukuki çareler arayabilecektir.

a. Alacaklının İfaya Katılımı Aynı Zamanda Bir Borç Teşkil Ediyorsa

Modern doktrinde her ne kadar eleştirilse¹¹⁶ de, alacaklının ifaya katılma fiillerini külfet olarak nitelendiren görüş hakimiyetini korumaktadır. Buna karşılık hakim görüşte de kanun veya sözleşme gereği istisnai bazı hallerde alacaklının ifaya katılmasının teknik anlamda bir borç teşkil edebileceği kabul edilmektedir¹¹⁷.

Doktrinde bu hallerde ifaya katılma fiillerinin yerine getirilmesi bakımından aynı zamanda alacaklı sıfatını taşıyan borçlunun, dilerse alacaklı dilerse borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabileceği ifade edilmektedir¹¹⁸. Fakat teknik anlamda bir borç teşkil etse

¹¹² **Stauber**, N.592. Ayrıca krş.: **Weller**, s.534.

¹¹³ **Hartmann**, s.16.

¹¹⁴ **Stauber**, N.591.

¹¹⁵ Krş.: **Weller**, s.535.

¹¹⁶ Alacaklının ifaya katılması gereken hallerde buna uygun davranmamasının borçlunun aleyhine birtakım sonuçlar doğurması ve külfet görüşünün bu olumsuz sonuçları ortadan kaldıramaması gerekçeleriyle, külfet (*Obliegenheit*) teorisinin terk edilerek yerine borçluya dava hakkı vermeyen, ancak ihlal edildiğinde alacaklının tazminat sorumluluğuna yol açan yan borç niteliğinde genel bir ifaya katılma borcunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunan yazarlar, görüşlerini hem pratik ve teorik temeller üzerinde desteklemeye hem de alacaklı temerrüdü hükümlerinin varlığı ile bağdaştırmaya çalışın tezler ortaya atmıştır. Krş.: **Hartmann**, s.91 vd.; **Weller**, s.502 vd.; **Stauber**, N.151 vd.

¹¹⁷ **Keller/Schöbi**, s.231; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N.2391; **Antalya**, s.136; **Weller**, s.475 vd. Bilhassa borçlunun edimin alacaklı tarafından kabulünde özel bir menfaatinin bulunduğu açık olan hallerde alacaklının ifaya katılma fiillerinin istisnaen bir borç olduğu hakkında bkz.: **Huguenin**, N.974.

¹¹⁸ **Oğuzman/Öz**, N.1136; **Weber**, Art.91, N.73; **von Tuhr/Escher**, s.76, **Schraner**, Art.91, N 43; **Schwenzer**, N 69.03; **Bernet**, Vor Art. 91-96 N 3; **Keller/Schöbi**, s.232; **Schulin**, dn.5; **Stauber**,

bile, ifaya katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınan alacaklının her zaman borçlu temerrüdüne de düştüğü söylenemez. Bu hususta öncelikle alacaklının bu borcunun, hangi yükümlülük kategorisine girdiği tespit edilmelidir.

Borç ilişkisinden doğan yükümlülükler çeşitli ayrımlara göre sınıflandırılmaktadır. Bu ayrımlardan biri edim yükümlülükleri-yan yükümlülükler şeklindedir¹¹⁹.

Alacaklının ifaya katılma fiilleri kural olarak bağımsız bir amaca sahip olmayıp, asıl borcun ifasına hizmet ettikleri için belirgin bir şekilde asli edim yükümlülüklerinden ayrılırlar¹²⁰. Edim yükümlülüklerinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesine hizmet eden alacaklının ifaya katılma fiilleri, bu bakımdan borçluya yükletilen yan yükümlülüklerle eşdeğer niteliktedir ve bu yükümlülüklerle aynı şekilde ele alınması gerekmektedir¹²¹. Yan yükümlülüklerle aykırılığa bağlanan yaptırım ise sadece ihlal edenin tazminat sorumluluğuna yol açmasıdır; buna karşılık asli edim yükümlülüklerinden farklı olarak bu yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için bağımsız bir ifa davası açılmaz¹²². Bunun bir sonucu olarak da yan yükümlülükler bakımından borçlu temerrüdünden bahsedilemez¹²³. Dolayısıyla ifaya katılma fiillerini yerine getirmeye ilişkin davranışın bir yan yükümlülükten ibaret olduğu hallerde borçlu ya alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanacak ya da yan borca aykırı davranan alacaklıdan TBK m.112 uyarınca sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat talep edebilecektir. Borçlunun hem borcundan kurtulmasına hem de ifa menfaatini karşılayan olumlu zararının tazminini isteyebilmesine ise imkan yoktur.

Bazı hallerde ise alacaklının ifaya katılma fiilleri, yerine getirilmediği takdirde ifa davası açma hakkı veren bir edim yükümlülüğü teşkil eder. Edim yükümlülükleri kendi içerisinde asli ve yan edim yükümlülükleri şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Asli edim yükümlülükleri sözleşmenin tipini belirleyen, onu karakterize eden; yan edim yükümlülükleri ise bu nitelikte olmayan, asli edime oranla ikincil bir öneme sahip olan, ancak asli edimden bağımsız bir amaca hizmet eden ve ihlalleri halinde ifa davası açılabilen yükümlülüklerdir¹²⁴.

Kanun koyucu alacaklının ifaya katılma fiillerini bir edim yükümlülüğü olarak öngörmüş olabilir. Örneğin, alıcının satılanı devralmakla yükümlü olduğunu düzenleyen TBK m.232/I (Art.211 OR)'de böyle bir hal söz konusudur¹²⁵. Taraflar arasındaki anlaşmadan

N.175-176. Alıcının satılanı devralma borcunu yerine getirmemesi halinde satıcının, alacaklı temerrüdü ya da borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabileceğine ilişkin olarak bkz.: **Tandoğan**, C.I/1, s.200.

¹¹⁹ Bu ayrım için bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.87; **Ernst Kramer**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1, 2 und 18 OR, Bern 1986, N.91-92; **Stauber**, N.160 vd.

¹²⁰ **Stauber**, N.169.

¹²¹ **Stauber**, N.170.

¹²² **Kramer**, N.91; **Eren**, Genel Hükümler, N.101.

¹²³ **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.115.

¹²⁴ **Kramer**, N.93; **Eren**, Genel Hükümler, N.89 ve N.91.

¹²⁵ **von Tuhr/Escher**, s.69, dn.2; **Tandoğan**, C.I/1, s.198 vd. (yazar alıcının bu borcunu yan borç olarak nitelendirmiş olsa da alıcının satılanı devralma borcunu yerine getirmemesi halinde satıcının, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabileceğini belirtmek suretiyle, bizim yan edim yükümlülüğü olarak ifade ettiğimiz yükümlülükleri kastettiği anlaşılmaktadır. Bkz.: s.200-201). Buna karşılık doktrinde alıcının satılanı devralmasının bir borç değil; külfet olduğunu ileri süren görüşlere de rastlanmaktadır. Hatta doktrindeki hakim görüşün külfet olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2019, N.519, dn.427'de gösterilen yazarlar. **Eren** (Özel Hükümler, N.521) de külfet görüşüne katıldığını; ancak durumun gerektirdiği bazı hallerde

veya somut olayın özelliklerinden, borçlunun edimin kabulünde veya ifaya hazırlık fiillerinin yerine getirilmesinde özel bir menfaati olduğu anlaşılabilen hallerde de, tarafların ifası dava edilebilir bir edim yükümlülüğü kararlaştırdıkları sonucuna varılabilir¹²⁶. Örneğin sipariş verilen balıkları kararlaştırılan tarihte teslim alınması için hazır bulunduran ve söz konusu balıkları buzdolabında saklayabilecek yeterli alanı olmayan balık satıcısının, alıcının vaktinde gelip balıkları teslim almasında özel bir menfaati söz konusudur¹²⁷.

Kanun veya sözleşme gereği, alacaklının ifaya katılma fiilleri bir edim yükümlülüğü teşkil ediyorsa, söz konusu fiilleri yerine getirmeyen alacaklıya karşı yine tazminat davası açılabilir; ayrıca bu fiillerin yerine getirilmesi bağımsız bir ifa davasına da konu olabileceğinden borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması mümkün hale gelir¹²⁸. İşte ifaya katılma fiillerinin edim yükümlülüğü teşkil ettiği istisnai bu hallerde borçlu, dilerse alacaklı temerrüdü yerine borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir¹²⁹.

Karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde tanınan seçimlik haklar ise, yalnızca karşılıklılık (synallagma) ilişkisindeki edimlerin ifasında temerrüde düşülmesi halinde söz konusu olabilir¹³⁰. Asli edim yükümlülüklerinin synallagmaya dahil yükümlülükler olduğu hususunda şüphe yoktur¹³¹. Yan edim yükümlülükleri ise ancak tarafların iradelerinden veya somut olayın özelliklerinden bu edim olmaksızın asli edimin ve dolayısıyla sözleşmenin alacaklı için anlamsız hale geleceği anlaşılan hallerde synallagmaya dahil kabul edilmektedir¹³².

alıcının devralma yükümlülüğünün bir borç teşkil edebileceğini ifade etmiştir. Eser sözleşmesinde (TBK m.486) ise sadece yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi halinde eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise iş sahibinin eseri kabul etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bkz.: **von Tuhr/Escher**, s.69, dn.2; **Stauber**, N.641. Bu halde dahi iş sahibinin eseri kabul borcundan bahsedilemeyeceğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz.: **Schraner**, Art.91, N.41.

¹²⁶ **Stauber**, N.173; **Weber**, Art.91, N.68. Taraflar arasındaki anlaşma kural olarak borçlunun alacaklı yararına borçlandığı edimi yerine getirmeyi üstlenmesini hedefler; ayrıca alacaklının ifaya katılma fiillerinin borç olarak kararlaştırılması istisnai niteliktedir. Bu nedenle sözleşmenin yorumundan kural olarak tarafların alacaklının ifaya katılma fiillerini ifası talep edilebilir bir edim yükümlülüğü olarak kararlaştırdıkları sonucuna varılamayacağı ifade edilmiştir. Bkz.: **Stauber**, N.177.

¹²⁷ Bu örnek için bkz.: **Huguenin**, N.974. Borçlunun alacaklının ifayı kabulünde veya ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmesinde özel menfaati bulunan hallere ilişkin verilen çeşitli örnekler için ayrıca bkz.: **Stauber**, N.174. Özellikle satış sözleşmesi bakımından verilen örnekler için bkz.: **Weber**, Art.91, N.68; **Schraner**, Art.91, N.31; **Tercier/Pichonnaz/Develiöglü**, N.1399.

¹²⁸ Alacaklının ifaya katılma fiilleri yan edim yükümlülüğü teşkil etse bile borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından bunun bir önemi yoktur. Zira yan edim yükümlülükleri de asli edim yükümlülükleri gibi bağımsız olarak dava edilebildikleri için bu tür edimler bakımından da borçlu temerrüdü mümkündür. Yan edim yükümlülüklerinde borçlu temerrüdünün söz konusu olabileceğine ilişkin olarak bkz.: **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.114; **Weber**, Art.91, N.58-59. İfaya hazırlık fiilleri asli edimin olmazsa olmaz bir unsuru niteliğindeyse bu fiillerin yerine getirilmemesi borçlu temerrüdüne yol açar. Bkz.: **von Tuhr/Escher**, s.76, dn.53; **Weber**, Art.91, N.61.

¹²⁹ Bkz.: **Stauber**, N.175-176.

¹³⁰ **Nicklisch**, s.544. Borçlu temerrüdündeki seçimlik haklardan bir diğeri olan sözleşmeden dönme de aynı şekilde synallagmaya dahil edimlerde temerrüt halinde söz konusu olabilir. Bkz.: **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.114. Federal Mahkeme'nin ise bir kararında (BGE 59 II 307) satış sözleşmesinde alıcının devralma borcunda temerrüde düşmesi halinde seçimlik hakların uygulanabilmesini kayıtsız olarak kabul ettiğine işaret edilmiştir. Bkz.: **Tandoğan**, C.I/1, s.201, dn.7.

¹³¹ Bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.89.

¹³² **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.114.

Kural olarak alacaklının ifaya katılma yükümlülükleri synallagmaya dahil değildir¹³³; ancak borçlunun edimi bizzat yerine getirmeye ilişkin önemli bir menfaatinin söz konusu olduğu istisnai bazı hallerde ifaya katılma fiilleri taraflar arasındaki anlaşma ile synallagma içerisindeki bir yükümlülük olarak kararlaştırılabilir¹³⁴.

Alacaklının ifaya katılma fiillerinin synallagmaya dahil edim yükümlülüğü teşkil ettiği bu hallerde borçlu temerrüdündeki seçimlik haklara da başvurulabilir. Borçlunun hem borcundan kurtulma hem de karşı edim menfaatini karşılayacak bir tazminata kavuşabilmesi, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde tanınan seçimlik haklardan biri olan ifa yerine olumlu zararın tazmini istendiğinde fark teorisinin uygulanması ile mümkün olabilmektedir.

b. Alacaklının Kaçınması Borçluyu İbra Etmeye Yönelik Bir Öneri Olarak Yorumlanabiliyorsa

Alacaklının üzerine düşen ifaya katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınması, borçluyu borcundan ibra etmek istemesinden kaynaklanmış olabilir. Fakat alacaklının bu tutumunun borçluyu ibra iradesi olarak yorumlanabilmesi için borçlunun ifa teklifini, kesin ve tereddüte yer vermeyecek surette reddetmiş olması gerekmektedir. Özellikle karşı edim borcunu önceden ifa etmiş olan alacaklı, kesin bir şekilde borçlunun ifasını istemediğini açıklamışsa, bu beyan, borçluyu kendisine karşı olan borcundan ibra etmeye yönelik (örtülü) bir öneri niteliğindedir¹³⁵. Borçlu bu öneriyi kabul ettiği takdirde¹³⁶, hem borcundan kurtulur hem de ibraya rağmen karşı edim alacağı varlığını koruduğu için, bu alacağını talep ve dava edebilir; halihazırda elde ettiği alacağı ise iade etmek zorunda kalmaz. Bu ihtimalde borçlunun her iki menfaati de korunmuş olur.

3. Özel Hükümlerdeki Düzenlemeler

a. Hizmet ve Kira Sözleşmelerinde Alacaklı Sıfatıyla İşveren/Kiracının Temerrüdü

Bazen borçlu, bizzat alacaklının yol açtığı bir davranış nedeniyle borçlandığı edimin ifasını alacaklıya teklif etme olanağını temelli olarak yitirir. Böyle bir halin varlığı, alacaklı

¹³³ Satış sözleşmesinde ifaya katılmaktan kaçınan alıcının bir asli edim yükümlülüğünü değil; yan edim yükümlülüğünü ihlal ettiği ve ifayı kabul veya ifaya hazırlık fiillerini yerine getirme kural olarak synallagmaya dahil kabul edilmediği için (zira satış sözleşmesinde synallagma içerisindeki edimlerin, satış bedelinin ödenmesine karşılık mülkiyetin ve zilyetliğin devridir), borçlu temerrüdü hükümlerinin ancak kıyasen uygulanabileceği hakkında bkz.: **Weber**, Art.91, N.67.

¹³⁴ Eser sözleşmesi bakımından ifaya katılma (işbirliği) yükümlülüklerinin kural olarak synallagmaya dahil olmadığı; ancak yüklenici için ücretin ikinci planda kaldığı, edimi sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde yerine getirebilmenin asli önem taşıdığı projelerin bunun istisnasını teşkil ettiği yönünde bkz.: **Nicklisch**, s.541, 544 ve dn.134'te verilen örnek. Alıcının satılanı devralma borcu kural olarak bir yan borç niteliğinde olduğu için, bu borcun yerine getirilmemesi halinde borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilecek olan satıcının sadece gecikme tazminatı isteyebilir. Bkz.: **Tandoğan**, C.I/1, s.200-201. Ancak satılanın devralınmasında satıcının önemli bir menfaati söz konusu olduğu için satılanın devralınması asli bir borç niteliğini taşıyorsa (bahçede biriken yanmış kömür artıklarının satışında olduğu gibi) karşılıklı edimli sözleşmelerde temerrüde özgü seçimlik hakların kullanılabilir. Bkz.: **Tandoğan**, C.I/1, s.201; **Eren**, Özel Hükümler, N.521.

¹³⁵ **Stauber**, N.185.

¹³⁶ TBK m.132'de ibra sözleşme olarak düzenlendiği için alacaklının tek taraflı olarak alacak hakkından vazgeçmesine izin verilmemiştir.

yüzünden ifa imkansızlığına işaret eder¹³⁷. Bu imkansızlığın nedeni, alacaklının ifayı kabulü veya üzerine düşen hazırlık fiillerini vaktinde yerine getirmemiş olmasından da kaynaklanmış olabilir. Şöyle ki, mutlak kesin vadeli bir işlemin söz konusu olduğu hallerde alacaklının zamansal gecikmesi, diğer bir deyişle borçlunun ifayı gerçekleştirilebileceği o tek zaman dilimini kaçırmaması, ifa imkansızlığına (zamansal imkansızlık) yol açar¹³⁸. Örneğin, düğün için çağrılan orkestra, düğün saati alacaklı tarafından kendisine bildirilmediği için düğüne yetişememişse böyle bir durum söz konusudur. Nitekim sürekli edimli sözleşmelerin de çoğu kez mutlak kesin vadeli işlem olduğu ve ifa zamanı kaçırıldığı takdirde bunun temerrüde değil; ifa imkansızlığına yol açacağı ifade edilmiştir¹³⁹.

Hem alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığında hem de alacaklı temerrüdünde borçlu borçlanmış olduğu edimi doğrudan doğruya alacaklı yüzünden yerine getirememektedir. Bununla birlikte alacaklı temerrüdü, edimin sonradan telafi edilmesinin olanaklı bulunduğu durumda söz konusu olur; bu nedenle geçici bir ifa engelidir. Alacaklı yüzünden ifa imkansızlığında ise borçlunun borçlandığı edimi yerine getirme imkanı tamamen ortadan kalkmıştır; bu nedenle alacaklının yarattığı ifa engeli kesindir¹⁴⁰.

Türk-İsviçre hukuklarında alacaklı yüzünden ifa imkansızlığına ilişkin genel bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir. Buna karşılık doktrindeki genel anlayış Alman hukukunda (§326 II BGB) öngörülen çözümün kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹⁴¹. Bu hüküm uyarınca, karşılıklı sözleşmede ifa imkansızlığına bizzat yol açan alacaklı, edim alacağından yoksun kalır; buna karşılık karşı edim borcunu yerine getirmek zorundadır. Aynı esasın Türk-İsviçre hukuklarında da benimsenmesi halinde, bir yandan borcundan kurtulan borçlu, diğer yandan karşı edim alacağına hak kazanabilecektir. Ancak edimin yerine getirilmesinden kurtulmakla borçlunun tasarruf etmiş oldukları ve bir bu sayede elde ettikleri bu karşı edimden düşürülecektir¹⁴².

Alacaklının ifası mümkün olan edimin yerine getirilmesini, ifayı kabulden veya ifa hazırlık fiillerinden kaçınarak engellediği alacaklı temerrüdünde ise, borçlunun hem borcundan kurtulup hem de karşı edim alacağını elde edebilmesi kural olarak mümkün değildir¹⁴³. Alacaklı yüzünden ifa imkansızlığından farklı olarak alacaklı temerrüdünde, en azından tevdiye elverişli edimlerde, borçlu hem borcundan kurtulup hem de karşı edim menfaatine kavuşabilmek için tevdi prosedürlerini yerine getirmek zorundadır. Bu bakım-

¹³⁷ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.1; **Oğuzman/Öz**, N.1192.

¹³⁸ **Hartmann**, s.24; **Weller**, s.479; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12 N.2.

¹³⁹ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12 N.2; §13 N.2.

¹⁴⁰ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.1 ve N.3. Alacaklı temerrüdü ile alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığı arasındaki fark için ayrıca bkz.: **Fatih Gündoğdu**, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s.336 vd.

¹⁴¹ **Oğuzman/Öz**, N.1193; **Halil Akkanat**, Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları, İstanbul 1996, s.37.

¹⁴² **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.4; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.320.

¹⁴³ **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.321; yazar aynı yerde imkansızlık halinden farklı olarak, alacaklı temerrüdünde, karşılıklı sözleşmenin karşılıklı edimleri arasındaki görevsel bağlılığı borçlu yararına koparmanın adalete uygun olmadığı; varlığında eksilen bir değer söz konusu olmayan borçlunun, hem kendi edimini alkoyup hem de karşı edimi alacaklıdan sağlamasına izin verilerek karşılıksız olarak zenginleşmesinin düşünülemeyeceğini belirtmiştir. Fakat aynı yazara göre yapma edimleri alacaklı tarafından engellendiğinde, menfaatler durumu haklı gösteriyorsa, sözleşmeden dönen borçluyu karşı edimden ister istemez yoksun bırakan alacaklı temerrüdü yerine, alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığının (zamansal imkansızlık) gerçekleştiği varsayılarak borçluya karşı edimin tümü sunulmalıdır. Bkz.: **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.5.

dan alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığının alacaklı temerrüdüne nazaran borçlu için çok daha elverişli olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁴. Nitekim alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca borçlunun borcundan kurtulabilmesi için sözleşmeden dönme hakkını kullanmak zorunda olduğu haller ile karşılaştırıldığında da alacaklı yüzünden ifa imkansızlığı borçlu için daha elverişli bir durum yaratır: sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına gerek olmaksızın imkansızlık sonucu borçlu borcundan kurtulur; buna karşılık sözleşmeden dönülmediği ve sözleşme halen ayakta olduğu için karşı edim alacağını muhafaza eder.

Hal böyle olmakla birlikte bizatihi kanun bazı hallerde mütemerrit alacaklı karşısında özel bir korumaya ihtiyaç duyan borçluların lehine hem borçtan kurtulma hem de karşı edim alacağına kavuşmaya imkan tanıyan özel düzenlemeler öngörmüştür¹⁴⁵. Bu nedenle borçlu için alacaklı temerrüdüne ilişkin öngörülen özel hükümlere başvurmanın daha avantajlı olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁶.

Bu hallerden ilki, hizmet sözleşmesinde işverenin işçinin edimini yerine getirmesini engellemesini ve buna bağlanan sonuçları düzenleyen TBK 408 hükmüdür. Bu hükümde kanun koyucu işçiyi koruyabilmek için sosyal birtakım düşüncelerle¹⁴⁷, işgörmeye ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engelleyen veya edimi kabulde temerrüde düşen işverenin (alacaklı), işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyeceğini; yine de işçinin ücretini ödemekle yükümlü olduğunu düzenlenmiştir.

Aslında işçinin hizmet edimi genelde mutlak kesin vadeli işlem niteliğindedir; diğer bir deyişle belirli bir süre içinde gerçekleştirilmesi gerekli sürekli iş edimi sonradan telafi edilemez. Dolayısıyla işverenin işçinin hizmet edimini yerine getirmesini engellemesi, alacaklı temerrüdüne değil; ifa imkansızlığına yol açar¹⁴⁸. Fakat bazı hallerde işçinin hizmet edimi (işgörmeye borcu) mutlak kesin vadeli işlem olmayıp, kaçırılan ifa zamanı dışında başka bir zaman da yerine getirilebilir. Buna rağmen kanun koyucu işgücünü her an paraya çevirebilecek olan işçiyi sonradan edimini yerine getirmek zorunda bırakmak istememiş ve çalıştırılmadığı süre için ücret alacağını koruyan alacaklı temerrüdüne¹⁴⁹ ilişkin bu özel düzenlemeye yer vermiştir¹⁵⁰.

¹⁴⁴ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.5.

¹⁴⁵ **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.321.

¹⁴⁶ **Keller/Schöbi**, s.297.

¹⁴⁷ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.4.

¹⁴⁸ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12 N.2; §13 N.4. Bir görüşe göre işverenin işçinin hizmet edimini geri çevirmesinin alacaklı yüzünden ifa imkansızlığına yol açtığı hallerde de TBK m.408 uygulanacaktır. Bu görüşte bkz.: **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.4. Başka bir görüşe göre ise bu hüküm yalnızca işçinin mutlak kesin vadeli işlem niteliğinde olmayan hizmet ediminin, işveren tarafından engellenerek alacaklı temerrüdüne yol açtığı hallerde uygulanacak; işçinin hizmet ediminin mutlak kesin vadeli işlem olduğu ve bu nedenle işverenin engellemesinin ifa imkansızlığına yol açtığı haller ise bu hükmün uygulama alanı dışında tutulacaktır. Bu görüşte bkz.: **Marcel Giger**, Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsmöglichkeit, Bern Stuttgart Wien 1992, s.140. Fakat hizmet ediminin ifası çoğunlukla mutlak kesin vadeli işlem niteliğinde olduğundan işveren tarafından engellendiğinde ifa imkansızlığına yol açacağı; bu nedenle de hükmün uygulama alanının oldukça sınırlandırıldığı belirtilmiştir. Bkz.: **Giger**, s.141.

¹⁴⁹ Doktrinde Oğuzman hakim anlayışın aksine bu hükümde alacaklı temerrüdünün değil; doğrudan doğruya imkansızlığın düzenlendiği görülmektedir. Bkz.: **Oğuzman**, s.149 vd. Başka bir görüş ise işçinin hizmet ediminin genelde mutlak kesin vadeli işlem olduğu ve öngörülen zamanda yerine getirilmediğinde ifa imkansızlığına yol açacağı gerekçeleriyle, TBK m.408 (Art.324 OR)'ın madde başlığında "işverenin temerrüdü" ibaresine yer verilmiş olsa da bunun kısmi imkansızlık şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu yönde bkz.: **Schraner**, OR 91 N 37. Yine de kanun gere-

Benzer bir düzenlemeye kira sözleşmesi bakımından TBK m.324'te rastlanmaktadır. Burada kiralanan kullanıma elverişli bulundurulduğu sürece, kiracının kendisinden kaynaklanan bir sebeple kullanılmasa veya sınırlı olarak kullanılsa bile kiracının, kira bedelini ödemekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla kiraladığı taşınmaza yerleşmeyecek veya kira konusu bir taşınır eşya ise bunu teslim almayarak alacaklı temerrüdüne düşen kiracı, geçmiş günler için taşınmazda oturma olanağını kaçırmış olsa veya kira konusu eşyayı kullanamamış olsa bile o döneme ait kira bedelini ödeme borcundan kurtulamaz¹⁵¹. Bu nedenle kira sözleşmesindeki özel düzenlemenin de alacaklı temerrüdü hükümlerine nazaran borçlu için daha elverişli olduğu ifade edilmiştir¹⁵².

TBK m.408 ve m.324 hükümleri uyarınca alacaklı temerrüdü nedeniyle ifa yükümlülüğü sona eren işçi veya kiraya veren, bu sayede yapmaktan kurtulduğu masrafları karşı edim alacağından düşürmek (mahsup etmek) zorundadır. Hizmet sözleşmesinde işçinin ücret alacağından ayrıca işçinin başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların da indirileceği öngörülmüştür.

b. Eser ve Vekalet Sözleşmeleri Bakımından Alacaklının İfayı Kabulden Kaçınmasının Sözleşmeyi Sona Erdirme İradesi Olarak Yorumlanması

Alacaklı temerrüdünde borçlunun borcundan kurtulmak için sözleşmeden dönme hakkını kullanmak zorunda olduğu en önemli edimlerden birini eser sözleşmesinde yüklenicinin iş görme borcu oluşturmaktadır. Yüklenicinin iş görme borcunu ifaya başlayabilmesi için iş sahibi üzerine düşen ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmiş olmalıdır (örneğin arsayı inşaata elverişli şekilde yükleniciye teslim etmelidir); aksi takdirde iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşer ve yüklenici TBK m.110'a göre sözleşmeden dönebilir. Bu bakımdan eser sözleşmesinde iş sahibinin alacaklı sıfatıyla temerrüdü halinde iş görme borcundan kurtulmak isteyen yüklenicinin (borçlu) elindeki imkan kendisine tanınan sözleşmeden dönme hakkını kullanmaktır.

Fakat eser sözleşmesinde iş sahibinin üzerine düşen ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmemesi halinde, yüklenicinin borcu başka bir hukuki sebeple sona erebiliyorsa, TBK m.110 (Art.95 OR) uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına gerek kalmayacaktır.

Bu hususta göz önünde bulundurulması gereken hallerden biri, eserin tamamlanmasının, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkansızlaşmasıdır. Alacaklı yüzünden ifa imkansızlığının eser sözleşmesindeki özel görünümünü teşkil eden bu halde, kanun koyucu yükleniciye, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteme hakkı (TBK m.485/f.1); ifa imkansızlığının ortaya çıkmasında iş sahibinin kusurlu olması halinde ise buna ek olarak tazminat isteme hakkı (TBK m.485/f.2) tanımıştır. İş sahibinin ifaya katılmaktan kaçınması nedeniyle eserin meydana getirilmesi objektif olarak imkansızlaştığında da aynı hukuki sonuçlar meydana gelecektir¹⁵³.

Eser sözleşmesi bağlamında iş sahibinin temerrüdü ile bağlantısı kurulan diğer hal ise, iş sahibinin tazminat karşılığı feshini düzenleyen TBK m.484 (Art.377 OR)'tür. Bu

ği herhalükarda işçi, işgörmeye borcunu daha sonra yerine getirmek zorunda kalmaksızın ücret alacağına kavuşabilirdi için hukuki nitelendirmenin önem taşımadığı ifade edilmiştir.

¹⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, §13 N.4.

¹⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, §12 N.2.

¹⁵² Keller/Schöbi, s.297.

¹⁵³ Gauch, N.1343.

hükümde iş sahibine, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi sona erdirmeye (feshetme) hakkı tanınmıştır. Bu bağlamda eser sözleşmesinde iş sahibinin haklı bir sebep olmadan üzerine düşen ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınması da onun tazminat karşılığı eser sözleşmesini sona erdirmeye iradesi olarak görülebilir.¹⁵⁴

Yüklenicinin eser sözleşmesini tam tazminat karşılığı feshetmesi, örtülü bir irade beyanı veya iradeyi gösteren davranışla da mümkündür.¹⁵⁵ Fakat iş sahibinin sözleşmeyi kesin olarak sona erdirmeye iradesi açıkça vurulmalıdır; yüklenicinin iş sahibinin gerçek iradesini anlamaması halinde ise, ödeme beyanının bulunup bulunmadığına güven prensibi çerçevesinde karar verilecektir.¹⁵⁶ Bu bakımdan iş sahibinin üzerine düşen katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınmasının örtülü bir fesih iradesi olarak nitelendirilebilmesi için kaçınmanın kesin olması gerekmektedir.¹⁵⁷ Herhalükarda iş sahibi eser sözleşmesini (sözgelemi finansal durumu kötüye gittiği için) açık bir beyanla sona erdirmeyip, ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınarak TBK m.484 (Art.377 OR) hükmünün öngördüğü hukuki sonuçları bertaraf edemeyecektir.¹⁵⁸

TBK m.484'te kendisine tanınan fesih hakkını kullanarak eser sözleşmesini sona erdiren iş sahibi, yüklenicinin fesih nedeniyle uğrayacağı olumlu zararını tazmin etmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden iş sahibine yüklenen yüklenicinin olumlu zararını tazmin yükümlülüğü ile yüklenicinin malvarlığı, sözleşme ifa edilmiş olsa idi hangi durumda bulunacak idiye onun temin edilmesi amaçlanır.¹⁵⁹ Bu nedenle söz konusu tazminatın üst sınırını feshedilen sözleşmede kararlaştırılan ücret oluşturur.¹⁶⁰ Hükümde değinilmemiş olmasına rağmen zarar hesaplanırken, yüklenicinin sözleşmenin sona ermesi nedeniyle serbest kalan iş gücünü, malzeme ve makinelerini başka bir işte kullanması nedeniyle elde ettiği veya kötüniyetle elde etmeyi ihmal ettiği kazançların düşürüleceği kabul edilmektedir.¹⁶¹

İş sahibinin ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınması aynı zamanda eser sözleşmesini sona erdirmeye yönelik irade açıklaması olarak nitelendirilebildiği takdirde, yüklenici bir yandan ifayı yerine getirme yükümlülüğünden kurtulurken, diğer yandan sona erme nedeniyle uğrayacağı olumlu zararın tazmin edilmesini iş sahibinden talep edebilir.

¹⁵⁴ Keller/Schöbi, s.295.

¹⁵⁵ Gauch, N.526; Vedat Buz, İş Sahibinin BK m.369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER, C.XXI/2 (2001), s.230.

¹⁵⁶ Gauch, N.526; Buz, BATİDER, s.231.

¹⁵⁷ Gauch, N.1343. Alman hukukunda eser sözleşmesinde iş sahibinin ifayı kabulden veya üzerine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmekten keyfi ve kesin olarak kaçındığı hallerin §649 BGB uyarınca iş sahibinin fesih hakkı olarak yorumlanabileceği belirtilmişse de, pasif şekilde kaçınmaktan ibaret olan fiillerin irade beyanı olarak nitelendirilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bkz.: Weller, s.483.

¹⁵⁸ Gauch, N.1343.

¹⁵⁹ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 5. Bası, İstanbul 2010, s.343; Eren, Özel Hükümler, N.2347; Buz, BATİDER, s.234; Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.147. Burada tazmini gereken zararın yoksun kalınan kar olduğu yönünde bkz.: Gauch, N.547; Tandoğan, C.II, s.348; Buz, BATİDER, s.239.

¹⁶⁰ Tandoğan, C.II, s.349; Eren, Özel Hükümler, N.2349. Doktrinde bu tazminatın ya toplama metoduna (olumlu yöntem) ya da kesinti metoduna (olumsuz yöntem) göre hesaplanabileceği belirtilmekte ve Türk/İsviçre kanun koyucusunun toplama metodunu benimsediği ileri sürülmektedir. Bkz.: Tandoğan, C.II, s.348; Eren, Özel Hükümler, N.2351-2353; Gauch, N.546 vd.. Eserin henüz yapılmamış kısmı bakımından söz konusu olacak tazminatın nasıl hesaplanacağını tam olarak tespit etmenin güç olduğu yönünde bkz.: Buz, BATİDER, s.239.

¹⁶¹ Gauch, N.549; Tandoğan, C.II, s.348-349; Öz, s.148; Buz, BATİDER, s.239; Eren, Özel Hükümler, N.2347.

Böylece yüklenici alacaklı temerrüdü hükümlerince sözleşmeden dönme hakkını kullanmasa bile borcundan kurtulabilmekte ve aynı zamanda olumlu zararının tazminini talep edebilmektedir.

Borçlu vekilin bir iş görme borcunu üstlenmiş olduğu vekalet sözleşmesinde müvekkilin alacaklı temerrüde düşmesi halinde de borçlunun borçtan kurtulması TBK m.110 (Art.95 OR) uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanması ile mümkün olabilecektir. Fakat eser sözleşmesinde olduğu gibi burada da borçlu vekilin alacaklı temerrüdü hükümlerinin kendisine tanıdığı bu imkana başvurmasına gerek kalmaksızın edim yükümlülüğünden kurtulması mümkün olabilir.

Bu bağlamda göz önünde bulundurulması gereken hal, TBK m.512 (Art.404 OR)'de düzenlenen vekalet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirmedir.

Bu hükümde hem vekâlet verene hem de vekile, bir neden göstermeksizin her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye yetkisi verilmiştir¹⁶². Ancak kendisine tanınan bu yetkiyi kullanmak isteyen taraf sözleşmeyi uygun olmayan zamanda sona erdirmişse, diğer tarafın bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür¹⁶³. Doktrinde genel olarak kabul edilen anlayışa göre vekalet veren, ifa menfaatini karşılayan olumlu zararın değil; ancak olumsuz zararın tazminini talep edebilir¹⁶⁴. Buna karşılık bir görüş sona erdirmeye halinde istenecek tazminatı olumsuz zarar ile sınırlandırmayıp olumlu zararın tazminine de imkan tanımakta; fakat buradaki olumlu zararın, sözleşme uygun zamanda sona erdirilseydi borçlu vekilin malvarlığının içerisinde bulunacağı durum göz önünde bulundurularak hesaplanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁶⁵.

Vekalet sözleşmesinde alacaklının haklı bir sebep olmadan kabulden veya ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınması, örneğin vekile gereken talimat ve bilgiyi vermemesi, vekalet verenin örtülü olarak tek taraflı sona erdirmeye yetkisini kullanması anlamına gelebilir¹⁶⁶. Şayet böyle bir halin varlığı söz konusu ise ve vekalet verenin bu fiilleri yerine getirmekten kaçınmak suretiyle vekalet sözleşmesini sona erdirmek istemesi uygun olmayan bir zamanda gerçekleşmişse, ancak doktrindeki azınlık görüşün kabulü halinde, vekil hem borcundan kurtulup hem de olumlu zararının tazminini talep etmeye hak kazanacaktır. Bu tazminat karşı edim menfaatini tam anlamıyla karşılamaya yetmeyecekse¹⁶⁷ de, borçlu

¹⁶² Tandoğan, C.II, s.619-620.

¹⁶³ Tandoğan, C.II, s.634 vd.

¹⁶⁴ Walter Fellmann, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern 1992, Art.404 OR, N.69'da gösterilen yazarlar. Ayrıca bkz.: Aynı yazar, Art.404 OR, N.72 vd. Tandoğan, C.II, s.640.

¹⁶⁵ Bu görüş için bkz.: Fellmann, Art.404 OR, N.70-71. Olumlu zararın tazminine imkan tanımakla birlikte yine de sona erme halinde istenebilecek tazminatın esas itibarıyla olumsuz zarara ilişkin olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: Aynı yazar, N.72. Tandoğan (C.II, s.641) ise sadece olumsuz zararın tazmininin istenebileceğini belirtmekle beraber, vekilin, vekaletinin devam edeceğini düşünerek reddettiği diğer vekaletler dolayısıyla yoksun kaldığı ücretin tazminini istemesi halinde olumsuz zararın olumlu zararla çakışabileceğini ve hatta onu geçebileceğini ifade etmiştir. Fellmann'ın verdiği örneklerden de bu gibi olumlu zarar ile olumsuz zarar kalemlerinin çakışabileceği halleri kastettiği anlaşılmaktadır. Bkz.: Fellmann, Art.404 OR, N.71. Dolayısıyla olumlu zararın tazminine imkan tanınsa bile, vekil sözleşmeyi sona erdiren vekalet verenden sözleşmede kararlaştırılan vekalet ücretinin tamamını talep edemez.

¹⁶⁶ Keller/Schöbi, s.295.

¹⁶⁷ Olumlu zararın tazminine imkan veren azınlık görüşü benimsense bile, vekalet sözleşmesinde kararlaştırılan ücretin tamamına hak kazanılamaz. Sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın

vekil alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme ile birlikte yalnızca olumsuz zararın tazmin edilebilmesine nazaran daha elverişli bir durumda olabilecektir.

C. Sorunun Münhasıran Alacaklı Temerrüdü Hükümleri Kapsamında Kaldığı Hallerin Belirlenmesi ve Bu Hallerde Nasıl Bir Yol İzlenmesi Gerektiği

Yukarıda incelediğimiz üzere, karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlunun borcundan kurtulması ve kısmen de olsa karşı edim menfaatini karşılayacak bir tazminat alacağına kavuşması, borca aykırılık hükümleri ya da hizmet, kira, eser ve vekalet sözleşmelerindeki özel hükümler aracılığıyla mümkün olabilmektedir. Bu nedenle alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde bir çözüm arayışına girilmesine ihtiyaç duyulmayacağı söylenebilir. Ancak alacaklının karşı edim borcuna aykırı davranmadığı veya özel hükümlerin uygulama alanına girmeyen hallerde, alacaklının ifaya katılma borcu da söz konusu değilse ve alacaklı borçluyu ibra iradesi taşııyorsa, ancak alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde bir çözüm bulunmak zorundadır.

Bu hallerde alacaklının tutumundan borçluyu ifa ile yükümlü tutmaya devam etmek; fakat borcun ifasını kendisi için uygun bir zamana ertelemek istediği anlaşılır¹⁶⁸. Örneğin, kendisine ait arsa üzerinde bir bina inşa edilmesi için yüklenici ile anlaşma yapan iş sahibi (alacaklı), işlerinin yoğunluğu nedeniyle üzerine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmeyi aksatıyor ve bu nedenle yüklenicinin (borçlu) inşaata başlamasını geciktiriyorsa, iş sahibinin tutumu kendi edim borcuna aykırı davranma ve sözleşmenin geleceğini tehlikeye düşürme amacını taşıdığı şeklinde yorumlanamayacağı gibi, ibraya yönelik bir irade olarak da nitelendirilemez.

Karşı edim menfaatine kavuşsa da alacaklı ifayı kabulden veya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçındığı için borçlu kalmaya devam eden borçlu, alacaklı ifaya hazır olduğunu bildirecek alacaklı temerrüdünü sona erdirdiğinde, ifayı gerçekleştirmek zorunda kalacaktır. Borçlu alacaklının ifa talebini ancak kanunda öngörülen zamanaşımı süresi dolduğunda defî hakkını kullanarak etkisiz hale getirebilecektir; zamanaşımı içerisinde kendisine karşı yöneltilen ifa talebi bakımından ise kural olarak herhangi bir savunmada bulunamayacaktır.

Bu takdirde borçlu ya karşı edimi elinde tutup borçlu kalmaya devam edecek ya da borçtan bir an önce kurtulmak için sözleşmeden dönecektir. Alacaklı temerrüdünde borcundan kurtulmak için sözleşmeden dönmekten başka çaresi olmayan borçlu, dönme beyanında bulunarak sözleşmeyi sona erdirdiğinde ise karşı edimi artık isteyemeyecek, önceden almışsa iade etmek zorunda kalacaktır. Doktrinde borçlunun karşı edim alacağına ilişkin korumanın yalnızca bu edimin ifa edilmediği haller ele alınarak incelendiği anlaşılmaktadır¹⁶⁹. Halbuki borçlunun halihazırda karşı edim alacağına kavuştuğu hallerde ortaya çıkan sorun, borcundan kurtulmak için sözleşmeden dönme hakkını kullanan borçlunun bir kez elde ettiği karşı edim alacağını iadeye zorlanamamasıdır. Dolayısıyla borçtan kurtulma ile birlikte karşı edim menfaatinin korunmasına duyulan ihtiyaç burada da ortaya çıkmaktadır.

tazminine imkan tanınması halinde ise, borçlunun talep edebileceği olumlu zarar daha kapsamlıdır. Bu hususta vekalet sözleşmesindeki düzenlemenin alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine imkan tanındığı takdirde bu zarara bir üst sınır teşkil edip etmediği sorusu ortaya atılmışsa (Stauber, N.610) da buna olumsuz yönde cevap verilmiştir. Çünkü burada vekalet veren vekalet sözleşmesini tek taraflı sona erdirmeye hakkını kullanmadığı için, bu hakkı kullanıyorsa daha sınırlı tutarda bir tazminat ödemek zorunda kalacak olduğunu ileri süremez. Bkz.: Stauber, N.611

¹⁶⁸ Stauber, N.186.

¹⁶⁹ Bkz.: dn.92 ve 93.

Bu haller bakımından ancak *de lege ferenda* sözleşmeden dönen borçluya ifa menfaati tutarında olumlu zarar tazminine imkan tanınması düşünülebilir. Sorulması gereken soru ise şudur: Borçlunun sözleşme bağından kurtulup karşı edim alacağını elinde tutması *de lege ferenda* bir çözüm getirilmesini haklı kılar mı? Başka deyişle, alacaklı karşı edim borcuna aykırı davranmadığında borcundan kurtulmak isteyen borçlunun sözleşmeden dönüp karşı edimini elinde tutmak istemesi haklı görülebilir mi?

Teorik olarak alacaklının ifa talebini zamanaşımı süresi içerisinde dilediği zaman ileri sürme hakkı bulunmaktadır. Fakat borçlunun bir an önce borcundan kurtulmaya yönelik menfaatinin bulunduğu açıktır. Sözelimi eser sözleşmesinde yüklenicinin iş sahibinin inisiyatifine göre belirleyeceği bir zaman dilimi boyunca borçlu kalmaya devam etmemekte haklı menfaatleri söz konusu olabilir¹⁷⁰. Çünkü yüklenici, sözleşme varlığını koruduğu sürece ekipmanlarını, çalışanlarını ifaya hazır durumda bekletmek zorundadır; yüklenicide yaratılan bu belirsizlik onun gelecekte kaynaklarını başka şekilde kullanmasına da engel teşkil eder ve borçlunun hareket özgürlüğünü kısıtlar.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, vade her zaman alacaklı lehine değildir; nitekim bunu öngören kanun koyucu borçluya kural olarak borcunu vadesinden önce ifa (erken ifa) yetkisi tanımıştır (TBK m.96). Dolayısıyla alacaklı bu şekilde ifa zamanını borçlunun aleyhine olacak şekilde tek taraflı olarak belirleyememelidir. Borçlunun borcundan kurtulmaya yönelik menfaati kanunun borçluya erken ifa yetkisi tanıyan hükmü ile birlikte düşünüldüğünde, kural olarak borçlunun menfaatinin borcundan *bir an önce* kurtulmaya yönelik olduğu kabul edilmelidir.

Alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine imkan tanınması lehindeki önemli argümanlardan biri, sözleşmeden dönmenin aksine tevdi ve satış hakkına başvurulabilen hallerde borçlunun hem borcundan kurtulup hem de sözleşme ilişkisi ayakta olduğu için karşı edim menfaatine kavuşabilmesidir. Fakat diğer yandan buna izin verilmesinin, kanunda tevdi ve satış hakkı öngörülen haller ile sözleşmeden dönme hakkı tanınan haller arasındaki dengeyi sarstığı da iddia edilebilir¹⁷¹. Şöyle ki, sözleşmeden dönme, tevdi ve satışa nazaran borçtan kurtulabilmeye yönelik çok daha kolay bir imkandır. Hatta tevdi ve satış prosedürlerinin dönmeye nazaran öngördüğü zorluğun, bu hallerde borçlunun karşı edim alacağına zahmetsiz kavuşabilme imkanı ile hafifletildiği söylenebilir.

Hemen ifade edelim ki, bu yönde ileri sürülebilecek olası bir itiraz haklı değildir; çünkü tevdi ve satışın aksine sözleşmeden dönmeye karşı edim menfaatine kavuşma imkanı borçlu için ancak alacaklıya “kusur” isnat edilebilecek haller bakımından söz konusu olacaktır. Tevdi ve satışta ise sözleşme ayakta olduğu için karşı edimi talep hakkı doğrudan sözleşmeye dayanır, alacaklının temerrüde düşmekte kusurlu olup olmaması bir önem taşımaz. Ayrıca sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için alacaklıya uygun bir süre tayin edilerek son bir şans da verilmesi gerekmektedir. Verilen bu süre içerisinde de kusurlu olarak ifaya katılma fiillerini yerine getirmeyen alacaklının borçlu karşısında artık korunmayı haklı kılan bir menfaati bulunmamaktadır.

Alacaklı-borçlu arasındaki menfaat dengesi bakımından kanaatimizce varılması gereken sonuç, *de lege ferenda* sözleşmeden dönen borçluya karşı edim menfaati ile sınırlı

¹⁷⁰ Stauber, N.191.

¹⁷¹ Doktrinde bir görüş ise tevdi veya satış yollarına başvurulabilecek edimlerde bu yolların borçlu açısından dolambaçlı ve zahmetli olduğu gerekçeleriyle yalnızca yapma edimleri değil; aynı zamanda tevdi ve satış hakkının kullanılacağı verme edimleri bakımından da sözleşmeden dönme imkanının tanınması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş için bkz.: Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.324-325.

olmak şartıyla olumlu zararının tazminini isteyebilmesine imkan tanınmasıdır. Bu hallerde alacaklı karşı edim borcunu ifa etmiş olacağı için sözleşmeden dönen borçlu, sadece borcu sona erdiği için yapmaktan kurtulduğu masrafları, alacaklıya iade etmek zorundadır; yoksa önceden elde ettiği karşı edim alacağının tamamını değil!

V. SONUÇ

Yapma borçları ile tevdi ve satış yollarına başvurulamayan verme edimlerinde alacaklının temerrüde düşmesi halinde borçluya borcundan kurtulması için tanınan tek imkan, sözleşmeden dönmedir. Kanun koyucu alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönmeyi düzenleyen hükümde (TBK m.110/Art.95 OR) borçlu temerrüdü hükümlerine göndermede bulunmuş ve bu şekilde dönmeye ilişkin prosedürlere borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını öngörmüş; fakat sözleşmeden dönen borçlunun ayrıca bir tazminat talep edip edemeyeceği hususunu cevapsız bırakmıştır. Doktrinde ise sözleşmeden dönen borçlunun tazminat talep edip edemeyeceği meselesi tartışılmıştır. Bir görüş alacaklının külfet olarak nitelendirilen ifaya katılma fiillerinin ihlali halinde tazminat istenemeyeceğini savunurken, doktrindeki hakim görüş borçlunun tazminat talebini tanıma yönündedir. Buna karşılık tazminata imkan tanıyan görüş içerisinde de istenebilecek tazminatın türü bakımından görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Karşılıklı edimli sözleşmelerde alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönmek suretiyle borçtan kurtulma menfaati korunan borçlunun karşı edim alacağına kavuşma menfaati mevcut hukukta, tevdi ve satış yollarına başvurmanın mümkün olduğu hallerden farklı olarak, korunamamaktadır. Borçlunun bu menfaatinin korunabilmesi ancak sözleşmeden dönme ile birlikte istenebilecek tazminatı olumsuz zarar ile sınırlandırmayan görüşlerden birinin kabulü halinde mümkündür. Bu görüşlerden karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde alacaklıya tanınan seçimlik hakları alacaklı temerrüdündeki borçluya da tanıyan görüşün kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla değerlendirilmesi gereken ihtimal, sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin mümkün olup olamayacağıdır. Aynı tartışma doktrinde borçlu temerrüdü bakımından da yapılmış olmakla birlikte, alacaklı temerrüdünde öngörülen sözleşmeden dönme imkanının arz ettiği fonksiyon ve özel durum göz önünde bulundurulduğunda, borçlu temerrüdündeki yoğun tartışmaların bu alana taşınmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Fakat yine de sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin istenememesinin önündeki en önemli engel, kanun koyucunun bu imkanı öngörmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda ortaya çıkan gerçek olmayan boşluk doktrindeki baskın görüş uyarınca ancak kanun koyucu tarafından yapılacak bir düzenleme ile doldurulabileceğinden, sözleşmeden dönen borçluya olumlu zararını isteme hakkı tanımak *de lege ferenda* bir öneri olmaktan öteye geçemeyecektir. Bu gerçek karşısında ilk olarak değerlendirilmesi gereken husus, meselenin çözümüne yönelik alacaklı temerrüdü hükümleri dışında mevcut hukuk bakımından bir çarenin bulunup bulunamayacağıdır. Alacaklının ifaya katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınması alacaklı temerrüdü dışında borca aykırılık teşkil ediyorsa ve özellikle karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde tanınan seçimlik haklara başvurma olanağı varsa, meselenin çözümü nispeten kolaydır: borçlu ifadan vazgeçip olumlu zararını istediğinde fark teorisi sayesinde hem borcundan kurtulabilir hem de karşı edim menfaatine kavuşabilir. Yine alacaklının borçluyu ibra ettiği veya hizmet, kira, eser ve vekalet sözleşmelerindeki özel durumlardan biri varsa, borçlunun bu her iki menfaatinin korunabilmesi kısmen de olsa mümkün olabilmektedir. Ancak alacaklının ifaya katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınmasının yalnızca alacaklı temerrüdü hükümlerini devreye sokabildiği hallerde, sözleşmeden dönen borçluya karşı edim menfaatini koruyabilmek için olumlu zararını istemesini haklı kılan gerekçeler vardır. Bu nedenle karşılıklı edimli sözleşmelerle sınırlı olarak ala-

çaklı temerrüdü yüzünden sözleşmeden dönen borçluya olması gereken hukuk açısından olumlu zararını isteme imkanı tanımak en uygun çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır.

KISALTMALAR

AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
b.	: bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BGH	: Alman Federal Mahkemesi
Bkz./bkz.	: bakınız
c.	: cilt
dn.	: dipnot
E.	: Erwägung
f.	: fıkra
İÜHFMD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
krş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
MK	: Türk Medeni Kanunu
N.	: Numara
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

Akkanat, Halil: Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları, İstanbul 1996.

Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.3, İstanbul 2017.

Başoğlu, Başak: Öncelenmiş Borca Aykırılık, İÜHFMD, C. LXVI, S.2 (2008), s.287-310.

Becker, Hermann: Kommentar zu Art.1-183 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI (Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 2. Aufl., Bern 1945.

Bernet, Martin: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. von Honsell/Vogt/Wiegand, 6. Aufl., Basel 2015.

Biedermann, Jakob: Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, Diss. Zürich 1944.

Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.

Buz, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998. (Sözleşmeden Dönme).

Buz, Vedat: İş Sahibinin BK m.369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER, C.XXI/2 (2001), s.209-265. (BATİDER)

Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Bası, Ankara 1997.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2019. (Genel Hükümler)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası Ankara 2019. (Özel Hükümler)

Ergüne, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.

Fellmann, Walter: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992.

Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 2. Bası, İstanbul 1977.

Gauch, Peter: Der Werkvertrag, 5. Aufl., Basel 2015.

Gauch, Peter/Schluop, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014.

Guhl, Theo/Koller, Alfred/ Schnyder, Anton K./Druey, Jean Nicolas: Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., 2000.

Gündoğdu, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014

Hartmann, Christian: Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, Berlin 1997.

Hatemi, Hüseyin/Gökayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015.

Huguenin, Claire: Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich Basel Genf 2019.

Hüffer, Uwe: Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, Berlin 1976.

Giger, Marcel: Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Bern Stuttgart Wien 1992.

Keller, Max/Schöbi, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3.Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988.

Keller, Max/Lörtscher, Thomas: Kaufrecht, Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., Zürich 1986.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul 2016.

Koç, Nevzat: İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara 1992.

Koller, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017.

Koller, Alfred: Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_446/2015 vom 3. März 2016, X. AG gegen Y. SA, Zeitpunkt des Leistungsverzichts (Art.107 Abs.2 OR) im Falle einer definitiven Leistungsverweigerung des Schuldners (Art.108 Ziff.1 OR). Leistungsverzicht eines Dienstleistungsschuldners wegen Mitwirkungsverzugs (Art.91 OR) des Gläubigers: Haftungsfolgen (Art.95 OR i.V.m. Art.107 f. OR), AJP (2018), s. 912-915.

Kramer, Ernst: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1, 2 und 18 OR, Bern 1986.

Müller-Chen, Markus: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184 - 318 OR), 3. Aufl., Zürich 2016.

Nicklisch, Fritz: Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertragsinsbesondere beim Bau- und Industrianlagenvertrag, Betriebs-Berater (1979), Heft 11, s.533-544.

Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2018.

Oğuzman, M. Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 16. Bası, İstanbul 2018.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 24. Bası, İstanbul 2018. n

Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm: Kommentar zu Art. 1-183 OR, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V (Das Obligationenrecht,) Halbband 1, 2 Aufl., Zürich 1929.

Öz, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

Schraner, Marius: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band V, Teilband 1e, Die Erfüllung der Obligationen, Art.68-96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000.

Schulin, Hermann: “Besteht ein Recht des Schuldners auf Erfüllung seiner Verpflichtung?”, Grenzen des Instituts des Gläubigerverzugs, Liber amicorum Nedim Peter Vogt, Basel 2012.

Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016.

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007.

Stauber, Demian: Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, Bern 2009.

Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul 2010.

Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974.

Weber, Rolf H.: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband: Die Erfüllung der Obligation, Art.68-96 OR, 2.Aufl., Bern 2005.

Weller, Marc-Philippe: Die Vertragstreue, Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz- Leistungstreue, Tübingen 2009.

Wiegand, Wolfgang: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. von Honsell/Vogt/Wiegand, 6. Aufl., Basel 2015.

ƒ KAMBIYO SENETLERİNDE AVAL

(AVAL IN BILLS OF EXCHANGE)

Av. Esra CİVELEK ACAR***

ÖZ

Bu çalışmanın konusu, kambiyo senetlerinde avaldır. Çalışmada avalin benzer kurumlardan farkı, unsurları, aval verenin hak ve sorumlulukları ile avalin sona ermesi konularını ilgili Yargıtay kararları da dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Aval, Kambiyo Senetleri, Avalin Unsurları, Aval Verenin Hak ve Sorumlulukları.

ABSTRACT

The subject of this study is aval in bills of exchange. The study focuses on the differences of aval from similar subjects, elements of aval, rights and responsibilities of avalist and the end of aval and also reference to relevant court precedents.

Keywords: Aval, bills of exchange, elements of aval, rights and responsibilities of avalist.

GİRİŞ

Borç ilişkileri, beraberinde taşıdığı rizikolar nedeniyle bu borçların teminat altına alınması gerekliliğini doğurmuştur. Zira böylesi ilişkilerde, ortaya çıkması şüpheli olan, ortaya çıkmasından çekinilen ve ayrıca ekonomik anlamda zararlı bir olayın gerçekleşmesi rizikosu vardır¹. Bu rizikoya bağlı olarak ortaya çıkan teminat gerekliliğinin ise özellikle ticari hayat bakımından çok daha önemli olduğunu söylemek mümkündür.

Maddi teminat anlamında karşımıza çıkan kefalet, rehin, ipotek gibi medeni hukuka özgü klasik kavramların uygulanmasındaki sürecin uzunluğu, ticari hayatın süratle işleme felsefesine uzaktır. İşlemlerin süratle yapılmasının sonucu olarak ticari çarkın kolaylıkla dönmesi özellikle ticari senetlerin tabiatı bakımından daha da önemli hale gelir. İşte bu çerçevede aval kurumu, ticari hayatın kambiyo senetleri ile sınırlı olan alanının teminat

^ƒ Eserin Dergimize geliş tarihi: 23.09.2019. İlk hakem raporu tarihi: 02.03.2020. İkinci hakem raporu tarihi:11.02.2021. Onaylanma Tarihi:21.03.2021.

* Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0909-6435

Eser Atf Şekli: Esra Civelek Acar, "Kambiyo Senetlerinde Aval", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1301-1339.

¹ TANDOĞAN, H.; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Ankara 1987, s. 684; HATEMİ, H./SEROZAN,R./ARPAÇI,A.; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 519.

ihtiyacının karşılanması amacıyla ticari ilişkileri kolaylaştıran, emniyet ve akıcılığa uygun olarak oluşturulmuş bir kurum olarak karşımıza çıkar².

TTK m. 700 ilâ 702. maddelerinde, poliçeye ilişkin hükümler arasında düzenlenmiş olan aval kurumuna ilişkin hükümler, TTK m. 778/3 uyarınca bono ve TTK m. 794 uyarınca çeke de uygulanır. Bu anlamda aval, kambiyo senetlerine özgü teminat ihtiyacını karşılayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çerçevede çalışmamızda aval kurumu, aval kavramından hareketle avalin hukuki niteliği, benzer nitelikte teminat sağlayan kurumlardan farkları, özellikleri, aval verenin sorumluluğu ve sahip olduğu haklar çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır.

I. AVAL KAVRAMI VE AVALİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Aval Kavramı

Aval, Kara Avrupası hukuklarında ve Türk hukuku da dahil olmak üzere aval kurumunu kabul eden diğer ülkelerde ve uluslar arası terminolojide yer alan bir kavramdır³.

Aval teriminin kökeni bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. *Bir görüş*, terimin Arapça kökenli “*hawala*” kökünden türediğini ileri sürerken *bir görüş*, Fransızca “*a valare*” kökünden *diğer bir görüş* de İtalyanca “*la valle- vallis*” köklerinden türemiş olduğunu ileri sürmektedir⁴.

Avalin tanımına TTK’da yer verilmemiş olmakla birlikte doktrinde unsurlarından yola çıkılmak suretiyle farklı tanımlamalara yer verildiği görülmektedir⁵. Bu çerçevede avalı, kambiyo hukuku kapsamında, kambiyo senedi nedeniyle sorumluluk altına girmiş kişiler lehine verilen özel bir tür kişisel teminat olarak tanımlamak mümkündür⁶. Aval veren kişiye “*avalist*” denir⁷. Avalist, poliçe ilişkisinde müracaat borçlusunu⁸ –başvuru borçlusunu olarak yer almaktadır.

² GÜRAL, J.; Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, AÜHFD, C. VIII, Y. 1951, S. 3-4, s. 435 vd. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/308/3008.pdf>, Erişim Tarihi, 31.03.2019, 07.30), s. 435 vd.; SENGİR, T.; Aval Hukuku, Ankara 1967, s. 2; DEMİRKAPI, E.; Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir 2005, s. 1.

³ DEMİRKAPI, s. 7.

⁴ Görüşler için bkz. ÖZTAN, F.; Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997, s. 791; DEMİRKAPI, s. 5-7; İPEKÇİ, N. /İLBULDU, N.; Türk Ticaret Yasasında AVAL, İstanbul 1999, s. 2.

⁵ Doktrinde yapılan tanımlar için bkz. DEMİRKAPI, s. 7 vd.

⁶ DOMANIÇ, H.; Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi IV, İstanbul 1990, S. 214; BAHTİYAR, M.; Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 17. Bastı, İstanbul 2019 (Kıymetli), s. 84; DEMİRKAPI, s. 11; BOZTOSUN, N. A.; “Avalde Def’iler”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 11, Temmuz 2007, s. 53.

⁷ ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 11. Bastı, İstanbul 2019; s. 182; BAHTİYAR, Kıymetli, s. 84.

⁸ TTK m. 713 ve TTK m. 724 gereği poliçenin vadesinde ödenmemesi durumunda hamil, poliçe üzerinde imzası bulunan cirantalara, senedin ilk hamili olan lehtara, poliçeyi kabul etmiş muhataba, düzenleyene ve bu kişilere aval verenlere ve araya girme suretiyle kabul edenlere başvurulabilir. Bu anlamda poliçe borçluları “*asıl borçlular*” ve “*başvuru borçluları*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Asıl borçlular, poliçeyi kabul etmiş muhatap ile buna aval verenler iken başvuru borçluları; düzenleyen, poliçenin ilk hamili olan lehtar, cirantalar ve bunlara aval veren kişiler ile araya girme suretiyle kabul edenlerdir. Senedin önce asıl borçluya ibrazı yanında kanunda öngörülen maddi ve şekli şartların gerçekleşmesinden sonra bu kişilere gidilebileceğinden kendilerine başvuru borçlusunu denilmektedir. Açıklamalar için Bkz. BAHTİYAR, Kıymetli, s. 96-97; BOZER/GÖLE, s. 136-137.

TTK m. 700 ilâ 702. maddeleri arasında, poliçeye ilişkin hükümler arasında düzenlenmiş olan aval kurumuna ilişkin hükümlerin, TTK m. 778/3 uyarınca bono ve TTK m. 794 uyarınca çeke de uygulanacağı düzenlenmiştir.

B. Avalin Hukuki Niteliği

Avalin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. *Bir görüş*⁹, avalin tek taraflı bir hukuki işlem olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş, aval işleminin kurulması için sadece aval verenin irade açıklamasının yeterli olduğunu, avalin varlığı için muhatabın irade açıklamasının kanun tarafından aranmadığını ileri sürmektedir. Diğer yandan kambyo senedinin tedavül edebilmesi için senedin tesliminin (dolayısıyla teslim alanın teslim alma davranışının), hukuki işlem değil de maddi fiil olduğunu, geri verme fiilinin de avalin kurucu unsuru değil de işlemin etkinlik unsuru olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu anlamda ayrıca, senedin geri verilmesinin avalin kurulmasını değil, avalin hukuki sonuçlar doğurmasını sağladığı ve aval işlemi yapılırken avalistin esasen senede zilyet olmadığı¹⁰, poliçeyi elinde bulundurmanın poliçeyi elinde tutarak avaliste imza attığı ileri sürülmektedir.

Bizim de katıldığımız *diğer bir görüş*¹¹ ise aval işlemini sözleşme olarak nitelendirmektedir. Bu görüşe göre, avalin oluşması için sadece aval verenin irade açıklamasında bulunması yeterli değildir. Nasıl ki poliçede yer alan bir hakkın oluşumunda keşideci ile lehdar arasında senedin verilmesi sonucu oluşan bir sözleşme varsa benzer durum avalde de söz konusudur. Yani avalistin irade açıklamasının yanı sıra senedin teslimi de gerekmektedir ki, teslim etme durumu (muhatabın kabulü) sözleşmesel ilişkinin varlığını gösterir. Ekleme gerekir ki, aval tek taraflı hukuki işlem olarak nitelendiren görüşler avalin bir kambyo taahhüdü olmasından yola çıkmaktadır. Oysa kambyo taahhüdü olması avalin sözleşme olmasının önünde bir engel değildir. Zira kambyo taahhüdünün bir sözleşme oluşturmadığı yönünde bir kanuni düzenleme de bulunmamaktadır. Bu anlamda avalin

⁹ BOZER/GÖLE, s. 164; AKSU, s. 79 vd.; HUYSAL, A. S.; “TBK Madde 603’ün Avale Uygulanabilirliği”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4 (2), Güz 2017; 171-188 (<https://docplayer.biz.tr/109260878-Tbk-madde-603-un-avale-uygulanabilirliği-applicability-of-article-603-of-the-tco.html>, erişim tarihi: 03.04.2019, 19.53). s. 184; YILDIZ, K.; “Kambyo Hukukuna Özgü Bir Kişisel Güvence Türü: Aval”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* - 2018/2 (İnternet Erişimi: https://www.researchgate.net/publication/330506582_Kambyo_Hukukuna_Ozgu_Bir_Kisisel_Guven-ce_Turu_Aval_A_Type_of_Personal_Guarantee_Pertaining_to_Law_of_Exchange_Aval/download; erişim tarihi: 02.04.2019, 14.00). s. 490.

YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME GENEL KURULU 20.04.2018 Tarih ve 2017/4, 2018/5 sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: “...Zira aval bir sözleşme değil, kambyo taahhüdü olarak verilir ve bu sahada kaçınılmaz başka bir taahhüt türü bulunmamaktadır...” (karar için bkz. www.kazanci.com).

¹⁰ Oysa zilyetliğin geçici kaybı zilyedin bu sıfatını sona erdirmez. TMK m.976’ya göre, fiili hakimiyetin geçici nitelikteki sebeplerle kullanılamaması veya kullanma olanağının ortadan kalkması zilyetliği sona erdirmez. Bu hüküm dikkate alınırca aval verecek olana senedin verilmesi, senedi verenin zilyetliğini sona erdirmedeği gibi aval verecek olanı da zilyet haline gelmez. Öte yandan senedi alanın zilyetliğin unsuru olan hakimiyet (egemenlik) iddiası da oluşmayacağı, çünkü kısa süreliğine geri verilmek üzere senedin alındığı düşünülebilecektir. Poliçenin kabulünde, poliçeyi kabul edenin senedi elinde bulundurmasını “ibraz eden hamil adına zilyetlik” şeklinde (yani başkası adına zilyetlik olarak) nitelendirildiğini görmekteyiz. Ayrıca Bkz. DEMİRKAPI, s. 106.

¹¹ ÖZTAN, 1997, s. 795; GÜRAL, s. 443; İPEKÇİ/İLBULDU, s. 19-20- 24; DEMİRKAPI, s. 104 vd, KAHYAOĞLU, E. C.; *Banka Garantileri, İstanbul 1996*, s. 41-42.

hukuki nitelendirilmesi bakımından şekle bağlı, teminat amaçlı ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu söylenebilir¹².

II. AVALİN BENZER KURUMLARLA MUKAYESESİ

A. Aval ve Kefalet Sözleşmesinin Mukayesesi

1. Aval ve Kefalet Sözleşmesinin Temel Özellikleri Bakımından Mukayesesi

Aval, bir tür poliçe kefaleti olarak nitelendirilmesine rağmen klasik kefaletten farklıdır. Aval ve kefalet arasındaki temel farklılıkları şu şekilde sıralayabiliriz¹³:

- TBK m. 581 vd. hükümlerine göre kurulan bir kefalet sözleşmesi, kefil için fer'i bir yükümlülük doğurur. Başka bir ifade ile kefalet, asıl borca bağlıdır. Oysa kıymetli evrak hukukuna özgü olarak yükümlülük altına giren aval vereninin yükümlülüğü bağımsız niteliktedir. Avalin geçerliliği için asıl borcun varlığı veya geçerliliği aranmaz. TTK m. 702/2 gereği aval veren kişinin teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa dahi aval verenin taahhüdü geçerlidir. Bu anlamda aval verilen kimsenin imzası sahte¹⁴ olsa ya da aval verilen kimsenin gerçekte olmaması dahi aval verenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz¹⁵. Buna mukabil lehine aval verdiği kişiye ait senetteki sorumluluk kaydına ise dayanabilir¹⁶.

- Aval veren, sadece borcun doğumunda değil; her aşamada bağımsızdır. Lehine aval verilen kimseye karşı zamanaşımının kesilmesi ile aval veren için de zamanaşımı kesilmiş olmaz. Zira TTK m. 751/I'e göre zamanaşımını kesen işlem kimin hakkında meydana gelmişse ancak ona karşı hüküm eder. Oysa TBK m. 155/II, asıl borçluya karşı kesilen zamanaşımının kefile karşı da kesilmiş sayılacağı düzenlemiştir¹⁷. Ancak tabi bu durum zamanaşımının kesilmesi bakımındadır; yoksa lehine aval verilen borcu zamanaşımı nedeniyle sona ermişse aval verenin borcu da sona erecektir¹⁸.

- TBK m. 135'e göre alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ile borç sona erdiği kefilin borcu da fer'i borç olması nedeniyle sona erecek olmasına karşın aval verenin kambyo senedinin yetkili hamili haline gelmesi aval verenin borcunu sona erdirmez¹⁹.

- Aval, sadece kambyo senetlerinden doğan bir borç için verilebildiği halde kefalet, ticari nitelikte borçlar da dahil olmak üzere her türlü borç için verilebilir.

¹² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. DEMİRKAPI, s. 124 vd; PULAŞLI, s. 205.

¹³ Aval ve kefaletinin ayrıntılı mukayesesi için bkz. GÜRAL, J.; "Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler", AÜHFĐ, C. VIII, Y. 1951, S. 3-4, s. 435 vd.(<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/308/3008.pdf>, Erişim Tarihi, 31.03.2019, 07.30); ayrıca bakınız REİSOĞLU, S.; *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara 2013, s. 134 vd; SENGİR, s. 7-8; ÖZEN, s. 45-47; BAHTİYAR, Kıymetli, s.90-91; DEMİRKAPI, s. 132 vd; AKSU, s. 90 vd.

Ayrıca kefalet ve avalın farklarına yer veren Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 20.04.2018 Tarih ve 2017/4, 2018/5 Sayılı kararı için bkz. www.kazancı.com.

¹⁴ Bu husustaki eleştirilerimiz için bkz. aşağıda s. 34 vd.

¹⁵ ÖZEN, s. 45; PULAŞLI, s. 206-207.

¹⁶ YILDIZ, K.; "Kambyo Hukukuna Özgü Bir Kişisel Güvence Türü: Aval", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2018/2 (İnternet Erişimi: https://www.researchgate.net/publication/330506582_Kambyo_Hukukuna_Ozgu_Bir_Kisisel_Guvence_Turu_Aval_A_Type_of_Personal_Guarantee_Pertaining_to_Law_of_Exchange_Aval/download; erişim tarihi: 02.04.2019, 14.00), s. 489.

¹⁷ ÖZEN, s. 46; ŞEKER, s. 68.

¹⁸ PULAŞLI, s. 217; ŞEKER, s. 68; OĞUZ, s. 73; YILDIZ, s. 489.

¹⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 135; GÜMÜŞ, s. 297.

- Kefilin rücu hakkını düzenleyen TBK m. 596/1'e göre kefil alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olur. Bu anlamda kefil, halefiyete dayanarak esas borçluya rücu eder. Ödeme yapan aval verenin ise bağımsız bir rücu hakkı vardır. Böylece aval veren, lehine aval verdiği kişiye ve ona karşı sorumlu olanlar aleyhine başvurabilir ve kambiyo senetlerine mahsus takip yapabilir²⁰.

- Avalın mutlaka senet üzerine (veya alonja) yazılması gerekir. Kefalet sözleşmesi ise asıl borç sözleşmesi içerisinde yer alabileceği gibi asıl borç sözleşmesinden ayrı olarak da yapılabilir. Ticari senet borcu aval ile temin edilebileceği gibi bir kefaletle de temin edilebilir. Senet üzerinde değil de senedin dışında "aval veriyorum" ibaresi yer alsada dahi bu aval değil bir kefalettir²¹.

- Aval verenin sorumluluğu müteselsil sorumluluktur. Aval veren, poliçe bedelinin kısmen ya da tamamen ödenmemesinden dolayı diğer poliçe borçluları ile birlikte hamile karşı kanun gereği müteselsil olarak sorumludur. Oysa kefalette kefil, borcun ödenmemesinden dolayı asıl borçlu ile birlikte alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu değildir; aralarında teselsül ilişkisi yoktur. Kefilin asıl borçlu ile birlikte alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumluluğu için ya kanunda ya da sözleşmede bir hüküm bulunması gerekir.

- Son olarak TBK m. 603 bakımından kefalet için aranan özellikle "eşin rızası" şartının aval için aranıp aranmayacağı da kefalet ve avale ilişkin mukayese bakımından ele alınacak bir başka husustur. Alt başlık altında değerlendirilecek olan hususu burada yalnızca belirtmekle yetinmekteyiz.

2. Aval ve Kefalet Sözleşmesinin TBK m. 603 Bakımından Değerlendirilmesi

Hukukumuzda eşin rızasının arandığı önemli hukuki işlemlerden biri de kefalet sözleşmesinin geçerliliği için eşin rızasını gerekli kılan, TBK m. 584'tür²². Bu anlamda kural, kefalet sözleşmelerinde eşin rızasının aranmasıdır. Diğer yandan TBK m. 603 ile kefalet sözleşmesinin uygulama alanı tespit edilmiştir. Bu çerçevede TBK m. 603 ile eski kanun döneminde yer almayan kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı şeklinde yeni bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu düzenlemede yer alan "başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı" ibaresi, avalin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalarının doğmasına sebebiyet vermiştir²³.

²⁰ REİSOĞLU, s. 136; ÖZEN, s. 46.

²¹ REİSOĞLU, s. 136; GÜMÜŞ, s. 296.

²² Hukukumuzda evliliğin çıkarlarının korunması amacıyla yapılan hukuki işlemlerde eşin rızasının arandığı diğer haller ise şunlardır: Aile konutuna ilişkin TMK m. 194 ve TBK m. 349. maddeler; eşin malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisine sınırlama getiren TMK m. 199, yasal mal rejimi kapsamında eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan mallar üzerindeki tasarrufları düzenleyen TMK m. 223/II'dir. Saydığımız hallere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. ŞEKER, s. 4 vd; YALÇINDURAN, s. 468.

²³ Hatta bu hususta, yapılan bir icra takibinin iptali davasında mesele Anayasa mahkemesine taşınmıştır. Avalin eşin rızası bulunmamasından ötürü geçersizliği sebebiyle icra takibinin iptali davasında Ankara 4. İcra Hukuk Mahkemesince TBK m. 584 ve m. 603'ün Anayasa'nın 12,13 ve 48. maddelerine aykırı olduğuna resen kanaat getirilmiş ve m. 584 ile m. 603'te yer alan "... ve eşin rızası na..."ibaresinin iptali Anayasa Mahkemesinden talep edilmiştir. Mahkeme, kefalet kurumunun ve kefalet amacı taşıyan her türlü sözleşmenin eşin rızasına bağlanmasının kişinin temel hak ve özgürlüklerinden olan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne açıkça aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, Ailenin huzur ve refahını korumayı amaçlayan söz konusu hükmün birey hak-

Bu anlamda *bir görüş*²⁴, söz konusu hükmün gereği olarak aval bakımından da garanti, borca katılma, itibar emri/kredi emrinde olduğu gibi eşin izninin aranması gerektiğini ileri sürerken *diğer bir görüş*²⁵ ise avalın eşin rızasına tabi olmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Yargıtay ise önceleri farklı yönlerde²⁶ kararlar vermiş olmakla birlikte söz konusu tartışmaya İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin avale uygulanamayacağı şeklinde karar verilmesi suretiyle son verilmiştir²⁷. Ka-

ları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yaratmadığı ve getirilen sınırlamamın amaç ile oranlı olduğu ifade ederek talebi reddetmiştir. (Kararın tam metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141212-13.pdf>. -erişim tarihi: 04.04.2019,16.00-).

²⁴ Türk Borçlar Kanunu tasarısı dönemine ilişkin açıklamaları bakımından bkz. **KIRCA, İ.**; “**Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni**”, Prof. Dr. Tuğrul ANSAY’a Armağan, Ankara 2006, s. 437-438; **BARLAS, N.**; “**Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler**”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derleyen: Prof. Dr. Çiğdem KIRCA, İstanbul 2013, s. 230 – Bu hususta **BARLAS**, aval bakımından oluşabilecek tereddütleri gidermek için ‘Kıymetli evraka ilişkin hükümler saklıdır’ şeklindeki bir ibarenin madde metnine eklenmesi önerisinde bulunmaktadır (s. 230); **ŞEKER, M.**; **Kefalette ve Avalde Eşin Rızası**, İstanbul 2017, s. 77 vd.; **SADİOĞLU**, s. 219; **GÜMÜŞ**, s. 305, dipnot: 1721; **DEMİR, Ş.**; “**Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı**”, **TBB Dergisi 2013 (108)** (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1307>, erişim tarihi: 03.04.2019, 16.50), s. 115-116 ayrıca yazar s. 117’de muhatapın veya düzenleyenin imzaları hariç olmak üzere, poliçenin yüzüne atılan her imzanın aval şerhi sayılacağından (TTK m. 701/3) hareketle eşin rızası alınmak isterken eşin borçlandırılmasının önüne geçmek amacıyla eşin rızasının, poliçe, çek veya bononun yüzüne değil de alonja alınması gerektiği yönünde bir öneri de bulunmuştur. **ÖZEN** ise avalın şekline ilişkin hususlar bakımından avalın TBK m. 603 kapsamına sokulsa bile TTK m. 701’in özel kural olması nedeniyle şekle ilişkin hususlarda TBK m. 603 değil TTK m. 701’in uygulanacağını ileri sürmekte; ancak bunun yanında TBK m. 603’ün sadece kefalet ehliyetine ilişkin sınırlamalar bakımından uygulanabileceğini bu suretle aval veren bakımından eşin rızasının aranacağını ileri sürmektedir (BKZ. **ÖZEN**, s. 47.); **HUYSAL**, şekle ilişkin hususlarda özel hüküm niteliğinde olan TTK m. 701’in uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir (bkz. s. 179).

²⁵ **REİSOĞLU**, s. 323; **BAHTİYAR**, Kıymetli, s. 87-88; **SARAÇ**, s. 255; **BOZER/GÖLE**, s. 164; **OĞUZ**, s. 67 vd.; **AKSU**, s. 111; **HUYSAL**, s.; **YILDIZ**, s. 501.

²⁶ Bu hususta görüş ayrılığı içinde olan kararlar: **Hukuk Genel Kurulu Kararı**: 24.05.2017 tarih ve 2017/12-1135 E., 2017/1012 K.; **11.Hukuk Dairesi Kararları**: 25.04.2014 tarih ve 2013/10176 E., 2014/14470 K.; 25.04.2014 tarih ve 2014/1231 E., 2014/7837 K.; **12.Hukuk Dairesi Kararları**: 15.05.2014 tarih ve 2014/10176 E., 2014/14470 K.; 26.9.2013 tarih ve 2013/20085 E., 2013/29955 K.; **19. Hukuk Dairesi Kararları**: 16.10.2014 tarih ve 2014/12290 E., 2014/15241 K.; 08.12.2014 tarih ve 2014/13328 E., 2014/17618 K.; 29.03.2017 tarih ve 2016/8980 E., 2017/2552 sayılı kararları (kararlar için bkz. www.kazancı.com).

²⁷ **YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME GENEL KURULU 20.04.2018 Tarih ve 2017/4, 2018/5 sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır**: “... Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki, *avalde eş rızasının aranması kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti ile örtüşmemektedir. Tek bir senedin tedavül etmesi ile avalistin evli olup olmadığına, evli ise eşinin avale rıza gösterdiğine ilişkin diğer kayıt ve belgelerin eklenmesi ile kambiyo senedinin hacmen çok büyüyeceği tartışmasıdır. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun eşin rızası ile ilgili getirdiği 584. maddesi hükmü, Kanun’un yürürlüğe girdiği 01/07/2012 tarihinden itibaren iş hayatını yavaşlattığı yönünde ağır eleştirilere maruz kalması nedeniyle ticari hayatın doğal akışını kolaylaştırma gereğiyle 28/03/2013 tarihinde 6455 sayılı Kanun’un 77. maddesiyle TBK’nin 584. maddesine kefalette eş rızasının aranmayacağı ve ağırlıkla ticari hayatı ilgilendiren haller bir istisna hükmü olarak üçüncü fıkra eklenmiştir. Kanun koyucunun bu istisnalar arasında aveli de göstermemesi, aslında en başından beri avalde eş rızasının aranmadığına işaret etmesi bakımından önemlidir. Kanun koyucunun, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen kefalet müessesesinde eşin rızasını ararken, aynı tarihte (01/07/2012) yürürlüğe giren ve daha özel bir kanun olan Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlediği*

aval için eş rızasını aramamasını gözden kaçırdığı şeklinde değerlendirilmemesi gerekir. TBK m. 603'ün avalu kapsadığını kabulü, aynı tarihte yürürlüğe giren TBK ve TTK hükümlerinin bir kısmının uygulanmayacağı sonucuna götürür. Nitekim kanun koyucu TBK m. 584'de Kanunun yürürlüğünden kısa süre sonra 6455 sayılı Kanun ile eklediği üçüncü fıkra ile maddenin kapsamını sınırlamıştır. Kanun koyucunun bu sırada avalu sınırlamaya dâhil etmemesine yüklenilecek anlam, avalu TBK m. 603 kapsamında görmemesi olarak kabul etmek gerekir. Aksi durum, kanun koyucunun avalu evli olup olmadığının ve TBK m. 584/3'deki istisnaların bulunup bulunmadığının araştırılmasını hamile yükleyeceği sonucuna götüreceği, böyle bir durumun; hamile külfet yükleyeceği gibi kambyo hukukunun tedavül kabiliyetinin sürati ile de uyum sağlamayacağı açıktır. Nitekim öğretiler; "... TBK m. 603 gibi istisnai hükümlerin dar yorumlanması gerekmekte olup, şekle ve ehliyetle ilişkin getirilen sınırlandırmaların, kanun koyucu amacını aşacak şekilde yorum yoluyla genişletilerek uygulanması, hukuki güvenlik ilkesini ve TBK'daki sözleşme şerbetisi-şekil serbetisi-ilkesini zedeleyici sonuçlara neden olacaktır. Kaldı ki hükümlerin konuluş amacından hareket edildiğinde dahi avalu ve kefalet arasında, korunan kişiler ve menfaatler açısından ciddi bir fark olduğu görülmektedir (Can, M.Ç., a.g.e. s.66). Yine TBK 603. maddesinin avalu kapsamadığı hususu "... Zira avalu sadece kambyo senedine ilişkin bir teminat olması, avalu teminat fonksiyonunun yanında iktisadi bir fonksiyonunun da bulunması, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin avalu uygulanmasına engeldir. Nitekim ticari işler hız ve kolaylık gerektirir ve kambyo senetleri, kıymetli evrakın özelliği olan tedavül kabiliyetinin en hızlı şekilde gerçekleştiği senetler olduğu göz önünde bulundurulduğunda, eşin izni müessesesinin, kambyo senetleri hukukunun oluşturduğu sistem ile bağdaşmayacağı... (Aksu R., Aval Kurumu, 2015, s.108,109), şeklinde açıklanmıştır.

Benzer değerlendirmelere Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında da (24/05/2017 T. 12-1135/1012) yer verilmiş olup; "...Avalu bu özel niteliği kambyo senetlerine duyulan güven ve tedavül kabiliyeti ile de ilgilidir. Zira kefalette asıl borç bir nedenle geçersizce (söz gelimi kefilin fiil ehliyeti yoksa) kefilin de sorumluluğuna gidilemezken, avalu lehine avalu verilenin sorumluluğu bulunmasa bile avalu teminat sorumluluğu devam etmektedir. Kendisine böylesine önemli bir fonksiyon atfedilmiş avalu müessesesinin kefaletle ilişkin genel hükümlere tabi kılınması doğru değildir. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 603 üncü maddesinin gerekçesinde... denmişse de bu düzenlemenin avalu de kapsayacağına dair açıklık bulunmamaktadır. Hatta gerekçe "kefilin koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla" yapılan diğer sözleşmeleri işaret ederken, avalu bu kapsamda kalmadığında da tereddüt bulunmamaktadır. Zira avalu bir sözleşme değil, kambyo taahhüdü olarak verilir ve bu sahada kaçınılacak başka bir taahhüt türü bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile gerçek kişilerce verilen avaller Türk Borçlar Kanunu'nun 603 üncü maddesine tabi tutulmayacak ve kefil lehine olan hükümlerden kurtulmak için avalu verildiği ileri sürülemez. Kaldı ki ticaret hayatındaki sürat ve güven ihtiyacı, ticari iş ve işlemlerin genel hükümlerden ayrı, özel kanuni şekil kurallarına bağlanmasını zorunlu kılmıştır. Tedavül kabiliyeti ve kambyo senetlerinin soyutluğu ilkeleri de bu fonksiyona hizmet ederler....Soyutluk hamili güçlendirir ve bu sebeple de kıymetli evraka güveni artırır. Kıymetli evrakın soyutluğunun sonuç doğurması, içerdiği hak ve sorumlulukların senet dışında başka bir yere başvuruya gerek kalmaksızın herkes tarafından anlaşılabilirliği ile mümkündür. Srf bu ihtiyaç dahi avalu "eş rızası" noktasında kefaletle ilişkin hükümlere tabi kılınmasını imkânsız hâle getirmektedir. Gerçekten de iki kişi arasında düzenlenen bir sözleşmede borçluya kefil olan kişinin evli olup olmadığı, eşin rızasının bulunup bulunmadığı kolaylıkla belirlenebilirken, tedavül kabiliyeti nedeniyle bir kambyo senedinde avalu teminat evli olup olmadığının ve eşinin rızasının bulunup bulunmadığının araştırılması zorunluluğu, hamile kambyo senetleri hukukuna tamamen yabancı bir yük getirecektir. Bu detayların senede derç edilmesi ve sonraki cirantaların hiçbir tereddüde mahal olmaksızın bunu bilmesi mümkün değildir., şeklinde açıklanmıştır. Ailenin ekonomik bütünlüğünün korunmasına ilişkin düşünceye gelince: Tarafların başka adlar altında akdedecekleri sözleşmelerle kefaletle ilişkin şekil şartlarını dolanmaya çalışmaları elbette avalu için de benzer endişeleri gündeme getirebilmektedir. Ancak alacağı güvence altına alabilmek için kambyo senetlerinde de avalu dışında başvurulabilecek farklı yöntemlerin mevcudiyeti tartışmasıdır. Hâl böyle olunca ailenin ekonomik bütünlüğüne yönelebilecek tehditlerin her zaman için Türk Medeni Kanunu'nun hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen 2'nci maddesi ile bertaraf edilmesi mümkündür.

naatimizce İctihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı yerinde bir karardır. Avalde eşin rızası aranmamalıdır. Zira avalde eşin rızasının aranması, öncelikle kambiyo senetlerinin süratli ve güvenilir olarak tedavül kabiliyetini sekteye uğratacaktır. Diğer yandan TBK m. 603, evli kişilerin hak ve fiil ehliyetine sınırlama getiren istisnai bir hükümdür. Bu nedenle dar yorumlanması icap eder. Söz konusu hükümde geçen “başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler” ifadesinin garanti sözleşmesi veya en azından genel hükümlerde düzenlenmiş olan şahsi güvence sağlamaya yönelik sözleşme tiplerinin anlaşılması daha doğru görünmektedir²⁸; yoksa TBK hükümlerine nazaran daha özel nitelik taşıyan, TTK’da düzenlenmiş bulunan kambiyo hukukunda şekil ve uygulanacak hükümleri kanunla açıkça düzenlenmiş olan aval sözleşmesinin hükümde ifade edilen başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler kapsamında değerlendirilmemesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Ayrıca her ne kadar aynı sonuca varılmış olsa da “avalin sözleşme olmayıp tek taraflı hukuki işlem olduğu, o halde zaten eşin rızasının aranmasına gerek olmadığı”²⁹ gerekçesinden hareket etmek de doğru olmayacaktır. Aval, sözleşme olarak kabul edilsin ya da edilmesin eşin rızasının aranmasının gerekip gerekmediği, işlemin sözleşme olup olmamasından bağımsız bir değerlendirmeyi gerektirir. Zira her ne kadar TBK’nın 584. maddesinin gerekçesinde ifade edilmemiş olsa da doktrinde söz konusu hükmün konuluş amacının aile birliğini koruma, eşlerin birbirinden habersiz ve denetimsiz bir şekilde ailenin geleceğini tehlikeye atacak ekonomik işlemlerde -özellikle de kefalet vasfı taşıyan işlemlerde- ortak kararlar hareket etmelerinin sağlanması olduğu, yapılan bu düzenleme ile kanun koyucunun diğer eşin ve aile birliğinin zarar görmesini engellemek istediği haklı olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla aileyi korumaya yönelik böylesi bir düzenleme bakımından avalin sözleşme olmaması gibi bir gerekçeye dayanılmasının, daha doğru bir ifade ile hukuki işlemin tipine yönelik değerlendirmenin yerinin olmaması gerekir. Kaldı ki TBK m. 603 hükmünü hazırlayan komisyonun bir üyesi olan **ALTOP** da aslında bu hüküm ile gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan “*her türlü hukuki işlem*”in kastedildiği, kefaletin bir sözleşme olması nedeniyle *sehven* “sözleşme” ifadesinin kullanıldığı, burada sözleşme ifadesinin “*hukuki işlem*” olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir³⁰. Her ne kadar hükmün gerekçesinde bundan bahsedilmemiş olsa da komisyonun esas iradesini bilmek bu yöndeki yorumumuzu da desteklemiş olacaktır.

Diğer yandan eşin rızasının aranması bakımından şekli bazı problemlerin de olduğu ileri sürülmektedir. Bu anlamda rızanın ayrı bir belgede gösterilmesinin gerekmesi kambiyo senedine eşin -rıza göstergesi sebebiyle- atacağı imza nedeniyle kendisinin de borçlanması sonucunu doğurabilecektir (TTK m. 701). Eşin rızasının varlığının ayrı bir belgede yer alması ise kıymetli evrakin kendi kendine yetebilme kabiliyetinin ortadan kalkmasına yol açacaktır³¹. Bu sözünü ettiğimiz gerekçe de kuşkusuz göz önünde tutulabilir. Ancak ifade edelim ki bu tür bir şekli unsura rağmen böyle bir sorunun eşin imzasının yanına bir paraf atılması suretiyle aşılması mümkündür. Zira senet üzerinde ‘şahit’ ifadesi kullanılmak suretiyle atılan imzanın varlığı halinde bu imza söz konusu ‘şahit’ parafı nedeniyle aval

III-SONUÇ: Yukarıdan beri açıklanan yasal düzenlemeler, yargısal ve bilimsel içtihatlarla bu çerçevede yapılan değerlendirmeler sonucunda "kefalette eşin rızasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 584'uncü maddesindeki düzenlemenin aynı Kanunun 603. maddesi uyarınca 'aval'de uygulanmasının gerekmediği" yönünde 20.04.2018 günü oy çokluğu ile üçüncü görüşmede karar verildi." karar için bkz. www.kazancı.com.

²⁸ REİSOĞLU, s. 323; OĞUZ, s. 76.

²⁹ AKSU, s. 108 vd.; HUYSAL, s. 185.

³⁰ ALTOP, s. 298-299.

³¹ HUYSAL, s. 182.

olarak nitelendirilmemektedir³². Keza yine temsil şerhi ile imza atılması da mümkündür³³. O halde şayet eşin rızasının aranması kabul edilecek olursa bu şekli problemin aşılması da bu çözüm ile mümkün olabilecektir.

Son olarak ifade etmek gerekirse TBK m. 603'te kefaletin şekli ve kefalet ehliyetine ilişkin hükümlerin de başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere uygulanacağından bahsedilmektedir. Aşağıda aval verme ehliyeti başlığı altında gerekçelerini açıkladığımız üzere gerçek kişilerin kefil olabilmesi için tam ehliyetli olması gerektiği şartı, aval veren bakımından da aranmalıdır. Bu nedenle vesayet altında bulunanların ve bunlar adına yasal temsilcilerinin, velayet altındaki küçüklerin ve velilerinin aval vermesi veya aval vermek için izin vermesi ya da sonradan verilmiş avale onay vermesi TMK m. 449 gereği yasak olarak kabul edilmelidir.

Şekil bakımından ise TTK m. 701, TBK m. 603'e göre daha özel nitelikte bir hüküm olduğu için avalin şekline ilişkin hususlarda TBK m. 603 değil TTK m. 701 uygulanacaktır³⁴.

B. Aval ve Garanti Sözleşmesinin Mukayesesi

Aval, bir üst başlıkta incelendiği üzere kefaletten farklı olduğu gibi garanti sözleşmelerinden de farklıdır. Garanti sözleşmeleri kanunda düzenlenmemiştir³⁵. Ancak garanti sözleşmeleri hem doktrinde çoğunluk yazarlarca hem de Yargıtay kararlarında TBK m. 128'de düzenlenen "üçüncü kişinin fiilini üstlenme" çerçevesinde ele alınan bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶. Garanti sözleşmesi, garanti alanın belli bir davranışa girişmesinden veya kendisiyle borç ilişkisine girdiği üçüncü bir kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini garanti verenin bağımsız taahhüdü ile üzerine aldığı bir sözleşmedir³⁷. Garanti sözleşmesi ikiye ayrılmaktadır: *İlki*, "teminat amaçlı garanti sözleşmesi"³⁸; *ikincisi*, "saf garanti sözleşmesi"³⁹. Garanti sözleşmesinin temin edilen ilişki ile

³² **Yargıtay 12. HD, 11.2.2013 Tarih ve 33231/3386 sayılı kararında** şu ifadelere yer verilmiştir: "Somut olayda, takip dayanağı olan 27.01.2011 keşide tarihli ve 8.000 TL bedelli bononun keşidecisinin İ. H., lehtarının ise Z.F. olduğu, itiraz eden borçlunun da bonoya "Ş. H. I. G." olarak adını yazmak suretiyle imzaladığı görülmektedir. Borçlunun adının yanında yer alan "Şahit" ibaresi, Türk Ticaret Kanunu'nun 701/1. maddesinde düzenlenen aval niteliğinde olmadığı gibi, aval ile eş bir anlam da taşımamaktadır..." (www.kazanci.com.).

³³ **DEMİRKAPI**, Avalde Şekil, s. 81.

³⁴ **ÖZEN**, s. 47; **OĞUZ**, s. 74; **HUYSAL**, s. 179.

³⁵ Sadece ülkemiz bakımından değil diğer ülkelerde de garanti sözleşmesinin düzenlenmemiş olması sebebiyle özellikle banka teminat mektupları bakımından uygulamada sorunların çözümünün güçleştiği yönündeki açıklamalar için bkz. **REİSOĞLU, S.; Banka Teminat Mektupları ve Kontragarantiler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2003**, s. 34 vd.

³⁶ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1475; **GÜMÜŞ**, s. 450 dipnot 2476'da anılan yazarlar ve ayrıca bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. aynı eser s. 450-451 dipnot 2477. Garanti sözleşmesinin sui generis (atipik) bir sözleşme olduğu yönünde bkz. **HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI**, s. 51; **SEROZAN**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002, s. 72; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1477, s. 51; **ÖZEN**, s. 25; **GÜMÜŞ**, s. 451.

³⁷ **TANDOĞAN**, s. 809; Yargıtay'ın tanımlamaları için bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1475-1476.

³⁸ *Teminat amaçlı garanti sözleşmesi* ile garanti veren, borçlunun edimini yerine getirmemesinden sorumlu olmayı üstlenmektedir. Garanti veren, teminat sağlamak amacıyla asıl borç ilişkisindeki alacaklıya karşı asıl borçtan bağımsız olarak borçlunun edimi için sorumlu olma taahhüdünde bulunmuş olur. Bu noktada kefaletten önemli bir çizgi ile ayrılmaktadır. Zira kefalet fer'i nitelik taşıyan garanti verenin yükümlülüğü ise asıl borçtan bağımsız, aslî bir nitelik taşımaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **TANDOĞAN**, s. 804 vd; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1478.

bağlantısı hem kefalet sözleşmesi ile hem de aval ile benzerlik göstermektedir. Zira avalde de aval verenin aval verilenin taahhüdünün geçersizliğini üstlenmesi söz konusu olmaktadır⁴⁰. Bu nedenle avalin garanti sözleşmesi ile farklarının ortaya konulması gerekir. Bu çerçevede aradaki farkları şu şekilde sıralayabiliriz⁴¹:

- Avalin mutlaka senet veya alonj üzerine yazılması gerekir, oysa garantinin borç senedi üzerine yazılması zorunlu değildir⁴².
- Aval veren senet metninden anlaşılan def'ileri ileri sürebilir ancak garanti veren sadece rizikonun gerçekleşmediği savunmasını yapabilir.
- Avalle teminat altına alınan borç, şekle ait bir noksandan dolayı geçersizse aval verenin taahhüdü de geçersizdir. Oysa borçlar hukukunda garanti ile temin edilen borcu doğuran sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olması garanti sözleşmesini geçersiz kılmayacağı kabul edilir⁴³.
- Teminat amaçlı garanti sözleşmesi, TBK m. 603 kapsamına girer ve kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine, eşin rızasına ilişkin hükümler burada da uygulanır⁴⁴. Oysa aval TBK m. 603 kapsamına girmez.
- Aval veren lehine aval verdiği kişiyle birlikte müteselsilen sorumlu olurken; garanti veren ve lehine garanti verdiği kişinin ise müteselsilen sorumlu olması söz konusu değildir. Zira garanti veren rizikonun gerçekleşmesi halinde oluşacak zararı ödemek durumdadır. Dolayısıyla asıl borçlu ve garanti verenin borçları birbirinden farklıdır, aralarında teselsül oluşturacak bir ilişki bulunmamaktadır.

³⁹ *Saf garanti sözleşmesiyle* garanti veren, garanti alanı belirli bir davranışa yöneltmek amacıyla bu davranıştan o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alması borcunu doğuran bağımsız nitelikteki bir sözleşmedir. Garanti alanın istenilen davranışı, onun garanti verenle yeni hukuki ilişkilere girmesiyle bağlı garanti sözleşmesi söz konusudur. Ayrıntılı açıklamalar ve örnekler için bkz. **TANDOĞAN**, s. 806 vd; ayrıca bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1479.

⁴⁰ Yine bkz. **DEMİRKAPI**, s. 141.

⁴¹ **TANDOĞAN**, s. 841; **KAHYAOĞLU**, s. 41, **DEMİRKAPI**, s. 140 vd.; **İPEKÇİ/İLBULDU**, s. 19; **AKSU**, s. 111-112; **YILDIZ**, s. 492.

⁴² Ayrıca ifade etmek gerekirse bir kambyo taahhüdünün harici olarak garanti sözleşmesi ile temin edilmesi bakımından da bir sakınca olmadığı - aynen kefalette olduğu gibi- söylenebilecektir.

⁴³ Örneğin saf garanti sözleşmesinde durum böyledir. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 820, 842; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1479.

⁴⁴ TBK m. 603 uyarınca kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Söz konusu maddede kefalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanının genişletilmiş olduğu görülmektedir. Kefili koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla başka ad altında yapılan sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacaktır. Bu anlamda özellikle, kefaletten daha ağır yükümlülükler doğuran garanti sözleşmeleri önem görülmektedir. Zira garanti sözleşmeleri kanunda düzenlenmemiştir, garanti veren her türlü korumadan yoksun durumdadır, herhangi bir şekil kuralı öngörülmemiştir. Yine ödemede bulunan garanti verenin borçluya kanunen rücu hakkına sahip bulunmaması ve halefiyetten yararlanamaması ağır sonuçlara yol açabilecektir. TMK m. 603. gereğince artık kefaletin tüm geçerlilik şartları garanti sözleşmeleri için de aranmaktadır. Hüküm esas olarak garanti sözleşmeleri dikkate alınarak konulmuştur. Ancak, kişisel teminat niteliği taşıyan diğer işlemler için de uygulanır denilmektedir. Açıklamalar için bkz. **YALÇINDURAN, T.**; *“Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına Ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde De Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu’nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”*, <https://docplayer.biz.tr/30888703-Doc-dr-turker-yalcinduran.html>. (erişim tarihi: 03.04.2019, 19.15).

Bu açıkladığımız farklar çerçevesinde aval aslında ne kefalet ne de garanti sözleşmesine benzetilebilir. Ancak ille de bir benzetme yapılacaksa fer’îlik hususu ön plana çıkarılmalıdır. Burada salt teminat fonksiyonuna bakılarak yapılacak değerlendirme tatmin edici olmayacaktır. Zira hem kefalet sözleşmesi hem de garanti sözleşmesi, bu fonksiyonu bünyesinde barındırmaktadır. Bu nedenle burada belirleyici olan fer’îlik kıstası olmalıdır. Bu da bizi kefalettense garanti sözleşmesi türlerinden “*saf garanti sözleşmesi*”ne yakınlaştırmaktadır⁴⁵.

III.AVALİN UNSURLARI

A. Aval Verenin Kambiyo Senediyle Borçlanmaya Ehil Bir Kimse Olması

1. Aval Verebilecek Kimseler

Kambiyo senedi nedeniyle sorumluluk altına giren veya girmeyen herkes aval verebilir (TTK m. 700/II). Genellikle üçüncü kişiler aval veriyor olsa da TTK m. 700/II gereği poliçede imzası bulunan düzenleyen, lehdar, cirantalar ve muhatap dahil herkesin aval verebilmesi de mümkündür. Bu anlamda senedi düzenleyen, cirantalardan biri lehine aval verebilir ya da senede sonradan katılmış bulunan bir ciranta, düzenleyen lehine aval verebilir⁴⁶. Ancak senette imzası bulunan bu kimselerin aval vermesinin çoğunlukla faydası olmamakla birlikte bazı durumlarda pratik öneminin de olduğu söylenebilir⁴⁷. Şayet senette imzası bulunan kimselerin aval vermesi senedin tedavül gücünü ve ödeme kabiliyetini arttırıyorsa hamil için faydalı olacaktır. Bu anlamda cirantalardan biri, senedi düzenleyen için aval verirse borçlu gibi sorumlu olacağından aval veren kişiye de borçlu gibi başvurma imkanı elde edilmiş olur⁴⁸. Borçlunun aval vermesi durumunda ise zaten kendisi asıl borçlu olduğu için böyle bir aval, hamil bakımından bir fayda sağlayamayacaktır.

Poliçeyi kabul etmemiş muhatap, henüz kambiyo taahhüdünde bulunmamış olduğundan aval verebilir. Bu durumda hamil, aval vererek poliçe borçlusu konumuna gelen muhataba kabul etmeme protestosu çekmek suretiyle vadeden önce başvurma hakkını kazandığı için bu, ek bir güvence oluşturur⁴⁹. Senedi zaten kabul etmiş bir muhatabın aval vermesi durumunda bu zaten ilave bir güvence oluşturmayacağı için bir anlam ifade etmez; ancak bu kimsenin aval vermesi de bir anlam ifade etmemesine rağmen mümkündür. Diğer yandan poliçeyi kısmen kabul eden muhatap ya da sorumsuzluk şartı koyan cirantanın aval vermesi de hamil bakımından fayda sağlayabilir⁵⁰.

Şayet düzenleyen, poliçenin kabul edilmemesi durumunda sorumlu olmayacağını poliçeye yazmışsa düzenleyen aval vermesinin de bu anlamda pratik bir önemi olacaktır. Bu durumda hamil, kabul etmememe protestosu çekerek düzenleyene aval veren sıfatıyla vadeden önce başvurabilir⁵¹.

Çekte ise muhatabın aval vermesi TTK m. 794/II gereği yasaktır. Söz konusu maddede “...*muhatap hariç olmak üzere*...” ifadelerine yer verilmesi suretiyle muhatap tarafın-

⁴⁵ Aval verenin, asıl borçluya ait şahsi defî ve itirazlardan faydalanamaması nedeniyle avalin saf garanti sözleşmesine daha yakın olduğu yönünde bkz. **KAHRAMAN, Z.; Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017**, s. 140. Avalin benzer kurumlardan en fazla - garanti sözleşmesi türleri bakımından bir ayırım yapılmaksızın- garanti sözleşmesine yakınlaştığı yönünde bkz. **YILDIZ**, s. 500.

⁴⁶ **POROY/TEKİNALP**, s. 220.

⁴⁷ **BAHTİYAR**, Kıymetli, s. 86; **BOZER/GÖLE**, s. 164; **SARAÇ**, Kıymetli Evrak (Edit: S.K), s. 254.

⁴⁸ **SARAÇ**, s. 254.

⁴⁹ **BAHTİYAR**, Kıymetli, s. 86; **BOZER/GÖLE**, s. 165; **SARAÇ**, Kıymetli Evrak (Edit: S.K), s. 254.

⁵⁰ **ÖZTAN**, s. 169; **BAHTİYAR**, Kıymetli, s. 86.

⁵¹ **BOZER/GÖLE**, s. 165.

dan aval verilemeyeceği açık olarak hüküm altına alınmıştır. Hükümün amacı, muhatap bankanın çek nedeniyle herhangi bir şekilde kambiyo taahhüdü altına girmesinin engellenmesidir. Bu hükme aykırı olarak muhatap tarafından verilen aval geçersiz olacak; başka bir ifade ile kambiyo hukuku bakımından bir sonuç doğurmayacaktır^{52 53}.

Yine ifade etmek gerekirse birden çok kişinin birlikte aval vermesi de mümkündür. Bu durumda aval verenler arasındaki ilişkide TBK hükümleri (m. 586, m. 167, m. 168) uygulanır⁵⁴.

2. Aval Verme Ehliyeti

Ticaret Kanunumuzun kambiyo senetlerinin düzenlendiği dördüncü kısım, m. 670'de "*Sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişi, kambiyo senetleri ile borçlanmaya da ehildir.*" hükmü yer almaktadır⁵⁵. Görüldüğü üzere Ticaret Kanunumuzda kambiyo senetleriyle borçlanma hususunda özel bir ehliyet şartı öngörülmemiştir. Bu sebeple bu hususta genel hükümlere gidilerek tespit yapılabilecektir. Hükümde gerçek veya tüzel kişi ayrımı yapılmadığı için sorumluluk altına girecek kişinin ehliyetinin varlığının, gerçek veya tüzel kişi olup olmasına göre tespit edilmesi gerekir.

Gerçek kişilerin aval verme ehliyeti bakımından, avalin bir hukuki işlem olması göz önüne alındığında, aval verenin hukuki işlem yapabilme ehliyetinin varlığının aval verildiği anda⁵⁶ olup olmadığı aranmalıdır⁵⁷. Hukuki işlem yapabilme ehliyeti ise fiil ehliyetidir⁵⁸.

⁵² KENDİGELEN, A.; *Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 5. Bası, İstanbul 2019*, s. 180; Ayrıca bkz. REİSOĞLU, S.; *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2003*, s. 186.

⁵³ Diğer yandan çek üzerinde muhataba ait bir imza aval olarak nitelendirilemeyecek olsa da somut olaya göre böyle bir imzanın çekin vizesi ya da teyit beyanı olarak nitelendirilmesi de mümkün olabilir (bkz. KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 180.).

⁵⁴ ÖZTAN, s. 169; BAHTİYAR, Kıymetli, s. 86.

⁵⁵ ETK m. 582 ise "Akit ile borçlanmaya ehil olan kimse, poliçe, çek ve bono ile borçlanmaya da ehildir." şeklinde idi. Eski kanunda "poliçe, çek ve bono" kelimelerinin açıkça yer almasına karşılık TTK'da bu kelimeler açıkça zikredilmeyerek "kambiyo senetleri" ifadesi kullanılmıştır. Yapılan bu değişiklik ile "çek" in kambiyo senetlerinin dışına çıkarıldığı sonucuna varılamayacağı yönündeki açıklamalar için bkz. KENDİGELEN, A.; *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2016*, s. 565.

⁵⁶ Yargıtay 12. HD, 08.12.2009 Tarih ve 15779/24445 sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: "TTK'nun 582.maddesi gereğince, akit ile borçlanmaya ehil olan kimse, poliçe, bono ve çek ile borçlanmaya da ehil olduğundan, ancak medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan kişiler kambiyo senedi düzenleyebilirler. Başka bir ifade ile, kanun koyucu kambiyo senetlerinin düzenlenmesi için özel bir ehliyet aramamıştır. Şu halde, medeni hakları kullanmak ehliyetinden kısmen ya da tamamen mahrum bulunan kişiler, kambiyo senedi düzenleyemezler. Bu sebeple borçlunun, senedi düzenlediği tarihte, hukuki ehliyete sahip olması gerekir. Aksi takdirde senet geçerli olmaz. Alacaklı, senedi düzenleyen kişinin ehliyetsiz olması halinde iyiniyetli olduğunu dahi ileri süremez. Çünkü ehliyet konusu, kamu düzenini ilgilendirir ve süreye tabi olmaksızın icra mahkemesinden takibin iptali istenebilir. T.T.K.'nın 614.maddesi hükmüne göre, bu kural, kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi senetleki borçtan sorumlu olan avalistler için de geçerlidir. Somut olayda, aval veren şikayetçi borçlu her ne kadar takip tarihinde medeni hakları kullanma ehliyetine sahip ise de, yukarıda da açıklandığı üzere senedin tanzim edildiği tarihte hukuki ehliyete sahip olmadığından borçtan sorumlu olmayacaktır. Sonradan icazet verilmesi hususu da icra mahkemesinde tartışılmayacağından şikayetin kabulüyle takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir." Karar için bkz. www.kazanci.com.

⁵⁷ AKSU, R.; *Aval Kurumu, Ankara 2015*, s. 24.

TMK m. 9 gereği kendi fiilleri ile hak edinebilen ve borç altına girebilen kimseler fiil ehliyetine sahip olan kimselerdir. Yine TMK m. 10 ve m. 14'ün beraber değerlendirilmesi neticesinde fiil ehliyetinin koşulları şunlar olarak karşımıza çıkmaktadır: Ergin olmak, ayırt etme gücüne sahip olmak ve kısıtlı olmamak⁵⁹. Bu unsurların varlığına bağlı olarak gerçek kişilerin ehliyetleri tam ehliyetliler, sınırlı ehliyetliler, sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler olarak dört gruba ayrılmaktadır.

Bu anlamda fiil ehliyeti için saydığımız koşulların tamamına sahip bulunan **tam ehliyetliler**, bizzat kendi fiilleri ile hak kazanıp borç altına girebildiklerinden aval de verebilirler⁶⁰.

Sınırlı ehliyetliler, TMK m. 429 gereği kendilerine yasal danışman atanmış kişiler olduklarından bu kimselerin aval verebilmesi için yasal danışmanlarının rızası gerekmektedir (TMK m. 429/I-8)⁶¹.

Sınırlı ehliyetsizler ise TMK m. 16 gereği ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılardır. Bunların kendi işlemleri ile borç altına girebilmeleri için yasal temsilcilerinin işlem den önce izin vermiş olması ya da işlemin yapılmasından sonra bu işlemi onaması (icazet vermesi) gerekir ya da yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsiz adına işlemi yapması gerekir⁶². Ancak durum bu olmakla birlikte TMK m. 449, temsilcinin vesayet altındaki kişi adına kefil olma işlemini yasaklamıştır. Her ne kadar aval, kefalet ile tam örtüşmüyorsa da bu hükmün aval veren bakımından uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmesi gerekir. Doktrinde *bir görüş*⁶³, TMK m. 449'un aval veren bakımından da kıyasen uygulanması gerektiğini, avalin kefaletle nazaran daha ağır bir taahhüt olduğunu bu nedenle sınırlı ehliyetsizin bunu tek başına yapamayacağı gibi velisi ya da vasisi ile de yapamayacağını ileri sürmektedir. *Diğer görüş*⁶⁴ ise sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızası ile aval verebileceğini, yasal temsilcilerin de sınırlı ehliyetsiz adına aval verebileceğinin kabulünü ileri sürmekle birlikte Yargıtay'ın⁶⁵ sınırlı ehliyetsizlerle ilgili kararlarından yola çıkmak

⁵⁸ Hak ehliyeti ise sadece kişi olma vasfından dolayı, kişinin iradesi ve fiillerine bağlı olmaksızın kazanılan bir ehliyet türü olduğu için çalışmamız kapsamında önem arz etmemektedir. Hak ehliyetine yönelik açıklamalar için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 42 vd.; HELVACI, s. 39 vd.

⁵⁹ Bu hususlara yönelik ayrıntılı açıklamalar için bkz. OĞUZMAN, K. / SELİÇİ, Ö. /OKTAY-ÖZDEMİR, S.; *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 16. Bası, İstanbul 2016, s. 48 vd.; HELVACI, S.; *Gerçek Kişiler*, İstanbul 2010, 3. Bası, s. 48 vd.

⁶⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 79; HELVACI, s. 60; DEMİRKAPI, s. 32; AKSU, s. 25.

⁶¹ Burada ifade etmek gerekir ki yasal danışman yasal temsilci olmadığından aval verme işlemini yine kendisine yasal danışman atanmış olan kimse yapacaktır; yoksa yasal danışman değil. Yasal danışman, yalnızca yapılan işleme onay vermektedir. Yasal danışman onay vermezse işlemin hukuki durumu, yasal temsilcinin izni alınmadan sınırlı ehliyetsizin yaptığı borçlandırıcı işlemin durumu gibi olacaktır. BKZ. OĞUZMAN/ÖZ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 108.

⁶² OĞUZMAN/ÖZ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 95; HELVACI, s. 73 vd.

⁶³ DEMİRKAPI, s. 35, ayrıca bkz. DEMİRKAPI, "Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti", *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt 1, İstanbul 2003*, s. 760; yine aynı yönde SADIOĞLU, s. 219.

⁶⁴ OĞUZ, s. 72; HUYSAL, s. 176; AKSU, s. 26 vd.; YILDIZ, s. 491, 496 (ayrıca dipnot 43).

⁶⁵ Söz konusu karar için bkz. AKSU, s. 27 dipnot 29.

Ayrıca bkz. Yargıtay HGK 25.11.1981 Tarih ve 11-1968/762 Sayılı Kararında şu ifadeler yer almaktadır: "Mümeyyiz küçükler ancak yasal temsilcilerinin izin ve icazetleri ile bono tanzim edebilirler. Bu nedenle kanuni temsilcinin izni olmadan tanzim edilmiş bir bonoda, yalnızca bir miktar

suretiyle sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin izni ile bono dahi düzenleyebildiği ve bonoda düzenleyen bononun asli sorumlusu olması sebebiyle sorumluluğunun aval verenden daha ağır olduğu sonucuna varılması gerektiğinden hareketle aval verenin sınırlı ehliyetsiz olması halinde yasal temsilcisinin onayı ile işlemin geçerli olacağını savunmaktadır.

Kanaatimizce, sınırlı ehliyetsizin kendisinin aval vermesi mümkün olamayacağı gibi yasal temsilcisinin izni veya onayı ile dahi aval vermenin mümkün olamayacağı yönünde zikrettiğimiz birinci görüş daha isabetli görünmektedir. Birinci görüş tarafından ileri sürülen gerekçelere katılmakla birlikte bunlara ek olarak ifade etmemiz gerekirse kanunda aval verenin ehliyeti bakımından açık bir hüküm olmadığına göre TTK m.670'den de hareket etmek suretiyle öncelikle aval ve kefalet arasındaki amaç benzerliği ve yapısal anlamdaki benzerlik bakımından TMK m. 449'un aval veren bakımından kıyasen uygulanabileceği söylenebilecektir. Diğer yandan TMK m. 449 hükmü, sınırlı ehliyetsizi korumak amacıyla tahsis edilmiştir. Dolayısıyla bu yönü ile de aval veren bakımından aksi yorum yapılması hükmün amacına aykırı olacaktır. Bir diğer husus da bono düzenlenmesi ve aval, nitelik bakımından kıyasa uygun değildir. Zira bonoda bir karşı edim varsayımı vardır. Bono, var olan bir borcun kambiyo borcu haline getirilmesi için düzenlenir. Bu anlamda örneğin bir satım sözleşmesinde bir tarafın teslim borcuna karşılık diğer taraf bedel ödeme borcu altına girmekte ve bu bedel ödeme borcunu kambiyo senedi tanzim etmek suretiyle kambiyo borcu haline getirmektedir. Oysa adi bir kefalet ilişkisinde ya da avalde böylesi bir karşılık unsuru yoktur. Burada kanunun, sınırlı ehliyetsiz olan kişinin karşılıksız olarak borç altına girmesi suretiyle zarar görmesini önleme amacıyla olduğu sonucuna varılabilir⁶⁶. Bu nedenle TMK m. 449 hükmünün kıyasen buraya da uygulanması suretiyle sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin yasaklı işlemleri arasında aval vermenin de olduğu kabul edilebilecektir. Diğer yandan TMK m. 342/III gereği vesayete ilişkin hükümler velayet altındaki kişinin temsilinde de uygulanacağından velilerin de sınırlı ehliyetli adına aval vermeleri mümkün olamamalıdır.

Tam ehliyetsizler, ayırt etme gücünden yoksun kişilerdir ve bunların tasarrufları kanunda gösterilen ayrıntı haller saklı olmak üzere hüküm ifade etmez (TMK m. 15). Ayırt etme gücünün sürekli veya geçici olarak kaybı önemli değildir; önemli olan işlemin yapıldığı anda ayırt etme gücüne sahip olunup olunmadığıdır⁶⁷. Tam ehliyetsizlerin yaptığı işlemlerin hüküm ifade etmesi için işlemin kanuni temsilci tarafından yeniden yapılması gerekir. Ancak bu temel kural, TMK m. 449'da bulunan üç istisnanın varlığı halinde uygulanmamakta ve bu işlemler yasal temsilcinin onayı ile dahi geçerli olamamaktadır. Bu işlemlerden biri⁶⁸, yukarıda ifade olunduğu üzere 'kefil olmak' olduğu için sınırlı ehliyetsizler bakımından ortaya çıkan görüş ayrılıkları burada da zuhur edecektir. Bu çerçevede yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce burada aval vermede TMK m. 449 hükmü kıyasen uygulanmalı ve vesayet altındaki kişi adına yasal temsilci tarafından aval verilmesi mümkün olamamalıdır⁶⁹.

Tüzel kişiler bakımından da aval verme ehliyetinin bulunup bulunmadığının ortaya konulması gerekir. Bu anlamda tüzel kişilerin ehliyetinde "amaç dışı işlem yasağı (ultra vires)" göz önüne alınır. **Dernek ve vakıflar**, kazanç elde etme amacı gütmeyen tüzel kişiler oldukları için bunların kendi üyelerinden biri için kefil olmaları ya da aval vermeleri onların

için icazet verildiği takdirde, icazet verilen kısım için bononun geçerliliğine, aşan kısım için ise iptaline karar verilmesi gerekir." Karar için bkz. www.kazanci.com.

⁶⁶ **DEMİRKAPI**, "Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti", s. 761.

⁶⁷ **HELVACI**, s. 63-64.

⁶⁸ Diğerleri, vesayet altındaki kişi adına vakıf kurmak ve önemli bağışta bulunmaktır (TMK m. 448).

⁶⁹ **DEMİRKAPI**, s. 32-35.

amaçlarının dışında işlemler olarak bu işlemler bakımından ehliyetsiz kabul edilecekleri ileri sürülmektedir⁷⁰. Ancak TTK m. 16 çerçevesinde dernek ve vakıfların manevi amaçlarına ulaşabilmeleri bakımından ticari işletme işletmeleri de mümkündür⁷¹. Dolayısıyla bu tüzel kişilerin amaçlarının gerçekleştirilmesi ile ilgili olarak kefil olabilmeleri de kabul edilebileceğine göre⁷² dernek ve vakıfların aval vermeleri bakımından da bir sakınca olmasa gerekir.

Ticaret şirketleri, tüzel kişilik kazanmakla hak ehliyetine sahip olur. Ticaret şirketlerinin hak ehliyeti, TMK m. 125’te, TMK m. 48’e atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Bu çerçevede ticaret şirketleri, tüzel kişilik kazanmakla bütün haklardan yararlanma ve borçları üstlenebilme ehliyetine sahip kılınmıştır. Oysa eski kanun döneminde ticaret şirketlerinin hak ehliyetleri, şirket sözleşmelerinde gösterdikleri işletme konusu içinde kalan faaliyetlerde bulunmaları şartına bağlanmıştır. İşletme konusu dışında kalan işlemler bakımından bu işlemler ultra vires olduğu için hak ehliyetini haiz olamıyorlardı. Ancak TTK’da artık ultra vires hükmü yer almamaktadır⁷³. Ultra vires hükmünün, ticaret şirketlerinin kefil olması bakımından etkisine baktığımız zaman ise 6762 sayılı eski kanun döneminde ultra viresin dile geldiği m. 137’de hükmün lafzı gereği ana sözleşmede (kuruluş belgesinde) açıklık bulunmaması durumunda ticaret şirketlerinin kefil olma ehliyetlerinin olmadığı sonucunun çıkarılması muhtemel görülmekteydi⁷⁴. Yargıtay, ticaret şirketlerinin ancak işletme konularıyla sınırlı hususlar bakımından kefil olunabileceği yönündeki tutumundan⁷⁵ zamanla vazgeçmiş ve ticaret şirketlerinin işlerini yürütmek amacıyla kredi alma ihtiyaçları çerçevesinde kefil gösterme zorunluluğu altında olduklarından, şirketlerin -uğraş alanları farklı olsa da- bu hususta birbirlerine yardımlarının olağan olduğu yönünde kararlar vermiştir⁷⁶. TTK döneminde ise zaten ultra vires ilkesinin yer almayor olmasının sonucu

⁷⁰ **ÖZEN, B.; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2012;** s. 169-170; **AKSU,** s. 31-32.

⁷¹ Bu hususa yönelik açıklamalar için bkz. **BAHTİYAR, M.; Ticari İşletme Hukuku Ders Notları Soru Örnekleri, Güncellenmiş 20. Bası, İstanbul 2019,** s. 110.

⁷² **YAVUZ, C. /ACAR, F./ÖZEN, B.; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014,** s. 1416.

⁷³ Bu husus hakkındaki açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz. **BAHTİYAR, M.; Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler - Soru Örnekleri, Güncellenmiş 15. Bası, İstanbul 2021 (Ortaklıklar),** s. 48 vd.

⁷⁴ **ÖZEN,** s. 169 vd.

⁷⁵ Yargıtay Ticaret Dairesi 10.12.1960 Tarih ve 3282/3381 sayılı kararı.

⁷⁶ **Yargıtay 11. HD, 23.3.1982 Tarih ve 851/1225 Sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “...uyuşmazlık, anasözleşmesinde (şirket mevzuu) içinde (kefalet) konusu yer almayan davalı... İplik Sanayii A.Ş.nin, dava dışı... Konserveler Koll. Şti.nin davacı bankadan kredi alabilmek için imzaladığı (kredi taahhütname) lerine kefil olup olamayacağı diğer bir deyişle, şirket yetkililerince kefil sıfatıyla imzalanmış bulunan bu sözleşmeden dolayı o şirketin sorumlu tutulup tutulamayacağı sorununun kaynaklanmaktadır. TTK.nun 137. maddesi hükmü gereğince, ticaret ortaklıkları tüzel kişiliğe haiz olduklarından kendi ana sözleşmelerinde yazılı (işletme konusu) çerçevesi içinde kalmak şartı ile bütün hakları edinebildikleri gibi, bütün borçları da yükümlenebilirler. Bir şirketin işletme konusu (iştilgal konusu) demek, o şirketin devamlı olarak yapacağı ticari işlemler demektir. Bunlar da o şirketin anasözleşmesinde belirtilen (şirket maksat ve mevzuu) ile ilgili işlemlerdir. Bununla birlikte, bir ticari işletmenin kendi anasözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber, o işletmenin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran ticari iş ve ticari sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde bulunduğu kabulü zorunludur. Ticari amaç güden işletmelerin kredi temini konusunda bankalara karşı müştereken sorumluluk yüklenmek suretiyle birbirlerine destek olmaları ve ticari faaliyetlerini bu suretle sürdürebilmeleri halini ticari hayatın normal ve mutad işlemleri arasında kabul etmek gerektiğinden, bu davada söz konusu olan (kefalet akdininin) de dava-

olarak uygulama ile tanınmış olan kefalet serbestisi varlığını, daha engelsiz olarak sürdürülebilmek imkânını elde etmiş oldu. Ancak TTK m. 125'in, konu dışında yapılan işlemler bakımından geçerli ve şirket için bağlayıcı olduğu da söylenemez. TTK m. 371/2'ye göre temsil yetkili olanların üçüncü kişilerle işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar. Ancak söz konusu işlem bakımından şirketin işlemle bağlı olmadığını ileri sürme imkânı tanınmıştır. Buna göre şirket, üçüncü kişinin işlemin işletme konusu dışında kaldığını bildiğini ya da bilecek durumda olduğunu ispat ederse işlemi geçersiz hâle getirebilecektir. Ancak şirketin kötüniyetli olduğunun ispatında işletme konusunun tescil ve ilanı tek başına yeterli değildir (TTK m. 371/2-c). Yine bu hüküm limited şirketlere de TTK m. 629/I gereği kıyasen uygulanmaktadır. Bu anlamda işletme konusu hak ehliyeti bakımından değil de şirket temsilcilerinin temsil yetkisi bakımından bir sınırlama oluşturmaktadır⁷⁷.

Aval veren kimse kambiyo senetleri ile borçlanma ehliyetine sahip olmazsa bu durumda ehliyetsiz olarak verilen aval geçersiz olacaktır. Aval bir hukuki işlem olduğu için avalin ehliyetsizliği hukuki işlemlerin ehliyetsizliğine ilişkin rejime tabi olacaktır⁷⁸. Bu durumda aval veren kişinin ehliyetsizliği halinde aval işlemi kesin hükümsüz (butlan) olacaktır. Ehliyetsizlik senette yer alan taahhüdün geçersizliğine ilişkin bir mutlak def'i oluşturur. Bu nedenle senedi devralan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Aval sahibinin ehliyetsiz olmasının riskini senet hamili üstlenmek durumunda kalır⁷⁹. Ancak ifade etmek gerekir ki aval verenin ehliyetsiz olması, kambiyo senedinin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Ehliyetsizlik sadece ehliyetsiz kişinin sorumluluğu bakımındandır. Zira TTK m. 677 gereği, kambiyo senetlerinde *imzaların bağımsızlığı* ilkesi geçerlidir. Senette borçlanma ehliyetine sahip olmayanların imzaları bulunuyorsa bu, senette yer alan diğer imzaların geçerliliğini etkilemez.

3. Temsilci Aracılığıyla Aval Verilmesi

Temsil, bir kimsenin başka bir kimsenin adına veya hesabına bir hukuki işlemi yapması ve işlemin hukuki sonuçlarının temsil olunan üzerinde doğmasının sağlanması olarak tanımlanabilir⁸⁰. Temsil, TBK m. 40 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Ticaret Kanununda sadece yetkisiz temsilci tarafından düzenlenen senetten kaynaklanan sorumluluğa yer verilmiştir (TTK m. 678). Buna karşın kambiyo taahhüdünde temsil hususu düzenlenmemiştir. Bu anlamda ortaya çıkan boşluklarda TBK hükümlerine gidilecektir⁸¹. Aval bakımından da temsile ilişkin hüküm bulunmamaktadır ancak avalin de temsilen yapılması mümkündür⁸².

TMK gereği kanuni (yasal) temsilcinin yapması yasak olan işlemler arasında kefil olmak da yer almaktadır. Aval de -yukarıda da ifade ettiğimiz üzere- kambiyo senetlerine özgü bir teminat olarak bu yasak kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla avalin ger-

cı şirket yönünden kendi işletme mevzuu çerçevesi içinde kalan (bir muamele) den ibaret olduğu gözönünde tutulması zorunlu bulunmaktadır. Aksi düşüncenin kabulü ticari hayatın normal seyrine ve süratli akışına engel teşkil edebilecektir." Ayrıca bkz. **Yargıtay 11. HD.nin 07.02.1978 tarih, 7 /354 Sayılı kararı, Yargıtay 11. HD, 04.03.1979 Tarih ve 392 /981 Sayılı kararı.**

⁷⁷ BAHTİYAR, Ortaklıklar, s. 49.

⁷⁸ DURAL, M. /SARI, S.; **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012**, s. 207 vd.; SEROZAN, R.; **Medeni Hukuk, Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, İstanbul 2011**, 344 vd.

⁷⁹ DEMİRKAPI, s. 36.

⁸⁰ OĞUZMAN, K. /ÖZ, T.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul 2020**, s. 224.

⁸¹ ÖZTAN, s. 76; SARAÇ (Edit: S.K.), s. 160.

⁸² DEMİRKAPI, s. 88; AKSU, s. 73.

çek kişiler bakımından yasal temsilci vasıtasıyla yapılması mümkün olmamalıdır⁸³. Bu anlamda yetkisi olmadıkları halde aval verilerse TTK m. 678 gereği bunun sonuçlarına bizzat kendileri katlanacaklardır. Tüzel kişilerde ise yukarıdaki açıklamalarımıza ek olarak temsil işleminde tüzel kişinin türü de etkili olmaktadır⁸⁴. Her şirketin ne şekilde kim tarafından temsil edileceği şirket sözleşmesinde belirtilip ilan olunur. Temsilcinin yaptığı işlemlerle şirketin bağlı olması için temsilin usulüne uygun olması ve kambiyo senedinden anlaşılır olması gerekir. Yoksa aval veren temsilci, bizzat imzası nedeniyle sorumlu olur.

Temsilin bir diğer türü de iradî temsildir. İradî temsil yoluyla aval verilmesi mümkündür^{85 86}. Bu anlamda **ticari temsilciler**⁸⁷, işletmenin amacına dahil olan her türlü işlemi kural olarak yapma yetkisine sahip kılındıklarından tacir adına kefil de olabilirler⁸⁸. Dolayısıyla herhangi bir özel yetkilendirme olmaksızın temsil olunan adına aval verebilirler. Temsil olunanın, **ticari vekil**⁸⁹ tayin etmek suretiyle kendini temsil ettirmesi de mümkündür. Ticari vekil, özel olarak yetkilendirilmedikçe tacir adına kefalet veremez⁹⁰. Buradan hareketle ticari vekilin özel olarak yetkilendirilmesi koşuluyla aval verebileceği söylenebilecektir.

Yine şayet iradi temsil yetkisi vekâletname ile verilmişse TBK m. 504/III gereği özel yetkili kılınmadıkça vekil, kefil olamayacaktır. Bu çerçevede vekilin ancak özel yetkili kılınması suretiyle aval verebileceği söylenebilecektir.

Temsilcinin yetkisi olmaksızın aval verdiği hallerde aval yine geçerli olarak devam etmektedir ancak TTK m. 678 gereği temsilcinin kendisi avalden dolayı bizzat sorumlu olacaktır⁹¹. Yetkisiz olarak aval veren kimse, bedelin tamamından sorumlu olur. Şayet temsil olunan bu işleme icazet verirse temsil olunan aval ile bağlı hale gelir. Yetkisiz temsilci, TBK m. 47 çerçevesinde işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın kendisinin yetkisiz olduğunu **bildiğini**⁹² ispat ederse kendisinden zararın giderilmesi istenemez⁹³.

⁸³ Aksi yönde bkz. AKSU, s. 73 vd.

⁸⁴ Kollektif şirkette, şirket sözleşmesinde gösterilen kişi (TTK m. 213/I), komandit şirkette komandite ortak (TTK m. 318), anonim şirkette yönetim kurulu (TTK m. 370), limited şirkette müdür sıfatını taşıyan ortaklar (TTK m. 623/I).

⁸⁵ DEMİRKAPI, s. 93; SARAÇ (Edit: S.K.), s. 255; AKSU, s. 76.

⁸⁶ İradî temsil durumunda temsilciye aval verme konusunda yetki verilmesi gerekir. Temsil olunan, **ticari temsilci** veya **ticari vekil** tayin etmek suretiyle ya da **vekâletname** ile kendisine temsilci atayabilir.

⁸⁷ **Ticari temsilciler** (TBK m. 547 vd.), bağımlı tacir yardımcıları olarak ticari işletme sahibi tarafından işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında kendisini vekaleten temsil etmek üzere açık veya örtülü olarak yetkilendirilen kimselerdir.

⁸⁸ BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 216 vd.

⁸⁹ TBK m. 551'e göre ticari vekil, ticari temsilciye oranda daha dar yetkilere sahiptir. Bu anlamda ticari vekilin yetkileri, genel yetkili dahi olsa işletmenin tüm işleri bakımından değil sadece olağan işleri bakımındandır. Bu anlamda belirleyici olan somut olay olsa da TBK m. 551/II'de özel yetki olmaksızın vekilin yapamayacağı bazı işler sayılmıştır. Bu anlamda ticari vekil, tacir adına borçlanamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, ticari temsilcinin yapamayacağı işlemleri yapamaz.

⁹⁰ ARKAN, S.; **Ticari İşletme Hukuku, Son değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 24. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 2018**, s. 198.

⁹¹ Oysa TBK m. 47 gereği yetkisiz temsil halinde yapılan işlem temsil olunanın onay vermemesi halinde geçersiz olmaktadır.

⁹² Ancak karşı tarafın *bilmesi gerektiğinin* ispatlanması ile sorumluluktan kurtulmak mümkün olmaz.

⁹³ DEMİRKAPI, s. 94; SARAÇ (Edit: S.K.), s. 164; AKSU, s. 78.

B. Lehine Aval Verilecek Kişiler

Aval, senette imzası bulunan ve sorumluluğu söz konusu olabilecek kişiler lehine verilebilir⁹⁴. Sorumlu olmaktan kasıt, avalden doğan hakların ileri sürüldüğü sırada lehine aval verilenin senetten sorumlu olmasıdır. Senette imzası bulunmayan kişiler lehine aval verilmez⁹⁵. Aksi halde verilen aval geçersiz olur⁹⁶. Bu anlamda poliçe borçlularından sayılan düzenleyen, lehdar, poliçeyi kabul etmiş muhatap ve cirantalardan herhangi biri için aval verilebilir. Ancak beyaz cirolu bir senet, isim ilave edilmeden devredilirse ya da ödeneme nedeniyle sorumlu olunmayacağı kaydı düşülürse ciranta artık sorumlu tutulamayacağı için verilen aval de geçersiz olur⁹⁷.

Avalin kimin için verildiğinin aval şerhinde belli olması gerekir. Aksi halde TTK m. 701/IV gereği aval, düzenleyici⁹⁸ için verilmiş sayılır.

Henüz kambiyo ilişkisine dahil olmamış bu anlamda poliçeyi kabul etmemiş muhatap lehine ya da sorumsuzluk kaydı koyan ciranta lehine aval verilemez. Zira muhatap poliçeyi kabul ettiği andan itibaren sorumluluk altına girecektir. Bu nedenle aval de bu sorumluluğun başladığı andan itibaren verilebilir. Şayet bunlar lehine aval verilmişse bu aval dikkate alınmaz⁹⁹.

Daha önce poliçede aval vermiş kişiler lehine de tekrar aval verilmesi mümkündür¹⁰⁰. Bu tür aval verme, *POROY/TEKİNALP* tarafından “*Katmerli Aval*” olarak nitelendirilmektedir¹⁰¹.

C. Avalin Şekli Unsurları

Kambiyo senetlerinin özelliklerinden biri de şekle sıkı sıkıya bağlı olmalarıdır. Bu anlamda aval de yapılış şekli kanunda düzenlenmiş olan bir kambiyo taahhüdü olarak kar-

⁹⁴ **Yargıtay HGK 18.12.2018 Tarih ve 19-2739/1956 sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “*Aval, kambiyo senedine ilişkin bir teminattır. Keşideci lehine aval verilebileceği gibi cirantalar ya da kambiyo senedinden sorumlu olan diğer kişiler lehine de aval verilebilir. Aval veren kişi kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur. Hemen belirtmek gerekir ki, aval veren kişinin teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa da aval verenin taahhüdü geçerlidir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 20.04.2018 tarihli ve 2017/4 E., 2018/5 K. sayılı kararı).*” Karar için bkz. www.kazanci.com.

⁹⁵ **Yargıtay 12. HD, 04.03.2008 Tarih ve 1110/4016 Sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “*...TTK'nun 614. maddesi hükmüne göre aval veren kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumludur. Ayrıca, bonoda lehine aval verilen kimse mutlaka bono borçlusu olmalıdır. Bonoda sorumlu olarak görülmeyen bir kimse için verilen aval geçersizdir (Prof. Dr. Fırat ÖZTAN, Kıymetli Evrak Hukuku, sayfa 802). Somut olayda, muteriz borçlu senette keşidecinin imzasının bulunmadığı ileri sürülmektedir. Keşidecinin imzasının bulunmaması halinde, keşideci için aval vermiş olan şikayetçi senet bedelinden dolayı sorumlu tutulamaz...*” (www.kazanci.com).

⁹⁶ Ancak lehine aval verilmiş olup da senette imzası bulunmayan kişilerin sonradan senedi imzalaması durumunda da noksanlık kalkmış olacağından bu halde de aval geçerli olacağına yönelik açıklamalar için bkz. **ÖZTAN**, s. 169.

⁹⁷ **ÖZTAN**, s. 169; **BAHTİYAR**, Kıymetli, s. 88; **AKSU**, s. 64.

⁹⁸ Madde metninde yer alan “düzenleyici” kelimesinin “düzenleyen” olması yönünde bkz. **KENDİGELEN, A.; Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2016**, s. 219, dipnot: 166.

⁹⁹ **BAHTİYAR**, Kıymetli, s. 88; **POROY/TEKİNALP**, s. 220-221; **SARAÇ (Edit: S.K)**, s. 254. Aksi görüş için bkz. **GÜRAL**, s. 449-450; **AKSU**, s. 65.

¹⁰⁰ **ÖZTAN**, s. 169; **POROY/TEKİNALP**, 221; **ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN)**, s. 183.

¹⁰¹ **POROY/TEKİNALP**, s. 221; **İPEKÇİ/İLBULDU**, s. 21.

şımıza çıkar. Avalin şekil şartları ispat değil, geçerlilik şartıdır¹⁰². Bir kambiyo taahhüdü olan avalin şekli, TTK m. 701'de düzenlenmektedir.

Aval ancak kambiyo senedinden kaynaklanan bir borç için mümkün olabilir.

Avalin mutlaka kambiyo senedinin üzerine (veya alonj üzerine) yazılması gerekir. Aval ancak senetle birlikte tedavül eder. Senedin tedavülü sırasında konulan kayıtların çokluğu sebebiyle oluşan ve senedin devamı niteliğindeki alonj üzerine de aval şerhinin konulması mümkündür (TTK m. 701). Aval şerhi, poliçe veya alonj üzerine yazılmazsa hüküm ifade etmez. Avalin senet üzerinde bulunması bir geçerlilik şartıdır. Senet üzerinde bulunmayan avalin, kıymetli evrak hükümlerine tabi olması mümkün değildir. Kambiyo senedi dışında verilen teminat ise aval olarak nitelendirilemez^{103 104}. Bu anlamda adı bir senede aval olarak atılan imza, aval terimi yazılımsa olsa dahi avalin hükümlerini doğurmaz; adı kefalet olarak nitelendirilir¹⁰⁵. Kişisel teminat amacıyla açıklanmış bir irade açıklamasının varlığı halinde bu irade açıklamasının aval olarak nitelendirilebilmesi için poliçe, bono, çek bedelinin ödenmesini temin amacına yönelmesi gerekir¹⁰⁶. Bu çerçevede poliçe bakımından TTK m. 701/I; bono bakımından TTK m. 778/III; çek bakımından TTK m. 794/I gereği senet üzerinde yazan bedelin teminini taahhüt amacıyla aval verilmektedir. Aval ancak poliçe, bono ve çekin temininde kullanılabilir. Diğer yandan avale ilişkin hükümlerin yer almadığı ancak poliçe ve bono hükümlerine gönderme yapan TTK m. 826 ve TTK m. 830 gereği poliçe hükmünde olan emre yazılı havaleler ve bono hükmünde sayılan emre yazılı ödeme vadeleri için de aval vermek mümkündür¹⁰⁷. Buna karşın kıymetli evrak niteliği taşısalar dahi bu belirtilenler dışında avalın uygulama alanı yoktur.

TTK m. 743 gereği poliçenin birbirinin aynısı olmak üzere birden fazla nüsha olarak düzenlenmesi mümkündür¹⁰⁸. Her nüsha, aynı poliçe borcunu içerir. Ancak nüshalara birbirini izleyen sıra numaraları verilir ve bu numaralar senet metnine yazılarak nüshalar birbiri ile ilişkilendirilir; aksi halde her bir nüsha ayrı bir poliçe olarak kabul edilir (TTK m.

¹⁰² SENGİR, s. 10-11; DEMİRKAPI, E.; “Avalin Şekli Şartları” DEÜHFD 2004, C. 6, S. 2. (<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz6-2/PDF/demirkapi3.pdf>, Erişim Tarihi: 13.03.2019, 16.40), s. 61; AKSU, s. 47.

¹⁰³ Yargıtay 12. HD, 30.11.2015 Tarih ve 18718/29828 sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: “Somut olayda, alacaklının, düzenleyeni..., kefli borçlu... ve lehtarını... Taşımıcılık” olan ve 45.788TL paranın 30.12.2009 tarihinde ödeneceğine dair matbu bono kullanılarak oluşturulmuş ve keşide tarihi bulunmayan adi yazılı belgeye dayalı olarak takip yapıldığı, bu belgede borçlu...’in kefil sıfatıyla imzasının bulunduğu ve kefaletin adi kefalet niteliğinde olduğu, belgenin asıl borçlusunu...’dan senet bedelinin tahsili istemi semeresiz kalmadan, kefil... aleyhine takip yapılamayacağı gibi, takip dayanağı senedin lehtarının... Taşımıcılık” olduğu, lehtar kısmındaki bu ibarenin, lehtarın alacaklı şirket olduğu anlamını taşımadığı ve dolayısıyla alacaklı lehine verilmiş bir kefalet de bulunmadığına göre, itirazın kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi gerekir” (www.kazancı.com).

¹⁰⁴ DEMİRKAPI, s. 46-47. Ancak ifade etmek gerekirse avalin senet dışında da olabileceğine ilişkin farklı ülke hukukları da mevcuttur. Bu durumda senet dışı senet dışı avalu geçerli kabul eden ülkelerde verilmiş aval, TTK m. 770/II gereği Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Açıklamalar için bkz. DEMİRKAPI, s. 52 vd. ayrıca bkz. İPEKÇİ/İLBULDU, s. 25; DEMİRKAPI, “Avalin Şekli Şartları”, s. 64-65; AKSU, s. 47-48.

¹⁰⁵ SENGİR, s. 17.

¹⁰⁶ SENGİR, s. 17 vd.; DEMİRKAPI, s. 37; AKSU, s. 23.

¹⁰⁷ İPEKÇİ/İLBULDU, s. 11; DEMİRKAPI, s. 37.

¹⁰⁸ Oysa bononun nüshası olmaz. TTK m. 778’de bu husus düzenlenmemiştir. Açıklamalar için bkz. AKSU, s. 48 dipnot 136. Çekin ise birden fazla nüsha olarak düzenlenmesi mümkündür (TTK m. 813). Bu nüshalar senet metninde teselsül eden sıra numaraları ile gösterilir. Aksi halde her nüsha ayrı bir çek sayılır.

743/II). Kanunda avalin nüsha üzerinde verilebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmuyor olsa da nüshalar da poliçe gibi hakkı temsil ettiğinden nüsha üzerinde aval verilmesi de mümkündür¹⁰⁹.

Yine TTK m. 746 çerçevesinde her poliçe hamilinin poliçe suretlerini çıkarmaya hakkı vardır¹¹⁰. Suret, poliçe aslının kopyasıdır¹¹¹. Suretin TTK m. 746/III gereği aval taahhüdüne konu olması mümkündür. Suret üzerine konulan aval kaydı, poliçe aslının üzerine konulan aval kaydının sonuçlarını yaratır¹¹².

TTK m. 701/II gereği aval, “aval içindir” veya bununla eş anlamlı başka bir ibareyle ifade edilir ve aval veren kişi tarafından imzalanır. Bununla birlikte m. 701/III gereği muhatap veya düzenleyenin imzaları hariç olmak üzere poliçenin yüzüne atılan her imza da aval şerhi sayılır. Bu anlamda aval verildiğini belirtmek üzere kullanılması zorunlu olan bir kavram bulunmamaktadır. Kanun, “aval içindir” veya buna eş bir ibareden bahsettiğine göre aval beyanı, kişisel teminat verme amacını gösteren herhangi bir ibare ile de mümkün olabilir. Uygulamada Yargıtay, kambiyo senetlerine “kefil” tabiri kullanılarak atılan imzaları aval olarak kabul etmektedir^{113 114}. Yine müşterek borçlu veya müteselsil kefil ibareleri kullanılarak atılan imzalar da aval sayılmaktadır¹¹⁵. “Şahit” ibaresi kullanıla-

¹⁰⁹ İPEKÇİ/İLBULDU, s. 25; DEMİRKAPI, s. 47, AKSU, s. 48.

¹¹⁰ Bu hüküm bonoya da uygulanır (TTK m. 778); ancak çekin sureti düzenlenemez.

¹¹¹ Nüsha ve suret arasındaki farklar için bkz. DEMİRKAPI, “Avalin Şekli Şartları”, s. 67.

¹¹² DEMİRKAPI, s. 48-50; AKSU, s. 50.

¹¹³ Ayrıca ifade etmek gerekirse doktrinde -eski kanun döneminde- adi kefalet taahhüdünün senet üzerinde dahi verilebileceği ileri sürülmüştür. Bu hususta **TANDOĞAN**, böyle bir taahhüdün ancak adi kefalet niteliği taşıdığına açıkça belirtilmesi halinde mümkün olabileceği; yoksa sadece “kefilim” şeklindeki bir ibarenin adi kefalet sonucuna götürmeyeceğini ileri sürmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 715, dipnot: 81.

¹¹⁴ **Yargıtay 12. HD. 14.12.2017 Tarih ve 26025/15573 sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “6102 Sayılı T.T.K.’nin 778. maddesinin göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanunun 701. maddesi gereğince; bononun yüzüne konulan her imza aval niteliğinde olduğundan ve bono üzerine “kefil” ibaresi konya dahi bu ibare, aval olarak nitelendirileceğinden, takip dayanağı senedi kefil sıfatıyla imzalayan muteriz borçlu da aval veren sıfatını taşır.”

Yargıtay 12. HD 09.03.2017 Tarih ve 12589/3485 Sayılı Kararında şu ifadeler yer almaktadır: “Bono üzerine “kefil” ibaresi konya dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren, bononun diğer borçlusu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK.614). TTK.nun 636. maddesi hükmü gereğince kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esas olduğundan, bu tür senetlerde imzası olan herkes, hamile karşı müteselsilen sorumludur. Bu açıklamalar doğrultusunda Türk Ticaret Kanunu’nda özel hükümler olması sebebiyle kambiyo senetlerinde BK’nun kefalet dair hükümleri uygulanamaz.” (kararlar için bkz. www.kazancı.com).

¹¹⁵ **Yargıtay 19. HD. 02.11.2017 Tarih ve 3355/7592 Sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “Dava; müşterek ve müteselsil borçluları davacı ve davalılar olan senede dayalı yapılan ödemelerin rücuen tanzimi istemine ilişkindir. Bölge Adliye Mahkemesince, davacının isminin ve borçlu sıfatının senette matbu olarak yazılı (bilgisayar ile) bulunduğu, davalıların isminin ise el yazısı ile yazıldığı, senedi hangi sıfatla imzaladıklarına dair bir ibare bulunmadan tarih atılarak imzaladıkları, senedin düzenleme tarihinde yürürlükte bulunan TTK’nun 688. maddesi gereğince, belgenin kambiyo senedi taşıması için “senedi tanzim edenin” imzasını ihtiva etmesinin zorunlu olduğu, yine aynı Kanunun 613 ve 614. maddeleri uyarınca keşideci ve lehdar imzası dışında bononun ön yüzüne konulan her imzanın aval şerhi sayılacağı, bunun yasal bir karine olduğu, davalıların senet metni üzerindeki isim ve imzalarının davacı asıl borçluya aval verdiklerine karine oluşturduğu, bu karinenin aksinin davacı tarafça aynı güçte bir belge ile ispat edilemediğinden lehbara senette borcu ödeyen senedi tanzim eden davacının, aval veren davalılara rücu hakkı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin karara karşı istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin kararın onanması gerekir.” (www.kazancı.com).

rak senet üzerine atılan imzalar ise aval olarak nitelendirilemez ve bu ibareyi kullanarak senede imza atan kişi senetdeki bedeli ödeme borcu altına sokulamaz¹¹⁶. Yine bu anlamda senet, bir sorumluluk oluşturmayacağı düşüncesiyle imzalanmışsa ya da kendisinin şahit sıfatıyla senedi imzaladığını ancak bu hususun senet üzerinde belirtilmediği veya muhatabın imzasını onaylamak amacıyla imza atıldığı ileri sürülmüşse bunlar herhangi bir sonuç doğurmayacak ve bu imzalar aval verenin imzası olarak kabul edilecektir¹¹⁷. Diğer yandan doktrinde “teminat olarak”, “garantileyen sıfatıyla”, “poliçe veya bono kefaleti olarak” şeklindeki ifadelerin de aval kavramı ile eş nitelikte olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁸.

Aval, kayıtsız şartsız olmalıdır¹¹⁹. Avalin kayıtsız şartsız olması gerektiği kanunda açık olarak düzenlenmemiştir. Ancak kambiyo senetlerine özgü sorumlulukların senetlerin tedavülü bakımından kayıtsız şartsız olmalarının bir yansıması olarak avalin de kayıtsız şartsız yapılması gerektiği sonucuna varılması mümkündür. Ancak burada üzerinde durulması gereken esas mesele, avalin kayda ve şarta bağlanmasının neticesidir. Bu anlamda doktrinde avalin şarta bağlanması durumunda *bir görüş*¹²⁰ avalin geçerli olarak varlığını sürdürdüğünü ancak söz konusu şartın yazılmamış sayılması gerektiğini ve bu sonuca TTK m. 682/1’in kıyasen uygulanması neticesinde varılacağını ileri sürmektedir. *Diğer bir görüş*¹²¹ ise avalin de hükümsüz olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir. Şarta bağlanmış avalin, hükümsüz olarak kabul edilmesi gerekir; zira şarta bağlı tanzim edilen kambiyo senetlerinde olduğu gibi şarta bağlı avalin de hükümsüz olarak kabul edilmesi kıymetli evrakın ve özellikle de kambiyo senetlerinin açık olması ve kesinlik ifade etmesi mecburiyetine dayanır. Burada işlem güvenliği bakımından toplumsal bir menfaatin varlığı söz konusudur¹²². Bu çerçevede şarta bağlanmış beyan ne aval olarak nitelendirilebilir ne de kefalet veya garanti gibi başka bir teminat kurumu olarak^{123 124}. Diğer yandan aval, özünde irade açıklaması olan bir hukuki işlemdir. İrade açık-

¹¹⁶ **Yargıtay 12. HD, 11.2.2013 Tarih ve 33231/3386 sayılı kararında** şu ifadelere yer verilmiştir: “Somut olayda, takip dayanağı olan 27.01.2011 keşide tarihli ve 8.000 TL bedelli bononun keşidecisinin İ. H., lehtarının ise Z.F. olduğu, itiraz eden borçlunun da bonoya “Ş. H.1 G.” olarak adını yazmak suretiyle imzaladığı görülmektedir. Borçlunun adının yanında yer alan “Şahit” ibaresi, Türk Ticaret Kanunu’nun 701/1. maddesinde düzenlenen aval niteliğinde olmadığı gibi, aval ile eş bir anlam da taşımamaktadır. Başka bir ifade ile dayanak bonoyu “şahit” sıfatı ile imzalayan borçlunun, senet bedelini kısmen veya tamamen hamile karşı ödeme yükümlüğü bulunmadığı gibi, şahit sıfatıyla senede atılan imzanın aval anlamına geldiğini kabul etmek de olanaklı değildir (Hukuk Genel Kurulu’nun 02.07.2008 tarih, 2008/12-475 Esas, 2008/462 Karar sayılı kararı). Bu durumda mahkemece borca itirazın kabulü gerekeğinden belirtilen nedenlerle kararın bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir.” (www.kazancı.com).

¹¹⁷ **DEMİRKAPI**, Avalde Şekil, s. 80.

¹¹⁸ **TANDOĞAN**, s. 715; **BAHTİYAR**, s. 84; **BOZER/GÖLE**, s. 166-167;

¹¹⁹ **DOMANIÇ**, s. 221; **BAHTİYAR**, s. 85; **POROY/TEKİNALP**, s. 221-222; **SARAÇ**, s. 257.

¹²⁰ **POROY/TEKİNALP**, s. 221-222; **ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN)**, s. 184; **BOZER/GÖLE**, s. 162; **SARAÇ**, s. 257.

¹²¹ **DOMANIÇ**, s. 221; **ÖZTAN**, 1997, S. 812-813; **DEMİRKAPI**, s. 99 vd.

¹²² **ŞİRMEN, L.**; **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara 1992 s. 110, **DOMANIÇ**, s. 221.

¹²³ Şarta bağlanan beyanın başka bir teminat kurumu olarak ayakta tutulmasının mümkün olduğu yönünde bkz. **DEMİRKAPI**, s. 103. Ayrıca ifade etmek gerekirse doktrinde -eski kanun döneminde- adı kefalet taahhüdünün senet üzerinde dahi verilebileceği ileri sürülmüştür. Bu hususta **TANDOĞAN**, böyle bir taahhüdün ancak adı kefalet niteliği taşıdığından açıkça belirtilmesi halinde mümkün olabileceği; yoksa sadece “kefilim” şeklindeki bir ibarenin adı kefalet sonucuna götürmeyeceğini ileri sürmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 715, dipnot: 81.

¹²⁴ Burada eski kanun döneminde verilmiş bir karar üzerinden farklı hususların değerlendirilmesi yapılabilir. **Yargıtay İctihadi Birleştirme Genel Kurulu, 25.03.1931 Tarih ve 1931/5, 1931/37**

laması bir hukuki sonuca yöneliktir. Burada hukuki sonucu aval oluşturmaktadır. Şayet kişi bu hukuki sonucu şarta bağlamışsa sonuç ve şart arasında bir bütünlüğün olduğu söylenebilecektir. Başka bir ifade ile şarta bağlı hukuki işlemlerde sonuç ve şart arasında bölünmezlik var demektir. Bu anlamda aval ve şartı birbirinden ayırmak aval verenin istemediği sonuca mahkum olması anlamına gelir. Bu da özel hukuk bakımından öngörülen irade özgürlüğü ile çelişecektir. Aksi bir yaklaşım, bu anlamda fazla şekilci bir yaklaşım olacaktır. Öte yandan TTK m. 682/1'de ciro için öngörülen şartların yazılmamış sayılmasına yönelik açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Avale yönelik olarak ise avalin şarta bağlanmasının yaptırımını kanunda yer almamaktadır. Giro ve aval bazı hususlar bakımından birbirine benziyor olsa da mahiyetleri bakımından aralarında fark vardır. Bu iki kurumun kanuni yapılandırılmaları birbirinden farklıdır. Zira ciroda kural, cironun ivazlı olmasıdır. Oysa avalde kural, ivazsızlıktır. Bu, avalin, kambiyo senedini temin amacından ileri gelmektedir. Burada ikisi arasında mahiyet farkı vardır. Bu nedenle ciro için açıkça düzenlenmiş olan 'şartın yazılmamış sayılması' yaptırımını aval bakımından uygulanmamalıdır. Bu sonuç, istisnai düzenlemelerin dar yorumlanması kuralı ile de uygun bir sonuç olarak değerlendirilebilecektir.

Diğer yandan avalin kayıtsız şartsız olmasının istisnası olarak TTK m. 700/1'de yer alan "*Poliçede bedelin ödenmesi, aval suretiyle tamamen veya kısmen teminat altına alın-*

sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: "*Üçüncü Hukuk Dairesinin noktai nazarını müdafaa etmek üzere söz alan dairei müşarınilehya reisi Sait Beyefendi; ihtilaflı mucip hadise ticaret davalarını da tetkik etmek dairei kazaiyesi dahilinde iken kefalet şerhinde, (meblağ mezkrû Anoş Efendi vermediği takdirde) kaydıyle şarta tâlikan imza edilmiş olmasına nazaran dairemizce kefaleti adiyeh mahiyetinde görülen hadise nakzedilmiş ve mahkemece nakza ittibaan Borçlar Kanununun kefalete müteallik ahkâmı tatbik edilmek suretiyle verilen karar temyizen tetkik mercii olan Ticaret Dairesince tasdik edilmek lâzım gelirken kefaleti müteselsile ahkâmı tatbik edileceğinden nakzedilmiştir. Bu sebebe ve senet muhteviyatına nazaran dairemizin ittihaz ettiği kararda isabet vardır. Ticaret Reisi Halil Beyefendi; senedati ticariyeye imza edenler avaldır ve mesuldür. "Aval" o içine imzası mevzu şahsın aynı derecede mesuliyeti demektir. Kefaletteki şerhe gelince, müddeti hitamından evvel medyun muhaze edilemeyeceğine nazaran bittaki senet ibraz edilerek muhteviyatı talep edilir."* (karar için bkz. www.kazanci.com.).

Söz konusu kararda ifadenin şart niteliği taşıyıp taşımadığı değil de teminat iradesinin varlığı ele alınmıştır. Burada Anoş Efendi'nin bu bedeli ödeyip ödemeyeceği ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olgudur. Bu ibare bir şart ibaresidir. Şart ibaresi ise kambiyo senetleri bakımından kambiyo senedinin kesinlik ifade etmesi gerekliliğine uygun değildir. Diğer yandan "... vermediği takdirde" şeklindeki ibare sanki zaten avalin, lehine aval verilenin ödememesi ihtimali üzerine verilmiş olması nedeniyle böyle bir kayıdnı bir şart olarak düşünülüp düşünülmemeyeceğini akla getirmektedir. Zira bu zaten bilinen bir durum, avalin verilme amacı da bu, o halde şart olarak düşünülmememeli diye düşünülebilir. Ancak kambiyo hukukunda imzaların bağımsızlığı ilkesinin neticesi olarak aval veren kendisine başvuran hamile önce lehine aval verdiğim kişiye başvur deme imkanı söz konusu olmadığından - başka bir ifade ile aval veren de müteselsil sorumlular arasında yer aldığından - böyle bir kayıt da şart olarak nitelendirilecektir. O halde böyle bir kayıt içeren avalin de şarta bağlanmış olması sebebiyle bir hüküm ifade etmemesi gerektiği ileri sürülebilir. Yine bu ibarenin senet üzerinde yer alıyor olması da bu ibareye dayalı olarak yapılacak adı kefalet nitelemesinin dışlanmasına sebep olacaktır (Aksi görüş için bkz. **DEMİRKAPI**, s. 101 vd.). Zira her ne kadar adı kefalet asıl borç ilişkisinin yer aldığı sözleşmeye bitişik olarak yapılmış zorunluluğu içermiyor olsa da ortada bir kambiyo senedi olduğu için böyle bir ibare bakımından adı kefalet değil olsa olsa kambiyo senetlerine özgü kişisel teminat olan aval söz konusu edilebilirdi. Ancak aval de ifade ettiğimiz üzere şarta bağlanamayacağından şart ibaresi içeren böyle bir aval hükümsüz olacaktır. Diğer yandan söz konusu karar her ne kadar eski BK döneminde verilmiş olsa da ifade etmek gerekir ki TBK'nın kefaletin geçerliliği için aradığı şartları göz önüne aldığımızda (imza, kefil olunan miktar ve tarihin kefilin el yazısı ile yazılmış olması ve eşin rızası) böyle bir senede atılan imza ile bugün geçerli bir kefaletin zaten geçerli olarak kurulmuş olduğu söylenemeyecektir. Ayrıca bkz. dipnot 119.

bilir” hükmü neticesinde verilen kısmi aval hâli gösterilmektedir. İfade etmek gerekir ki buradaki istisna, avalin şarta bağlanmasının istinası olarak değil de avalin herhangi bir kayıtle bağlanmasının istisnasıdır. Zira TTK m. 700/I’deki kısmen teminat altına alınma, “şart” için öngörülen ilerde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli bir olgu olarak nitelendirilemez¹²⁵. Bu çerçevede kısmi aval durumunda aval veren, aval kaydında belirtilen miktar kadar sorumludur. Bunun dışındakiler ise geçersizdir. Kısmi aval şerhinin, kısmi avale yönelik beyanın *açık*¹²⁶ olarak ifade edilmesi suretiyle ‘oran’ gösterilerek ya da ‘miktar’ belirtilerek verilmesi mümkündür. Bu anlamda örneğin poliçe bedelinin yarısı oranında sorumlu olunacağına ilişkin kısmi aval beyanı geçerli bir beyan olarak kabul edilecektir¹²⁷

Aval şerhinde tarih gösterilmesi zorunlu değildir. Aval tarihi özellikle aval veren ehliyetine ilişkin hususlarda uyumsuzluk çıkması halinde ispat bakımından önemli hâle gelebilir. Bu yönüyle aval tarihine yer verilmesi isabetli olabilir¹²⁹.

Aval verenin adı ve soyadının ya da adresinin yazılmış olması da zorunlu bir unsur değildir¹³⁰. Sadece aval verenin imzasının bulunması avalin geçerliliği için yeterlidir (TTK m. 701/II)¹³¹. Sadece aval verenin imzasının yeterli olduğu sonucuna TTK m. 701/II ve IV’ün beraber değerlendirilmesi ile varılabilir¹³².

¹²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Cilt II, s. 508-509; SİRMEN, s. 30.

¹²⁶ Zira normal olan aval verenin poliçe bedelinin tamamından sorumlu olmasıdır.

¹²⁷ DEMİRKAPI, s. 158 vd; AKSU, s. 70.

¹²⁸ Burada bir hususa da değinmekte fayda var. TTK m. 696 gereği muhatabın da kabulünü poliçe bedelinin bir kısmı ile sınırlandırması mümkündür. Bu durumda muhatap lehine kısmi aval verilmesi durumunda aval verenin sorumluluğunun kısmi aval miktarı kadaryla sınırlı olması gerekir. Ayrıca Bkz. AKSU, s. 70.

¹²⁹ **Yargıtay 12. HD, 08.12.2009 Tarih ve 15779/24445 sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “TTK’nun 582.maddesi gereğince, akit ile borçlanmaya ehil olan kimse, poliçe, bono ve çek ile borçlanmaya da ehil olduğundan, ancak medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan kişiler kam-biyo senedi düzenleyebilirler...Bu sebeple borçlunun, senedi düzenlediği tarihte, hukuki ehliyete sahip olması gerekir. Aksi takdirde senet geçerli olmaz...T.T.K.’nun 614.maddesi hükmüne göre, bu kural, kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi senetteki borçtan sorumlu olan avalistler için de geçerlidir. Somut olayda, aval veren şikayetçi borçlu her ne kadar takip tarihinde medeni hakları kullanma ehliyetine sahip ise de, yukarıda da açıklandığı üzere senedin tanzim edildiği tarihte hukuki ehliyete sahip olmadığından borçtan sorumlu olmayacaktır. Sonradan icazet verilmesi hususu da icra mahkemesinde tartışılmayacağından şikayetin kabulüyle takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.” Karar için bkz. www.kazancı.com.

¹³⁰ Ancak ad ve soyadının yazılması, aval ile borç altına giren kimsenin teşhis edilmesi bakımından faydalı olacaktır. Aval verenin imzasından tanınması durumunda ad ve soyadın yazılması önem arz etmez. Ancak aval verenin imzasından tanınmıyor olması durumunda aval yine de geçerli olarak varlığını sürdürecektir olmasına rağmen böyle bir durumda aval veren bileneceğinden kendisine müracaat imkanı da mümkün olamamış olacaktır. BKZ. DOMANIÇ, s. 221.

¹³¹ **Yargıtay 12. HD’nin 09.10.2018 Tarih ve 4456/9522 sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “TTK’nun 778. maddesinin göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanunun 701. maddesi gereğince; keşideci imzası dışında bononun ön yüzüne konulan her imza aval şerhi sayılır. Aval için sadece imza yeterli olup, ayrıca ad ve soyadın yazılması gerekmez. Aval veren kimse, kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumlu olur. Ancak atılan imzaların aval veren sıfatıyla sorumluluk doğurması için, senet metni içine dahil olması zorunludur. Senet metni dışına atılmış imzaların aval şerhi sayılmayacağı kabulü gerekir. Aval şerhinin, mutlaka poliçe, bono veya alonj üzerine yazılması gerekir. Somut olayda, takip dayanağı bononun keşidecisinin.....Ltd.Şti., lehtarının T.C.... olduğu, muteriz borçlu...’nun ise bono üzerinde imzasının olmadığı, şikayetçinin imzasının, senet metni olarak değerlendirilmeyen bölümde olduğu anlaşılmaktadır. Bu

Aval verenin imzasını - kefalet sözleşmesinde de olduğu gibi (TBK m. 583/I)- eli ile atması gerekir (TTK m. 701/II). 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesiyle teminat sözleşmelerinin inikadının e-imza ile yapılamayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir¹³³. Benzer şekilde, TTK m. 1526/1'de de e-imza ile aval verilmesi de yasaklanmıştır. Bu itibarla, e-imza ile ne kefalet sözleşmesi kurulabilir ne de aval verilebilir¹³⁴. Yine el imzası yerine mühür veya parmak basılması da aval verenin borcunu geçersiz kılar¹³⁵.

TTK m. 701/III gereği muhatap ve düzenleyenin imzaları haricinde “aval içindir veya eş anlamlı başka bir ibare” olmadan poliçenin ön yüzüne atılan her imza aval hükmünde kabul edilmektedir. Bu durumda şayet imza, temsil amacıyla dahi atılmış olsa yanında açıklayıcı bir ibarenin –temsil şerhinin- yer alması nedeniyle aval olarak kabul edilecek ve imzayı atan bunun sonuçlarına katlanacak ve şahsen sorumlu hale gelecektir¹³⁶. Yine imzanın bulunduğu yer de önemlidir¹³⁷. İmzanın aval verene ait bir imza olarak nitelendirilebilmesi için ödeyenler hanesinin dışında yer alması gerekir¹³⁸. Zira imzanın ödeyenler

durumda, muteriz borçlu tarafından senet metni dışına atılan imzanın aval olarak kabulü mümkün olmayıp, adı geçenin takip dayanağı senet nedeniyle borçlu sıfatı bulunmamaktadır. O halde, borçlu'nun temyiz itirazlarının kabulüyle... Adliye Mahkemesince borca itirazın kabul edilerek İİK'nun 169/a-5. maddesi gereğince takibin adı geçen borçlu yönünden durdurulmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup...” (www.kazanci.com).

¹³² DEMİRKAPI, Avalin Şekli, s. 80.

¹³³ 15.07.2016 T. ve 6728 sayılı K. 45. maddesi ile değişik (R.G. S. 29796, 09.08.2016).

¹³⁴ OĞUZ, s. 73.

¹³⁵ BAHTİYAR, Kıymetli, s. 89; PULAŞLI, s. 211.

¹³⁶ DEMİRKAPI, Avalde Şekil, s. 81.

¹³⁷ **Yargıtay 12. HD, 20.9.2016 Tarih ve 22689/19204 sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “TTK'nun 778. maddesinin göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanunun 701. maddesi gereğince; keşideci imzası dışında bononun ön yüzüne konulan her imza aval şerhi sayılır. Aval için sadece imza yeterli olup, ayrıca ad ve soyadın yazılması gerekmez. Aval veren kimse, kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumlu olur. Ancak atılan imzaların aval veren sıfatıyla sorumluluk doğurması için, senet metni içine dahil olması zorunludur. Senet metni dışına atılmış imzaların aval şerhi sayılmayacağının kabulü gerekir. Somut olayda, takibe konu bononun incelenmesinde; aval veren sıfatıyla bononun kefil hanesinde senet metni içine gelecek şekilde... Tic.Ltd.Şti'nin imzalı kaşesi bulunduğu, borçlulardan.....A.Ş'nin kaşe ve imzalarının ise, bononun sol ön yüzünde bono metni dışında kalacak şekilde atılmış olduğu görülmektedir. Bu halde, yukarıdaki açıklamalar ışığı altında, senet metni dışına atılmış imzaların, düzenleyen lehine aval veren sıfatı ile atıldığının ve imza sahibinin de aval veren sıfatı ile sorumlu olduğunun kabulü mümkün değildir.” (www.kazanci.com).

¹³⁸ Bu hususta, **Yargıtay 19. HD, 24.3.2014 Tarih ve 2076/5680 Sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “Davacı vekili; davalı ile birlikte borçlu oldukları senet bedelini ödediğini, davalının senet bedelinin yarısından sorumlu olduğunu, davalının sorumlu olduğu miktarı ödememesi üzerine aleyhine icra takibi başlatıldığını, davalının itirazı üzerine takibin durduğunu belirterek itirazın iptali ile takibin devamına ve %40'tan az olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili; dava konusu senette davacının asıl borçlu kendisinin ise kefil olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece toplanan deliller ve dosya kapsamına göre; senedin ön yüzünde senet borçlusuna ait imza dışındaki diğer imzaların aval hükmünde olduğunu, davalının da senette aval veren konumunda bulunduğu, bu nedenle senet asıl borçlusunu olan davacının ödediği bedel nedeniyle aval verene rücu edemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava konusu senedin ödeyecek hanesinde davacı M.. K.. ve E.. K..'nin birlikte yer aldığı, kefil hanesinde ise B.. G..'ın isim ve imzalarının bulunduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda Mahkemece somut olayda aval verenin dava dışı B.. G.. olup tarafların müşterek müteselsil borçlu oldukları başka bir anlatımla davalı E.. K..'nin aval veren sıfatını haiz olmayıp müşterek müteselsil borçlu

hanesinde bulunması durumunda bu imza birlikte keşide amacıyla atılmış olarak kabul edilecektir. İmzanın birlikte keşide veya aval olarak nitelendirilmesi ödeme yapıldıktan sonra fark doğuracaktır. Bu anlamda aval durumunda aval veren, lehine aval verdiği kişiye karşı, TTK m. 702/III gereği poliçeden doğan hakları elde edecek ve ödediği bedelin tümünü, kıymetli evrak hukuku hükümlerine göre talep edebilecektir. Oysa birlikte keşide durumunda keşide eden, diğer keşidecilere, iç iliskideki payları oranında ve genel hükümlere göre baş vurabilir (TBK m. 167)¹³⁹.

Yine tüzel kişilerin temsilinde senedin ön yüzüne atılan imzalar bakımından ön yüzde bulunan imzalardan ikincisinin¹⁴⁰ aval olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda Yargıtay, imzaların şirket kaşesi üzerine atılıp atılmadığına göre kararlar vermektedir¹⁴¹. Ancak burada bahsettiğimiz çift imza yetkisi sebebiyle atılan imza değil de uygula-

durumunda bulunduğu ve uyumsuzluğun bu çerçevede çözümlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ve yanlışlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (www.kazanci.com).

¹³⁹ DEMİRKAPI, Avalde Şekil, s. 81.

¹⁴⁰ Şayet şirket çift imza ile temsil ediliyorsa bononun tek imza ile düzenlenmesi halinde bu bono şirketi bağlamayacaktır. Ancak şirketi bağlamayacak olsa da avalist sorumlu olacaktır. Çünkü burada kambiyo hukuku bakımından şekle aykırılık bulunmamaktadır. Şirketin temsili ve borç altına girmesine ilişkin kurala aykırılık söz konusu olsa da kambiyo senedi bakımından senedin geçerliliği noktasında ihtiyaç duyulan imza senette yer almaktadır. Burada senet geçerlidir. Senetteki tek imzanın sahibi de senetten dolayı sorumludur. Bu husustaki açıklamalar ve Yargıtay 12. HD, 28.03.2011 Tarih ve 24220/4756 sayılı kararı için Bkz. PULAŞLI, s. 212.

Yargıtay HGK 11.4.2007 Tarih ve 12-204/208 Sayılı Kararında şu ifadeler yer almaktadır: *“...Borçlu itirazında, şirketin çift imza ile temsil edilmesi gerektiği halde tek imza ile bono düzenlendiğini bu nedenle şirketin borçlu olmadığını iddia ettiğine ve mahkemece bu itirazın kabul edildiğine göre somut olaya uygulanması gerekli İİK.nun 169/a-6. maddesi uyarınca talebi bulunan borçlu yararına tazminata hükmedilmesi gerekirken anılan hususun gözardı edilmesi isabetsizdir...Gerekeşiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda darenilmişştir. Hukuk Genel Kurulunca...gereği görüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerekçeleri nedenlere göre ve özellikle davalı alacaklının senet lehdarı olmasına, keşideci imzasının davacıyı borç altına sokmayı sağlayıp sağlamadığını bilmesi, aksi takdirde yapılan takipte ağır kusurlu olduğunun kabulününunununun gerekmesi karşısında, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”*

Ancak diğer yandan Yargıtay'ın şirketin çift imza ile temsili söz konusu olduğu halde şirket temsilcisinin tek imza ile işlemlerde bulunmasının süreklilik arz ederek ticari teamül haline geldiğine ve dolayısıyla bunu kabul ettiğine ilişkin kararları da bulunmaktadır. Bu hususta, **Yargıtay 11. HD,18.10.2016 Tarih ve 729/8239 Sayılı kararında** şu ifadelere yer verilmiştir: *“...davalı şirketin iki yetkilinin imzası ile kambiyo senedi tanzim etme yetkisi bulunduğu halde, davalı şirket temsilcisinin tek imza ile borçlandırıcı işlemlerde bulunduğu, davalı şirketin ve diğer temsil yetkisine ait ortağın bu duruma rıza gösterip icazet verdiği ve bunun mutad bir uygulamaya dönüştüğü anlaşılmış... davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmektedir.”* (www.kazanci.com).

¹⁴¹ **Yargıtay 12. HD, 18.6.2013 Tarih ve 16634/22915 Sayılı kararında** şu ifadelere yer verilmiştir: *“TTK.nun 688/7. maddesi gereğince, takip konusu belgenin kambiyo vasfını taşıması için "senedi tanzim edenin imzasını" ihtiva etmesi zorunludur. Anılan maddede sorumluluk için sadece imzadan söz edilmiş, birden fazla imzanın bulunması koşul olarak kabul edilmemiştir. TTK.nun 690. maddesi göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken 589.maddesi gereğince şirketi müferiden temsile yetkili temsilcinin şirket kaşesi dışında senet üzerine atmış olduğu imza bizzatı kendisini sorumlu kılar. Yine TTK.nun 690.maddesi göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanununun 613 ve 614/1.maddeleri gereğince, keşideci imzası dışında bononun ön yüzüne konulan*

mada önceleri damga vergisinin ödenmesine bağlı olarak alınan damga pulu üzerine yine aynı şahıs tarafından atılan imzadır. Ancak artık kambiyo senetleri ve bunlara benzeyen senetler damga vergisinden muaf¹⁴² tutulduğuna göre bu tutumun devam ettirilmesi durumunda bu söz ettiğimiz aynı kişi tarafından atılan ikinci imza aval olarak değerlendirilecektir.¹⁴³ Bu da şirket yetkilisinin aval vermesi suretiyle şahsi olarak sorumlu olacağı anlamına gelir. Başka bir ifade ile ilk imza şirket kaşesi üzerine atılmak suretiyle şirketin temsil edildiği gösterilirken ikinci imzayı da atan aynı şirket yetkilisinin aval veren sıfatıyla şahsen sorumluluğu gündeme gelmektedir¹⁴⁴. Bu nedenle özellikle bir ticaret şirketi adına kambiyo

her imza aval şerhi sayılır. Aval için sadece imza yeterli olup, ayrıca ad ve soyadının yazılması gerekli değildir. Takip dayanağı senette keşideci bölümünde şirket temsilcilerinin (aynı kişinin) elinden çıkmış iki imzanın bulunması halinde ve imzalayanın şirket temsilcisi olması durumunda imzalarından şirket kaşesi üzerine atılan şirket, açığa atılan diğer imzanın da imza sahibinin şahsı adına atılmış olduğunun kabulü zorunludur. Zira, senetteki borçtan sorumlu olmak için keşidecinin tek imzası yeterli olup birden fazla imza atılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu açıklamalar ışığında sorumluluk doğması için keşidecinin atacağı tek imza yeterli olup, bononun ön yüzündeki ikinci imzanın atılması zorunluluğu olmadığından şirket kaşesi dışına atılan imza aval olarak değerlendirilir (HGK.nun 05/10/2011 tarih ve 2011/12-480 sayılı kararı).” Karar için bkz. www.kazanci.com.

Yargıtay 12. HD, 6.5.2013 Tarih ve 8915/17243 Sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: “TTK'nun 688/7. maddesi gereğince, takip konusu belgenin kambiyo senedi niteliğini taşıması için "... sendin tanzim edenin imzasını" ihtiva etmesi zorunludur. Anılan maddede sorumluluk için sadece imzadan söz edilmiş, birden fazla imzanın bulunması koşul olarak kabul edilmemiştir.

Somut olayda, takibe konu bonoda keşideci olarak Ç... İnşaat Makine Sera Gıda San ve Tic Ltd Şti yazılı olup, kaşe içi ve açıkta imza olmak üzere çift imza ile keşide edilmiştir. Şirket müdürü borçlu tarafından her iki imzanın atıldığı çekişmesizdir. A.Ç 'nın şirket adına attığı imza yanında şirket unvanının açığına ikinci bir imzası olduğuna göre bu ikinci imza nedeniyle, aval veren sıfatı ile borçtan şahsen sorumlu olduğunun kabulü gerekir.”

¹⁴² 4962 Sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun” (Resmî Gazete 07.08.2003, 25192).

¹⁴³ AKSU, s. 74-76.

¹⁴⁴ **Yargıtay 12. HD 03.05.2018 Tarih ve 31230/4145 Sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “...Bu açıklamalar ışığında sorumluluk doğması için, keşidecinin atacağı tek imza yeterli olup, bononun ön yüzündeki ikinci imzanın atılması zorunluluğu olmadığından, şirket kaşesi dışına atılan imza aval olarak değerlendirilir (HGK. nun 05/10/2011 tarih ve 2011/12-480 Sayılı kararı). Somut olayda, takibe konu bonoda, düzenleyen olarak şirketin yazılı olduğu, senedin, muteriz borçlu şirket yetkilisinin şirket kaşesi üzerine attığı imzası ile keşide edildiği, ancak açıkta bulunan imzanın şirket yetkilisince inkar edildiği anlaşıldığından, adı geçenin açıkta bulunan ikinci imzasının aval olarak atıldığı ve dolayısıyla muteriz borçlunun borçtan şahsen sorumlu olduğunun kabulü için, yapılacak imza incelemesi ile açıktaki imzanın muteriz borçluya ait olduğunun belirlenmesi zorunludur. Muteriz borçlu şirket yetkilisinin sorumluluğunun ancak açıktaki imza ile olacağı ve açıktaki imzaya da itirazı bulunup, alınan raporla bu imzanın adı geçene ait olmadığına tespit edilmiş olduğu nazara alındığında, mahkemece, borçlunun itirazının kabulüne karar verilmesi gerekir...” (www.kazanci.com).

Yine benzer şekilde **Yargıtay 12. HD 13.11.2003 Tarih ve 19913/22413 Sayılı Kararında** çekişme ilişkin olarak şu ifadeler yer vermiştir: “Somut olayda, takip konusu olan çekin keşidecisi E.Ltd.Şti. olup, diğer borçlu Aslan'ın da çekin keşide tarihinde keşideci şirketin sorumlu müdürü olduğu şikâyet dilekçesinin 1 no'lu bendindeki açıklamalardan anlaşılmaktadır. Çekte, aval çekin özelliği gözönünde tutularak TTK.nun 706. maddesinde farklı bir düzenleme getirilmiştir. Madde metninde "çekte yazılı bedelin ödenmesi, kısmen veya tamamen aval ile temin olunabilir" hükmüne yer verildikten sonra, İkinci fıkra da ise, "bu teminat muhatap hariç almak üzere 3. bir şahıs yahut çek üzerinde esasen imzası bulunan bir kimse tarafından da verilebilir" denilmektedir. Bu nedenlerle şirket müdürü olan takip borçlularından Aslan'ın keşideci şirket kaşesi altında atmış olduğu imzanın birisi

senedi imzalanırken bu hususa dikkat edilerek her iki imzanın üzerine de şirket unvanının yazılması ve imza aynı kişiye de ait olsa temsilen atıldığına ilişkin bir ibarenin bulunması isabetli olacaktır¹⁴⁵.

Buna karşın senedin arka yüzüne aval şerhi konularak atılan imza bakımından bu imzanın aval olarak nitelendirilmesinde bir tereddüt olmamakla beraber herhangi bir açıklama yapılmaksızın atılan imzanın niteliği doktrinde tartışmalıdır. Öncelikle senedin arka yüzüne atılan imza, ciro silsilesi içindeyse bu, beyaz cirodur. Ancak şayet senedin arka yüzünde yer alan imza ciro silsilesi içinde değilse bu durumda söz konusu imzanın aval niteliğinde olup olmadığı sorunu ortaya çıkar. Bu anlamda doktrinde *bir görüş*¹⁴⁶, ciro silsilesinde yer almayan böyle bir imzanın aval sayılması gerektiğini ileri sürerken; *diğer bir görüş*¹⁴⁷, böyle bir imzanın beyaz ciro olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ve bu imzanın hiç atılmamış sayılacağını başka bir ifade ile bu imzaya herhangi bir hukuki sonucun bağlanamayacağını ileri sürmektedir. Son olarak doktrinde *başka bir görüş*¹⁴⁸ ise böyle bir imzanın, ciro zincirinde kopukluğa yol açsa bile beyaz ciro olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yargıtay'ın ise eski tarihli bazı kararlarında¹⁴⁹ senet arkasında ciro silsilesi dışında bulunan imzaların aval olduğu yönünde kararları olmakla birlikte sonraki tarihli uyuşmazlıklarda farklı yönde kararlar verdiği görülmektedir¹⁵⁰. Kanaatimizce senet

keşideci şirketin sorumluluğunu, diğer imzasının da yukarıda açıklanan madde uyarınca aval veren şahıs olarak kendi sorumluluğunu içerdiği kabul edilmelidir." (www.kazanci.com).

¹⁴⁵ KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 178.

¹⁴⁶ GÜRAL, s. 448.

¹⁴⁷ POROY/TEKİNALP, Kıymetli, s. 222.

¹⁴⁸ ÖZTAN, s. 569; ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 183; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 105; SARAÇ, s. 256; DEMİRKAPI, s. 72 vd.; AKSU, s. 58 vd.; KAYI-HAN/YASAN, s. 75; Ayrıca bkz. ALIŞKAN, s. 309 vd.

¹⁴⁹ Yargıtay 11. HD., 14.11.1986 Tarih ve 5515/5965 Sayılı kararı için bkz. DEMİRKAPI, s. 71 dipnot 276.

¹⁵⁰ Yargıtay 12. HD, 13.7.1994 Tarih ve 9520/9720 Sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: "Lehdar ancak keşideci kefiller ve aval vereni takip edebilir. Senedin arkasındaki beyaz ciro yapan kişi ciro silsilesinde kopukluk olsa dahi yukarıda sözü edilen kişilerden sayılmaz. Aksine düşünce ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir."

Yargıtay 12. HD, 28.3.2003 Tarih ve 3689/6663 sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: "Takip dayanağı senette takip alacaklısı Ltd. Şirketi, lehdar konumunda olup, keşideci İzmir TMS Elektrik Malzeme San. Tic. Ltd. Şirketi'ni takip etmesinde yasaya uymayan bir yön yoktur. Senet üzerinde 4 imza mevcut olup keşidecilerin isimlerinin yazılı olmaması, senedi imzalayan kişinin sorumlu olacağından sonuca etkili değildir. Keşideci ile birlikte senedin ön yüzüne atılan imza, imza sahibini senetteki borçtan sorumlu kılar. Ancak, senet arkasında ayrıca aval için olduğu belirtilmediği sürece imza, sahibini avalist konumuna sokmaz. Somut olayın özelliği itibarıyla senet arkasında imzası bulunan Tahsin Başçıl ve Şenol Şahin senedin ön yüzünde keşideci şirket yanında atıkları imzayı inkar etmişlerdir. Bu nedenle sorumlulukları, senedi tanzim eden kişinin sorumluluğu kapsamında kalıp, mercice muteriz borçluların şikayetinin reddine karar verilmesi açıklanan nedenlerle doğrudur."

Yargıtay 12. HD, 23.3.2007 Tarih ve 2732/5575 sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: "...TTK.nun 690/3. maddesi göndermesi ile uygulanması gereken 613/1. maddesi hükmüne göre aval şerhi poliçe veya alonj üzerine yazılır. İş bu bononun arkasına atılan kase ve üzerindeki imzanın avalı tazammun eden herhangi bir meşruhatı ihtiva etmediğine göre ve imzada, senedin ön yüzüne atılmadığından TTK.nun 613/2. maddesi uyarınca aval verme niteliğinde kabul edilemez. Araya girme sureti ile kabul keyfiyeti poliçe üzerine yazıldıktan sonra bu şerhin araya giren tarafından imzalanması lazımdır. (TTK.nun 648/1. maddesi) Poliçenin arka yüzündeki bir imzanın ise ciro zincirinin düzenini bozmamak şartı ile nihayet bir beyaz ciro olarak kabul edilebileceği bu sebeple

arkasına aval beyanı olduğuna ilişkin bir ibareye yer vermeksizin atılan bir imza aval olarak kabul edilmemelidir. Zira TTK m. 683/II gereği beyaz cironun poliçenin arka yüzde veya alonj üzerinde bulunmasından başka bir şart aranmamaktadır. Dolayısıyla imzanın ciro silsilesi içinde yer alması zorunlu olmayıp arka yüzde yer alan her imzanın beyaz ciro olarak kabulü mümkündür¹⁵¹. Diğer yandan böyle bir imzaya herhangi bir hukuki sonucun bağlanmaması yönündeki görüşe katılma imkanının da bulunmadığı kanısındayız. Zira senedin arkasında yer alan böyle bir imza da bir iradenin yansımasıdır ve hukukumuzda aslolan iradenin ayakta tutulması ilkesidir. Bu nedenle böyle bir imzanın geçersiz olduğu sonucuna varılmaması gerekir¹⁵². Senet arkasına herhangi bir açıklama olmaksızın atılan imzanın beyaz ciro olarak nitelendirilmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Kanunda avalin verilmesi bakımından bir süre öngörülmemiştir. Aval, vadeden veya protestodan önce veya sonra verilebilir¹⁵³.

IV. AVAL VERENİN HAK VE SORUMLULUKLARI

A. Aval Verenin Hakları

- *Aval veren, poliçe bedelini ödemediği takdirde poliçeden dolayı lehine taahhüt altına girmiş olduğu kişiye ve ona poliçe gereğince sorumlu olan kişilere karşı poliçeden doğan hakları iktisap eder* (TTK m. 702/III). Aval verenin poliçeden doğan başvuru haklarını elde edebilmesi için poliçe bedelini ödemiş olması gerekir. Ancak burada aval veren poliçe ödemekle aval verdiği şahsın haklarını kazanmış olmaz. Başka bir ifade ile burada halefiyet söz konusu değildir¹⁵⁴. Aval veren, poliçe bedelini ödemediği takdirde poliçeden doğan haklarını poliçenin mülkiyeti ile birlikte elde etmiş olur¹⁵⁵. Bu durumda artık hamilin poliçe üzerinde tasarruf hakkı kalmayacak, kanun gereği poliçenin mülkiyeti aval verene geçmiş olacaktır. Bu çerçevede aval veren senedin mülkiyetini haiz olduğundan kambiyo senetlerine mahsus yol ile lehine aval veren ve kendisinden önce gelenlere¹⁵⁶ -ona karşı sorumlu olanlara- başvurabilecektir¹⁵⁷.

araya girmek suretiyle kabul edenin, bu niyetini gösteren bir kaydı da poliçeye dercetmesi gerekir..." kararlar için bkz. www.kazanci.com.

¹⁵¹ DEMİRKAPI, s. 72-73.

¹⁵² Poliçe üzerinde yer alan her imzanın imza atan bakımından sorumluluk doğurduğu, senet üzerinde sorumluluk oluşturmayacak bir imzanın varlığını kabul etmenin aşırı şekilcilik olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. DEMİRKAPI, s. 73.

¹⁵³ ÖZTAN, 1997, s. 807-808; SARAÇ, s. 257; DEMİRKAPI, s. 202.

¹⁵⁴ ÖZTAN, 1997, s. 814; İPEKÇİ/İLBULDU, s. 36.

¹⁵⁵ ÖZTAN, 1997, s. 815.

¹⁵⁶ Kendisinden sonra gelenlere karşı ise sorumlu değildir. Zira bu husus, kambiyo hukukunun sorumluluk kurallarına dayanır. AKSU, s. 172.

¹⁵⁷ **Yargıtay 12. HD, 21.10.1976 Tarih ve 8549/10351 Sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: "...TTK.nun 614. maddesi gereğince aval veren kimse bono bedelini ödemediği takdirde bonodan dolayı lehine yükümlülük altına girmiş olduğu kimseye karşı bonodan doğan haklara sahip olacağından takip yapanın alacağıın bonodan doğduğunun kabulü zorunludur. Bu halde, İİK.nun 167. maddesi gereğince alacak bonoya dayandığından kambiyo senetlerine mahsus yolla takip yapılabileceği düşünülmeksizin itiraz kabul edilerek takibin iptaline karar verilmesi isabetsiz temyiz itirazı yerinde görüldüğünden mercii kararının İİK.nun 366. ve HUMK.nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 21.10.1976 gününde oybirliğiyle karar verildi." (www.kazanci.com).

Yargıtay 12. HD, 15.1.2013 Tarih ve 23841/412 Sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: "...Somut olayda; Kooperatif aval veren sıfatıyla bono bedelini ödemediğine göre, kanunen müteselsil sorumluluğu olan keşidecilere karşı takip yapılabilir. İİK.nun 167. Maddesi gereğince alacağın bonoya dayanması nedeniyle, alacaklının kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yap-

Aval veren poliçe bedelini ödediği takdirde lehine aval verdiği kişiye ve ona karşı sorumlu olan diğer borçlulara karşı rücu hakkına sahip olmaktadır. Bu anlamda aval veren, lehine aval verdiği kişi ve ona karşı sorumlu olan kişilere TTK m. 724/II çerçevesinde borçlanma sırasını gözetmeksizin başvurabilecektir¹⁵⁸. Burada aval verenin sorumluluğu ödediği tutar ile sorumluluktur¹⁵⁹. Aval verenin rücu hakkı, ödeme yaptığı anda doğar ve muaccel olur. Şayet ödemeyi temin ettiği miktarın bir kısmına ilişkinse rücu hakkı da bu miktar bakımından olacaktır. Yoksa henüz ödemediği ancak ödeme ihtimali ile karşı karşıya olduğu miktar bakımından henüz ödeme yapmadığı için rücu talebi de gündeme gelmez (TBK m. 596)¹⁶⁰.

Poliçe bedelini ödeyen aval veren, TTK m. 726 çerçevesinde ödemiş olduğu tutarın tamamını, ödeme tarihinden itibaren bu tutarın faizini, yaptığı giderler ve poliçe bedeline ilişkin komisyon ücreti ile birlikte lehine aval verdiği kişi ve ona karşı sorumlu olanlardan isteyebilecektir¹⁶¹.

- Aval veren, TTK m. 727/I çerçevesinde bedeli ödeyince poliçe ve protesto belgesini ayrıca doldurulacak bir **makbuz** ile birlikte kendisine verilmesini istemek hakkına sahiptir.

- **Aval verenin bir diğer hakkı, TTK m. 734/I çerçevesinde araya girmek suretiyle muhatap belirleme hakkıdır.** Bu anlamda aval veren, poliçeyi gerektiğinde kabul edecek veya ödeyecek bir şahıs gösterebilme hakkına sahiptir (TTK m. 734/I). Araya girme kurumu, başvuru hakkının işlemeye başlamasını önleyen bir kurum olarak karşımıza çıkar. Araya girme ile senet bedelinin poliçe dolayısıyla müracat edilecek kişilerden biri yerine başka bir kişi tarafından ödenmesi söz konusu olur¹⁶². Hamil poliçeyi aval veren tarafından gösterilen kişiye ibraz etmeden ya da protesto çekmeden aval verene başvuramaz (TTK m. 739). Araya girmenin temel amacı, rücu mekanizmasını işletmemek ve böylece ortaya çıkabilecek olumsuzluklara önceden engel olmaktır. Her ne kadar kanunda düzenlenmiş olsa da uygulamasına neredeyse hiç rastlanmayan bir kurumdur¹⁶³ ve bu kapsamda aval veren kişi-

masında yasaya uymayan bir yön yoktur. Bu durumda mahkemece borçlunun sair itiraz ve şikayet (faize itiraz vs.) nedenleri incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." (www.kazanci.com).

¹⁵⁸ Aval verene karşı sorumlu olanların sorumluluğu müteselsildir. Bu durumda poliçede adı geçen beş cırantadan beşinciye aval vermişse C5'e müracat edebileceği gibi C1-C4'e, düzenleyene, muhataba ve bunların avalistlerine de müracat edebilir. Ancak burada özellik arz eden durumlar da söz konusudur. Muhatap, poliçenin asıl ve nihai borçlusudur; bu nedenle muhatabın ödeme yaptıktan sonra rücu edeceği bir kimse söz konusu değildir. Bu nedenle muhatabın aval vereni, ödeme yaptığı vakit, ancak ödeme nedeniyle muhataba rücu edebilecektir. Yine düzenleyene (keşideciye) aval verilmişse aval veren hem düzenleyene hem de muhataba rücu edebilecektir. Açıklamalar için bkz. **DOMANIÇ**, s. 230-231.

¹⁵⁹ Her ne kadar durum bu olsa da bu miktar lehine aval verilen kimsenin aval verene karşı temerrüde düştüğü haller dışında hiç bir zaman senetteki miktar ve TTK m. 725 ve 726'da bahsedilen masraf ve faizler toplamını aşamaz. Şayet aval veren bu miktarların da üzerinde bir ödeme yapmışsa bu miktar bakımından aval verilen şahsa rücu edemez. Ancak Bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 77 vd.) başvurarak alacağını elde edebilecektir. Bkz. **DOMANIÇ**, s. 230.

¹⁶⁰ **DOMANIÇ**, s. 230.

¹⁶¹ Yine ifade etmek gerekirse temerrüd hali hariç olmak üzere TTK m. 725 ve m. 726'da ifade olunan masraf ve faizleri toplamının üzerinde bir miktar bakımından aval verenin rücu imkanı bulunmamaktadır. Ayrıca bkz. dipnot 154.

¹⁶² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **POROY/TEKİNALP**, s. 257 vd.; **BAHTİYAR**, s. 107-108; **BOZGEYİK** (Edit: S.K.), s. 299.

¹⁶³ **ÖZTAN**, s. 175 vd; **BOZGEYİK** (Edit: S.K.), s. 300.

ye de araya girerek ödeyecek kişileri gösterebilme hakkının tanındığını da aval verenin hakları arasında saymakla yetineceğiz (TTK m. 734/I).

- ***Senedin protesto edilmesi halinde protesto işleminin aval verene de ihbar edilmesi gerekir. Aksi durumda aval veren, tazminat talep edebilme hakkını elde eder (TTK m. 723/III).*** Poliçe ve bonoda kabul etmeme ve ödememe durumlarında bunların senetten sorumlu olanlara ihbar edilmesi gerekir. Bu anlamda 723/I’de öncelikle hamilin ihbar zorunluluğu düzenlenmiştir. Hamil, protesto gününü veya poliçede “gidersiz” kaydı mevcutsa ibraz gününü izleyen dört iş günü içinde kabul etmeme veya ödememe hallerini kendi cirantasına ve düzenleyene ihbar etmek zorundadır. Hamilin bu ihbarından sonra her ciranta bu ihbarı aldığı iki iş günü içinde kendi cirantasına ihbar eder. Düzenleyene varınca ya kadar bu sıra dahilinde hareket edilir. Süreler önceki ihbarın alındığı tarihten itibaren işlemeye başlar (TTK m. 723/II). TTK m. 723/III uyarınca poliçede imzası bulunan bir kişiye ikinci fıkra gereği ihbarda bulunduğu takdirde kendisine aval veren kişiye de aynı süre içinde bu ihbarın yapılması gerekir. İhbar bir yükümlülük olmakla birlikte bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi başvurma hakkının kaybına neden olmaz. TTK m. 723/VII gereği usulüne uygun ihbarname göndermeyen kişi başvurma hakkını kaybetmezse de ihmalden doğan zarardan sorumlu olur. Ancak bu zarara ilişkin tazminat borcu poliçe bedeliyle sınırlıdır¹⁶⁴.

- ***Aval veren TTK m. 722/I uyarınca kambiyo senedine “gidersiz”, “protestosuz” kayıtlarını ya da bunlara eş anlamlı herhangi bir ibareyi koyabilme hakkına sahiptir.*** Bu takdirde kendisine rücu eden kişinin protesto düzenlemesine gerek kalmaz. Aval verenin koyacağı bu kayıt, sadece kendisi için hüküm ifade eder, yoksa diğer sorumlular bakımından değil (TTK m. 722/III). bu anlamda ciranta tarafından koyulan kayıt, onun lehine aval veren bakımından protesto yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz¹⁶⁵.

- Son olarak bir de aval verenin ***def’i hakkı*** vardır¹⁶⁶. Hamil, lehine aval verilen kişiye ödeme yapması için başvurabileceği gibi ona aval verene de başvurabilir. Bu durumda aval verenin de diğer senet borçluları gibi hamile karşı def’i ileri sürebilme hakkı vardır. (TTK m. 825).

Aval veren, ***senet metninden anlaşılabilen def’ileri*** kendisine başvuran herkese karşı ileri sürebilecektir¹⁶⁷. Bu anlamda kanunda poliçe, bono ve çekin şekli bakımından taşınması gereken unsurlar düzenlenmiştir (TTK m. 671,776,780). Kanununda belirtilen şekil şartlarını taşımayan senetler kambiyo senedi vasfını taşımazlar. Bu nedenle şekil şartlarını içermeyen senet metninden anlaşılabilen def’ileri aval veren de ileri sürebilecektir¹⁶⁸. Senette zorunlu unsurların noksanlığı, senede konulması yasak kayıtların senette yer alması, senette kopuk ciro zincirinin bulunması, senedin zamanaşımına uğraması senet metninden ve içeriğinden anlaşılabilen def’iler olarak kabul edilir. Senet metninden anlaşılabilen def’iler, senedin ön yüzü, arka yüzü ve ekleri ile senedin içeriğinden anlaşılabilen def’ileri kapsar¹⁶⁹. Aval veren de

¹⁶⁴ **POROY/TEKİNALP**, s. 253 vd.

¹⁶⁵ Şayet düzenleyen tarafından böyle bir kayıt konulmuşsa bu kayıt poliçeden dolayı borç altına girenlerin hepsi hakkında geçerli olacaktır (TTK m. 722/III). **POROY/TEKİNALP**, s. 224.

¹⁶⁶ Aval verenin def’i hakkına yönelik ayrıntılı açıklamalar için bkz. **BOZTOSUN**, s. 58.

¹⁶⁷ **Yargıtay 12. HD, 24.9.2018 Tarih ve 8410/8537 sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “...Düzenleyenin imzasının bulunmaması halinde, düzenleyen için aval vermiş olan da senet bedelinden dolayı sorumlu tutulamaz. Bu durumda, senette düzenleyenin imzasının bulunmadığı açık olduğundan, düzenleyen için aval veren şikayetçi borçlu, bono bedelinden dolayı sorumlu tutulamaz.”

¹⁶⁸ **DOMANIÇ**, s. 226; **BOZTOSUN**, s. 58.

¹⁶⁹ **YILMAZ, L.; Kambiyo Senetlerinde (Çek, Bono, Poliçe’de) Def’iler, 2. Bası, İstanbul 2017**, s. 351 vd.

bu senet metninden anlaşılın def'ileri ileri sürmek hakkına sahiptir¹⁷⁰.Yine senede protesto-
dan muafiyet kaydı koymamış olan aval veren kendisine ödeme için başvuran hamile sene-
din protesto edilmediği def'ini ileri sürebilir. Ancak aval veren, bonoda düzenleyen lehine
aval vermişse, düzenleyen gibi sorumlu olduğundan senedin protesto edilmediğine dayana-
rak ödeme talebini geri çeviremez¹⁷¹. Yine kısmi aval durumunda, aval verilen miktar senet
metninde açıkça gösterileceğinden buna ilişkin def'i de senet metninden anlaşılacak def'iler
arasında yer alır.

Aval veren senetten anlaşılın def'ileri ileri sürmediği takdirde lehine borç yüklediği
kimsenin zararı oranında rücu hakkını kaybeder. Bunlar senet metninden anlaşılabilen
def'iler olduğu için bunların bilinmediği iddiası ile aval veren sorumluluktan kurtulamaz.

Aval verenin senet metninden anlaşılın def'ileri dışında def'ileri de bulunabilir.
Bu anlamda aval verenin, aval verdiği anda ehliyetsiz olması, aval verenin yetkisiz temsil
edilmesi, imzanın kendisine ait olmaması def'ileri bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁷².

Diğer yandan belirtmekte fayda var ki lehine aval verilen şahsın hamile karşı ileri
sürebileceği senet metninden anlaşılamayan nitelikteki def'ileri aval veren hamile karşı ileri
süremez (TTK m. 687). Bu anlamda lehine aval verdiği kişinin senedi hatır ilişkisine dayalı
olarak verdiği hususunu aval veren ileri süremez, yine lehine aval verilenin imzasının sahte
olduğunu, kendisine zorla imza attırılmış olduğunu aval veren ileri süremeyecektir¹⁷³. Zira
aval verenin verdiği teminat, asıl borcun geçersizliği halini dahi kapsamaktadır¹⁷⁴. Ancak
ifade etmek gerekirse aval verenin lehine aval verdiği kişinin senet metninden anlaşılama-
yan def'ilerini ileri sürememesinin de bir istisnası vardır: lehine aval verilen kişinin kambi-
yo ilişkisinin sona erdiğine ilişkin savunmalarını aval veren de ileri sürebilecektir. Bu an-
lamda lehine aval verilen kişinin ifası, ibra edilmesi, borcu takas etmesi aval veren bakı-
mından da ileri sürülebilecek def'ilerdir¹⁷⁵.

Yine aval verenin şekle ait eksiklikler dışında bir sebepten dolayı batıl olan bir borç
bakımından dahi taahhüdü geçerli olduğuna göre (TTK m. 702/II) söz konusu batıl borcu
ödememiş alan aval verenin hamile karşı ödediğini sebpsiz zenginleşme hükümleri çerçeve-
sinde (TTK m. 732) ya da kambiyo hukuku kurallarına dayanarak -kendinden önceki borç-
lulara başvurmak suretiyle- ya da lehine aval verdiği kimse ile olan iç ilişkilerine dayanarak
ileri sürebilme hakkı da bulunmaktadır¹⁷⁶.

B. Aval Verenin Sorumlulukları

- Aval verenin sorumluluğu için aval verenin kambiyo ehliyetine sahip olması ge-
rekir¹⁷⁷.

¹⁷⁰ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar ve karar örnekleri için bkz. **YILMAZ**, s. 351 vd.

¹⁷¹ **Yargıtay 12. HD, 02.12.2003 Tarih ve 21111/23416 sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır:
“*Takip dayanağı bonoda Abdullah (Kefil) aval veren konumunda olup aynen keşideci gibi borçtan
sorumludur. Bu nedenle TTK.nun 690. maddesi göndermesi ile 626. maddesinin somut olayda uygu-
lama yeri yoktur. Mercice aksine düşüncelerle Abdullah'a anılan madde koşullarında protesto gön-
derilmediğinden bahisle bu borçlu yönünden takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.*”

¹⁷² AKSU, s. 147

¹⁷³ **DEMİRKAPI**, s. 193-194.

¹⁷⁴ **DEMİRKAPI**, s. 195.

¹⁷⁵ **ÖZTAN**, 1997, s. 818; **DEMİRKAPI**, s. 195-196.

¹⁷⁶ **DOMANIÇ**, s. 228.

¹⁷⁷ Bkz. yukarıda s. 12 vd.

- Aval verenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için hamilin aval verene başvurma hakkının doğmuş olması gerekir¹⁷⁸. Aval veren kimin lehine taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olacağından (TTK m. 702/I, 778/3) lehine aval verilen kişiye başvurma hakkı doğduğu zaman avaliste de başvurma hakkı doğar¹⁷⁹. Bu anlamda hamilin muhataptan ödeme talep etmesi, ödememe halinde ödememe protestosu çekerek başvurma hakkını kullanması ve bundan sonra her biri müteselsil sorumlu olan başvurma borçlularına ve bu anlamda avaliste gitmesi gerekir¹⁸⁰.

Burada ifade etmek gerekirse protesto çekilmediği için başvuru hakkı düşerse başvurma borçlularından biri lehine aval veren kimseye de gidilemez. Ancak başvurma borçlularından biri lehine değil de asıl borçluya aval verilmesi söz konusu ise asıl borçlu, protesto çekilmese dahi sorumlu kalmaya devam edeceği için sorumluluk süresi içinde aval verene de başvurma imkanı vardır¹⁸¹. Bu anlamda lehine aval verilen kimsenin asıl borçlu veya başvuru borçlusu olması arasında fark vardır.

- Aval verenler, TTK m. 724 gereği poliçeyi düzenleyen, kabul eden ve ciro edenlerle müteselsil borçlu sıfatıyla sorumludurlar. Aval veren, sorumluluğu doğduğu anda senet

¹⁷⁸ **Yargıtay 11. HD, 17.4.1975 Tarih ve 1303/2808 Sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “...Senedin ve dolayısıyla avalın ansansörün yapılmasını temin için verildiği ihtilaftır. Türk Ticaret Kanununun 614. maddesi gereğince aval veren kimse kimin için taahhüt altına girmiş ise onun gibi mesul olur. Başka bir tabirle aval kimin için verilmişse avalist de, o şahıs derecesinde mesuldür. Fakat mesuliyet senetten doğan mücerret mesuliyettir ve lehine aval verdiği şahsa müracaat imkanı ne zaman doğarsa avaliste o zaman müracaat edilebilir.” (www.kazanci.com.).

¹⁷⁹ **ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN)**, s. 184, 186; **BAHTİYAR**, s. 88.

¹⁸⁰ Senedin ödenmemesi üzerine hamilin başvuru hakkını kullanabilmesi için üç olasılıktan birinin gerçekleşmesi gerekir. Bu anlamda ilki, zamanında ve usulüne uygun olarak ibraz edilen poliçenin ödeme gününde muhatap tarafından ödenmemesi (TTK m. 713/I); ikincisi, senedin vadesi gelmeden önce zamanında ve usulüne uygun olarak kabule arz edilen poliçenin muhatap tarafından kabul edilmemesi durumu (bu durumda hamil vadeden önce başvuru hakkını kullanabilmesi söz konusu- TTK m. 713/II-a); üçüncüsü de TTK m. 713/II, b-c’de düzenlenen ödemenin tehlikeye düşmesi halidir. Bu üç şart, hamilin başvuru hakkını kullanmasının maddi şartlarıdır. Diğer yandan tek başına bu şartlar yeterli olmamakta bir de şekli şart olarak protesto çekilmesi söz konusu olmaktadır. Bu anlamda başvuru hakkının kullanılabilmesi için maddi şartlarından birinin gerçekleşmesi üzerine bu durumun bir de protesto çekilmesi suretiyle belgelendirilmesine ihtiyaç vardır (TTK m. 714 vd.). Protesto çekilmemesi durumunda, muafiyet kaydı ve mücbir sebep şeklindeki muaf tutulan haller dışında başvuru borçlularına başvurma hakkını kaybetmiş olacaktır (TTK m. 730/I-b). Hamil başvuru borçlularına kambiyo senedi ve protesto ile başvurarak ödeme talebinde bulunabilir. Bkz. **BAHTİYAR**, 97 vd.

¹⁸¹ **Yargıtay 11. HD, 11.1.2010 Tarih ve 14222/163 Sayılı kararında** şu ifadeler yer almaktadır: “...Talep, bonoya dayalı ihtiyati haciz istemine ilişkindir. Mahkemeye, ihtiyati hacze konu bonolar ciro yoluyla el değiştirmiş olduğundan asıl borçluya karşı cirantanın ihtiyati haciz isteyebilmesi için ödememe protestosu keşide etmesi gerektiği, dosya kapsamında asıl borçluya keşide edilmiş ödememe protestosu bulunmadığı gerekçesiyle ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmiş ise de, TTK.nun 642 nci maddesi uyarınca ödememe protestosunun çekilmemesi müracaat borçlularına karşı olan talep hakkının ileri sürülmesine engel olup, alacaklının, bonoyu tanzim edene (keşideciye), onun lehine aval verene ve bunların yetkisiz temsilcilerine karşı ihtiyati haciz isteyebilmesi için bononun vadesinin gelmesi gerekli ve yeterlidir. Bundan başka yetkili hamilin ödememe protestosu çekmiş olmasına ve bu protestoyu bono ile birlikte ihtiyati haciz talebine eklemesine gerek yoktur. Çünkü yetkili hamil bu kişilere karşı doğrudan doğruya talep hakkına sahiptir. O halde mahkemenin keşideci olan Mehmet Ali Büyükkebabçı yönünden ret gerekçesi yerinde olmayıp, İİK.nun 257. ve devamı maddelerinin bu kişi yönünden değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir...” (www.kazanci.com.). Ayrıca bkz. **ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN)**, s. 184.

dolayısıyla sorumluluk altına girmiş olan diğer kişilerle beraber müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olacaktır. Hamil bunların borçlanma sırasına bağlı olmaksızın her birine ya da bunlardan bazılarına ya da hepsine birden başvurulabilir (TTK m. 724/II). Dolayısıyla aval veren, aval verdiği şahıstan bağımsız olarak ve diğer poliçe borçluları ile birlikte müteselsil olarak sorumlu tutulmaktadır. Alacaklı doğrudan doğruya aval veren kişiye başvurarak senetten kaynaklanan borcun ödenmesini isteyebilir. Başka bir ifade ile alacaklı önce lehine aval verilen kimseye başvurmaksızın aval verene doğrudan başvurabilecektir¹⁸².

- TTK m. 702/I gereği aval veren kimin lehine aval verdiyse tıpkı lehine aval verdiği kişi gibi sorumlu olacaktır. Bu anlamda aval veren ile lehine aval verdiği şahısların sorumluluklarının şartı ve derecesi aynıdır¹⁸³. Lehine aval verilen şahsın sorumluluğu ise kural olarak senedin tam bedeli ile TTK m. 725 ve 726'da zikredilen faiz, giderler ve komisyon ücretini kapsar. Ancak kısmi aval halinde aval verenin sorumluluğu bu kısım kadarı ile olacaktır ve yine 702/II çerçevesinde aval ile teminat altına alınan borç, şekle ait eksiklikler dışında bir sebepten dolayı batıl olursa aval veren tıpkı lehine aval verdiği kişi gibi değil de açıkça senetten anlaşıldığı üzere sorumlu olmaya devam edecektir¹⁸⁴. Bu iki istisna dışında aval veren, lehine aval verdiği kişi gibi sorumlu olacaktır¹⁸⁵.

- Aval verenin sorumluluğu TTK m. 702/II çerçevesinde göre şekle ait noksandan başka bir sebeple batıl olsa da devam etmektedir. Bu anlamda lehine aval verilenin borcu geçersiz de olsa (örneğin ehliyetsizlik nedeniyle) kural olarak avalist sorumlu olmaya devam etmektedir. Aval verilenin borcu şekle ait eksiklikten dolayı geçersiz olursa avalist de sorumlu değildir. Ancak burada şekle ait eksiklik ile ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu anlamda örneğin lehine aval verilen kişinin senet üzerindeki imzasının el yazısı yerine elektronik imza ile atılmış olması halinde bu durum şekle aykırılıktır. Dolayısıyla hem lehine aval verilenin hem de avalistin borcu geçersiz sayılır¹⁸⁶. Ancak cirantanın ehliyetsiz olması halinde şekil eksikliğinden bahsedilemez. Bu nedenle aval verenin sorumluluğu devam eder. Şekil eksikliğine ilişkin tartışmalı olan husus ise sahte imza bakımındandır. Sahte imzanın şekil eksikliği sayılıp sayılmayacağı hususunda *bir görüş*¹⁸⁷ sahte imzanın şekil eksikliği¹⁸⁸ sayılmaması gerektiğini, şeklen geçerli bir ciro ile bunun için verilen avale güvenen kimsenin haklarına zarar vereceğini ve kambiyo senetleri ilkelerine ters düştüğünü ileri sürerken *diğer görüş*¹⁸⁹ sahte imzayı şekil eksikliği olarak

¹⁸² ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 185. Ayrıca doğrudan aval veren hakkında tek başına icra takibi yapılabileceği yönünde Yargıtay kararı için bkz. REİSOĞLU, Çek, s. 187, dip not 419.

¹⁸³ POROY/TEKİNALP, s. 222-223.

¹⁸⁴ Söz konusu hüküm tedavül emniyeti ve üçüncü şahısların menfaatini korumaya yönelik bir hüküm olmakla birlikte batıl bir borcu ödemek durumunda kalan aval veren kimse kendi hakkını ise ya kambiyo hukuku çerçevesinde kendinden önceki borçlulara başvurmak suretiyle ya da sebepsiz zenginleşmeye (TTK m. 732) veya da lehine aval verdiği kimse ile olan iç ilişkilerine dayanarak ileri sürebilecektir. Bkz. DOMANIÇ, s. 228.

¹⁸⁵ DOMANIÇ, s. 225-226.

¹⁸⁶ BAHTİYAR, Kıymetli, s. 88-89; ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 185; POROY/TEKİNALP, s. 223.

¹⁸⁷ POROY/TEKİNALP, s. 223; PULAŞLI, s. 211; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 104; REİSOĞLU, Çek, s. 187.

¹⁸⁸ BAHTİYAR, şekil eksikliğine şu örnekleri vermektedir: İmzanın yokluğu, mühür veya parmak basılmış olması, lehine aval verilen kişinin senedi kısmı ciro ile devralmış olması (s. 89). Yine ayrıca bkz. BOZER/GÖLE, s. 162.

¹⁸⁹ ARSLANLI, s. 104 (PULAŞLI, s. 211 ve aynı sayfada yer alan dip not 184 ve POROY/TEKİNALP, s. 223'ten Naklen).

kabul etmektedir. Belirtmemiz gerekir ki, ilk görüşün eleştirilecek yanları vardır. İmzanın sahte olması hem maddi hukuk (sözleşmeler hukuku) bakımından sorumluluğun ortadan kalkmasını sağlar hem de imza, TBK’da sözleşmelerin şekli unsurları arasında sayılmaktadır (TBK m. 15 vd.). Şekle tabi hukuksal işlemlerde imza, şeklin bir parçasıdır. TTK m. 702/II, “şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı **batıl** olsa” demektedir. Kanunun (TTK m. 702) “batıl” ifadesi nötr bir kavramdan ibarettir. Batıl ifadesi, “hükümsüzlük” anlamına gelir, hükümsüzlüğün cinsini açıklamaz. İmzanın sahteliği, yani kambiyo taahhüdünde bulunduğu zannedilen kimsenin esasen kambiyo taahhüdünde bulunma iradesinin olmadığını gösterir. Sahte imza ifadesi aslında kambiyo yükümlüsü görünen kimsenin imzasının olmadığı ‘*sabit*’ olduğu bir durumu ifade eder. Bu durum iradenin yokluğuna bağlanan temel yaptırımını yani “yokluk” tipi hükümsüzlüğü doğurur, aksine kesin hükümsüzlük söz konusu olamaz. Yokluk yaptırımına rağmen kambiyo hukukuna özgü işlem güvenliğinin korunması için kanunda daha açık bir ifade gerekir, yoksa bu hususta yorum yöntemi yetersiz kalmaktadır. Bunun yanında imzanın aynı zamanda şeklin bir parçası olduğu da genel hükümlerin ortaya koyduğu temel bir durumdur. Böylelikle hem imzanın sahteliği ile kambiyo taahhüdünün yokluğu hem de imzanın hukuki işlemin şekli bir unsuru olmasından hareketle eksikliğinin şekli bir eksiklik yaratacağı birlikte değerlendirildiğinde, kambiyo taahhüdünde bulunmamış ama imzası taklit edilmiş kimsenin sorumlu olmaması gibi aval verenin de sorumlu olmaması gerektiğini söylemek mümkün olabilecektir. Diğer bir açıdan imzanın elektronik imza ile atılmış olması ya da imza yerine mühür basılmış olmasında kambiyo taahhüdünde bulunanın bir iradesi vardır. Var olan bir iradeye kanun koyucu şekle aykırılık nedeniyle sorumluluk sonucu bağlamamaktadır ki bu tutumu, avalist bakımından da aynı sergilemiştir. Buna karşın sahte imza durumunda böylesi bir irade bile yoktur, bu nedenle evleviyet gereği aynı sonuca ulaşmak gerektiği savunulabilecektir.

- Aval veren senetten anlaşılın def’ileri ileri sürmediği takdirde lehine borç yüklediği kimsenin zararı oranında rücu hakkını kaybeder. Bunlar senet metninden anlaşılabilen def’iler olduğu için aval veren bunları bilmediği iddiasında bulunamayacağından sorumluluktan kurtulması da mümkün olmaz.

V. AVALİN SONA ERMESİ

Aval, aşağıdaki hallerde sona ermektedir.

- Poliçenin muhatap tarafından, bononun ise düzenleyen tarafından tamamen ödenmesi ile kambiyo senedinden doğan borç sona erer ve poliçe kıymetli evrak vasfını kaybeder¹⁹⁰.

- Hamilin başvuru hakkını kaybetmesi (TTK m. 730) halinde hamil, aval verene de başvuramaz. Bu hallerin varlığı halinde aval verenin borcu düşer.

- Kambiyo senedinin zayi olması halinde TTK m. 652 gereği mahkemeden alınacak iptal kararı üzerine hak sahibi hakkını senetsiz olarak ileri sürebilme hakkını elde etmiş olacaktır¹⁹¹. Bu durumda iptal kararı üzerine aval verenin borcunun devam edip etmeyeceği meselesi karşımıza çıkmaktadır. TTK m. 764/II gereği poliçenin iptaline karar verilmiş olmasına rağmen dilekçe sahibi, *sadece* poliçeyi kabul edene karşı (bonoda ise düzenleyene karşı) poliçeden doğan istem hakkını kullanabilecektir. Burada aval verene başvurulup başvurulamayacağı yönünde bir düzenleme yer almamaktadır. Aval verenin bir başvuru borçlusu olması göz önüne alındığında ve iptal kararının TTK m. 764 gereği ancak asıl borçluya karşı kullanılabilir olması buna karşın başvuru borçlularına başvurma hakkını

¹⁹⁰ ÖZTAN, 1997, s. 685; BAHTİYAR, Kıymetli, s. 90; İPEKÇİ/İLBULDU, s. 46.

¹⁹¹ ÖZTAN, 1997, s. 275-276; ÜNAL (Edit: S.K), s. 134.

vermemesi nedeniyle aval verenin borcunun sona ermiş olup olmadığı meselesi karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda her ne kadar aval veren bir başvuru borçlusuna olsa da poliçede kabul eden muhatap (bono da düzenleyen) ve ona aval verenler aslı borçlu konumunda olduğu için aval verenin borcu da sona ermiş olacaktır. Zira aval verenler TTK m. 702/1 gereği avalu kimin lehine vermişlerse onun gibi sorumlu olurlar. Dolayısıyla asıl borçlu lehine aval verenler de senedin asıl borçlusuna sayılırlar¹⁹². Diğer yandan iptal kararı ile aslı borçlu konumunda olmayan diğer başvuru borçlularına ise başvurulamayacaktır¹⁹³. Çekte ise tüm senet borçlularına (düzenleyen ve cirantalara) başvurma imkanı vardır. Çünkü çekle ilgili hükümlerde (TTK m. 818'de), TTK m. 764/II'ye atıf yapılmamaktadır¹⁹⁴.

- Son olarak zamanaşımı da aval verenin sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerden biridir¹⁹⁵. TTK m. 702 gereği aval veren, lehine aval verdiği kişi gibi sorumlu olacaktır, kural olarak lehine aval verdiği kişinin tabi olduğu zamanaşımı sürelerine tabi olacaktır¹⁹⁶. Bu anlamda aval veren, lehine aval verdiği kişiye bağlı olarak TTK m. 749'da düzenlenen üç yıl, bir yıl ve altı aylık zamanaşımı sürelerine tabi olacaktır. Diğer yandan TTK m. 814'de çek hamilinin sahip olduğu başvuru hakları bakımından öngörülen üç yıllık zamanaşımı süresi aval veren bakımından da uygulanacaktır. Bu anlamda lehine aval verilenin borcu andığımız zamanaşımı sürelerinin geçmesi nedeniyle sona ermişse aval verenin borcu da sona erer¹⁹⁷. Zira aval ancak senet dolayısıyla sorumlu olan kişiler lehine verilir. Dolayısıyla bu kişinin sorumluluğu ortadan kalkınca aval verenin de borcu sona ermiş olacaktır.

SONUÇ

Aval, kambiyo senetlerine özgü şahsi teminat sağlayan bir sözleşmedir.

Avalin, kefalet sözleşmesine kıyasen fer'i nitelikte olmaması onu, garanti sözleşmesi türlerinden olan "saf garanti sözleşmesi"ne daha da yakınlaştırıyor olmakla birlikte aval kurumu ne tam kefalet sözleşmesi olarak ne de tam garanti sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.

Eşin rızası avalde aranmamalıdır. Bu hususta Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı isabetlidir.

¹⁹² Yargıtay HGK'nın 22.03.2000 Tarih ve 12-706/181 Sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır: "Bir bonoyu düzenleyen keşideci o bononun aslı borçlusuna olarak bonoda yazılı borcun tamamını ödemek zorundadır. TTK 614. Maddesi gereği bonoda kefilde (aval veren) hamile karşın borcun tamamından keşideci gibi sorumludur. İbrahimde ödenmeyen bononun borçlusuna mütemerrit olduğundan, hamilin müracaat borçlularına başvurabilme hakkı doğar... Aksi halde TTK.nun 642. maddesi gereği hamil, keşideci dışındaki müracaat borçlularına (lehtar ve cirantalara) karşı sahip olduğu müracaat hakkını kaybeder. Ancak keşideci ve kefilin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz." (www.kazanci.com).

¹⁹³ ÖZTAN, 1997, s. 279-281; BAHTİYAR, s. 90; ÜNAL (edit: S.K), s. 135-136; İPEK-Çİ/İLBULDU, s. 47. Aval verenin kimin lehine aval vermiş olursa olsun başvuru borçlusuna olması nedeniyle iptal kararı sonucunda aval verene de başvurulamayacağı şeklindeki karşı görüş için bkz. DEMİRKAPI, s. 198-199; AKSU, s. 162-163.

¹⁹⁴ ÜNAL, s. 136; AKSU, s. 163.

¹⁹⁵ DEMİRKAPI, s. 199; AKSU, s. 164 vd.

¹⁹⁶ BOZTOSUN, s. 59 dipnot 25; AKSU, s. 164.

¹⁹⁷ Lehine aval verilen kimseye karşı zamanaşımının kesilmesi ile aval veren için de zamanaşımı kesilmiş olmaz. Zira TTK m. 751/1'e göre zamanaşımını kesen işlem kimin hakkında meydana gelmişse ancak ona karşı hüküm eder.

Gerçek kişilerin aval verebilmesi için tam ehliyetli olması gerekir. Vesayet altında bulunanların ve bunlar adına yasal temsilcilerinin, velayet altındaki küçüklerin ve velilerinin aval vermesi veya aval vermek için izin vermesi ya da sonradan verilmiş avale onay vermesi TMK m. 449 gereği yasak olarak kabul edilmelidir.

Tüzel kişilerde TTK m. 16 çerçevesinde dernek ve vakıfların manevi amaçlarına ulaşabilmeleri bakımından ticari işletme işletmeleri de mümkündür. Bu çerçevede dernek ve vakıfların aval vermeleri mümkündür.

TTK'da eski kanundaki düzenlemenin aksine ultra vires ilkesi yer almamaktadır. Bu anlamda ticaret şirketleri bakımından kural olarak var olan kefalet serbestisinin aval verme bakımından da kural olarak var olduğu söylenebilecektir.

Yetkili kılınmadıkları halde aval verenler, TTK m. 678 gereği bunun sonuçlarına bizzat kendileri katlanmak zorundadırlar.

Ticari temsilciler tacir adına aval verebilirler. Ticari vekillerin aval verebilmesi için özel olarak yetkilendirilmeleri gerekir. Vekaletname ile aval verilebilmesi için vekil bu hususta özel olarak yetkili kılınmalıdır.

Aval verenin ehliyetsizliği, hukuki işlemlerin ehliyetsizliğine ilişkin rejime tabi olduğundan aval verenin ehliyetsiz olması durumunda hukuki işlem kesin hükümsüz olacaktır. Ancak aval verenin ehliyetsiz olması kambyo senedini geçersiz kılmaz. Ehliyetsizlik sadece aval verenin sorumluluğu bakımındandır.

Aval senette imzası bulunan ve sorumluluğu söz konusu olabilecek kişiler lehine verilebilir. Poliçeyi kabul etmemiş muhatap lehine ve sorumsuzluk kaydı koyan ciranta lehine aval verilemez. Avale aval mümkündür.

Aval ancak kambyo senedinden kaynaklanan bir borç için verilebilir. Kambyo senedi dışında verilen teminat aval olarak nitelendirilemez.

Nüsha ve suret üzerine aval kaydı konulabilir.

Aval verenin adı – soyadı ve adresinin yazılması zorunlu değildir. Sadece aval verenin imzasının bulunması avalin geçerliliği için yeterlidir. İmzanın el ile atılması gerekir. Parmak basma, mühür basma, elektronik imza ile verilen avaller, aval verenin borcunu geçersiz kılar.

İmzanın ödeyenler hanesinin dışında yer alması gerekir. Aksi halde imzanın birlikte keşide amacıyla atılmış olduğu kabul edilir. Bu ise ödemediği sonra fark doğurur. Birlikte keşide durumunda iç ilişkide TBK hükümlerine gidilir; oysa avalde kıymetli evrak hukuku hükümlerine göre talep imkanı vardır.

Senet arkasına aval şerhi olmaksızın atılan imza ciro silsilesinde yer almasa bile beyaz ciro olarak kabul edilmelidir.

Aval şerhinde tarih gösterilmesi zorunlu değildir; ancak aval verenin ehliyetinin ispatı bakımından tarih gösterilmesi faydalı olacaktır.

Aval, şarta bağlı yapılamaz. Aksi halde aval hükümsüz olur. Ancak avalin kısmi olarak verileceğine için açık kayıtlar geçerlidir.

Aval veren, poliçe bedelini ödemek ile lehine taahhüt altına girdiği kişilere karşı poliçeden doğan hakları poliçenin mülkiyeti ile birlikte iktisap etmiş olur. Bu sayede lehine aval verdiği kişiye ve kendisinden önce gelen ona karşı sorumlu olanlara kambyo senetlerine mahsus yol ile başvuru yapabilecektir. Diğer yandan aval verenin makbuz isteme, araya girme suretiyle muhatap belirleme, protestonun kendisine ihbar edilmemesi durumunda tazminat talep edebilme, kambyo senedine gidersiz ve protestosuz kaydı düşebilme ve def'i hakları mevcuttur.

Aval verenin sorumluluğu için hamilin aval verene başvurma hakkının doğmuş olması gerekir. Bu anlamda aval veren kimin lehine taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olacağından lehine aval verilen kişiye başvurma hakkı doğduğu zaman aval verene de başvurma hakkı doğacaktır.

Aval veren, TTK m. 724 gereği poliçeyi düzenleyen, kabul eden ve ciro edenlerle müteselsil borçlu sıfatıyla sorumludur. Aval veren sorumluluğu doğduğu anda senet dolayısıyla sorumlu olan diğer kişilerle birlikte sıra gözetilmeksizin müteselsil olarak sorumlu olacaktır.

Aval verenin teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa da aval verenin taahhüdü geçerli olacaktır. Burada şekle ait noksandan ne anlaşılması gerektiği sahte imza meselesi bakımından tartışmalıdır. Kanaatimizce sahte imza şekle ait noksan olarak değerlendirilmelidir.

Aval, senet borcunun tamamen ödenmesi, hamilin başvuru hakkını kaybetmesi, poliçenin zayı olması ve lehine aval verdiği kişinin borcunun zamanaşımı nedeniyle sona ermesi durumlarında sona erecektir.

KAYNAKÇA

- AKSU, R.;** Aval Kurumu, Ankara 2015.
- ALIŞKAN, M.;** Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciro, İstanbul 1998.
- ALTOP, A.;** “Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m.603 Hükümü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak mıdır?”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 291-303.
- ARKAN, S.;** Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 24. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 2018.
- BAHTİYAR, M.;** Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 17. Bası, İstanbul 2019 (Kıymetli).
- BAHTİYAR, M.;** Ticari İşletme Hukuku Ders Notları Soru Örnekleri, Güncellenmiş 20. Bası, İstanbul 2019 (Ticari İşletme).
- BAHTİYAR, M.;** Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler - Soru Örnekleri, Güncellenmiş 15. Bası, İstanbul 2021 (Ortaklıklar).
- BARLAS, N.;** “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derleyen: Prof. Dr. Çiğdem KIRCA, İstanbul 2013.
- BİLGİLİ, F. / DEMİRKAPI, E.;** Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Basım, Bursa 2018.
- BOZER, A. /GÖLE, C.;** Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Ankara 2017.
- BOZTOSUN, N. A.;** “Avalde Def’iler”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 11, Temmuz 2007.
- DEMİR, Ş.;** “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, TBB Dergisi 2013 (108), (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1307>, erişim tarihi: 03.04.2019, 16.50).
- DEMİRKAPI, E.;** “Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt I, İstanbul 2003.

DEMİRKAPI, E.; “Avalin Şekli Şartları” DEÜHFD 2004, C. 6, S. 2. (<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz6-2/PDF/demirkapi3.pdf>, Erişim Tarihi: 14.03.2021, 16.34).

DEMİRKAPI, E.; Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir 2005.

DOMANİÇ, H.; Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi IV, İstanbul 1990.

DURAL, M. /SARI, S.; Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012.

GÜMÜŞ, A.; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2012.

GÜRAL, J.; Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, AÜHFD, C. VIII, Y. 1951, S. 3-4, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/308/3008.pdf>, Erişim Tarihi, 31.03.2019, 07.30).

HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A.; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

HELVACI, S.; Gerçek Kişiler, 3. Bası, İstanbul 2010.

HUYSAL, A. S.; “TBK Madde 603’ün Avale Uygulanabilirliği”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4 (2), Güz 2017; 171-188 (<https://docplayer.biz.tr/109260878-Tbk-madde-603-un-avale-uygulanabilirligi-applicability-of-article-603-of-the-tco.html>, erişim tarihi: 03.04.2019, 19.53).

İPEKÇİ, N. /İLBULDU, N.; Türk Ticaret Yasasında AVAL, İstanbul 1999.

KAHRAMAN, Z.; Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017.

KAHYAOĞLU, E. C.; Banka Garantileri, İstanbul 1996.

KARAHAN, S. / ARI, Z. /BOZGEYİK, H./SARAÇ, T./ÜNAL, M.; Kıymetli Evrak Hukuku, Konya 2013. (Edit: S.K).

KAYIHAN, Ş. /YASAN, M.; 6728 Sayılı Kanun ile Değişmiş Türk Ticaret Kanunu ve Çek Kanununa Göre Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2017.

KENDİGELEN, A.; Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 5. Bası, İstanbul 2019.

KENDİGELEN, A.; Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2016.

KENDİGELEN, A.; Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2016.

KIRCA, İ.; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni”, Prof. Dr. Tuğrul ANSAY’a Armağan, Ankara 2006.

OĞUZ, S.; “6098 Sayılı TBK m. 584/1’in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliği Üzerine Düşünceler”, Bankacılar Dergisi, Eylül 2013, Sayı: 86. https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/dergiler/dosya/60/TBB_dergi86-web.pdf, (erişim tarihi:14.03.2021 16.37).

OĞUZMAN, K. / SELİÇİ, Ö. /OKTAY-ÖZDEMİR, S.; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 16. Bası, İstanbul 2016.

OĞUZMAN, K. /ÖZ, T.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul 2020.

OĞUZMAN, K. /ÖZ, T.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul 2020.

ÖZEN, B.; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2012.

ÖZTAN, F.; Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997.

POROY, R. /TEKİNALP, Ü.; Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 6728 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanununun Yorumu ile Gözden Geçirilmiş ve Yeniden Yazılmış 22. Bası, İstanbul 2018.

PULAŞLI, H.; Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2019.

REİSOĞLU, S.; Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013 (Kefalet).

REİSOĞLU, S.; Banka Teminat Mektupları ve Kontragarantiler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2003.

REİSOĞLU, S.; Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2003 (Çek).

SADİOĞLU, F. C.; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası” (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-2017-1721> (erişim tarihi: 03.04.2019, 19.00)).

SENGİRT.; Aval Hukuku, Ankara 1967.

SEROZAN, R.; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002.

SEROZAN, R.; Medeni Hukuk, Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, İstanbul 2011.

SİRMEN, L.; Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.

ŞEKER, M.; Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, İstanbul 2017.

TANDOĞAN, H.; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Ankara 1987.

ÜLGEN, H. /HELVACI, M. / KAYA, A. / NOMER ERTAN, F.; Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 11. Bası, İstanbul 2019.

YALÇINDURAN, T.; “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde De Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu’nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, (İÜHFİM C. LXXIV, S. 1, 2016), <https://docplayer.biz.tr/30888703-Doc-dr-turker-yalcinduran.html>. (erişim tarihi: 03.04.2019, 19.15).

YAVUZ, C. /ACAR, F./ÖZEN, B.; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014.

YILDIZ, K.; “Kambiyo Hukukuna Özgü Bir Kişisel Güvence Türü: Aval”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2018/2 (İnternet Erişimi: https://www.researchgate.net/publication/330506582_Kambiyo_Hukukuna_Ozgu_Bir_Kisisel_Guvence_Turu_Aval_A_Type_of_Personal_Guarantee_Pertaining_to_Law_of_Exchange_Aval/download; erişim tarihi: 02.04.2019, 14.00).

YILMAZ, L.; Kambiyo Senetlerinde (Çek, Bono, Poliçe’de) Def’iler, 2. Bası, İstanbul 2017.

www.kazancı.com

www.resmigazete.gov.tr

**ƒ KARİNELERİN VE VARSAYIMLARIN ANAYASAL HAKLAR
ÜZERİNDEKİ ETKİSİ**
(*THE IMPACT OF CONJECTIOS AND PRESUMPTIONS ON THE
CONSTITUTIONAL RIGHTS*)

Av. Eda ERDEM**

ÖZ

Karine ve varsayımlar, hukukumuzun olmazsa olmaz parçalarıdır. Birçok kanunda karinelere ve varsayımlara rastlanmakta olup diğer taraftan yargılamalar sırasında hakimler tarafından hayat tecrübelerine dayalı fiili karineler kullanılmaktadır. Bu kurallar hukuki sorunlara temel oluşturan bazı olguların ortaya konmasında veya bazı hukuki ilişkilerin akıbetinin belirlenmesinde yaşamsal önem taşımaktadır. Bununla birlikte bu tür kurallar aynı zamanda taraflar için ispat hakkına bir müdahale oluşturmaktadır. İspat hakkı adil yargılanma hakkının bir parçası olan silahların eşitliği ilkesiyle sıkı sıkıya bağlantılı olup karine ve varsayımlar, silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ayrıca karine ve varsayımlar yargılamanın konusuna göre mülkiyet hakkı gibi bazı anayasal haklara da müdahale niteliği taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi, aksi ispat edilemeyen karine ve varsayımların haklar üzerinde belirleyici etkiye sahip olduğu durumlarda adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı gibi temel hakların ihlal edildiğine karar verebilmektedir. Bu nedenle özellikle aksi ispat edilemeyen karine ve varsayımlara hukuk sistemimizde AİHS ve Anayasa’da korunan hakları ihlal edecek şekilde yer verilmemelidir.

Anahtar Kelimeler: Karine, varsayım, mülkiyet hakkı, anayasa, Türk Medeni Kanunu.

ABSTRACT

Conjectios and presumptions are integral parts of our law. Although conjectios and presumptions can be seen in many law systems, conjectios that are based on life experiences are used by judges during trials. These rules are essential in establishing some facts which provides basis for legal problems or determining the fate of some legal relationships. However, these kinds of rules constitute an interference with the right to proof for the parties at the same time. The right to proof is related to the principle of equality of arms which is a part of the right to a fair trial, thus conjectios and presumptions are evaluated within the framework of equality of arms. Besides, depending on the subject of the trial, conjectios and presumptions are interferences with constitutional rights such as

^ƒ Eserin Dergimize geliş tarihi: 29.01.2021. İlk hakem raporu tarihi: 10.02.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 12.02.2021. Onaylanma tarihi: 17.05.2021

* Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

** Yazarın ORCID Belirleyicisi: 0000-0002-8608-4721.

Esere Atıf Şekli: Eda Erdem, "Karinelerin ve Varsayımların Anayasal Haklar Üzerindeki Etkisi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1341-1352.

right to property. The European Court of Human Rights and the Constitutional Court can decide that fundamental rights such as right to fair trial and right to property are violated in cases where conjectios and presumptions that cannot be rebutted. For this reason, conjectios and presumptions which cannot be rebutted should not be allowed in our legal system in a way that violates the rights protected in ECHR and the Constitution.

Keywords: *Conjectio, presumption, right of property, constitution, Turkish Civil Code.*

Giriş

Türk Medeni Kanunu'nun ("TMK") altıncı maddesine göre, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Aynı zamanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("HMK") 190. maddesinin birinci fıkrasına göre, ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Fakat hukukumuzda ispat yükü bakımından önem teşkil eden karine ve varsayımlar bulunmaktadır. Karine ve varsayımların varlığı aslında normal olmakla birlikte, bazı durumlarda, bir düzenlemenin somut olayda kişilerin ispat hakkını kullanmasını ölçüsüz bir şekilde sınırlaması veya imkânsız hale getirmesi hukukun genel ilkeleriyle ve Anayasal haklarla çatışabilir.

Bu çalışmada karine ve varsayım içeren kuralların bazı Anayasal hak ve özgürlükleri nasıl etkileyebildiği, bu doğrultuda bu kuralların ihdasında neden titizlikle hareket edilmesi gerektiği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu amaçla öncelikle söz konusu kavramların anlam ve kapsamı irdelenecek, ardından ele alınan hukuki sorun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") ve Anayasa Mahkemesi ("AYM") kararları ışığında tartışılacaktır.

I. Karine ve Varsayım İçeren Kurallar

Karine, bilinen bir olaydan hareketle, bilinmeyen başka bir olayın var olup olmadığı sonucuna ulaşılmasına olanak veren kuraldır.¹ Karineler karine temeli ve karine sonucundan

¹ Antalya, Gökhan/Topuz, Murat, **Medeni Hukuka Giriş**, 2. Basıya Ek Tıpkı 1. Bası, Legal, İstanbul, 2017, s. 435-436; Dural, Mustafa/Sarı, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I**, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 269; Edis, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 473, Ankara, 1983, s. 371; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 328; Atalay, Oğuz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 1655; Topuz, Gökçen, **Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 50; Karşlı, Abdürrahim, **Medenî Muhakeme Hukuku**, 4. Bası, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 490; Budak, Ali Cem./Karaaslan, Varol, **Medenî Usûl Hukuku**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 230; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 472; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, **Medenî Usûl Hukuku**, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 358; Tanrıver, Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 801; Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, **İspat Yükü**, 2. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1980, s. 165; Taşpınar, Sema, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 152; Karakaş, Fatma Tülay, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", AÜHFHD, 62 (3), 2013, s. 729-759, s. 731; Taşpınar, Sema, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", AÜHFHD, 45 (1-4), 2001, s. 533-572, s. 534.

oluşur.² Belirlenebilir olan karine temeli ispat edildiği takdirde belirli olmayan karine sonucunun da gerçekleştiği kabul edilir.³

Karineler fiilî (adî) ve hukukî karine olarak iki başlık altında incelenir. Fiilî karineler hâkimin yaşam deneyi veya hayatın olağan akışı gibi kurallardan yola çıkarak somut olaya ilişkin bir kanaat edinmesini sağlar.⁴ Buna tipik örnek kapalı faturaların ödeme karinesi oluşturmasıdır.⁵ Faturanın ödenmediğini iddia eden karşı taraf karinenin aksini ispat edebilir. Bu noktada ispatın konusu değişir.⁶ Yine hayat tecrübeleri çerçevesinde, evli eşlerden birinin bildiği bir hususu diğzerinin de bildiği kabul edilir.⁷

Kanunî karine ise belli bir olaydan belli olmayan bir olay için bu sefer doğrudan kanun tarafından çıkarılan sonuçtur.⁸ Kanunî karineye dayanan taraf, uygulanmasını talep ettiği kuralın koşullarını ispat etmek zorunda değildir, karine temelini oluşturan vakı-ay ispat etmesi yeterlidir (HMK md. 190/2).⁹ Kanunî karineler kesin (gerçek) kanunî karineler ve kesin olmayan (sözde, adî) kanunî karineler şeklinde ikiye ayrılır. Bunlardan kesin kanunî karinelerin aksi iddia ve ispat edilemez.¹⁰ Örneğin, TMK'nin 1020. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tapu sicilindeki kayıtları herkesin bildiği kabul edilir, hiç kimse bu kayıtları bilmediğini ileri süremez. Kesin olmayan kanunî karinelerin ise aksi ispat edilebilir (HMK md. 190/2). Bu karinelere, aksi ispat edilene kadar itibar edilir. Kesin olmayan kanunî karineler de büyük ölçüde yaşam deneyi ve hayatın olağan akışı kurallarından kaynaklanmakta olup fiilî karinelere tek farkları pozitif bir hukuk kuralı halinde olmalarıdır.¹¹ Örneğin, TMK'nin 285. maddesine göre, taşınırın zilyedi olan kişi o taşınırın maliki olarak kabul edilir.¹² Yine TMK'nin 7. maddesine göre resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur.¹³ TMK'de soy bağına ilişkin karineler de vardır. Kanunun

² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 328; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1659; Budak/Karaaslan, s. 230; Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 472; Tanrıver, s. 801-802, s. 807; Karakaş, s. 733.

³ Dural/Sarı, s. 269; Edis, s. 371; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 329; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1655; Budak/Karaaslan, s. 230; Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 472-473; Karakaş, s. 736.

⁴ Oğuzman/Barlas, s. 344; Tekinay, Selahattin Sulhi, **Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 190; Antalya/Topuz, s. 434; Dural/Sarı, s. 269; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1655; Budak/Karaaslan, s. 231; Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 474; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 358; Tanrıver, s. 807; Topuz, s. 56; Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, s. 153.

⁵ “Taraflar arasındaki 102.000.000 TL.lik araç kira sözleşmesine ilişkin kiralaayan davacı tarafından kiracı davalı adına düzenlenen 07.02.2000 tarihli fatura kapalı olarak düzenlenmiş olup, ödendiğine karine teşkil etmektedir. Bu durumda ispat külfeti davacıya düşmekte olup ödenmediğini davacı kanıtlamalıdır” 11. HD., E.2002/10276 K.2003/2400, 17.03.2003 (Kazancı).

⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 328; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1656.

⁷ Dural/Sarı, s. 269.

⁸ Oğuzman/Barlas, s. 342; Antalya/Topuz, s. 436; Edis, 371; Budak/Karaaslan, s. 230; Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 474; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 358; Tanrıver, s. 801; Topuz, 59; Umar/Yılmaz, s. 167, 170, Taşpınar, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, s. 534.

⁹ Antalya/Topuz, s. 436; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 329; Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 474-475; Tanrıver, s. 802.

¹⁰ Edis, s. 372; Antalya/Topuz, s. 438; Atalay, Oğuz, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 46; Budak/Karaaslan, s. 231; Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 474; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 359; Tanrıver, s. 805; Karakaş, 747.

¹¹ Yıldırım, Mehmet Kamil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 128.

¹² Antalya/Topuz, s. 437.

¹³ Tekinay, s. 194-195; Edis, s. 377; Antalya/Topuz, s. 439.

285. maddesinin birinci fıkrasına göre, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.¹⁴ Bu karinelerin çürütülmesi, dayanılan olguların veya karine sonucunun çürütülmesi yoluyla mümkündür.¹⁵

Kanunî karineler aynı zamanda olay ve hak karineleri olarak da ikiye ayrılır. Olay karinelerinde, bir hukukî sonucun ortaya çıkması için gereken bir vakianın gerçekleşip gerçekleşmediği, varlığı bilinen ancak ilgisiz başka bir olaydan çıkarılır.¹⁶ Kanunî hak karinelerinde ise yine bilinen bir olaydan hareketle bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığı konusunda bir sonuca ulaşılır.¹⁷

Karineden farklı olarak varsayım, belirli bir olaya kanunun doğrudan sonuç bağlaması ve başka bir belirli olay için de aynı sonucu kabul etmesidir.¹⁸ Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 175. maddesine göre, sözleşmelere ilişkin geciktirici ve bozucu koşulların gerçekleşmesine taraflardan biri dürüstlük kuralına aykırı olarak engel olursa veya koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak neden olursa söz konusu koşul gerçekleşmiş sayılır. Başka bir örnek olan TBK'nin 223. maddesine göre ise, ayıptan sorumluluk kapsamında, satılan malda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılmasına rağmen satıcıya hemen bildirim yapılmazsa, satılan malın bu ayıpla birlikte kabul edilmiş olduğu varsayılır. Son olarak, İcra ve İflas Kanunu'nun tasarrufun iptali davasıyla ilgili 278. maddesine göre; karı ve koca ile usul ve fûru, sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinilen evlatlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar; akdin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitler; borçlunun kendisine yahut üçüncü bir şahıs menfaatine kaydı hayat şartıyla irat ve intifa hakkı tesis ettiği akitler ve ölüncüye kadar bakma akitleri, iptal davası bakımından bağışlama hükmünde olduğu kabul edilmektedir.

Karinede birinci vakia bilinmekte ve ikinci vakia bilinmemekteyken varsayımda her iki vakia bilinmekte olup ilk vakia için kabul edilen hukukî sonuç ikinci vakia için de geçerli sayılır.¹⁹ Karinelerde bilinen bir olgudan bilinmeyen bir olgu çıkarılmaktayken, varsayımda bir olguya kanun tarafından kesin bir hukuki sonuç bağlanmaktadır. Bu yönüyle

¹⁴ Oğuzman/Barlas, s. 343; Dural/Sarı, s. 270.

¹⁵ Edis, s. 373.

¹⁶ Edis, s. 372; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 330; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1658; Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, s. 46; Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, s. 153; Karakaş, s. 737; Taşpınar, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", s. 535. Antalya/Topuz, olay karineleri için "maddi karine" kavramını kullanmaktadır (Antalya/Topuz, s. 434).

¹⁷ Edis, s. 372; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 330; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1658; Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, s. 46; Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, s. 154; Karakaş, s. 737; Taşpınar, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", s. 535. Antalya/Topuz, hak karineleri için "dar anlamıyla kanuni karine" kavramını kullanmaktadır.

¹⁸ Edis, s. 374; Oğuzman/Barlas, s. 341; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 331; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1668; Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, s. 15; Budak/Karaaslan, s. 231; Atalı/Ermemek/Erdoğan, s. 473; Tanrıver, s. 806; Topuz, s. 63; Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, s. 155-156; Karakaş, s. 752. Doktrinde bazı yazarlar, isabetsiz bir şekilde, kesin kanunî karineleri varsayım olarak tanımlamıştır (Dural/Sarı, s. 269; Umar/Yılmaz, s. 169). Antalya/Topuz ise varsayımları "geniş anlamıyla kanuni karine" olarak ele almıştır. Fakat yazarlar, varsayımın karineden farklı olarak yalın bir ispat yükü kuralı olmadığını, aynı zamanda maddi bir hukuk kuralı da olduğunu belirtmiştir (Antalya/Topuz, s. 435).

¹⁹ Tanrıver, s. 806; Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, s. 156.

varsayımların maddi bir hukuk kuralı olma özelliği de vardır.²⁰ Yine de belirtmek gerekir ki varsayımlar ile kesin kanunî karinelerin uygulamadaki sonuçları farksız olup her ikisinin de aksi ispat edilemez.²¹

II. Karine ve Varsayımlar Yoluyla İspat Hakkının Sınırlanması

İspat, bir yargılama sürecinde taraflarca iddia edilen veya hâkim tarafından re'sen gözetilecek olan, davanın talep konusuyla ilgili olarak uygulanacak bir hukuk kuralının koşul vakıalarını karşılamaya elverişli olan somut vakıaların davacının veya davalının iddia ettiği gibi olduğu konusunda hâkimde kanaat uyandırmak için yapılan ikna faaliyetidir.²² İspat hakkı ise, gerçeği yargılamada ortaya çıkarmak amacıyla gözleme dayalı olarak uyumsuzluk hakkında vicdanî kanaatine göre karar verecek hâkim ile ispat faaliyetinin objeleri ve süjeleri arasında engel yaratılmamasını talep hakkıdır.²³

İsviçre hukukunda ispat hakkının eşitlik ilkesi, hukukî dinlenilme ve adil yargılanma haklarından kaynaklandığı görüşü hâkimdir.²⁴ Eşitlik ilkesinin uygulamadaki görünümü silahların eşitliği ilkesidir.²⁵ Alman hukukunda ise benzer şekilde hak arama özgürlüğü, hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkının, ispat hakkının temelleri olduğu kabul edilmektedir.²⁶ Türk hukukunda ise Anayasa'nın 36. maddesinin ispat hakkının dayanağı olduğu kabul edilir.²⁷ İspat hakkına yönelik sınırlamalar da kural olarak adil yargılanma hakkı başlığı altında incelenir. Ancak bazı durumlarda ispat hakkının sınırlanması mülkiyet hakkı gibi başka hakları da etkileyebilmektedir. Bu nedenle ilerleyen başlıklarda ispat hakkına yönelik sınırlamalar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ("AIHM") ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları çerçevesinde ele alınacaktır.

A. İspat Hakkının Sınırlanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamındaki Haklara Etkisi

Önceki başlıkta ispat hakkına yönelik sınırlamaların öncelikle adil yargılanma hakkını etkilediğine değinilmişti. Bu noktada ilk olarak adil yargılanma hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AIHS") çerçevesindeki sınırlama rejiminin kısaca incelenmesi gerekir.

Birçok hakkı bünyesinde bulunduran adil yargılanma hakkının sınırlanması noktasında tek bir formül bulunmamaktadır. Hangi hak ya da ilkeye müdahale söz konusu olursa olsun, önemli olan yargılamanın bir bölümündeki münferit bir durumun varlığı değil, yargı-

²⁰ Antalya/Topuz, s. 435.

²¹ Edis, 374; Oğuzman/Barlas, s. 341; Tanrıver, s. 806.

²² Oğuzman/Barlas, s. 334; Dural/Sarı, s. 267; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 316; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1585; Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, s. 5; Umar/Yılmaz, s. 2; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 351; Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, s. 180; Konuralp, Haluk, **Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 9.

²³ Çiftçi, Pınar, **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 18; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1588.

²⁴ Çiftçi, s. 134-135, 527; Pekcanitez, Hakan, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s.753-791, s. 777.

²⁵ Çiftçi, s. 527; Özekeş Muhammet "Medeni Usul Hukukunda Dinlenilme Hakkı", Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.50; Hanağası, Emel, "Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi", Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.117.

²⁶ Çiftçi, s. 135-136, 527.

²⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 316; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1589; Çiftçi, s. 144; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 353.

lamanın bir bütün olarak adillığının zedelenip zedelenmediğidir.²⁸ Bununla birlikte, silahların eşitliği, tanık dinletme hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı, adli yardım gibi adil yargılanma hakkının her bir ögesi yargılamanın adillliğini farklı şekillerde etkileyebildiği için, bu alt başlıklarda gözetilen kriterler de farklılaşabilmektedir.²⁹ Ancak, bu kriterlerin özünde, AİHS'in geneline yayılmış olan AİHM yaklaşımından yola çıkılarak, adil yargılanma hakkına yönelik sınırlamalar için "hukuken öngörülebilirlik", "meşru amaç", "devletin takdir marjı", "ölçülülük", "öze dokunma yasağı" gibi kavramların bir şekilde uygulama alanı bulduğu söylenebilir.

AİHM, karine ve varsayımları, adil yargılanma hakkı çerçevesinde, medeni yargılamalardan ziyade ceza yargılamalarında ve masumiyet karinesi yönünden incelemiştir. AİHM'e göre olay veya hak karineleri her hukuk sisteminde yer alır ve AİHS bunları kategorik olarak yasaklamaz.³⁰ AİHM, ceza davalarında masumiyet karinesine müdahale sayılabilecek karinelerin altıncı maddeye uygunluğunu incelerken, yargılamadaki hukukî menfaatin niteliğine ve savunma hakkının gözetilip gözetilmediğine dikkat etmiştir.³¹

AİHM, ceza yargılamalarında dahi mümkün olan karinelerin malvarlığı haklarının konu edildiği özel hukuk uyuşmazlıklarında evleviyetle kabul edilebileceği içtihadında bulunmaktadır.³² Mahkeme, AİHS'nin altıncı maddesinde delillerin kabul edilebilirliği, gücü ve değeri veya ispat yükü konularında herhangi bir kuralın öngörülmemiş olduğunu, bunların her devlet tarafından kendi iç hukukunda farklı şekillerde düzenlenebileceğini içtihat etmektedir.³³ Özel hukuk uyuşmazlıklarında ise, kriter olarak, silahların eşitliği kavramına yer verdiği görülmektedir.

²⁸ Örneğin bkz. *Mirolubovs ve Diğerleri v. Letonya*, Başvuru No. 798/05, 15.09.2009, para. 103; *Garcia Ruiz v. İspanya* [BD], Başvuru No. 30544/96, 21.01.1999, para. 29; *De Tommaso v. İtalya* [BD], Başvuru No. 43395/09, 23.02.2017, para. 172; *Regner v. Çek Cumhuriyeti* [BD], 35289/11, 19.09.2017, para. 161; *Ankerl v. İsviçre*, Başvuru No. 17748/91, 23.10.1996, para. 38; *Centro Europa 7 S.R.L. ve di Stefano v. İtalya* [BD], Başvuru No. 38433/09, para. 07.06.2012, para. 197; *Stankiewicz v. Polonya*, Başvuru No. 29386/03, 04/03/2008, para. § 70; *Khan v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 52999/08 ve 61779/08, 20.12.2011, para. 34; *P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 44787/98, 25.09.2001, para. 76; *Allan v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 48539/99, 05.11.2002, para. 42; *Bykov v. Rusya* [BD], 4378/02, 10.03.2009, para. 89; *Jalloh v. Almanya* [BD], Başvuru No. 54810/00, 11.07.2006, para. 96; *Gafgen v. Almanya* [BD], Başvuru No. 22978/05, 01.06.2010, para. 165.

²⁹ Örneğin adli yardıma dair bir incelemede; özellikle, başvuruçunun mali durumu, yargılamada başarılı olma ihtimali, başvuruçunun açısından söz konusu olan şeyin önemi, ilgili kanun veya adli yardım usulünün karmaşıklığı, başvuruçunun kendisini etkili bir şekilde temsil etme kapasitesi ve avukat tarafından temsil edilme konusunda yasal bir şartın mevcut olup olmadığı hususları incelenmektedir (*Steel ve Morris v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 68416/01, 15.02.2005, para. 61-62; *P., C. ve S. v. Birleşik Krallık*, 56547/00, 16.07.2002, para. 100; *Airey v. İrlanda*, Başvuru No. 6289/73, 09.10.1979, para. 26; *Gnahoré v. Fransa*, Başvuru No. 40031/98, 19.09.2000, para. 41). Yine örneğin duruşma hakkına dair bir incelemede; duruşma yapılmasını gerektirecek bir tartışmalı olgunun bulunup bulunmadığı; dava konusunun sözlü tartışmadan ziyade yazılı usulle daha iyi ele alınan bir konu olup olmadığı, maddi/hukuki olguların doğru şekilde tespitinin duruşmayı gerektirip gerektirmediği gibi ölçütler gündeme gelmektedir (*Döry v. İsveç*, Başvuru No. 28394/95, 12.11.2002, para. 37; *Saccoccia v. Avusturya*, Başvuru No. 69917/01, 05.07.2007, para. 73; *Mirovni Institut/Slovenya*, 32303/13, 13.03.2018, para. 37; *Schuler-Zraggen v. İsviçre*, 14518/89, 24.06.1993, para. 58).

³⁰ *Salabiaku v. Yunanistan*, Başvuru No. 10519/83, 07.10.1998, para. 28.

³¹ *Salabiaku v. Yunanistan*, para. 28.

³² *Lekic v. Slovenya*, Başvuru No. 36480/07, 11.12.2018, para. 122.

³³ *Tiemann / Fransa v. Almanya*, Başvuru No. 47457/99 47458/99, 27.04.2000.

AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen altıncı maddesi silahların eşitliği ilkesini de içerir. AİHM'e göre silahların eşitliği ilkesi, yargılamanın her iki tarafına da davasını sunmak için makul imkânlar sağlanmasını gerekli kılar. Herhangi bir yargılamada taraflardan biri diğerine göre esaslı bir dezavantajla karşılaşmamalıdır.³⁴

AİHM'e göre bir davada ispat hakkının bir tarafa tanınmaması silahların eşitliği ilkesi yönünden adil yargılanma hakkını ihlal edebilir. Hentrich/Fransa davasında, vergi dairesi olması gerekenden düşük bedelle satın alındığı gerekçesiyle başvuru sahibinin satın aldığı arazi üzerinde kendisine kanunla tanınan önalm hakkını kullanmıştır.³⁵ Yerel mahkemeler başvuru sahibinin ödediği bedelin gerçek piyasa değerini karşıladığı yönündeki iddiasını ispatlamasına imkân tanımamış, özet ve genel bir gerekçeyle davayı reddetmiştir. Mahkeme, başvuru silahların eşitliği ilkesi yönünden incelemiş, davanın her iki tarafının da birbirini karşısında esaslı bir dezavantajlı konuma düşmeyeceği koşullarda yargılama yapılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, somut olayda, vergi dairesinin yalnızca "beyan edilen satış fiyatının çok düşük olması" şeklinde genel ve soyut bir gerekçeye dayanmasına karşılık, başvuru sahibinin bu değerlendirmeye itiraz etme ve satış sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılan tutarın söz konusu arazinin gerçek piyasa değeri olduğunu ispat etme talebi reddedilmiştir.³⁶ Mahkeme bu şekilde başvuru sahibinin iddiasını ispat etme imkânından tamamen yoksun bırakılmasının silahların eşitliği ilkesi yönünden AİHS'nin altıncı maddesinin birinci fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir.³⁷

İspat hakkının karine ve varsayımlarla sınırlanması yalnızca adil yargılanma hakkını etkilemez. Yargılamanın konusunun ilişkilendirilebileceği her temel hak ve özgürlük bu sınırlamadan etkilenebilir. Örneğin, aile hukukuna dair bir uyuşmazlıkta aile yaşamına saygı hakkı, miras hukukuyla ilgili bir uyuşmazlıkta mülkiyet hakkı iddiası söz konusu olabilir.

Başvuru sahibinin arazisine el koyulmasıyla ilgili yukarıda yer verilen Hentrich v. Fransa kararında Mahkeme, yalnızca adil yargılanma hakkı yönünden değil, sonuç itibarıyla başvuru sahibinin mülküne el koyulmuş olduğundan, mülkiyet hakkı yönünden de bir inceleme yapmıştır.³⁸ Mahkeme mülkiyet hakkı iddiasına dair kararlarda, genel olarak, mülkiyet hakkı ile kamu yararının gerekleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını incelemektedir. Dolayısıyla Mahkeme, mülkiyet hakkına ilişkin verdiği her kararda olduğu gibi, bu kararda da, AİHS'e ek 1 No.lu Protokol'ün birinci maddesi çerçevesinde bu adil dengenin sağlanıp sağlanmadığını incelerken, öncelikle mülkiyet hakkına müdahalenin kamu yararı amacını izleyip izlemediğini, ardından kanuni olup olmadığını ve son olarak ölçülü olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, vergilerin düzenli ve tam ödenmesinin sağlanmasını kamu yararı çerçevesinde meşru bir amaç olarak görmüştür.³⁹ Kanunilik incelemesinde, Mahkeme, müdahalenin dayandığı bir kanunun varlığını değil, aynı zamanda ilgili kanunun öngörülebilirlik/belirli belirlilik şartlarını sağlayıp sağlamadığını da incelemiştir. Öngörülebilirlik konusunda somut olaydaki kanunun metninde bir sorun olmadığını belirten Mahkeme, bununla birlikte kanunun uygulamasının çok seyrek olduğu, bunun yarattığı öngörülemezli-

³⁴ Regner v. Çek Cumhuriyeti, Başvuru No. 35289/11, 19.09.2017, para. 146; Avotiņš v. Letonya, Başvuru No. 17502/07, 23.05.2016, para. 119; Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri v. İspanya, Başvuru No. 62543/00, 27.04.2004, para. 56; Kress v. Fransa, Başvuru No. 39594/98, 07.06.2001, para. 72; Hanağası, s.143.

³⁵ Hentrich v. Fransa, Başvuru No. 13616/88, 22.09.1994, para. 9; Hanağası, s. 398.

³⁶ Hentrich v. Fransa, para. 56.

³⁷ Hentrich v. Fransa, para. 56.

³⁸ Hentrich v. Fransa, para. 35-36.

³⁹ Hentrich v. Fransa, para. 39.

ğin usuli güvencelerle giderilmediği saptamalarını yapmıştır.⁴⁰ Mahkeme, ölçülülük incelemesinde ise, kişiler iyi niyetli olsa dahi, vergi dairesinin düşük tutarlı satış tespitini yaptığı her tanışmaz için önalım hakkı kullanabileceğini vurgulamıştır.⁴¹ Ayrıca ölçülülük incelemesinde, vergilerin düzgün tahsil edilmesinin daha hafif tedbirlerle de mümkün olduğu ve başvurucuya bu tedbire karşı etkili bir ispat hakkı tanınmadığı vurgulanmıştır.⁴² Mahkeme, başvurucuya yüklenen bu ağır külfetin yalnızca kendisine etkili bir itiraz hakkı tanınması halinde kabul edilebileceğini belirtmiştir.⁴³ Diğer bir ifadeyle Mahkeme, başvurucuya ispat hakkı tanınmış olsaydı farklı bir sonuca ulaşabileceğini ifade etmiştir. Bu gerçekçyle Mahkeme, başvurucuya orantısız bir külfet yüklediğine, mülkiyet hakkı ile kamu yararının gerekleri arasında adil bir denge kurulamadığına ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Tsomsos ve Diğerleri/Yunanistan davasına konu olayda, Yunan hukukunda ana yollarda bulunan mülklerin sahiplerinin bu yolların genişletilmesinden dolayı maddi olarak fayda/kâr elde edecekleri konusunda bir kesin kanunî karine söz konusudur.⁴⁴ Kanun, bu karineye dayanarak, mülk sahiplerine, bu yolların genişletilmesi sırasında kendi mülklerinde yapılan kamulaştırmaların masraflarına katkı sağlama yükümlülüğü getirmiştir. Başvurucuların söz konusu yol genişletme çalışmasının kendi mülklerinin değerini artırmadığı, aksine azalttığı yönündeki itirazlarla açtıkları davalar söz konusu karinenin aksi ispat edilemeyecek bir karine olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.⁴⁵ Başvurucuların mülkiyet hakkı ihlali iddialarını inceleyen AİHM, bu sistemin çok katı olduğunu, somut olayların çeşitliliğini hesaba katmadığını, bu nedenle de makul bir temelden açıkça yoksun olduğunu tespit etmiştir.⁴⁶ Mahkeme'ye göre başvurucuların yerel mahkemeler nezdinde iddia ettikleri değer azalışını ispat etme hakkına sahip olmaları gerekirdi.⁴⁷ AİHM, bu nedenle mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında bir denge kurulamadığına, başvuruculara aşırı bir külfet yüklediğine ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁸

B. İspat Hakkının Sınırlanmasının Anayasal Haklara Etkisi

AİHS hukukunda durum yukarıda açıklandığı gibidir. Anayasal düzeyde ise ispat hakkının temeli adil yargılanma hakkının düzenlendiği 36. maddedir. Ancak 36. maddede herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, sınırlama sebebi öngörülme hakların da hakkın doğasından kaynaklanan sınırları vardır. Ayrıca bu haklar başka Anayasal hak ve ilkelerle çatıştığında sınırlanabilir.⁴⁹ Bu sınırlanmada dikkate alınacak kriterler ise Anayasa'nın 13. maddesinde yer alır. Anayasa'nın 13. haddesine göre temel haklara yönelik sınırlamalar kanunla öngörülmesi, hakkın özüne dokunmamalı, Ana-

⁴⁰ Hentrich v. Fransa, para. 42.

⁴¹ Hentrich v. Fransa, para. 47.

⁴² Hentrich v. Fransa, para. 47-49.

⁴³ Hentrich v. Fransa, para. 49.

⁴⁴ Tsomsos ve Diğerleri v. Yunanistan, Başvuru No. 20680/92, 15.11.1996, para. 7, 27.

⁴⁵ Tsomsos ve Diğerleri v. Yunanistan, para. 9-15.

⁴⁶ Tsomsos ve Diğerleri v. Yunanistan, para. 40.

⁴⁷ Tsomsos ve Diğerleri v. Yunanistan, para. 42.

⁴⁸ Tsomsos ve Diğerleri v. Yunanistan, para. 42. Aynı konuda ve aynı yöndeki diğer bir karar için bkz. Papachelas v. Yunanistan, Başvuru No. 31423/96, 25.03.1999.

⁴⁹ Birçok karar arasından bkz. Hüseyin Özkan başvurusu, Başvuru No. 2016/6323, 13.01.2021, para. 56; Solmaz Güntemur başvurusu, Başvuru No. 2018/12262, 03.12.2020, para. 49; Mahmut Durmaz ve Ayhan Çelikbay başvurusu, Başvuru No. 2017/25250, 29.09.2020, para. 58.

yasa'da belirtilen sebeplere bağlı olmalı, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.⁵⁰

Karine ve varsayımların ispat hakkı üzerindeki etkisi, AİHM kararlarında olduğu gibi AYM kararlarında da çoğunlukla suç isnadı kapsamındaki davalarda masumiyet karinesi yönünden tartışılmıştır. AYM'nin içtihadı, genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğünün iddia edende kaldığı sürece bazı hususlarda ispat yükünü sanığa devreden kuralların masumiyet karinesini ihlal etmeyeceği yönündedir. Buna göre bu tür kurallar kişiyi otomatik olarak suçlu hale getirmemeli, kişiye aksini ispat ve savunma hakkı tanınmalıdır.⁵¹

Suç isnadının söz konusu olmadığı hukuk yargılamalarında kullanılan karine ve varsayım kurallarına dair ise bu çalışmanın yapıldığı tarih itibariyle AYM'nin herhangi bir bireysel başvuru kararına rastlanmamıştır. Bununla birlikte AYM'nin geçmiş tarihli bazı norm denetimi kararlarında bu hususun incelendiği görülür. AYM, bir kararında, bankaların Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devrinden sonra üçüncü kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemlerde üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmalarını engelleyen, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinde yer alan hükmü incelemiştir. Anayasa'nın 2. ve 36. maddeleri yönünden inceleme yapan AYM, iyiniyetin ispatının kamu alacağının tahsilinin hızlandırılması amacıyla engellenemeyeceği, bu kuralın iyiniyetli üçüncü kişilerin dava açma hakkının özünü zedelediği ve ispat hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁵²

AYM'nin Bankalar Kanunu'nun 15. maddesiyle ilgili kararından yaklaşık iki yıl sonra 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasını incelediği kararında, ispat hakkının karine öngören kurallar yoluyla sınırlanması hususunda daha net bir yaklaşım görülür. Söz konusu kurala göre, korunmakta olan fikir ve sanat eserlerinin haksız olarak kullanıldığı hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter delil sunulması halinde, mahkeme davalı taraftan gerekli izin ve yetkileri aldıklarına dair belgele-ri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini dosyasına ibraz etmesini isteyebilir. Bu durumda istenilen belge veya listelerin sunulmaması eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanıldığına karine teşkil eder. AYM bu karinenin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olmadığına karar verirken silahların eşitliği ilkesine atıf yapmış ve öncelikle kuralın amacının korsan mal ticaretiyle etkili mücadele etmek olduğunu tespit etmiştir. Ardından itiraz konusu karinenin kesin karine niteliği taşımadığını,

⁵⁰ Sınırlama ve güvence rejimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Kaboğlu, İbrahim Özden, **Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar**, 14. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 288-291; Kaboğlu, İbrahim Özden, **Özgürlükler Hukuku 1 – İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, 7. Bası, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s. 80-97; İnceoğlu, Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 23-47; Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 136-150; Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 157-167; Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 301-368; Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 19. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 109-119.

⁵¹ Adem Hüseyinoğlu başvurusu, Başvuru No. 2014/3954, 15.02.2017, para. 36; Ahmet Altuntaş ve diğerleri başvurusu, Başvuru No. 2015/19616, 17.05.2018, para. 33; Taner Koyuncu başvurusu, Başvuru No. 2015/11678, 24.05.2018, para. 28; Mehmet Şirin Akın başvurusu, Başvuru No. 2015/17644, 03.07.2018, para. 31; Hasan Cihan başvurusu, Başvuru No. 2016/14869, 24.10.2019, para. 31.

⁵² AYM, E.2009/53 K.2011/19, 20.01.2011.

davalının karinenin aksini ispat hakkının bulunduğunu belirlemiştir. AYM bu gerekçeyle kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁵³

C. Değerlendirme

AIHM'in ve AYM'nin içtihadı birlikte incelendiğinde, karine veya varsayım içeren kuralların hakları ihlal edip etmediği noktasında, söz konusu karine ve varsayımların farklı durumları gözetip gözetmediği, aksinin ispat edilebilmesinin mümkün kılınıp kılınmadığının önemli olduğu görülmektedir. Hentrich kararında Mahkeme'nin mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşmasının temel nedeni vergi dairesine bir ön-alım hakkı tanınması değil, vergi dairesinin bu şekildeki bir işlemi karşısında, kişilere satış işlemi gerçek bedel üzerinden yapıp yapmadıklarını ispat etme hakkının tanınmaması olmuştur. Tsomtsos kararında da yol genişletme çalışmasından o yol güzergahında taşınmazı bulunan herkesin fayda sağlayacağı şeklinde bir kesin karineye dayanılması, farklı durumların söz konusu olabileceğinin gözetilmemesi ve bu farklı durumların ispatlanmasına imkân tanınmaması ihlale neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin Bankalar Kanunu ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine dair yaklaşımı da AIHM ile paralellik arz etmektedir.

Varsayımların ve kesin kanunî karinelere bir hukuk sisteminde yer alması kendiliğinden Anayasaya aykırılık sonucunu da doğurmaz. Ancak, bir hukuk sisteminde varsayımlara ve kesin kanunî karinelere ölçüsüzce başvurulması Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı başta olmak üzere temel hakları ihlal edebilir.⁵⁴ Zira aksi ispat edilemeyen varsayımlar karşısında davanın diğer tarafı iddia ve ispat faaliyetinde bulunma hakkından, diğer bir ifadeyle silahların eşitliği ilkesinden tamamen yoksundur. Diğer bir ifadeyle, bir yargılamada haklar üzerinde doğrudan belirleyici niteliğe sahip olan kesin karinelere ve varsayımlara ispat hakkını ölçsüz olarak sınırlıyorsa veya ispat faaliyetini imkânsız hale getiriyorsa, hak ihlaline sebebiyet vereceğinden bu tür kurallar hukuk sisteminden ayıklanmalıdır.

Sonuç

Bir hukuk düzeninde hukuki uyumsuzlukların çözülmesi için ihtiyaç duyulan ispat vasıtaları konusunda yaşanabilecek sorunlar karşısında yargılamanın bir sonuca bağlanabilmesi, belirliliğin ve ispat yükünde hakkaniyetin sağlanması amaçlarıyla karine ve varsayımlara yer verilmesi kaçınılmazdır. Bizim hukuk sistemimizde de birçok fiili ve kanuni karine ile varsayım kuralı bulunmakta ve yaygın olarak uygulanmaktadır. Ancak karine ve varsayım içeren kuralların ispat imkânlarını sınırlaması veya bazı hallerde tamamen ortadan kaldırması nedeniyle bazı hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı da kuşkusuzdur. Nitekim AIHM ve Anayasa Mahkemesi de bu tür kuralların haklara müdahale ettiğini teyit etmiştir. Dahası bu mahkemeler, önlere gelen bireysel başvurularda ve norm denetimi kararlarında, birbirleriyle paralel şekilde, kesin kanuni karinelere ve varsayımların bazı durumlarda adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı başta olmak üzere hak ve özgürlükleri ihlal edebildiğine karar vermiştir. Bu kararlardan çıkarılması gereken isabetli ilk sonuç, bir hukuk sisteminde karinelere ve varsayımların kategorik olarak reddedilemeyeceğidir. Fakat bu tür kurallar söz konusu olduğunda, hakim yapması gereken, kuralın uyumsuzlukta uygulanması halinde yargılamanın bir bütün olarak adilliliğinin zedelenip zedelenmeyeceğini

⁵³ AYM, E.2012/133 K.2013/33, 28.02.2013.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1669.

ve karşı tarafın davaya konu menfaatlerinin dayandığı temel hak ve özgürlükler konusunda bu kuralların tek başına belirleyici olup olmayacağını titiz bir şekilde değerlendirmektedir.

KAYNAKÇA

Antalya, Gökhan/Topuz, Murat, **Medeni Hukuka Giriş**, 2. Basıya Ek Tıpkı 1. Bası, Legal, İstanbul, 2017.

Atalay, Oğuz, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001.

Atalay, Oğuz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Budak, Ali Cem./Karaaslan, Varol, **Medenî Usûl Hukuku**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Çiftçi, Pınar, **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Dural, Mustafa/Sarı, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I**, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Edis, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 473, Ankara, 1983.

Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

Hanağası, Emel, **Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

İnceoğlu, Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 23-47.

Kaboğlu, İbrahim Özden, **Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar**, 14. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Kaboğlu, İbrahim Özden, **Özgürlükler Hukuku 1 – İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, 7. Bası, İmge Kitabevi, Ankara, 2013.

Karakaş, Fatma Tülay, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, *AÜHF*, 62 (3), 2013, s. 729-759.

Karlı, Abdürrahim, **Medenî Muhakeme Hukuku**, 4. Bası, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Konuralp, Haluk, **Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, **Medenî Usûl Hukuku**, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 19. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Özekeş, Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Pekcanitez, Hakan, “Hukuki Dinlenme Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s.753-791.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Taşpınar, Sema, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

Taşpınar, Sema, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, AÜHFD, 45 (1-4), 2001, s. 533-572,

Tekinay, Selahattin Sulhi, **Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

Topuz, Gökçen, **Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, **İspat Yükü**, 2. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1980.

Yıldırım, Mehmet Kamil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990.

**ƒ KANUNDAN DOĞAN ÖNALIM HAKKI İLE SÖZLEŞMEDEN DOĞAN
ÖNALIM HAKKI VE BU KAVRAMLARIN MUKAYESESİ**
(*CONTRACTUAL PRE-EMPTION RIGHT AND LEGAL PRE-EMPTION RIGHT WITH THEIR
COMPARATIVE ANALYSIS*)

Av. Onur GÜNERİ* **

ÖZ

743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde yenilik doğuran tek taraflı bir beyan ile kullanılan önalım hakkı, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile artık yenilik doğuran dava ile kullanılmaktadır. Önalım hakkının kullanımı bakımından getirilen bu esaslı değişiklik hem doktrin hem de uygulama bakımından, konuyu oldukça önemli bir hale getirmektedir. Çalışmamızda da bu önemli konu meyanında öncelikle "Kanundan Doğan Önalım Hakkı" ve "Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı" kavramları incelenmiştir. Birbirleri ile sıkı bir ilişkisi bulunan ancak kendilerine özgü yapısı ve farklılıkları olan bu iki kavram mukayese edilerek çalışma sonlandırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmeden doğan önalım hakkı, kanundan doğan önalım hakkı, önalım hakkının şerhi, önalım davası, kanuni süreler

ABSTRACT

The pre-emption right, which had been exercising with a one-sided declaration that is formative during the Turkish Civil Code No. 743, is now used with the lawsuit that has created a formative right with the entry into force of the Turkish Civil Code No. 4721. This fundamental change brought in terms of the use of the pre-emption right makes the issue very important in terms of both doctrine and application. In our study, within the scope of this important issue, the concepts of "Preemptive Right Arising from the Law" and "Pre-emptive Right Arising from the Contract" were examined. The study was concluded by comparing these two concepts, which are closely related to each other but have their own unique structure and differences.

Keywords: Contractual pre-emption right, legal pre-emption right, registration with a priority, case of pre-emption, prescribed terms

ƒ Eserin Dergimize geliş tarihi: 30.05.2019. İlk hakem raporu tarihi: 10.02.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 03.04.2020. Onaylanma Tarihi:25.08.2020.

* Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8183-8985.

Eserin Atıf Şekli: Onur Güneri, "Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı ve Bu Kavramların Mukayesesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1353-1379.

GİRİŞ

Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında 2017-2018 öğretim döneminde **Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI** tarafından yürütülen “*Topluluk Mülkiyeti*” dersinde seminer ödevi kabilinden hazırlanan bu çalışma “*Kanundan Doğan Önalım Hakkı - Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı ve Bunların Mukayesesi*”ni konu edinmektedir.

Dört bölümden mürekkep çalışmamızda; konu bütünlüğünün sağlanabilmesi için öncelikle çalışmamızın birinci bölümünde önalım hakkının tanımı ve türlerine kısaca değinilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde kanundan doğan önalım hakkına, bu hakkın hukuki niteliğine, şartlarına ve nihayet hakkın kullanılmasına yer verilerek ikinci bölüm tamamlanmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise; sözleşmeden doğan önalım hakkı işlenmiş ve kanundan doğan önalım hakkı ile benzerlik gösteren bir sıra güdülmüştür.

Nihayet çalışmamızın dördüncü ve son bölümünde de kanundan doğan önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkının mukayesesi yapılmış, bu mukayese tekrara düşülmemesi maksadıyla benzerlik gösteren hususlardan ziyade, farklılık arz eden hususların mukayesesi biçiminde yürütülmüştür.

I. ÖNALIM HAKKI VE TÜRLERİ

743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu döneminde *şuf'a hakkı* adı verilen *önalım hakkının*, “*önalım hakkı*” adı altında tam bir tanımını yapmak kolay olmamaktadır. Zira bu hususun iki temel gerekçesi bulunmaktadır. İlk olarak, önalım hakkı aşağıda da etraflıca izah edileceği üzere, kanundan ve sözleşmeden doğan önalım hakkı olarak iki biçimde görülmektedir ve sözleşmeden doğan önalım hakkı ile kanundan doğan önalım hakkı; gerek doğumu, gerek kullanımı, gerekse de hakkın içeriği bakımından birbirinden çok farklıdır. İkinci olarak ise bu iki kavramdan birisinin kanundan diğerinin sözleşmeden kaynaklı olması sebebiyle, müessesenin tüm unsurlarını ihtiva edecek bir tanım yapmak bir hayli zordur.

Doktrinde önalım hakkı ile ilgili olarak çeşitli tanım ve izahlara yer verilmiştir. Örneğin doktrinde mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde **FEYZİOĞLU**'nun yaptığı tanıma göre; “*şuf'a hakkı, kanundan veya akitten doğan ve hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanıyla hükümlerini husule getiren, subjektif aynı mahiyette öyle bir inşai haktır ki borçlu hakkın mevzuu olan şeyi, tamamen kendi ihtiyariyle, hissedarlardan gayri şahıslara salim bir bey akti neticesinde sattığı takdirde, şefie, kararlaştırılan bedeli ödeyerek meşfiun mülkiyetinin tercihen kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş akti şuf'ada vaki zararının tazminini muayyen müddet içinde talep salahiyetini bahşeder*”¹ biçimde ifade edilebilecektir.

Yine mülga Kanun döneminde **TANDOĞAN** ise; “*Şuf'a (önalım) hakkı, yükümlünün (bağlananın) hakkın konusu olan şeyi bir üçüncü kişiye satması halinde, hak sahibine (şefi'e, ön alıcıya) tek taraflı bir irade beyanıyla satılan şeyin mülkiyetinin kararlaştırılan*

¹ Feyzi Necmeddin **FEYZİOĞLU**, *Şuf'a Hakkı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959, s. 3.

bedel karşılığında öncelikle kendisine naklini talep yetkisi veren, yenilik doğurucu (inşai) bir hak²” şeklinde bir tanımlama yapmıştır.

Ancak yine ileride değinileceği üzere, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ile önalım hakkının kullanımı bakımından esaslı bir değişiklik yapıldığından bu tanımlar bugün için geçerli olmayacaktır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra doktrinde **AKALP DEMİRTABAK** önalım hakkını: “*Hakkın konusu olan şeyin bir üçüncü kişiye tamamen veya kısmen satılması halinde hak sahibine satılanın alıcısı olma yetkisini veren kanundan veya sözleşmeden doğan kurucu nitelikte yenilik doğuran bir hak³*” biçiminde tanımlamıştır. Kanaatimizce, önalım hakkının tanımından ziyade önalım hakkının genel izahı verilmek gerekmektedir ve bu bağlamda, önalım hakkı genel hatları ile; “*Kanundan veya sözleşmeden doğan ve yenilik doğuran bir hak olan önalım hakkı, üzerinde kurulduğu eşyanın satışı veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem ile devri söz konusu olduğunda paydaşlara o eşyanın alıcısı olma yetkisini veren bir hak⁴*” olarak ifade edilebilir.

II. KANUNDAN DOĞAN ÖNALIM HAKKI

A. Kanundan Doğan Önalım Hakkının Tanımı ve Hukuki Niteliği

Kanundan doğan önalım hakkı; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun, “*Devir Hakkının Kısıtlamaları*” başlığını taşıyan 732’nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “*Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler*”.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu paylı mülkiyet (müşterek mülkiyet) ile bir mala malik olan paydaşlardan birinin taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşların bir haklarını ileri sürerek taşınmazın satıldığı kişiden bu taşınmazın satışa konu olan kısmını (bütünü veya bir kısmını) almasını bir *kısıtlama* olarak görmüştür. Ancak bu aşamada öncelikle “*kısıtlama*” kavramının yerindeliği üzerinde durulmak gerekmektedir.

Paylı mülkiyette kanuni önalım hakkının bir kısıtlama olup olmadığı hususunda doktrinde **EREN**; “*Yasal önalım hakkı, Türk Medeni Kanunu’nun 732’nci maddesinin kenar başlığının ‘Devir hakkının kısıtlamaları’ adını taşımasına rağmen, gerçekte paydaşın, önalım hakkına konu olan taşınmazdaki paylı mülkiyet hakkının devri serbestisini doğrudan doğruya kısıtlamamaktadır. Gerçekten de, önalım hakkı kullanılmadığı müddetçe mülkiyet hakkının kısıtlanması sözkonusu değildir. Bu nedenle, kısıtlama ancak önalım hakkının kullanılmasyla birlikte ortaya çıkar.*” demek suretiyle kısıtlama olması bakımından çekinmelerini ortaya koymuş ancak yine de neticeten bunun bir kısıtlama olduğuna kanaat getirmiştir⁵. Yine doktrinde **SAYIMLAR**; “*Yasal önalım hakkının 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu içerisindeki düzenlemesi ‘Devir Hakkının Kısıtlanması’ başlığını taşısa da bu kısıtlama hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Önalım hakkı kullanılmadığı sürece mülki-*

² Haluk **TANDOĞAN**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri Trampa, Bağışlama*, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1988, s. 274.

³ Didem **AKALP DEMİRTABAK**; *Yasal Önalım Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 7.

⁴ Benzer yönde bkz. 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde yapılan tanım: Hüseyin **HATEMİ/Rona SEROZAN/Abdülkadir ARPACI**; *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 8.

⁵ Fikret **EREN**; *Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 105-106.

yet hakkında doğrudan bir kısıtlanma sözkonusu değildir. Dolayısıyla paydaş veya paydaşlar bu hakkını kullanmadığı sürece üçüncü kişiye yapılan satış geçerliliğini korur.” şeklinde bir açıklama getirmek suretiyle bu kısıtlanmanın tam bir kısıtlama olmadığı yönünde görüş bildirmiştir⁶.

Bu görüşlerin aksine doktrinde **SİRMEN**; “...kanun gereği özel bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan doğruya taşınmazı satma yükümlülüğü doğurduğundan, bir doğrudan mülkiyetin kısıtlanmasıdır” demek suretiyle önalım hakkı kullanımının doğrudan bir kısıtlama olduğunun altını çizmiştir⁷.

Nihayet **ARPACI**; “Kanuni önalım hakkının bir sınırlama olmasından bahsedilebilmek için, paydaşın müşterek mülkiyete tabi payını satamaması, o gayrimenkul üzerindeki tasarruf işlemi özgürce yapamaması gerekmektedir. Sınırlamanın anlamı budur. Oysaki müşterek mülkiyetteki paydaş payını dilediği gibi satabilmektedir. Bu sebeple bu duruma sınırlama demek mümkün değildir.” demektedir⁸.

Kanaatimizce bu hususta lafzi bakımdan da bir inceleme yapılmak gerekmektedir. *Kısıtlama*; Türk Dil Kurumu’nun *Güncel Türkçe Sözlük*’ünde; “Önceden verilmiş olan hak ve hürriyetlerin sınırlarını daraltmak, tahdit etmek işi” olarak tanımlanmıştır⁹. Belirtildiği üzere bir husustan *kısıtlama* olarak bahsedilebilmesi için verilmiş olan bir hakkın sınırlarının daraltılması gerekmektedir. Oysa kanuni önalım hakkının varlığı, müşterek mülkiyette taşınmazı bulunan malikin payını satmasına engel olmamaktadır. Hatta bir adım daha ileriye gidilir ise; müşterek mülkiyetteki paydaş payını sattıktan sonra diğer paydaşlar kanundan doğan bu haklarını kullanmadıkça ya da süresinde kullanmadıkça satım ile ilgili hiçbir mesele ortaya çıkmayacak satış geçerliliğini koruyacaktır. Bu sebeple kanuni önalım hakkına bir sınırlama demek kanaatimizce de yerinde değildir.

Kanundan doğan önalım hakkının niteliği üzerinde durulduktan sonra tanımına geçilir ise; gerek 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, gerek 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde kanunlarımızda önalım hakkının bir tanımı bulunmamaktadır. Bir diğer yandan mehz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu’nda da yine bir tanım olmadığı görülmektedir¹⁰.

Ancak yine de bir tanımı yapılmak gerekir ise; yasal önalım hakkı, “Paylı mülkiyette bir paydaşın, taşınmaz maldaki payını tamamen veya kısmen üçüncü bir kişiye satması - veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlem ile devretmesi- halinde, açacakları dava üzerine verilen kararlar diğer paydaş veya paydaşlara aynı şartlarla bu payı öncelikle satın alma ve mülkiyetini kazanma imkânı veren, kanundan doğan, eşyaya bağlı, yenilik doğuran (inşai) bir dava¹¹ ile kullanılan bir hak¹²” olarak tanımlanabilir.

⁶ Zeynep **SAYIMLAR**; *Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fıili Taksim*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı C.1, 2015, s. 629-630. Ayrıca benzer yönde görüşler için bkz.: M. Kemal **OĞUZMAN**/ Özer **SELİÇİ**/ Saibe **OKTAY-ÖZDEMİR**; *Eşya Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul 2018, s.561; İlker **ÖZTAŞ**; *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yaratılma Hakkı*, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 180.

⁷ Lale **SİRMEN**; *Eşya Hukuku*, Ankara 2013, s. 457.

⁸ Abdülkadir **ARPACI**; *Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Doktora Programı 2018-2019 Bahar Dönemi Topluluk Mülkiyeti Dersi Yayınlanmamış Ders Notları*, İstanbul, 2018.

⁹ www.tdk.gov.tr

¹⁰ **AKALP DEMİRTABAK**, s. 4.

¹¹ Önalım hakkının kullanılması davasının yenilik doğuran (inşai) dava olduğu konusunda Yüksek Mahkeme; 13.4.2005 Tarih, 2005/6-230 Esas ve 2005/244 Karar sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında “Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirimini ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanıla-

B. Kanundan Doğan Önalım Hakkının Kullanılabilmesi İçin Aranılan Şartlar

Kanundan doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için bir kısım şartlar gerekmektedir. Bu hakkın kullanılabilmesi için öncelikle bir *paylı (müşterek) mülkiyet ilişkisi* olması gerekmektedir. İkinci olarak; *önalım olgusu* adı da verilen paydaşlardan birinin kendi payının bir kısmını veya tamamını satması veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlemle devretmesi gerekmektedir. Bu ilişki, paylı mülkiyette bulunan diğer kimselerle değil *üçüncü bir kişi* ile kurulmadır. Nihayet; önalım hakkının kullanılabilmesi için *önalım davasının* ikame edilmesi gerekmektedir.

1. Paydaşlar Arasında Bir Taşınmaz Üzerinde Paylı (Müşterek) Mülkiyet İlişkisi Var Olmalıdır

Paylı (müşterek) mülkiyet kavramı 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 688'inci maddesinin 1'inci fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre paylı mülkiyet, "*Birden çok kimse- nin maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malik olması*"dır¹³. Paylı mülkiyette paydaşların her biri mülkiyetin konusu olan şey üzerinde, hukuki tasarrufta bulunmalarını sağlayan ve nicelik olarak belirleyen bir paya sahiptir¹⁴.

Paylı mülkiyet ilişkisi ise; *hukuki işlem yoluyla, resmi bir makamın kararıyla* ya da *mahkeme kararıyla* dolaylı olarak kurulabilir ya da doğrudan doğruya *kanundan* doğabilir¹⁵. Kanuni önalım hakkı da ancak böyle bir paylı mülkiyet ilişkisinde sözkonusu olabilir. Bir başka deyişle; paylı mülkiyet ilişkisi elbirliği mülkiyetinde paydaş olunan bir şey üzerinde veya kat mülkiyetinde oluşmaz¹⁶.

Ancak bu noktada bir hususun üzerinde durmak gerekmektedir. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 8'inci maddesinde kanun koyucu; "*Kat mülkiyeti kurulmuş bir gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden birinin veya kat irtifakı bağlanmış arsa payının satılması halinde diğer kat maliklerinin veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı yoktur. Bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması halinde öteki paydaşlar, öncelikle satın alma hakkını kullanabilirler.*" demek suretiyle iki hususu hüküm altına almıştır. Kanun koyucu öncelikle maddenin birinci fıkrasında, kat mülkiyeti ilişkisinde önalım hakkının olmadığını hükme bağlamış, ardından ikinci fıkrada ise bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması halinde öteki paydaşların öncelikle satın alma hakkını kullanabileceğini düzenlemiştir.

Kanaatimizce maddenin 2'nci fıkrası malumun ilanından öteye geçmemektedir. Zira öyle bir durumda bir taşınmazın içinde bulunduğu binanın kat mülkiyetine geçip geçmedi-

bilir. Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır." şeklinde bir karar vermiştir.

¹² **EREN**, s. 106-107. Benzer yönde bkz.: **FEYZİOĞLU**, s. 5; Selahaddin Sulhi **TEKİNAY**; Eşya Hukuku, İstanbul 1970-1971, s. 436, Şükran **TAMAN ŞİPKA**; *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı*, İstanbul 1994, s. 2 vd.; Jale **AKİPEK**/ Turgut **AKINTÜRK**; *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009, s. 553, Mustafa Reşit **KARAHASAN**; *Eşya Hukuku*, Ankara 1977, C. I, s. 810 vd., Çiğdem **KIRCA**; *Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler*, Ömer Teoman'a Armağan, İstanbul 2002, s. 1179 vd.; Mehmet **AYAN**; *Kanuni Şuf'a Hakkı*, Halil Cin'e Armağan, Konya 1995, s. 335 vd.; Müslim **TUNABOYLU**; *Açıklamalı-İçtihatlı Şuf'a, Vefa-İştira Davaları*, Ankara 1996, s. 29 vd.

¹³ **TMK m. 688/1**: *Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.*

¹⁴ **AKALP DEMİRTABAK**, s. 30.

¹⁵ **AKALP DEMİRTABAK**, s. 31, **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 255.

¹⁶ **EREN**, s. 108, **TUNABOYLU**, s. 563.

ğine değil, o taşınmazın üzerindeki mülkiyetin niteliğine bakılmak gerekecektir. Zira kat mülkiyeti ilişkisi taşınmazın malikinin (veya maliklerinin) diğer maliklerle (taşınmazın bulunduğu binadaki maliklerle) olan ilişkisini düzenlemektedir. Bir başka ifadeyle dış ilişkiyi düzenlemektedir. Oysa önalım hakkı aynı taşınmazın müştereken maliki olan kimseler arasındaki ilişkiyi yani iç ilişkiyi düzenlemektedir.

Bir diğer yandan ifade edilmelidir ki; kanuni önalım hakkı yalnız taşınmazlar için düzenlenmiş olup, taşınır mallarda bahse konu olmaz. Bunun sebebi ise kanuni önalım hakkının sosyal bir amaca yönelmesi, yani zaten yürütülmesi sorunlarla dolu olan paylı mülkiyet ilişkisine diğer paydaşların vizesi olmadan başkasının girmesini önlemek için düzenlenmiş bir ilişki olmasıdır¹⁷. Bununla birlikte, paydaşlar dilerlerse, aralarında yapacakları hukukî işlem ile taşınır mallarda da önalım hakkını kurabilirler¹⁸.

Son olarak paylı mülkiyette önalım hakkının doğumunun ne zaman gerçekleştiği üzerinde durulmak gerekir ise; doktrinde bu hususta iki görüş olduğu görülecektir. Doktrinde çoğunluk görüşü oluşturan görüşe göre; yasal önalım hakkı paylı mülkiyetin kurulma anıyla aynı anda kanunun gereği olarak meydana gelmektedir¹⁹. Diğer bir görüşe göre ise; yasal önalım hakkı; paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması ile değil, payın üçüncü kişiye satılması halinde doğar²⁰.

Kanaatimizce de yasal önalım hakkı paylı mülkiyetin kurulma anıyla aynı anda kanunun gereği olarak meydana gelmektedir. Zira payın üçüncü kişiye satılması, paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması değil önalım olayının gerçekleşmesidir. Nitekim Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir²¹.

2. Taşınmaz Üzerindeki Mülkiyet Payının Tamamen veya Kısmen Satılması ya da Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer Başka Bir İşlemlerle Devri Gerekmemektedir

Yasal önalım hakkının kullanılmasına imkân veren durum taşınmaz üzerindeki mülkiyet payının tamamen veya kısmen satılmasıdır ki buna da; “*Önalım Olgusu (Vorkaufsfall)*” veya “*Önalım Olayı*” denilmektedir²².

Önalım olgusu, zorla (cebri) olmayan, iradi (isteğe bağlı); ivazlı ve cüz’i halefiyet yoluyla gerçekleşen devir işlemleriyle, özellikle de satış sözleşmesiyle gerçekleşir²³. Bir başka ifadeyle önalım olayı, malikin yaptığı taşınmaz payını konu edinen her hukuki işlem ile kullanılabilir hale gelmez²⁴.

Bu noktadan hareketle; önalım olgusunun, örneğin satış sözleşmelerinde ve ihtiyari (iradi) açık artırmalarda gerçekleşeceği; buna karşılık, mülkiyetin devri borcunu doğuran

¹⁷ Şeref **ERTAŞ**; *Eşya Hukuku*, İzmir, 2012, 10. Bastı, N. 1795.

¹⁸ **EREN**, s. 109, **TEKİNAY**, s. 438, **ERTAŞ**, N. 1795.

¹⁹ **FEYZİOĞLU**, s. 96, **TUNABOYLU**, s. 24, Ferhat **ERCİN**; *Kanuni Şufl’a Hakkının Kullanılmasına İlişkin 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 734. Maddesi Üzerine Düşünceler*, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2006, s. 3013, **AKALP DEMİRTABAK**, s. 31.

²⁰ **TAMAN ŞİPKA**, s. 50-51.

²¹ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 7.2.2005 Tarih, 2004/10448 Esas ve 2005/709 Karar numaralı kararı; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 19.09.2005 Tarih, 2005/8551 Esas ve 2005/8234 Karar numaralı kararı. Kararlar için bkz.: **AKALP DEMİRTABAK**, s. 32.

²² **HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI**, s. 609, **TAMAN ŞİPKA**, s. 42 vd., **EREN**, s. 110.

²³ **EREN**, s. 110, **SAYIMLAR**, s. 633-634.

²⁴ Feyzi Necmeddin **FEYZİOĞLU**; *Şufl’a Hakkının Kullanılması İçin Gereken Şartlar*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: XXVI, S.10, Ekim 1952, s.465.

bağışlama²⁵ veya trampa²⁶ hallerinde²⁷, taşınırlara ilişkin akdedilen sözleşmelerde, kamulaştırma ve arazi toplulaştırması hallerinde²⁸, önalım hakkına konu olan payın mülkiyetinin bir hâkim kararıyla başka bir kişiye geçirildiği hallerde²⁹, satım karakterinin üstün bulunmayıp bağışlama karakterinin ağır bastığı karma sözleşmelerde³⁰ veya şirket birleşmelerinde³¹ gerçekleşmeyeceği ve dolayısıyla önalım hakkının kullanılamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır³².

3. Payın Üçüncü Bir Kişiye Satılması veya Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer Başka Bir İşlemlerle Devredilmesi Gerekmemektedir

Yasal önalım hakkı, payı satın alan üçüncü kişilere karşı kullanılır. Payı, paydaş ve ya paydaşlar satın almış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlemle devralmışlarsa, bunlar aleyhine önalım davası açılmaz. Zira paydaşın paydaş aleyhine önalım davası açma hakkı yoktur. Nitekim bu husus, TMK. m. 732’de, “*Paylı mülkiyette bir paydaşın payını..... üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler*” denilmek suretiyle açıkça hükme bağlanmıştır. Bir diğer yandan Yargıtay’ın uygulaması da bu yönde kökleşmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 21 Eylül 2005 Tarih, 2005/8-358 Esas ve 2005/470 Karar sayılı kararında; “*Yasal önalım hakkı paylı mülkiyete konu bir taşınmazın, paydaşlardan birinin payını bir üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik doğuran haktır*” demek suretiyle iradesini açıkça belirtmiştir³³.

4. Kanundan Doğan Önalım Hakkını Kullanmak İsteyen Hak Sahibi Paydaşın Üçüncü Kişi Aleyhine Önalım Davası İkame Etmesi Gerekmemektedir

Türk Medeni Kanunu’nun 734’üncü maddesinin 1’inci fıkrası önalım hakkının kullanımını, “*Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.*” demek suretiyle yenilik

²⁵ **EREN**, s. 210, Mustafa Alper **GÜMÜŞ**; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m. 237/III, 238, 239 ve 240-242) Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Erhan ADAL’a Armağan, C. XII-IX, S. VIII-IX, İstanbul, 2012, s. 441 (Anılış: *Değerlendirme*), **ŞIPKA**, s. 87-88, Mustafa Aykut **KAYAÖZÜ**; *Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s. 76, İlay Zeynep **SUATA**; *Kanuni Önalım Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020, s. 39, Sultan Melis **SARAY TÜRE**; *Önalım Hakkı ve Sınırları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 59-60.

²⁶ Ancak doktrinde **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**’e göre trampa sözleşmesinin önalım hakkının kullanımına müsaade etmesi gerekmektedir. Bu hususta bakınız: **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 534-535.

²⁷ Bu hususta Yargıtay 6’ncı Hukuk Dairesi, 26.4.2004 Tarih, 2004/2905 Esas ve 2004/3060 Karar sayılı kararında; “*Önalım davasına konu edilen payın intikali tapuda hibe (bağış) olarak gözükmektedir. Yapılan temlikin satış olduğu davacı tarafça yasal delillerle ispat edilmiş değildir. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekir.*” demek suretiyle görüşünü sarih bir biçimde ortaya koymuştur.

²⁸ **EREN**, s. 115.

²⁹ **EREN**, s. 115, **KAYAÖZÜ**, s. 76.

³⁰ **FEYZİOĞLU**, 258, **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 554, **SARAY TÜRE**, s. 60.

³¹ **EREN**, s. 115.

³² Bu hususta daha detaylı bir liste için bkz.: **EREN**, s. 111 vd.

³³ Karar için bkz.: www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 25.05.2020)

doğurucu nitelikteki (inşai) bir davanın ikame edilmesi şartına bağlamıştır. Doktrinde çeşitli eleştirilere maruz kalan bu düzenleme, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

C. Kanundan Doğan Önalım Hakkının Kullanılması: Önalım Davası

1) Önalım Davasının Tanımı ve Hukuki Niteliği

743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde müşterek mülkiyetteki paydaşın önalım hakkını kullanabilmesi yenilik doğuran bir beyan ile hakkın ileri sürülmesi marifetiyle gerçekleşmekteydi. *Kanuni Şuf'a Hakkı* başlığıyla düzenlenen Türk Kanunu Medenisi'nin 659'uncu maddesi "*Bir gayrimenkulün hissedarları onun şayi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı kanuni şuf'a hakkını haizdir.*" şeklinde hüküm altına alınmıştı. Böylelikle kanun koyucu yenilik doğuran bir hak olan yasal önalım hakkını, yenilik doğuran bir beyanla kullanmaya cevaz veriyordu³⁴.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 734'üncü maddesinin 1'inci fıkrasındaki; "*Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.*" biçimindeki düzenleme ile önalım hakkının kullanımını artık bir *önalım davası* ile mümkün olabilmektedir.

Önalım hakkının kullanılması ile ilgili bu köklü değişikliğin gereği maddenin gerekçesinde; "*Yürürlükteki Kanunda bu maddeyi karşılayan bir hüküm mevcut değildir. Maddenin birinci fıkrası ile önalım hakkının alıcıya karşı dava açılması suretiyle kullanılması esas getirilmiştir. Yürürlükteki hükümler önalım hakkının, dava dışı bir beyanla kullanılabilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak buna rağmen bu beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir. Yeni düzenlemeyle, uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesi, kanun hükmü hâline getirilmiş bulunmaktadır.*" biçiminde dile getirilmektedir.

Önalım hakkının kullanımının, bir önalım davasına bağlanması doktrinde kimi yazarlarca eleştirilmiştir. Bu hususta **EREN**; "*Kanun koyucunun bu hakkın kullanılmasını yenilik doğuran bir davaya bağlaması isabetli olmamış, sadece yargısal bürokrasinin artmasına yol açmıştır.*" demek suretiyle somut bir faydanın olmadığını yalnızca yargısal bürokrasinin arttığını belirtmiştir³⁵.

Doktrinde **ARPACI** da önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasını düzenleyen yeni maddenin isabetsiz olduğu görüşündedir³⁶. **ARPACI** bu hususta; *önalım hakkı sahibinin para sıkıntısında olması sebebiyle dava giderlerini ve satış bedelini karşılamayı göze almayıp, yalnızca beyan hakkını kullanarak hak düşürücü süreyi kesmek isteyebileceğine* değinmiş, yine mevcut düzenleme dava açılmasını şart kılarak önalım hakkı sahibinin haklı menfaatine adeta *sırtını döndüğünü* belirtmiştir³⁷. Ayrıca hükümet gerekçesinde yer alan "*dava açılmasının nasıl olsa gerekli olduğu*" yönündeki nitelendirmesini de eleştirmiş ve

³⁴ 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde önalım hakkının düzenlenişi, Mecelle'deki hali ile benzerlik göstermektedir. Mecelle'nin (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye) 1028'inci ve devamı maddelerinde şuf'a talebinin nasıl olması gerektiği hakkında özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu hususta etraflı bilgi için bkz.: Ali Himmet **BERKİ**; *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1968, s. 201 vd., İlyas **YILDIRIM**; *Şuf'a – Önalım Hakkı: Mecelle ve Türk Medeni Kanunu Merkezli Bir Mukayese*, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 2018, s. 31, s. 322 vd.

³⁵ **EREN**, s. 103.

³⁶ Abdülkadir **ARPACI**; *Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış*, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan, Seçkin Basım Yayım Dağ. A.Ş., Ankara, 2004, s. 104 vd.

³⁷ **ARPACI**, s. 105 vd.

her halükarda dava açıldığı gerekçesiyle hukuki ilişkiyi de hâkimin kurmasının istenmesinin kanunun özüne uygun olmadığı; ayrıca alım ve geri alım haklarının dava yoluyla kullanılma zorunluluğunun olmamasının kanunun kendi içindeki çelişkileri daha da çok ortaya çıkardığını da savunmuştur³⁸.

Doktrinde **AKIN** ise bu düzenlemenin yalnızca isabetsiz bir hüküm koymak ile tanımlanamayacağını yasal önalım hakkının kullanılmasının ancak dava yoluyla sağlanmasına ilişkin bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür³⁹.

Bir diğer yandan bu hususta Adana 4. Asliye Hukuk Mahkemesi ile Şarköy Asliye Hukuk Mahkemesi, maddenin Anayasaya aykırılığı ile ilgili başvuru yapmışlardır. Başvuru inceleyen Anayasa Mahkemesi ise;

“Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen “yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”; 141. maddesinin son fıkrasında ise “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir” denilmiştir.

4721 sayılı Yasa'nın 736. maddesinde, “Tapu kütüğüne şerh verilen alım ve geri alım hakları, şerhte belirtilen süre içinde her malike karşı kullanılabilir. Şerhin etkisi, her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer” hükmü yer almıştır.

736. maddedeki alım ve geri alım hakları, sözleşmeden doğan, taraflar arasında etki oluşturan, sözleşmede belirlenen süre içinde ve hak sahibi tarafından istenildiği zaman kullanılabilen kişisel nitelikte haklardır. Yasal önalım hakkı ise yasadan kaynaklanır, sözleşme söz konusu olmadığı için, pay satın alan bütün üçüncü kişilere karşı hüküm doğurur ve aynı hak niteliğindedir. Bu nedenlerle yasal önalım hakkı, alım ve geri alım haklarından ayrılır ve bu iki gruptaki hak sahipleri de, hakkın doğumu, niteliği ve kullanılması bakımından aynı hukuksal durumda bulunmadıklarından kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir.

Kuralın, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu döneminde dava zorunluluğunun olmamasından kaynaklanan mağduriyetlerin giderilmesi ve ayrıca büyük çoğunlukla dava ile sonuçlanabilme uygulaması da gözetilerek yasal önalım hakkının amacına uygun bir biçimde kullanılması için getirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle hak arama özgürlüğüne aykırılıktan söz edilemez.

Yasal önalım hakkının kullanıldığı davanın ilk duruşmasında davayı kabul eden davalının, yargılama giderleri ile vekâlet ücreti ve ilâm harcından sorumlu olup olmayacağı konusunun, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 94. maddesi ve ilgili mevzuat hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği açıktır. Kuralın davaların en az giderle ve

³⁸ **ARPACI**, s. 105 vd.

³⁹ Mustafa **AKIN**; *Önalım Hakkı Kullanımının Anayasaya Aykırılığı*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S. 2005/3, İstanbul, 2005, s. 728 vd.

kısa sürede sonuçlandırılması amacına da aykırı bir hüküm içermediği gözetildiğinde Anayasa'nın 141. maddesine aykırı olmadığı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10., 36. ve 141. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın Başlangıç Bölümü ile 2. ve 5. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir⁴⁰

gerekeceği ile başvuruyu reddetmiştir.

Kanaatimizce de önalım hakkı kullanımının bir davaya bağlanmış olması isabetli olmayan bir düzenleme niteliğindedir. Zira bu düzenleme önalım hakkı sahibi olan bir kimsenin yenilik doğuran bir beyan ile elde edeceği hakkı bir davaya bağlayarak -günümüz yargılamalarının ne denli uzun sürdüğü düşünülürse- kişinin hakkından bir süreliğine daha mahrum olması sonucunu doğuracaktır. Bir diğer yandan da **ARPACI**'nın da belirttiği üzere, yargılama giderleri de fazladan bir külfet olmaktan öteye gitmemektedir. **AKIN**'ın bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu görüşüne katılmamakla birlikte düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Bir diğer bakımdan düzenlemenin gerekçesinin düzenleme gibi isabetsiz olduğu görüşümüzü de bu noktada belirtmek gerekmektedir. Zira *uygulamada her hâl ve kârda dava açılıyor* olmasından hareketle kanun yapılmak istenmesi halinde kanunlarımızda birçok dava düzenlemesi daha yapılmak gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu aşamada önalım davasının hukuki niteliği üzerinde durulmak gerekmektedir. Daha önceden de belirtildiği üzere önalım hakkı yenilik doğuran hak niteliğindedir. Kural olarak da yenilik doğuran haklar; tek taraflı bir beyanla kullanılmakla beraber, bazı hallerde kanun koyucu yenilik doğuran hakkın sonuçlarını tek taraflı bir beyanla doğurmasını sakıncalı görmüştür ve yenilik doğuran hakların dava yoluyla kullanılmasına ilişkin düzenlemeler yapmıştır⁴¹. Önalım davası da bu nitelikte bir davadır. Dolayısıyla önalım davası da yenilik doğuran (inşai) bir dava olup, önalım davası neticesinde çıkacak karar da yenilik doğuran bir karardır⁴².

Önalım davalarında yetkili mahkeme, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olup⁴³, görevli mahkeme ise asliye hukuk mahkemesi olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴.

Tüm izah edilen hususlar muvacehesinde önalım davasına ilişkin bir tanım yapılmak gerekir ise önalım davası; *"Hak sahibinin alıcıya karşı önalım hakkını kullanmak için açtığı ve sonunda hâkimin davacı adına payın satımına ve mülkiyetinin tesciline karar verdiği yenilik doğuran dava"*⁴⁵ olarak tanımlanabilir.

⁴⁰ 28 Şubat 2008 Tarih ve 26801 Sayılı Resmî Gazete

⁴¹ **AKALP DEMİRTABAK**, s. 85.

⁴² **EREN**, s. 117-118, **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 453 vd., **SAYIMLAR**, s. 636. Ancak doktrinde **ARPACI**, önalım davalarının yenilik doğuran dava olduğu görüşünün bu denli kesin söylenemeyeceği görüşündedir. Bkz.: **ARPACI**, *Ders Notları*.

⁴³ **HMK m. 12/1**: *Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile, taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.*

⁴⁴ **HMK m. 2/1**: *Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*

⁴⁵ **EREN**, s. 117.

2) Önalım Davasının Tarafları ve Tabi Olduğu Süreler

Önalım davası neticesinde müşterek mülkiyette hakkı ihlal edilen paydaş veya paydaşlar bu hakkını kullanacağından önalım davasında davacı sıfatı; *paylı mülkiyete konu taşınmazda payını üçüncü kişiye satan paydaş dışında bir veya daha çok paydaşın bulunması halinde bunların her biri veya bunların bir kısmı ya da tamamına aittir*⁴⁶. Bu paydaşların bu davayı tamaminin birlikte açma zorunluluğu ise bulunmamaktadır⁴⁷.

Önalım davasının davalı sıfatı ise; önalım hakkına konu taşınmazda satılmış olan payın alıcısı bir başka ifade ile taşınmazın bir kısmının veya tamamının yeni malikidir⁴⁸. Yasal önalım hakkından doğan borç, kanun icabı eşyaya bağlı bir borç (yükümlülük) oluşturduğu için satış yoluyla devredilen pay üzerindeki mülkiyet hakkını kim kazanmışsa, davalı da o olur⁴⁹. Bu noktada belirtilmelidir ki; hâkim payı satın alan kişinin paydaş olup olmadığını re'sen inceleyecektir⁵⁰.

Önalım davasının açılması kanunda hak düşürücü süreye bağlanmıştır⁵¹. Türk Medeni Kanunu'nun 733'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına göre "*Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer.*"

Üç aylık nispi sürenin işlemeye başlaması, dolayısıyla davacının (hak sahibinin) önalım davasını açabilmesi için alıcının veya satıcının, satışı, tüm paydaşlara bildirmesi ve alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara yapılacak bu satış bildiriminin noter kanalıyla olmasını öngörmektedir⁵².

Alıcı veya satıcı, satışı hak sahibine noter kanalıyla bildirmediği takdirde, 3 aylık süre işlemeye başlamaz. Bu takdirde, hak sahibi önalım davasını satışın yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde açabilir⁵³. İki yıllık hak düşürücü sürenin işlemesi noter bildirim yapılmasına bağlı değildir⁵⁴. Çünkü burada süre bildirimden değil, satışın yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır⁵⁵.

⁴⁶ EREN, s. 118, AYAN, s. 413, SUATA, s. 59, SARAY TÜRE, s. 46.

⁴⁷ EREN, s. 118, AYAN, s. 413, SUATA, s. 59-60, SARAY TÜRE, s. 46.

⁴⁸ EREN, s. 120, SUATA, s. 60, SARAY TÜRE, s. 47 vd.

⁴⁹ EREN, s. 120, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 451-452, TEKİNAY, s. 438. Eşyaya bağlı borç mefhumu hakkında etraflı bilgi için ayrıca bkz.: Şafak N. EREL; *Eşyaya Bağlı Borç*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 50 vd.

⁵⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 556, dn. 1209, Zeynep ÖZCAN; *Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 118-119.

⁵¹ Bu sürelerin hak düşürücü süre olduğu hususunda bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.4.2005 Tarih, 2005/6-230 Esas ve 2005/244 Karar sayılı Kararı: "..... öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez" ve Yargıtay 6'ncı Hukuk Dairesi'nin 21.03.2005 Tarih, 2005/955 Esas ve 2005/2510 Karar sayılı kararı: "*Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir*", EREN, s. 120.

⁵² TMK m. 733/3: *Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilir.*

⁵³ Bu hususta bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.09.2005 Tarih, 2005/8-358 Esas ve 2005/470 Karar sayılı kararı: "*Dolayısıyla öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez. Davacının kendisine yapılan bir bildirim olmadığından, satıştan itibaren iki yıl içinde açtığı dava süresindedir ve davacı dava yoluyla önalım hakkını kullanmıştır.*" EREN, s. 123.

⁵⁴ EREN, s. 123.

⁵⁵ EREN, s. 123.

3) Önalım Davasının Karar Verilebilmesi Şartı Olarak Önalım Bedelinin Yatırılması

Önalım davasında karar verilebilmesinin şartı önalım bedelinin payın tesciline karar verilmeden yatırılmasıdır. Kanun koyucu bu düzenlemeyi Türk Medeni Kanunu'nun 734'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında hüküm altına almıştır: “*Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür*”. Fıkranın düzenlemesinden de açıkça anlaşılacağı üzere işbu bedel yatırılmadan mahkeme karar veremeyecektir.

Bu noktada tartışılması gereken bir husus bu bedelin teminat mektubu olarak verilip verilemeyeceği hususudur. Bu noktada Yüksek Mahkeme bir hukuk genel kurulu kararında aynen; “*Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmede, önalım hakkı sahibine satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırma yükümlülüğü getiren sözkonusu hükmün emredici nitelikte olup - olmadığı tartışılmış; yapılan değerlendirme sonucunda ağırlıklı görüş, anılan hükmün emredici nitelikte olmadığı, bir önalım davasında davalı tarafın açıkça muvafakat etmesi halinde, bu yükümlülüğün teminat mektubu sunulmak suretiyle de yerine getirilmesinin mümkün bulunduğu yönünde olmuştur.*” demek suretiyle bu soru işaretini gidermiştir⁵⁶.

Bedel hususunda uygulamada en sık karşılaşılabilecek sorun ise bedelde muvazaa (nisbi/mevsuf muvazaa) olması halidir. Bu durumda sorun iki yönlü olarak karşımıza çıkabilmektedir.

İlk olarak tarafların önalım bedelini düşük göstermeleri halinde ne olacağı üzerinde durulmak gerekmektedir. Önalım hakkının doğduğu bir durumda şayet taraflar, önalım bedelini düşük göstermişlerse ve önalım hakkı sahibi daha sonra bu bedel üzerinden önalım hakkını kullanmak isterse artık satıcı ve alıcı, önalım hakkı sahibine, bedelin daha yüksek olduğunu ve bu yüksek bedel üzerinden önalım hakkının kullanılması gerektiğini ileri sürmeyeceklerdir⁵⁷.

Bedel tapuda yüksek gösterilmişse, bu halde doktrinadaki genel kabul gören görüş önalım hakkı sahibinin gerçek rayiç değeri ödemeyi teklif etmesi –ya da kabul etmesi- durumunda bu bedel üzerinden önalım hakkını kullanmasıdır⁵⁸. Kanaatimizce de bu noktada önalım hakkı sahibinin muvazaa iddiasını ileri sürerek rayiç bedelin hesaplanmasını mahkemeden talep etmesi daha tutarlı bir hukuki yoldur.

4) Önalım Davasının Hüküm ve Sonuçları

Önalım davası sonunda hâkimin vereceği karar ile önalım hakkı sahibi paydaşla alıcı üçüncü kişi arasında kendiliğinden iki tür ilişki doğar⁵⁹. İlk ilişki, davacı ile davalı arasında kurulan ve ilk satıştaki şartların aynını taşıyan satış ilişkisidir⁶⁰. Taraflar arasında kurulan

⁵⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.06.2009 Tarih, 2009/6-221 Esas ve 2009/265 Karar sayılı kararı, **EREN**, s. 124.

⁵⁷ **FEYZİOĞLU**, s. 431, **TAMAN ŞIPKA**, s. 77, Selahaddin Sulhi **TEKİNAY**; *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s. 52, Feride **DEMİRBAŞ**; *Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2016, S. 65/2, s. 269.

⁵⁸ **FEYZİOĞLU**, s. 421-422, **TAMAN ŞIPKA**, s. 76, **TEKİNAY**, s. 27 ve s. 52.

⁵⁹ **EREN**, s. 124.

⁶⁰ **EREN**, s. 124, **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 453; **TEKİNAY**, s. 439.

ikinci ilişki ise, bu dâva üzerine hâkimin vereceği karar, mülkiyeti, alıcı üçüncü kişiden önalım hakkı sahibine geçirdiğinden mülkiyeti geçiren ilişkidir⁶¹.

Önalım hakkı sahibi, bu karar uyarınca tapu memurundan tescilin yapılmasını bir zamanasını veya hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın talep edebilir⁶². Ancak, kararın bu sonucu doğurabilmesi için kesinleşmiş olması gerekir⁶³.

III. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKI

A. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Tanımı ve Hukuki Niteliği

Kanundan doğan önalım hakkı yalnızca Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş iken sözleşmeden doğan önalım hakkı hem Türk Medeni Kanunu'nun 735'inci maddesinde hem de 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "*Taşınmaz Satışı ve Satış İlişkisi Doğuran Haklar*" başlığı altında Kanunun 237 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının hukuki niteliği bakımından temel özelliği, bir *alacak hakkı* niteliğinde olması ve bu sebeple kural olarak yalnızca sözleşmenin taraflarına karşı ileri sürülebilmesi; bir başka deyişle yalnızca sözleşmenin tarafları bakımından bağlayıcı olmasıdır⁶⁴. Önalım hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinin yolu Türk Medeni Kanunu'nun 1009'uncu maddesi çerçevesinde tapuya şerh verilmesine bağlıdır⁶⁵.

İkinci olarak belirtilmelidir ki; sözleşmeden doğan önalım hakkı da kanundan doğan önalım hakkı gibi yenilik doğurucudur⁶⁶ ve yenilik doğurucu hakların özelliği gereği şarta bağlı tutulamazlar, kullanılmakla sona ererler ve bir kere kullanıldıktan sonra geri alınamazlar⁶⁷.

Bir diğer yandan; bilindiği üzere yenilik doğuran haklar kural olarak muhatabına yöneltilen tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılırlar. Ancak sözleşmeden doğan önalım hakkı Türk Medeni Kanunu'nun 735'inci maddesi hükmü gereği yenilik doğuran bir dava⁶⁸ ile kullanılmaktadır. Zira maddenin 3'üncü fıkrası "*Yasal önalım hakkının kullanılmasına*

⁶¹ EREN, s. 124, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 453; TEKİNAY, s. 439.

⁶² EREN, s. 124, SARAY TÜRE, s. 55, SUATA, s. 33.

⁶³ EREN, s. 124.

⁶⁴ DEMİRBAŞ, s. 252, Mehmet AYAN; *Eşya Hukuku II – Mülkiyet*, Seçkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ankara, 2016, 11. Bası, s. 364., Kemal T. GÜRSOY/ Fikret EREN/ Erol CANSAL; *Türk Eşya Hukuku*, Ankara, 1984, 2. Bası, s. 635.

⁶⁵ **TMK m. 1009:** *Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir.*

Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.

⁶⁶ Doktrinde büyük bir çoğunluk tarafından kabul edilmekle birlikte yenilik doğuran hak olmadığı yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu bağlamda etraflı bilgi için bkz.: EREN, s. 106-107, FEYZİOĞLU, s. 5; TEKİNAY, s. 436, TAMAN ŞİPKA, s. 2 vd., AKİPEK/AKINTÜRK, s. 553, KARAHASAN, s. 810 vd., KIRCA, s. 1179 vd.; AYAN, s. 335 vd., TUNABOYLU, s. 29 vd., DEMİRBAŞ, s. 252, AKALP DEMİRTABAK, s. 14 vd.

⁶⁷ DEMİRBAŞ, s. 252, AYAN, *Mülkiyet*, s. 364.

⁶⁸ Önalım hakkının kullanılması davasının yenilik doğuran (inşai) dava olduğu konusunda Yüksek Mahkeme; 13.4.2005 Tarih, 2005/6-230 Esas ve 2005/244 Karar sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında "*Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirim ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır.*" şeklinde bir karar vermiştir.

ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır.” biçiminde tanzim edilmiş olup, kanundan doğan önalım hakkının kullanımına atif yapılmıştır⁶⁹.

Nihayet, sözleşmeden doğan önalım hakkının taşınırılar üzerinde kurulup kurulamayacağı üzerinde de durulmak gerekmektedir. Kanun koyucu, sözleşmeden doğan önalım hakkını her ne kadar taşınmazlar için tanzim etmiş olsa da, doktrinde kanuni önalım hakkından farklı olarak önalım sözleşmesinin hem taşınmazlar hem de taşınırılar için yapılabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır⁷⁰. Kanaatimizce de, önalım sözleşmesinin taşınırılar için de yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Zira bu husus evveleminde sözleşme serbestisi prensibi ilkesinin bir gereğidir. Ancak bu noktada hakkın niteliği bakımından bir hususa dikkat edilmek gerekmektedir; taşınırlarda önalım hakkının şerh edilebilme imkânı bulunmamaktadır. Bu hususta doktrinde **AYİTER**⁷¹; “*Bu hak sadece nisbi bir mahiyet alır; yani akde muhalif hareket eden malikten şuf’a (önalım) hakkı sahibi sadece tazminat talep edebilir müşteriye karşı hakkını dermeyan edemez*” demek suretiyle hakkın nisbi bir mahiyet alacağı belirtilmiştir.

Tüm bu izahımız muvacehesinde sözleşmeden doğan önalım hakkının tanımı yapmak gerekir ise; “*Kanunen geçerli bir biçimde akdedilen önalım sözleşmesi neticesinde, taşınmaz veya taşınır malın malikinin maldaki payını tamamen veya kısmen üçüncü bir kişiye satması halinde, sözleşmeden doğan önalım hakkı sahibinin bu payı aynı şartlarla öncelikle satın alma ve mülkiyetini kazanma imkânı veren, hukuki işlemde doğan, eşyaya bağlı, yenilik doğuran (inşai) bir dava⁷² ile kullanılan bir hak⁷³*” olarak tanımlanabilir.

B. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Türleri

Sözleşmeden doğan önalım hakkı birçok bakımdan tasnif edilmiştir. Bunlar *adi (olağan)*/vasıflı (nitelikli) önalım hakkı⁷⁴, taşınırlara ilişkin önalım hakkı/taşınmazlara ilişkin önalım hakkı⁷⁵, sağlar arası tasarrufla kurulan önalım hakkı/ölüme bağlı tasarrufla kurulan önalım hakkı⁷⁶ ve son olarak tapu siciline tescil edilmiş önalım hakkı ve tapu siciline tescil edilmemiş önalım hakkı⁷⁷ olarak teşekkül etmektedir.

İleride ele alacağımız üzere, tapu siciline verilen şerhte önalım hakkını kullanmanın şartları belirtilmişse *vasıflı (nitelikli)*; belirtilmemişse *adi (olağan) önalım hakkının* var olduğu kabul edilmektedir⁷⁸. Böyle bir *adi (olağan) önalım sözleşmesinde önalım hakkı*

⁶⁹ Bu hususta bkz.: Kanuni Önalım Hakkının Kullanılması başlığında yapılan açıklamalarımız.

⁷⁰ **AYAN**, *Mülkiyet*, s. 365, Nuşin **AYİTER**; *Eşya Hukuku*, Ankara, 1987, 3. Bası, s. 145, Cihan **AVCI BRAUN**; *Türk Borçlar Kanunu 238-242 Satış İlişkisi Doğuran Haklar (Şerh Bölümü)*, Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu İstanbul Şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, 3. Bası, s. 2584.

⁷¹ **AYİTER**, s. 145.

⁷² Bu hususta bkz.: Önalım hakkının kullanılması davası hususunda yapılan açıklamalarımız.

⁷³ **EREN**, s. 106-107, **FEYZİOĞLU**, s. 5; **TEKİNAY**, s. 436, **TAMAN ŞIPKA**, s. 2 vd., **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 553, **KARAHASAN**, s. 810 vd., **KIRCA**, s. 1179 vd.; **AYAN**, s. 335 vd., **TUNABOYLU**, s. 29 vd, **DEMİRBAŞ**, s. 252, **AKALP DEMİRTABAK**, s. 14 vd.

⁷⁴ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 439-440, **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 637, **AYAN**, *Mülkiyet*, s. 366, **AYİTER**, s. 145, **DEMİRBAŞ**, s. 254.

⁷⁵ **AYAN**, *Mülkiyet*, s. 366, **DEMİRBAŞ**, s. 254, **TAMAN ŞIPKA**, s. 4.

⁷⁶ **AYAN**, *Mülkiyet*, s. 366, **DEMİRBAŞ**, s. 254.

⁷⁷ **AYAN**, *Mülkiyet*, s. 366, **DEMİRBAŞ**, s. 254, **SARAY TÜRE**, s. 21.

⁷⁸ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 439-440, **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 637, **AYAN**, *Mülkiyet*, s. 366, **AYİTER**, s. 145, **DEMİRBAŞ**, s. 254.

sahibi; alıcı, taşınmazı hangi şartlarla ve bedelle satın almışsa o şartlar ve bedelle satın alacaktır⁷⁹.

C. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Şartları

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için de bir kısım şartlar gerekmektedir. Bu hakkın kullanılabilmesi için öncelikle; kanunen gerekli unsurları taşıyan bir önalım sözleşmesi bulunması gerekmektedir. Ayrıca yine tıpkı kanuni önalım hakkında olduğu gibi burada da; *önalım olgusu* veya *önalım olayı* adı verilen paydaşlardan birinin kendi payının bir kısmını veya tamamını satması şartı gerçekleşmelidir. Nihayet; sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için de kanundan doğan önalım hakkının kullanılmasında olduğu gibi bir önalım davasının açılması gerekmektedir.

1. Kanuni Unsurlarını Taşıyan Bir Önalım Sözleşmesi Gerekmemektedir

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için gereken şartlardan temel olanı kanuni unsurlarını taşıyan taşınır veya taşınmaz malın maliki ile önalım hakkı tanınacak kişi arasında akdedilmiş bir önalım sözleşmesinin varlığıdır. Bu sözleşmeye ilişkin hususlar aşağıda etraflıca incelenecektir.

a) Önalım Sözleşmesi

Sözleşmeden doğan önalım hakkının hem Türk Medeni Kanunu'nun 735'inci maddesinde hem de 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "*Taşınmaz Satışı ve Satış İlişkisi Doğuran Haklar*" başlığı altında Kanunun 237 ve devamı maddelerinde düzenlendiğine tarafımızca değinilmişti⁸⁰. Ancak sözleşmeden doğan önalım hakkının temelini oluşturan sözleşmeye her iki kanunda da yer verilmemiştir. Bu anlamda hakkın kullanımını sağlayan önalım sözleşmesinin tanımı doktrince yapılmaktadır.

Doktrinde **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**⁸¹; "*Malikin bir kişiye önalım hakkı tanımak için yaptığı sözleşmeye önalım sözleşmesi denir*" biçiminde oldukça dar kapsamlı bir tanım yapmışlardır.

Doktrinde **SİRMEN**⁸² ve **DEMİRBAŞ**⁸³ ise, sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılmasının temeli olan önalım sözleşmesini; "*Hak sahibi ile taşınmazın maliki arasında akdedilen ve önalım hakkı sahibine o taşınmazın ivazlı bir hukuki işlemle devredilmesi halinde taşınmazı öncelikle satın alma yetkisi veren sözleşmedir*" biçiminde tanımlamışlardır.

Ancak kanaatimizce bu tanım isabetli değildir. İlk olarak belirtilmelidir ki; kanundan doğan önalım hakkı yalnızca müşterek mülkiyete tabi taşınmazlar üzerinde doğarken, sözleşmeden doğan önalım hakkı; sözleşme serbestisi ilkesi gereği gerek paylı mülkiyete gerek

⁷⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 439-440, GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 637, AYAN, *Mülkiyet*, s. 366, AYİTER, s. 145, DEMİRBAŞ, s. 254.

⁸⁰ Bu hususta bkz.: Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Tanımı ve Hukuki Niteliği başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁸¹ Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN; *Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler*, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2014, 10. Bası, s. 254.

⁸² SİRMEN, s. 446.

⁸³ DEMİRBAŞ, s. 255.

elbirliği mülkiyetine ve dahi ferdi mülkiyete tabi taşınmazlar üzerinde doğabilir⁸⁴. Bir diğer yandan her ne kadar kanun koyucu düzenlemeyi taşınmazlar bakımından vaz' etmişse de daha önce de tarafımızca değinildiği üzere önalım sözleşmesi taşınır mallar için de yapılabilecektir. İkinci olarak; **SİRMEN** ve **DEMİRBAŞ**'ın yukarıdaki tanımında yer alan "... o taşınmazın satımı halinde..." ifadesi, sözleşmeden doğan önalım hakkının, yalnızca taşınmazın tamamı üzerinde kurulabileceği izlenimi yaratmaktadır. Oysa taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyetine tabi pay için de önalım hakkı kurulabilecektir⁸⁵. Bir diğer yandan tanıtımda yine satımdan söz edilmektedir. Fakat daha önce de değinildiği üzere satış ve diğere ivazlı hukuki işlemlerde önalım hakkı kullanılabilir. Bu bağlamda son olarak belirtilmelidir ki; sözleşmenin tanımı sözleşmenin zorunlu şekli unsuru olan adi yazılı şekil şartını da içermemektedir. Zira kanun koyucu; Türk Borçlar Kanunu'nun 237'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında "Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır." hükmünü va'z etmiş böylelikle de sözleşmenin geçerliliği için bir şekil şartı hükmü getirmiştir⁸⁶.

Tüm bu açıklamalarımız muvacehesinde kanaatimizce önalım sözleşmesinin tanımı; "Hak sahibi ile taşınır veya taşınmaz malın tamamı veya bir kısmının maliki arasında akdedilen ve önalım hakkı sahibine o malın satımı halinde payı, öncelikle satın alma yetkisi veren adi yazılı sözleşmedir" biçiminde olmalıdır.

Adi yazılı şekilde yapılması gereken önalım sözleşmesi, sözleşmenin objektif ve (sözleşme görüşmelerine taşınmış ise) subjektif esaslı unsurlarını içermelidir. Sözleşmenin objektif esaslı unsurları ise, sözleşmenin tarafları ve önalım konusu maldır⁸⁷. Sözleşmenin

⁸⁴ **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 25, **AKALP DEMİRTABAK**, s. 35, Serkan **AKBEL**; *Yasal Önalım Hakkı, Hakkın Kullanılması ve Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2019, s. 37.

⁸⁵ **KAYAÖZÜ**, s. 86.

⁸⁶ Önalım sözleşmesi bakımından adi yazılı şekil şartı getirilmesi doktrinde ağır eleştirilere maruz kalmıştır. Bu hususta doktrinde **GÜMÜŞ** ilgili düzenlemeyi; "Kanun kuyucunun alım ve geri alım haklarından farkli olarak önalım sözleşmesinde sadece adi yazılı şekille yetinmesinin sebebi uygulamada önalım sözleşmesinin –geçerlilikleri için şekil zorunlulukları öngörülme – kira veya hasılat (ürün) kirası sözleşmeleri ile berber akdedilmesi oluşturmaktadır. Ancak İsviçre Kanun Koyucusu 1991 revizyonu ile yeniden yapılandırarak kaleme alınan İBK m.216'nın III. fıkrasında "Satış bedelinin önceden belirlenmediği önalım sözleşmeleri yazılı şekilde dahi geçerlidir." hükmü ile önalım sözleşmesinin kullanılmasyla meydana gelecek satış ilişkisindeki satış bedelinin önceden saptanmadığı (adi, limitsiz)önalım sözleşmeleri için adi yazılı şekli yeterli görürken; II. fıkrasındaki "Ön sözleşmeler bir taşınmaz üzerinde önalım, alım, geri alım hakkı kuran sözleşmeler, geçerlilikleri için resmi yazılı şekli gerekli kılar." hükmü ile önalım sözleşmesinin kullanılmasyla meydana gelecek satış ilişkisindeki satış bedelinin önceden saptandığı (nitelikli, limitli) önalım sözleşmesinin ancak resmi yazılı şekilde akdedildiği takdirde geçerli olacağını kabul etmiştir. İsviçre kanun koyucusunun amacı satış bedelini önceden önalım hakkı sahibi ile birlikte saptayan taşınmaz malikinin sonradan önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanması ile birlikte taşınmazın mülkiyetini taşınmazın ekonomik değişikliklere bağlı olarak yükselen (rayiç) değerinin çok altında kalan bir bedelle devir borcu altına girme tehlikesi üzerinde düşünmesini sağlamaktır. Bu nedenle Türk kanun koyucusunun nitelikli önalım hakkı için dahi adi yazılı şekil şartını yeterli gören seçimi isabetli olmamıştır." ifadeleri ile eleştirmektedir. Kanaatimizce de eleştirileri oldukça haklı gerekçeye dayanmaktadır. Mustafa Alper **GÜMÜŞ**; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – İsimli Sözleşmeler Teorisi/Satış/Mal Değişimi/ Bağışlama/ Kira/ Kullanım Ödücüsü/ Tüketim Ödücüsü/ Genel Hizmet Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, 3. Bası, s. 133.

⁸⁷ **DEMİRBAŞ**, s. 256.

bedeli ise önalım sözleşmesinin objektif esaslı unsuru değildir; zira önalım sözleşmesinin bedelsiz olarak akdedilmesi de kabildir⁸⁸.

Önalım sözleşmesinde, önalım hakkının hangi satış için kullanılacağı da gösterilir⁸⁹. Bu konuda hakkın ilk satışta veya ikinci satışta kullanılacağına ilişkin kayıtlar konabilir⁹⁰. Fakat böyle bir kayıt sözleşmeye konulmamış ise, önalım hakkının hangi satış için kullanılacağı tartışmaya açıktır⁹¹. İlk olarak; önalım sözleşmesinin tapu siciline şerh ettirilmesi halinden söz edilmek gerekmektedir. Kanaatimizce bu halde, şerh ile birlikte önalım hakkı üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceğinden, şerhin süresi içerisinde gerçekleşen herhangi bir satış için kullanılabilmesi kabul edilmelidir⁹². Buna karşılık; önalım sözleşmesi tapu siciline şerh edilmemiş ise; doğası gereği sonradan hak kazananlara karşı ileri sürülebileceği için, ilk satış dışında kullanılması mümkün olmayacak, ilk satışta da sadece önalım hakkını kurmuş olan önceki malike karşı ileri sürülebilecektir⁹³.

b) Taşınmazlar Üzerindeki Önalım Hakkını İçeren Önalım Sözleşmesinin Tapuya Şerhi İle Bu Şerhin Süresi

Sözleşmeden doğan önalım hakkının hukuki niteliği bakımından temel özelliğinin, bir *alacak hakkı* niteliğinde olduğunun, bu sebeple kural olarak yalnızca sözleşmenin taraflarına karşı ileri sürülebileceğinin ve önalım hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinin yolunun Türk Medeni Kanunu'nun 1009'uncu maddesi çerçevesinde tapuya şerh verilmesi olduğunun üzerinde durulmuştur⁹⁴.

Bu aşamada bu şerhin nasıl yapılacağı ve şerhin süresi üzerinde durulmak gerekmektedir. Taşınmazlar üzerinde önalım hakkını içeren önalım sözleşmesinin şerhi Türk Borçlar Kanunu'nun 238'inci maddesinde tanzim edilmiştir. Maddeye göre; “*Önalım, geri alım ve alım hakları en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve kanunlarda belirlenen süreyle tapu siciline şerh edilebilir.*” Bir diğer düzenleme ise Türk Medeni Kanunu'nun 735'inci maddesindedir. Burada da kanun koyucu “*Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir. Kütükte koşullar belirtilmemişse taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşullar esas alınır. Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer. Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır.*” biçiminde bir düzenleme getirmiştir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken iki husus bulunmaktadır.

İlk olarak belirtilmek gerekirse; bu düzenleme ile oldukça net bir biçimde görülmektedir ki kanun koyucu, açıkça önalım hakkının süresi ile önalım hakkının şerhinin süresini birbirinden ayırmış olmakta; önalım hakkının süresini en çok on yıl olarak belirlerken, şerh edilmiş önalım hakkının süresi bakımından kanunlarda belirtilen sürelerle atıfta bulunmakla yetinmektedir⁹⁵.

⁸⁸ DEMİRBAŞ, s. 256.

⁸⁹ TEKİNAY, s. 21, AYAN, *Mülkiyet*, s. 366, SARAY TÜRE, s. 20, KAYAÖZÜ, s. 50

⁹⁰ AYAN, *Mülkiyet*, s. 366, AYİTER, s. 147.

⁹¹ AYAN, *Mülkiyet*, s. 365, DEMİRBAŞ, s. 256.

⁹² Aynı yönde bkz.: AYAN, *Mülkiyet*, s. 365, DEMİRBAŞ, s. 256.

⁹³ AYAN, *Mülkiyet*, s. 366.

⁹⁴ Bu hususta bkz.: Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Tanımı ve Hukuki Niteliği başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁹⁵ GÜMÜŞ, *Değerlendirme*, s. 437; GÜMÜŞ, s. 134.

İkinci olarak; taşınmaz üzerinde önalım hakkı tesisinde şerhin yapılmadığı ve önalım sözleşmesinin ivazlı olduğu durumlarda önalım hakkı sahibinin hakkının korunup korunmayacağı hususu tartışılmak gerekmektedir.

Örnek kabilinden zikredilmek gerekir ise; A kişisi, bir gayrimenkul üzerinde B kişisi lehine sözleşmeden doğan bir önalım hakkı tesis etmektedir. Ancak tarafların anlaşmasında bu önalım sözleşmesinin ilgili tapu siciline şerh edilmesi hususu düzenlenmemiştir. Zira kanundaki hükmün amir hüküm olmadığı göz önünde bulundurulur ise, önalım sözleşmesinin şerh edilme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bu durumda A kişinin, o gayrimenkülü üçüncü kişi Ü'ye satması durumunda, A ile B arasındaki sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği B kişinin Ü'den herhangi bir hak talep edemeyeceği açıktır. Bu noktada B'nin A'dan bir hak talep edip edemeyeceği üzerinde durulur ise bu hususun doktrinde tartışmalı olduğu görülecektir.

Doktrinde **AYAN**; “Sözleşmeden doğan önalım hakkı, özü itibarıyla bir alacak hakkı olduğu için sözleşmenin diğer tarafına veya onun külli haleflerine karşı ileri sürülebilir. Önalım konusu şeyi satın almış üçüncü kişilere karşı ise ileri sürülemez. Bu açıdan, onların önalım hakkının varlığını bilmeleri de önem taşımaz. Zarara maruz kalan önalım hakkı sahibi, sadece kendi borçlusundan borcunu yerine getirmemesi (adem-i ifa) nedeniyle tazminat isteyebilir (TBK m. 112).” demek suretiyle borca aykırılık nedeniyle genel hükümler muvacehesinde tazminat isteyeceğini belirtmiştir⁹⁶.

Doktrinde **ARPACI** ise; böyle bir durumda tarafların önalım sözleşmesi akdetmesi sırasında tapuya şerh etmeyi kararlaştırmadıklarını, her iki tarafın iradelerinin de bu yönde olduğunu dolayısıyla ilgili gayrimenkulün üçüncü kişiye satışından sonra, önalım hakkı tanyanın sözleşmenin diğer tarafına herhangi bir tazminat ödemekle yükümlü olmadığını belirtmektedir. Zira bu durumda, tarafların aralarında akdedilmiş olan önalım sözleşmesinde var olmayan şerh neticesinde kişinin bu hakkını kullanamayacağını bilmiyor olmasının önalım hakkı vereni bağlamayacağı görüşünü savunmaktadır⁹⁷.

Bu husus bakımından kanaatimizce **ARPACI**'nin görüşüne katılmak daha isabetli olacaktır. Zira **AYAN**'ın görüşüne katılınması halinde, bir kimsenin kanunu bilmemesi bir mazeret kabul edilmiş olacaktır. Oysa bir kimsenin kanunu bilmemesi bir mazeret olarak kabul edilemeyeceği hususu açıktır. Bu durumda (gabin yahut irade sakatlığı gibi biri husus yok ise) önalım sözleşmesini şerh ettirmeyen önalım hakkı sahibi yalnızca, kendisine somut bir menfaat sağlamayan bir sözleşmeyi akdetmiş olacaktır.

Bu noktada son olarak da şerhin yapılabilmesinin temel şartı olan şerh anlaşmasına değinilmek gerekmektedir. Şerhin yapılabilmesi için şerh anlaşmasının da varlığı gerekmektedir. Şerh anlaşmasının şekli ise Türk Medeni Kanunu'nun 689'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında olduğu gibi özel bir şekle tabi tutulmamış ise, şerhi istenen şahsi hakkı doğuran sözleşmenin bağlı olduğu şekle tabidir. Bu bağlamda belirtilmelidir ki; şerhi istenen şahsi hakkı doğuran sözleşme herhangi bir şekle tabi değilse, şerh anlaşması da herhangi bir şekle tabi olmayacaktır.

⁹⁶ **AYAN**, *Mülkiyet*, s. 368.

⁹⁷ **ARPACI**, *Ders Notları*.

2. Taşınır veya Taşınmaz Üzerindeki Mülkiyet Payının Tamamen veya Kısmen Satılması veya Ekonomik Değer Bakımından Satışa Eşdeğer Bir İşlemler Devri Gerek-mektedir

Kanundan doğan önalım hakkının kullanılmasına imkân veren durumun taşınmaz üzerindeki mülkiyet payının tamamen veya kısmen satılması olduğunu, buna da; “*Önalım Olgusu (Vorkaufsfall)*” veya “*Önalım Olayı*” denildiğine tarafımızca değinilmişti⁹⁸. Yine önalım olgusunun, zorla (cebri) olmayan, iradi (isteğe bağlı); ivazlı ve cüz’i halefiyet yoluyla gerçekleşen devir işlemleriyle, özellikle de satış sözleşmesiyle gerçekleştiği⁹⁹ bir başka ifadeyle önalım olayının, malikin yaptığı taşınmaz payını konu edinen her hukuki işlem ile kullanılabilir hale gelmeyeceğinin altı çizilmişti¹⁰⁰.

Bu noktada belirtilmek gerekmektedir ki; Türk Medeni Kanunu’nun 735’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında yer alan “*Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır.*” hükmü gereği, aynı şartlar sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılmasında da geçerli olacaktır.

Bu noktadan hareketle; tıpkı kanundan doğan önalım hakkının kullanımında olduğu gibi sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılmasında da önalım olgusunun, örneğin satış sözleşmelerinde ve ihtiyarı (iradi) açık artırmalarda gerçekleşeceği; buna karşılık, mülkiyetin devri borcunu doğuran bağışlama¹⁰¹ veya trampa¹⁰² hallerinde, taşınırlara ilişkin akdedilen sözleşmelerde, kamulaştırma ve arazi toplulaştırması hallerinde¹⁰³, önalım hakkına konu olan payın mülkiyetinin bir hâkim kararıyla başka bir kişiye geçirildiği hallerde¹⁰⁴, satım karakterinin üstün bulunmayıp bağışlama karakterinin ağır bastığı karma sözleşmelerde¹⁰⁵ veya şirket birleşmelerinde¹⁰⁶ gerçekleşmeyeceği ve dolayısıyla önalım hakkının kullanılmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷.

3. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkını Kullanmak İsteyen Hak Sahibinin Üçüncü Kişi Aleyhine Önalım Davası İkame Etmesi Gerek-mektedir

Türk Medeni Kanunu’nun 734’üncü maddesinin 1’inci fıkrası önalım hakkının kullanımını, “*Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.*” demek suretiyle yenilik doğurucu nitelikteki (inşai) bir davanın ikame edilmesi şartına bağlamıştır. Yine 735’inci maddenin 3’üncü fıkrasında da sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanımı ile ilgili olarak kanun koyucu (kanuni önalım hakkındaki usule ve dolayısıyla) 734’üncü maddeye atıf yaptığından burada da aynı davanın açılması gerekmektedir. Bu düzenleme, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁹⁸ Bu hususta bkz.: *Üzerindeki Mülkiyet Payının Tamamen Veya Kısmen Satılması Ya Da Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer Başka Bir İşlemler Devri Gerek-mektedir* başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁹⁹ EREN, s. 110, SAYIMLAR, s. 633-634.

¹⁰⁰ Bu hususta bkz.: *Üzerindeki Mülkiyet Payının Tamamen Veya Kısmen Satılması Ya Da Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer Başka Bir İşlemler Devri Gerek-mektedir* başlığı altındaki açıklamalarımız.

¹⁰¹ EREN, s. 210, GÜMÜŞ, *Değerlendirme*, s. 441, ŞIPKA, s. 87-88, KAYAÖZÜ, s. 76, SARAY TÜRE, s. 59-60, SUATA, s. 39.

¹⁰² Aksi yönde bakınız: OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 534-535.

¹⁰³ EREN, s. 115, KAYAÖZÜ, s. 76, SARAY TÜRE, s. 62-63, SUATA, s. 41.

¹⁰⁴ EREN, s. 115, KAYAÖZÜ, s. 76.

¹⁰⁵ FEYZİOĞLU, s.258, AKİPEK/AKINTÜRK, s. 554, SARAY TÜRE, s. 60.

¹⁰⁶ EREN, s. 115, DEMİRBAŞ, s. 259.

¹⁰⁷ Bu hususta daha detaylı bir liste için bkz.: EREN, s. 111 vd.

D. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Kullanılması: Önalım Davası

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması da yine kanundan doğan önalım hakkının kullanılması gibi önalım davası ile olmaktadır. Bu durumun gerekçesi de yine Türk Medeni Kanunu'nun 735'inci maddesinin 3'üncü fıkrasıdır. Zira fıkra sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılmasında, kanundan doğan önalım hakkının kullanılması müessesesine atıf yapılmıştır. Bu bağlamda yukarıda "*Kanundan Doğan Önalım Hakkının Kullanılması: Önalım Davası*" başlığı altında yapılan tüm açıklamalarımız¹⁰⁸ sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılmasına ilişkin dava bakımından da kural olarak geçerli olacaktır. Ancak bir kısım farklılıklar aşağıda ele alınmaktadır.

1) Önalım Davasının Tanımı ve Hukuki Niteliği

Kanuni önalım davası bakımından davanın yenilik doğuran (inşai) bir dava olduğu, önalım davası neticesinde çıkacak karar da yenilik doğuran bir karar olduğu¹⁰⁹, önalım davalarında yetkili mahkemenin, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olduğu¹¹⁰, görevli mahkemenin ise asliye hukuk mahkemesi olduğu¹¹¹ tarafımızca belirtilmiş ve önalım davası ile ilgili olarak; "*Hak sahibinin alıcıya karşı önalım hakkını kullanmak için açtığı ve sonunda hâkimin davacı adına payın satımına ve mülkiyetinin tesciline karar verdiği yenilik doğuran dava*" olarak tanımlanabileceği¹¹² belirtilmiştir¹¹³. İşbu evsafa ve tanıma ilişkin açıklamalarımız sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için ikame edilen önalım davası için de geçerli olup bu aşamada tekrara düşmemek adına yukarıdaki açıklamalarımıza atıf vermekle yetinilmektedir.

2) Önalım Davasının Tarafları ve Tabi Olduğu Süreler

Kanundan doğan önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkında davacı ve davalı sıfatları düzenlemenin ruhu gereği farklılık arz etmektedir. Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanımı için ikame edilecek davada davacı, önalım hakkı sahibi ya da Türk Borçlar Kanunu'nun 239'uncu maddesinin 1'inci fıkrası¹¹⁴ gereği onun külli halefleridir¹¹⁵.

Davalının belirlenmesinde ise ikili bir ayrıma gidilmiş olup, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nda farklı düzenlemeler va'z edilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 734'üncü maddesinde bu davanın alıcıya karşı açılabilmesi belirtilmektedir¹¹⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 242'inci maddesinde ise tekrar bir ayrıma gidilmiştir. Maddeye göre;

¹⁰⁸ Bu hususta bkz.: Kanundan Doğan Önalım Hakkının Kullanılması: Önalım Davası başlığı altındaki açıklamalarımız.

¹⁰⁹ EREN, s. 117-118, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 453 vd., SAYIMLAR, s. 636.

¹¹⁰ HMK m. 12/1: *Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile, taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.*

¹¹¹ HMK m. 2/1: *Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*

¹¹² EREN, s. 117.

¹¹³ Bu aşamada bkz.: Kanundan Doğan Önalım Hakkının Kullanılması: Önalım Davası başlığı altında yapılan açıklamalarımız.

¹¹⁴ TBK m. 239/1: *Aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer.*

¹¹⁵ AYAN, *Mülkiyet*, s. 371, DEMİRBAŞ, s. 271.

¹¹⁶ TMK m. 735/3'teki atıf sebebiyle sözleşmeden doğan önalım hakkı için de uygulanacaktır.

“Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerh edilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi halde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her halde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır”. Görüldüğü üzere; alıcı mülkiyeti devralıp almadığına göre ikili bir ayrıma gitmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki; elbette yeni malike karşı önalım hakkının ileri sürülebilmesi için, bu hakkın tapu siciline şerh edilmiş olması şarttır¹¹⁷.

Önalım davasının açılması daha önce de belirttiğimiz üzere kanunda hak düşürücü süreye bağlanmıştır¹¹⁸. Türk Medeni Kanunu’nun 733’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasına göre “Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer.”

Üç aylık nispi sürenin işlemeye başlaması bakımından kanundan doğan önalım hakkının kullanılması ve sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Kanundan doğan önalım hakkının kullanılması bakımından kanun koyucu davacının (hak sahibinin) önalım davasını açabilmesi için alıcının veya satıcının, satışı, tüm paydaşlara bildirmesi ve alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara yapılacak bu satış bildiriminin noter kanalıyla olmasını öngörmektedir¹¹⁹. Buna karşılık sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması davasında kanun koyucu; “Satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmek zorundadır” hükmü ile satış sözleşmesinin yapıldığını ve sözleşmenin içeriğinin de bildirilmesi gerektiğini tanzim etmektedir.

Alıcı veya satıcı, satışı ve içeriğini hak sahibine noter kanalıyla bildirmediği takdirde, 3 aylık süre işlemeye başlamaz. Bu takdirde, hak sahibi önalım davasını, satışın yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde açabilir¹²⁰. Yine burada da kanaatimizce iki yıllık hak düşürücü sürenin işlemesi noter bildirim yapılmamasına bağlı değildir.

Bu noktada alıcı veya satıcının satışı bildirip, içeriğini bildirmemesi durumunda ne olacağı sorusu aklarda gelmektedir. Kanaatimizce bu durum iki bakımdan değerlendirilmelidir. İlk olarak kanaatimizce bu hüküm emredici nitelikte olmayıp, düzen hükmü niteliğindedir ve içeriğin bildirilmesi yalnızca kanun koyucunun uyulmasını istediği bir kuraldır ve bu anlamda bir müeyyide öngörülmemiştir. İkinci olarak tapu sicilinin aleniliği ilkesi gereği ilgilisi olması sıfatıyla kişinin kendisinin de görebileceği düşünüldüğünden satışın içeriğinin bildirilmemesi sebebiyle 3 aylık hak düşürücü süreden sonra dava açılması hakkın kötüye

¹¹⁷ Şerhler ve etkileri hakkında etraflı bilgi için bkz.: **TEKİNAY**, s. 203 vd.

¹¹⁸ Bu sürelerin hak düşürücü süre olduğu hususunda bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.4.2005 Tarih, 2005/6-230 Esas ve 2005/244 Karar sayılı Kararı: “..... öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez” ve Yargıtay 6’ncı Hukuk Dairesi’nin 21.03.2005 Tarih, 2005/955 Esas ve 2005/2510 Karar sayılı kararı: “Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir”, **EREN**, s. 120.

¹¹⁹ **TMK m. 733/3**: Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilir.

¹²⁰ Bu hususta bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.09.2005 Tarih, 2005/8-358 Esas ve 2005/470 Karar sayılı kararı: “Dolayısıyla öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez. Davacının kendisine yapılan bir bildirim olmadığından, satıştan itibaren iki yıl içinde açtığı dava süresindedir ve davacı dava yoluyla önalım hakkını kullanmıştır.” **EREN**, s. 123.

kullanılması durumu teşkil edecektir¹²¹. Bu sebeple kanaatimizce satışın bildirilmesi halinde de 3 aylık hak düşürücü süre işlemeye başlayacaktır.

Ancak önemle altı çizilmelidir ki; sözleşmeden doğan önalım hakkı sahibinin, satışı kesin olarak başka bir yolla öğrenmesi, üç aylık sürenin işlemesine neden olmayacaktır¹²².

3) Önalım Davasının Karar Verilebilmesi Şartı Olarak Önalım Bedelinin Yatırılması

Kanundan doğan önalım hakkının kullanılması davasında olduğu gibi burada da karar verilebilmesinin şartı önalım bedelinin payın tesciline karar verilmeden yatırılmasıdır.

Önalım hakkının kullanılması sonucunda, hak sahibinin bu hakkı hangi satış (*önalım olayı*) bedeli üzerinden kullanacağı ise Türk Borçlar Kanunu'nun 241'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında belirtilmektedir. Maddeye göre; “*Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmaz, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır*”. Görüldüğü üzere kanun koyucu bedelin belirlenmesinde, önalım sözleşmesinin adi ve vasıflı olması ayırımı esas almıştır ve vasıflı önalım sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin ya da önalım sözleşmesi nitelikli değilse üçüncü kişiyle akdedilen satım sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin esas alınacağını hükme bağlamaktadır¹²³.

4) Önalım Davasının Hüküm ve Sonuçları

Önalım davası sonunda mahkemece; dava konusu malın önalım hakkı sahibine ait olduğu yönünde karar verilmiş olur. Yenilik doğurucu (inşai) nitelik taşıyan bu karar kesinleşince payın mülkiyeti önalım hakkı sahibine geçmiş olur. Taşınmazlar bakımından daha sonra yapılacak olan tescil açıklayıcı nitelik taşır. İyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımları saklı kalmak kaydıyla, önalım hakkı sahibi, bu karar uyarınca tapu memurundan

¹²¹ Aksi yönde görüş için bkz.: GÜMÜŞ, s. 125, SARAY TÜRE, s. 41. Bu hususta doktrinde **KAYAÖZÜ** ise satış sözleşmesinin esaslı unsurlarının bildirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu hususta bkz.: **KAYAÖZÜ**, s. 100-101.

¹²² Bu yönde bkz.: Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 29.01.2009 Tarih, 2009/11773 Esas ve 2009/596 Karar Sayılı kararı. Yüksek Mahkeme bu hususta aynen, “*Yasal önalım hakkının kullanılması için gerekli sürenin başlaması konusunda bu yasal değişiklikten sonra geçerli olan kural; “öğrenme” olgusu değil “bildirim” olgusunun söz konusu olmasıdır. Bu bildirim de herhangi bir bildirim değil, noter vasıtasıyla yapılacak bildirimdir. Madde metninde “bildirilir” şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi, sürenin “bildirimden” başlayacağı da devamı fıkırada açıkça ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü süre başlatılmayacağından bunun sonucu olarak hak düşürücü süre nedeniyle dava hakkının sona erdiği söylenemez. Bir başka anlatımla; yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Önalım hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmaz.” şeklinde bir hüküm kurmuştur. Ancak bu hususta doktrinde **DEMİRBAŞ**, aynı karara atf vererek; “*Önalım hakkı sahibinin, satışı kesin olarak başka bir yolla öğrenmesi, üç aylık ve iki yıllık sürelerin işlemesine neden olmaz*” şeklinde görüş bildirmiştir. Kanaatimizce öğrenme olgusu yalnızca üç aylık hak düşürücü sürenin başlamasına engel olmakla birlikte iki yıllık çerçeve süre satış işleminin tarihi itibarı ile başlayacaktır. İlgili kısım için bkz.: **DEMİRBAŞ**, s. 265. Karar için bkz.: www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 26.05.2020)*

¹²³ **DEMİRBAŞ**, s. 265, **KAYAÖZÜ**, s. 79.

tescilin yapılmasını bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın talep edebilir¹²⁴.

IV. KANUNDAN DOĞAN ÖNALIM HAKKI İLE SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÖNALIM HAKKININ MUKAYESESİ

Kanundan doğan önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkının mukayesesi yapılmak istendiğinde ise farklılık arz eden hususların aşağıdaki gibi alt başlıklar halinde incelenmesi kabildir.

Ancak bu aşamada tekrara düşülmemesi bakımından kanundan doğan önalım hakkı ile sözleşmeden doğan önalım hakkının benzer noktaları ele alınmayacak, yalnızca farklılık arz eden hususlara değinilecektir.

A) Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Kaynağı Bakımından Mukayese Edilmesi

Kanundan doğan önalım hakkı adından da anlaşılacağı üzere kanundan kaynaklanmaktadır ve buna mukabil aksine bir anlaşma yapılması mümkün olmayıp herhangi bir hukuki işlemle kaldırılması da mümkün değildir. Sözleşmeden doğan önalım hakkı ise, rızai olup, bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanmaktadır.

Bu aşamada kanundan kaynaklanan bir önalım hakkı ile sözleşmeden kaynaklanan önalım hakkının aynı anda var olup olmayacağı ve var olması halinde hangi hakkın üstün tutulması gerektiği sorusu akla gelebilmektedir.

Somut bir durumda paylı mülkiyete tabi taşınmazın payı üzerinde var olan kanundan doğan önalım hakkının yanı sıra sözleşmeden doğan bir önalım hakkı tesis edilmesi de mümkün olabilir. Kanaatimizce bu husus bakımından bir tam boşluk sözkonusudur. Bilindiği üzere tam boşluk; bir hususta yasada hiçbir hüküm bulunmaması anlamına gelmektedir¹²⁵. Bu bağlamda Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinin 2'nci fıkrası gereği hâkimin bu boşluğu doldurması gerekmektedir. Kanaatimize göre ise; kanundan kaynaklanan önalım hakkının, sözleşmeden kaynaklan önalım hakkına üstün olacağı şüphesizdir. Zira aksi takdirde kanunda yer alan özel düzenlemenin hiçbir gereği kalmamaktadır.

B) Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Hakkın Doğumu Bakımından Mukayese Edilmesi

Kanundan kaynaklanan önalım hakkı doktrinde bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre; paylı mülkiyetin kurulma anıyla aynı anda kanunun gereği olarak meydana gelmektedir¹²⁶.

Sözleşmeden kaynaklanan önalım hakkının doğumu ise adi yazılı sözleşmenin akdedildiği anda gerçekleşmektedir. Daha önce tarafımızca belirtildiği üzere, sözleşmeden doğan önalım hakkı bir taşınmaz için akdedilse ve şerh edilmesi kararlaştırılsa dahi, şerh ancak bu hukuki ilişkinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi bakımından önem arz etmektedir.

Bir diğer yandan bu aşamada bir kez yine ifade edilmelidir ki; kanuni önalım hakkı yalnız müşterek mülkiyete tabi taşınmazlar için düzenlenmiş olup, taşınır mallarda bahse

¹²⁴ EREN, s. 124, SARAY TÜRE, s. 55, SUATA, s. 33.

¹²⁵ Erhan ADAL; *Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2009, 10. Bası, s. 354.

¹²⁶ FEYZİOĞLU, s. 96, TUNABOYLU, s. 24, ERÇİN, s. 3013, AKALP DEMİRTABAK, s. 31.

konu olmaz. Buna mukabil sözleşmeden doğan önalım hakkı; sözleşme serbestisi ilkesi gereği gerek paylı mülkiyete gerek elbirliği mülkiyetine ve dahi ferdi mülkiyete tabi taşınmazlar üzerinde doğabilir.

C) Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkının Hakkın Kullanılması Bakımından Mukayese Edilmesi

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte önalım hakkının kullanımı bakımından köklü bir değişikliğe gidilmiştir. 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde yenilik doğuran tek taraflı bir beyan ile kullanılan önalım hakkı, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ile yenilik doğuran dava ile kullanılmaktadır.

Hakkın yenilik doğuran dava ile kullanımı hem kanundan doğan önalım hakkının kullanımı bakımından hem de sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanımı bakımından aynıdır. Ancak bu davada; gerek davacı ve davalı sıfatları bakımından, gerek davada esas alınacak bedel bakımından, gerekse satışın (veya satışa eşdeğer hukuki işlemin) bildirilmesi bakımından birtakım farklılıklar bulunmaktadır.

Kanundan doğan önalım hakkının kullanılması için ikame edilen davada davacı sıfatı; *paylı mülkiyete konu taşınmazda payını üçüncü kişiye satan paydaş dışında bir veya daha çok paydaşın bulunması halinde bunların her biri veya bunların bir kısmı ya da tamamına aittir*¹²⁷. Bu davada davalı sıfatı ise; önalım hakkına konu taşınmazda satılmış olan payın alıcısı bir başka ifade ile taşınmazın bir kısmının veya tamamının yeni malikidir¹²⁸. Yasal önalım hakkından doğan borç, kanun icabı eşyaya bağlı bir borç (yükümlülük) oluşturduğu için satış yoluyla devredilen pay üzerindeki mülkiyet hakkını kim kazanmışsa, davalı da o olur¹²⁹.

Oysa sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanımı için ikame edilecek davada davacı, önalım hakkı sahibi ya da Türk Borçlar Kanunu'nun 239'uncu maddesinin 1'inci fıkrası¹³⁰ gereği onun külli halefleridir¹³¹. Davalının belirlenmesinde ise ikili bir ayrıma gidilmiş olup, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nda farklı düzenlemeler va'z edilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 734'üncü maddesinde bu davanın alıcıya karşı açılabilceği belirtilmektedir¹³². Türk Borçlar Kanunu'nun 242'inci maddesinde ise tekrar bir ayrıma gidilmiştir. Maddeye göre; *“Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerh edilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi halde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her halde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır”*. Görüldüğü üzere; alıcı mülkiyeti devralıp almadığına göre ikili bir ayrıma gitmektedir. Ancak altı çizilmek gerekir ki; elbette yeni malike karşı önalım hakkının ileri sürülebilmesi için, bu hakkın tapu siciline şerh edilmiş olması şarttır¹³³.

¹²⁷ EREN, s. 118, AYAN, s. 413, SUATA, s. 59, SARAY TÜRE, s. 46.

¹²⁸ EREN, s. 120, SUATA, s. 60, SARAY TÜRE, s. 47 vd.

¹²⁹ EREN, s. 120, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 451-452, TEKİNAY, s. 438. Eşyaya bağlı borç mefhumu hakkında etraflı bilgi için ayrıca bkz.: EREL, s. 50 vd.

¹³⁰ TBK m. 239/1: Aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer.

¹³¹ AYAN, *Mülkiyet*, s. 371, DEMİRBAŞ, s. 271.

¹³² TMK m. 735/3'teki atıf sebebiyle sözleşmeden doğan önalım hakkı için de uygulanacaktır.

¹³³ Şerhler ve etkileri hakkında etraflı bilgi için bkz.: TEKİNAY, *Takyitler*, s. 203 vd.

Yine bu davada hâkimin gösterdiği yere yatırılacak bedel konusunda da farklılık bulunmaktadır. Kanundan doğan önalım davasında bu bedel üçüncü kişiye yapılacak satışın bedeli iken sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması davasında; hak sahibinin bu hakkı hangi satış (*önalım olayı*) bedeli üzerinden kullanacağı ise Türk Borçlar Kanunu'nun 241'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında belirtilmektedir. Maddeye göre; “*Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır.*” Görüldüğü üzere kanun koyucu bedelin belirlenmesinde, önalım sözleşmesinin adı ve vasıflı olması ayrımını esas almıştır ve vasıflı önalım sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin ya da önalım sözleşmesi nitelikli değilse üçüncü kişiyle akdedilen satım sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin esas alınacağını hükme bağlamaktadır¹³⁴.

Bu davadaki bildirim yükümlülüğü bakımından da – kanaatimizce uygulamada köklü bir değişikliğe yol açmayacak olsa da – bir farklılık bulunmaktadır. Kanundan doğan önalım hakkının kullanılması bakımından kanun koyucu davacının (hak sahibinin) önalım davasını açabilmesi için alıcının veya satıcının, satışı, tüm paydaşlara bildirmesi ve alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara yapılacak bu satış bildiriminin noter kanalıyla olmasını öngörmekte iken¹³⁵, sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması davasında kanun koyucu; “*Satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmek zorundadır*” hükmü ile satış sözleşmesinin yapıldığını ve sözleşmenin içeriğini de bildirmesi gerekmektedir.

SONUÇ

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile Roma Hukuku kaynaklı olan ve Osmanlı döneminden bu yana uygulanan önalım müessesesi bakımından birçok esaslı değişiklik de Türk Medeni Hukuku'na getirilmiştir. Bu durumun temel gerekçesi İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1991 revizyonu olmakla birlikte, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde doktrin tarafından getirilen eleştiriler de bu köklü değişikliklerin yapılmasında etkili olmuştur.

Evveleminde belirtilmek gerekir ki, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde yenilik doğuran tek taraflı bir beyan ile kullanılan önalım hakkı, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile artık yenilik doğuran dava ile kullanılmaktadır. Doktrinde çoğunluk denebilecek yazarlarca ağır eleştirilere maruz kalan bu değişiklik, en esaslı düzenleme olarak göze çarpmaktadır.

Çalışmamızda da öncelikle önalım hakkı tanımı ve hukuki niteliğine, akabinde kanundan doğan önalım hakkına, sonrasında sözleşmeden doğan önalım hakkına ve en son da bunların farklılık arz eden hususlarının mukayesesine yer verilmiştir.

KAYNAKÇA

ADAL Erhan: *Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2009, 10. Bası.

AKALP DEMİRTABAK Didem: *Yasal Önalım Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

¹³⁴ **DEMİRBAŞ**, s. 265.

¹³⁵ **TMK m. 733/3**: *Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilir.*

AKBEL Serkan: *Yasal Önalım Hakkı, Hakkın Kullanılması ve Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2019.

AKIN Mustafa: *Önalım Hakkı Kullanımının Anayasaya Aykırılığı*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S. 2005/3, İstanbul, 2005.

AKİPEK Jale /**AKINTÜRK** Turgut: *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2009.

ARPACI Abdülkadir: *Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış*, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan, Seçkin Basım Yayım Dağ. A.Ş., Ankara, 2004.

ARPACI Abdülkadir: *Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Doktora Programı 2018-2019 Bahar Dönemi Topluluk Mülkiyeti Dersi Yayınlanmamış Ders Notları*, İstanbul, 2018.

AVCI BRAUN Cihan: *Türk Borçlar Kanunu 238-242 Satış İlişkisi Doğuran Haklar (Şerh Bölümü), Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu İstanbul Şerhi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, 3.Bası.

AYAN Mehmet: *Kanuni Şuf'a Hakkı*, Halil Cin'e Armağan, Konya 1995.

AYAN Mehmet: *Eşya Hukuku II – Mülkiyet*, Seçkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ankara, 2016, 11. Bası.

AYİTER Nuşin: *Eşya Hukuku*, Ankara, 1987, 3. Bası.

BERKİ Ali Himmet: *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1968.

DEMİRBAŞ Feride: *Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2016, S. 65/2.

ERÇİN Ferhat: *Kanuni Şuf'a Hakkının Kullanılmasına İlişkin 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 734. Maddesi Üzerine Düşünceler*, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2006.

EREL Şafak N.: *Eşyaya Bağlı Borç*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

EREN Fikret: *Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2.

ERTAŞ Şeref: *Eşya Hukuku*, Barış Yayıncılık, İzmir, 2012, 10. Bası.

FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin: *Şuf'a Hakkının Kullanılması İçin Gereken Şartlar*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: XXVI, S.10, Ekim 1952.

FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin: *Şuf'a Hakkı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959.

GÜMÜŞ Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – İsimli Sözleşmeler Teorisi/Satış/Mal Değişimi/ Bağışlama/ Kira/ Kullanım Ödücüsü/ Tüketim Ödücüsü/ Genel Hizmet Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, 3. Bası.

GÜMÜŞ Mustafa Alper: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m. 237/III, 238, 239 ve 240-242) Değerlendirilmesi*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Erhan ADAL'a Armağan, C. XII-IX, S. VIII-IX, İstanbul, 2012.

GÜRSOY Kemal T. / **EREN** Fikret / **CANSEL** Erol: *Türk Eşya Hukuku*, Ankara, 1984, 2. Bası.

HATEMİ Hüseyin / **SEROZAN** Rona / **ARPACI** Abdülkadir: *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

KARAHASAN Mustafa Reşit: *Eşya Hukuku*, Ankara, 1977, C. I.

KAYAÖZÜ Mustafa Aykut: *Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015

KIRCA Çiğdem: *Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler*, Ömer Teoman'a Armağan, İstanbul, 2002.

OĞUZMAN M. Kemal / **SELİÇİ** Özer / **OKTAY-ÖZDEMİR** Saibe: *Eşya Hukuku*, 21. Bası, İstanbul 2018.

ÖZCAN Zeynep: *Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

ÖZTAŞ İlker: *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, 1. Baskı, İstanbul 2011.

SARAY TÜRE Sultan Melis: *Önalım Hakkı ve Sınırları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

SAYIMLAR Zeynep: *Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı C.1, 2015.

SİRMEN Lale: *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

SUATA İlay Zeynep: *Kanuni Önalım Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020.

TAMAN ŞIPKA Şükran: *Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı*, İstanbul, 1994.

TANDOĞAN Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri Trampa, Bağışlama*, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1988.

TEKİNAY Selahaddin Sulhi: *Eşya Hukuku*, İstanbul 1970-1971.

TEKİNAY Selahaddin Sulhi: *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.

TUNABOYLU Müslim: *Açıklamalı-İçtihatlı Şuf'a, Vefa-İştira Davaları*, Ankara, 1996.

YAVUZ Cevdet / **ACAR** Faruk / **ÖZEN** Burak: *Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler*, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2014, 10. Bası.

YILDIRIM İlyas: *Şuf'a – Önalım Hakkı: Mecelle ve Türk Medeni Kanunu Merkezli Bir Mukayese*, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 2018, S. 31.

www.kazanci.com

www.lexpera.com.tr

www.tdk.gov.tr

 ANONİM ORTAKLIĞIN HAKLI SEBEPLE FESHİ DAVASININ USÛL HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

(ANALYSIS OF LAWSUIT OF RIGHTFUL TERMINATION OF JOINT STOCK COMPANY REGARDING THE LAW OF PROCEDURE)

Av. Rahmi Can ÖMÜR* **

Z

6102 sayılı TTK'da düzenlenen anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davası azınlığı, çoğunluk pay sahiplerinin suistimallerine karşı koruyan bir haktır. Haklı sebeple feshin kararı son çare olarak başvurulabilecek, olağanüstü bir yoldur. Her ne kadar kanun koyucu tarafları, yetkili ve görevli belirlemiş olsa da bu hükümlerin nasıl uygulanacağı konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Bu alıŐmada, Türk- İsviçre doktrin ve yargı kararları ışığında dava için öngörülen prosedür, dava tarafları, dava Şartları, yargılamanın nasıl yapılacağı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve yargılama için gerekli harç ve giderlere değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Feshin Son are Olması, Taleple Bağlılık İlkesi, Hakimin Takdir Yetkisi

ABSTRACT

Rightful termination of joint-stock company, regulated in the Turkish Commercial Code (Code No.: 6102), is a right protecting the minority against the abuses of majority shareholders. The rightful termination decision, is an extraordinary method, which may be taken as the ultimate remedy. Although the lawmaker has determined the parties, their powers and their taxes, no consensus exists regarding the doctrine for the method of application of these provisions. In the present study, procedure provided for the action, parties of the action, cause of action, method of trial, alternative dispute settlement methods, and fees and expenses necessary for the trial are touched, in the light of Turkish and Swiss doctrines and judicial decisions.

Keywords: *Rightful Termination of Joint-Stock Company, Termination as Ultimate Remedy, The Principle of not Awarding beyond the Request, Discretion of Judge*

[] Eserin Dergimize geliş tarihi:22.03.2021. İlk hakem raporu tarihi:05.04.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 11.04.2021. Onaylanma Tarihi:02.06.2021.

* Avukat, İstanbul Barosu, Bankacılık ve Finans, Ticaret Hukuku Uzman Arabulucu (Arabuluculuk Daire Başkanlığı), Okan niversitesi zel Hukuk Doktora Ğrencisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7477-2917

Esere Atf Şekli: Rahmi Can mr, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1381-1405.

Giriş

Anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davasıyla kanun koyucu İsvBK m. 736, b.4'e paralel bir düzenlemeyle azınlığa yeni bir hak tanımıştır¹. Bu anonim ortaklığa hakim olan çoğunluk ilkesinin bir istisnasını oluşturur.² Fevkalade bir hukuki yol olan anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davası³, usûl hukuku açısından da istisnaları haizdir. Kanun maddesi hem görevli ve yetkili mahkemeyi belirlemiş hem de hakime takdir yetkisini kullanarak fesih dışında farklı çözümlere de hükmedebilmesine imkan sağlamıştır. Böylece HMK m. 26'ın bir istisnasını oluşturmaktadır. Talep dışında farklı çözüm imkânı olması nedeniyle *Tekinalp* bu davayı *anonim ortaklığın haklı sebeplerle alternatif çözümlü feshi davası* olarak adlandırmaktadır.⁴ Bunların yanı sıra davacı olabilecekler ve davalılar da belirlidir. Davanın hukuki niteliği, şartları, tarafları ve uyumsuzluk için başvurulacak çözüm yolları hakkında yapılan tartışmalara yer verilerek birçok noktada genel kurallara istisna oluşturan bu madde, maddi hukuk yönüne değinmeden usûl hukuku açısından incelenecektir.

1. Genel Olarak Haklı Sebeplerle Fesih Davası ve Hukuki Niteliği

1.1. Genel Olarak

Anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davası, 6762 sayılı eski TTK'da düzenlenmiştir. Doktrinde çeşitli tartışmalara neden olan bu durum, hâkim görüş ve Yargıtay tarafında olumsuz kanun boşluğu olarak değerlendirilmiş, şayet şirket esas sözleşmesinde böyle bir dava hakkı öngörüldüyse açılabilceği belirtilmiştir.⁵ 6102 sayılı TTK'da pozitif dayanağa kavuşan haklı sebeple fesih davası İsvBK m. 736, b.4 temel alınarak yapılmıştır.⁶ Mehz İsviçre düzenlemesi ile TTK m. 531'in en önemli farkı, davacı pay sahiplerinin payları satın alınarak şirketten çıkarılmalarının açıkça düzenlenmesidir.⁷ Bunun dışında İsvBK m. 736, b.4'te halka açık anonim ortaklıklar ve kapalı ortaklıklar gibi bir ayrıma gidilmemesidir. Bu Türk öğretisinde de tartışmalıdır. Bir görüşe göre halka açık anonim şirket ortaklarının paylarını borsada bir üçüncü kişiye devredebilmeleri imkânı olduğu için, halka açık şirketlerin kanun maddesinde düzenlenmesi yerinde olmamıştır.⁸ İsvBK m. 736, b.4 aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

“Sermayenin yüzde onunu temsil eden pay sahipleri önemli sebepler nedeniyle fesih talebinde bulduklarında, şirket hâkim kararıyla feshedilir. Hâkim, bunun yerine, taraflarca umulan, yerinde ve farklı bir çözüme hükmedebilir.”⁹

¹ KENDİGELEN Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.434.

² DALLA TORRE Luca, Art 736, (Ed. Peter Gauch, Viktor Aepli, Hubert Stöckli), **Präjudizienbuch OR**, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2016, N.3, s.1496.

³ BERTSCH Wilfried, **Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen**, Verlag H. R. Sauerländer, Aarau 1947, s.17.

⁴ bkz. TEKİNALP Ünal, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları”, **Ersin Çamoğlu'na Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

⁵ NOMER ERTAN Füsün, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davası –TTK m. 531 Üzerine Düşünceler-”, **İÜHFMD**, C:73 S:2, (2015), s.421-422, TTK Kanun gerekçesi, s.194.

⁶ TTK Kanun gerekçesi, s.194; TEKİNALP Ünal, age., s.213 age kısaltması kullanımı uygun mu?

⁷ TEKİNALP Ünal, age, s.214; NOMER ERTAN Füsün, age, s.423, ERDEM Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.5.

⁸ NOMER ERTAN Füsün, age, s.422-423; ŞAHİN Ayşe, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.284.

⁹ “Die Gesellschaft wird aufgelöst:... durch Urteil des Richters, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen.

TTK m. 531 metni ise aşağıdaki gibidir:

“*Haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*”

Görüldüğü gibi Türk Kanun Koyucu, mehz kanuna kıyasla daha ayrıntılı bir düzenlemede bulunmuştur. Kanun metnine usûl hukuku ile alakalı birtakım düzenlemeler de eklemiştir. Buna göre TTK metninde yetkili ve görevli mahkeme de açıkça düzenlemiştir.

Düzenlemelerin ortak noktası ise, hâkime bırakılan takdir yetkisidir. Anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davası taleple bağıllık ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Ancak hâkim bu yetkisini şirketin temel taşlarını değiştirecek, ortaklığı başkalaştıracak şekilde geniş kullanmamalıdır.¹⁰ Hakim kararını verirken taraflar arasındaki menfaat dengesini gözlemelidir. Alternatif çözümlere hükmedilmesi için verilen takdir yetkisinin temelinde feshin son çare (*ultima ratio*) olması yatmaktadır. Feshin son çare olmasının nedeni ise sermayenin korunması, kurulu tezgahın dağıtılmaması ilkesidir. Yargıtay 16.4.2019 tarihli kararında, ilk derece mahkemesinin fesih yerine seçimlik diğer çözüm yollarına neden hükmetmediği hususunda yeterli bir gerekçeye yer vermeden şirketin feshine karar vermesini doğru görmemiş ve fesih kararını bozmuştur. Bu kararında Yargıtay, TTK m 531. uyarınca fesih talebinde bulunabilmesinin en son çare olarak dikkate alınması gerektiğini zira, asıl olanın şirketin devamlılığı olduğunu dile getirmektedir.¹¹

Hâkimin dava neticesinde hükmettiği, fesih veya alternatif çözümler bütün hissedarlar için sonuç doğurur (*erga omnes*), ileriye etkilidir (*ex nunc*).¹² Davanın reddi ise sadece taraflar için sonuç doğurur.¹³ Dava sonucu verilebilecek alternatif kararlara örnek olarak öncelikle davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılması, kâr dağıtma zorunluluğu getirilmesi, azınlık temsilcilerinin yönetim kurulu üyesi olarak tayin edilmesi, işletmenin bölünmesi vs. örnek olarak gösterilebilir.¹⁴

Statt derselben kann der Richter auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen...”.

¹⁰ ÇAMOĞLU, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimın Takdir Yetkisi”, **BATİDER**, C:31 S:1 (2015), s.19.

¹¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2018/1177, K. 2019/3046, T. 16.4.2019 (Kazancı Bilgi Bankası).

¹² ERDEM Nuri, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.169; AYOĞLU Tolga, “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri”, **GSÜHFD**, S:1 (2017), s.131; BERTSCH Wilfried, age., s.178; KUSTER Matthias, Art. 736, (Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), **OR Kommentar**, Orell Füssli Verlag, Zürich 2016, N.11, s.1901.

¹³ ERDEM Nuri, age, s.169; BERTSCH Wilfried, age, s.177.

¹⁴ Duruma uygun ve kabul edilebilir çözümler hakkında geniş bilgi için bkz. ÇELİK, s.576 vd.; AYAN, s.2255 vd.; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 14-13 vd.; ERDEM, s.233 vd.; ŞAHİN, s.486 vd. özellikle yeni ve eleştirel bir çalışma olarak; Ersin ÇAMOĞLU, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimın Takdir Yetkisi, **BATİDER**, 2015, S.1 S.5 vd. Bu önemli çalışmada, anonim şirketlere dair temel ilkeler ile fesih davasının niteliği ve amacı ışığında, duruma uygun düşen ve kabul edilebilir çözüm önerileri üzerinde ayrı ayrı durulmakta ve hakimın kar dağıtımına, şirket varlık veya iştiraklerinin satışına, şirketin azınlık ve çoğunluk pay sahipleri arasında kısmen bölünerek paylaşılmasına karar verebileceği, buna karşılık, yönetim kuruluna azınlık temsilcilerinin

1.2. İnşai niteliği

Davalar, talep edilen hukukî korumaya göre üçe ayrılırlar. Bunlar, eda, tespit ve inşaî davalardır. Eda ve tespit davaları sonunda açıklayıcı, inşaî davalar sonunda ise yaratıcı nitelikte hükümler verilmektedir.¹⁵ İnşai nitelikte bir hakkın, dava yolu ile kullanılması zorunlu ise inşaî dava açılır (HMK m. 108/2). Her inşaî dava bir inşaî hakka dayanmaktadır. İnşai haklar kullanılmasıyla yeni bir ilişki kurabilirler, hukukî ilişkide değişikliğe yol açabilirler veya mevcut ilişkiyi sona erdirebilirler. Bazı durumlarda kanun koyucu kamu düzeni, hukukî durumun tereddütsüz açığa çıkması ve üçüncü kişilerin menfaatleri nedeniyle inşaî hakkın dava yolu ile kullanılmasını düzenlemiştir.¹⁶ Üretim, istihdam, vergi gibi parametreler göz önüne alındığında iktisadî yaşam için kritik role sahip anonim şirketlerin feshi de ancak genel kurul veya mahkeme kararıyla olabilmektedir.

Anonim ortaklığın haklı sebep feshi davası, mevcut hukukî ilişkiye son vermektedir. Bu nedenle doktrindeki hakim görüşü bunun bozucu yenilik doğuran bir dava hakkı olduğu yönündedir.¹⁷ Ancak *Tekinalp*'e göre haklı sebep feshi davası alternatif çözümlere hükmedilebildiği için inşaî nitelikte bir eda davasıdır.¹⁸ Ancak *İlbasmış Hızlısoy*, gerek genel kurulun gerekse yönetim kurulunun yetki alanına giren veya yapısal değişikliklere ilişkin verilecek kararların inşaî nitelikte olacağından, *Tekinalp*'in bu görüşüne karşı çıkmaktadır.¹⁹ Zira mahkeme sonucunda verilecek alternatif çözümler de inşaî niteliktedir. Mahkemenin vereceği eda hükümleri (kârın hangi kalemlerden, ne kadar dağıtılacağı vs.) inşaî kararın fer'isi niteliğindedir.²⁰

1.3. Terditli davalar

Davacının birden fazla talepte bulunduğu, ve bu taleplerini kademeli olarak yaptığı davalara terditli davalar denilmektedir. Davacı öncelikle ilk, asıl talebi hakkında karar verilmesini ister, ancak bu talebin reddedilmesi halinde fer'i talep değerlendirilir.²¹ *Rüzgâr*'a göre davacı, birden fazla talepte bulunduğu hâkim, haklı sebepler olduğu takdirde öncelikle feshe karar vermeli, sonra sermayenin korunması ilkesi gereği alternatif çözümleri değerlendirmelidir.²² Ancak Yazar'ın aksine öğretilerdeki hakim görüş bunun terditli dava

atanması, GK veya YK kararlarının değiştirilmesi ya da iptali, ana sözleşme değişikliği ve tam bölünme yönlerinde karar verememesi gerektiği sonuçlarına varılmaktadır(s. 14-18).

¹⁵ PEKCANITEZ Hakan vd., **Medenî Usûl Hukuku** Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.960.

¹⁶ PEKCANITEZ Hakan vd., age, s. 960.

¹⁷ ŞAHİN Ayşe, age, 55; ERDEM Nuri, age, 169; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, **Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.192-193; HANAĞASI Emel, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasının Medeni Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", **BATİDER**, C:32 S:1 (2016), s.206; PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, §30 N.40, s.658; BERTSCH Wilfried, age, s.147; FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, **Schweizerisches Aktienrecht**, Stämpfli Verlag, Bern 1996, §55 N.94-104, s.835-836; BENEDİCK Gilles, Art. 736, (Ed. Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb), **Personengesellschaften und Aktiengesellschaft –Vergütungsverordnung**, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2016, s.943.

¹⁸ TEKİNALP Ünal (POROY Reha, ÇAMOĞLU Ersin), **Ortaklıklar Hukuku II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, N. 1526b, s.340.

¹⁹ İLBASMIŞ HIZLISOY, age, s.192-193.

²⁰ İLBASMIŞ HIZLISOY, age, s.194.

²¹ KURU Baki, **Medenî Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.154.

²² RÜZGÂR Eser, "Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", **TAAD**, S:16 (2014), s.369-370.

olamayacağı yönündedir.²³ Anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davası taleple bağlılık ilkesinin istisnalarındadır. Bu görüş, tarafın taleplerini belirtebileceği fakat hâkimin bunlarla bağlı olmadığı yönündedir.²⁴ HMK m. 111'e göre ise hâkim serbestçe seçim yapamamaktadır. Asıl talep mümkün olmadığı takdirde fer'i talebi inceleyecektir. Haklı sebeple fesih davasında böyle bir aslilik-fer'ilik ilişkisi bulunmamaktadır. Hâkim TMK m. 4 çerçevesinde hangi çözüm yolunun uygun olduğuna kendisi karar verecektir. Ancak olaya uygun başka bir çözüm kalmadığı zaman feshes hükmedilecektir. *Tekinalp*'e göre tarafın davayı terditli açması ret sebebi değildir. Hakim HMK m. 33 uyarınca Türk hukukunu re'sen uygular (*iura novit curia*).²⁵ Kanaatimce de hakim görüş çerçevesinde anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davasında terditli dava olmayacaktır. Nitekim TTK'nın 531'inci maddesinde açıkça anlaşılacağı üzere hakimın davacı tarafından terdit ilişkisi içine sokulan taleplerin yine onun tarafından belirlenmiş sırasına uyma zorunluluğu olmadığı gibi davacının dava dilekçesindeki taleplerinden herhangi birine karar verme zorunluluğu da yoktur. Davacının dava dilekçesinde fesih talebinin yanı sıra diğer çözümü belirtmesi hakimi bağlayıcı nitelikte terditli bir talep hakkı vermez.

2. Özel Dava Şartları

2.1. Azınlık hakkı

Haklı sebeple fesih davası, çoğunluğun yönetsel gücünün suistimallerine karşı azınlığın haklarını koruyan hukuki bir yol, güvencedir.²⁶ Kanun gerekçesinde, "...531 inci maddede hakim görüş tarafından benimsenen bir azlık hakkını hukukumuzda getirmektedir..." denmektedir. Öğretide azınlık hakları olumlu ve olumsuz olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir. Olumsuz azınlık hakları, azınlık pay sahiplerinin olumsuz oy kullanarak kararın alınmasını engellediği durumlar için kullanılmaktadır. Olumlu azınlık hakları ise, azınlığın irade beyanında bulunarak hakkını talep veya dava yoluyla kullanması olarak ifade edilir.²⁷ *Ayoğlu*'na göre, hakkın dava yolu ile kullanılması sebebiyle, haklı sebeple fesih davasının diğer olumlu azınlık haklarına kıyasla atipik bir karakteri vardır.²⁸

Bu hakkı kullanabilecek azınlık pay sahipleri kanunda, kapalı anonim ortaklıklar için yüzde on, halka açık anonim ortaklıklar için ise yüzde beş olarak belirlenmiştir. Akla gelebilecek ilk soru bu oranların esas sözleşme ile artırılması veya azınlık pay sahiplerinin bu haklarından vazgeçmesi mümkün olup olmadığıdır.²⁹ Haklı sebeple fesih davası vazgeç-

²³ TEKİNALP Ünal, makale, s.217; HANAĞASI, age., s.207-208; ŞAHİN Ayşe, age, s.428.

²⁴ ÇAMOĞLU Ersin, age, s.13.

²⁵ TEKİNALP Ünal, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları", **Ersin Çamoğlu'na Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.217.

²⁶ BGE 105 II 114 E. 6b S. 125 (Swisslex); FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age., §55 N.58, s.829; BERTSCH Wilfried, age, s.16.

²⁷ SERT CANPOLAT Selin, "Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının İncelenmesi", **TBB**, C:20 S:74 (2008), s.161; *TTK'da azlık (m. 348) ve azınlık (m. 341,366,377) kavramlarının her ikisi de kullanılmaktadır. Bu nedenle doktrinde de hangi terimin kullanılacağı hakkında fikir birliği bulunmamaktadır. (bkz. SERT CANPOLAT Selin, age, s.159).*

²⁸ AYOĞLU Tolga, age, s.132.

²⁹ Yeni TTK çerçevesinde de genel olarak yüzde onluk sınırın ana sözleşme ile indirilmesinin mümkün olduğu, buna karşılık artırılmayacağı ifade edilmektedir. Örneğin: Ayan 2241; Pulaşlı § 52 N.125; Erdem 167-171. Farklı görüş: hükümde yer alan "sermayenin en az onda biri" ifadesi ve hükmün emredici niteliği, esas sözleşmeyle bu oranın daha aşağıya çekilmesini önlere mahiyette olduğu yönünde: Oruç 218; TTK'nın 340. maddesi sebebiyle yüzde onluk barajın ana sözleşme ile indirilmesinin mümkün olmadığını ifade eden: Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku N.14. Karş.

lemez hak niteliğindedir.³⁰ Bundan dolayı bu dava hakkı, ana sözleşme veya pay sahibi sözleşmeleriyle ortadan kaldırılamaz, hakkın kullanılması kısıtlanamaz, şarta bağlanamaz.³¹ Kaldı ki, TTK m. 340 gereğince de esas sözleşmede, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak buna açıkça izin verildiği takdirde değişiklik yapılabilir. Ancak azınlık için ön görülen oranının esas sözleşme ile azaltılması mümkündür.³² Aksi yöndeki görüş ise TTK m.340 uyarınca “Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir.”dir. Bu hüküm karşısında, azınlık haklarına ilişkin pay oranlarının ana sözleşme ile indirilmesinin ancak TTK'da açıkça öngörülmesi durumunda mümkün olduğu (örneğin: TTK m.411), dolayısıyla fesih davası bakımından yüzde onluk oranın ana sözleşme ile artırılmasının yanında indirilmesinin de mümkün olmadığı, örneğin -sadece yüzde bir paya sahip kimselerin de fesih davası açabileceğine ilişkin bir hükmün ana sözleşmeye konulamayacağını kabul edilmek gerekmektedir³³.

2.2. Haklı sebeplere dayanma

TTK 531. maddenin ilk cümlesinde geçen haklı sebep kavramının, kanun koyucu neler olacağını belirlememiş, bunu yargı kararları ve öğretiyeye bırakmıştır.³⁴ Bunlara örnek olarak; genel kurul olağan toplantısının sürekli olarak yapılmaması, azınlık hissedarlarının bilgi alma ve inceleme hakkının sürekli ihlali, azınlık pay sahiplerine finansal açıdan ağır zararlar verilmesi gösterilebilir.³⁵ Usûl hukuku açısından öğretilerdeki tartışma ise yukarıda verilen bu örneklerin dava şartı olup olmadığıdır.

Erdem, haklı sebeple feshin davanın iki şartından birisi olduğunu belirtmiştir.³⁶ *Çelik*'e göre de, fesih talebi için her şeyden önce haklı sebebin varlığı gerekmektedir.³⁷ *Ayan*'da aynı doğrultuda, haklı sebebin varlığını fesih davası açılabilmesi için gerekli bir koşul olarak görmüştür.³⁸ *Şahin* ise *Frostmoser/Meier-Hayoz/Nobel*'e paralel olarak, haklı sebebin maddi hukuk yönünden bir koşul olduğu, yani davada ileri sürülen vakıaların haklı sebep vasfı taşıması gerektiğini belirtmiştir.³⁹

Hüküm de dava hakkını haiz olan azınlık oranının ana sözleşme ile düşürülebilmesi imkanını sakıncalı bulan: Moroğlu Türk Ticaret Kanunu 313.

³⁰ ERDEM Nuri, age, s.206.

³¹ ERDEM Nuri, age, s.213.

³² TTK Kanun Gerekçesi, s.194; FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age, §55 N.67, s.830; BAHTIYAR, s.236-237. ERDEM s.167 vd.

³³ NOMER ERTAN Füsün, age, s.423-424.

³⁴ TTK Kanun Gerekçesi, s.194-195.

³⁵ ERTAN NOMER Füsün, s. 426-427.PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2017, s.660-661; ERTEN Cengiz, “Anonim Şirketlerde Haklı Sebeplerle Fesih Hakkının Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, UMD, Y:7 S:13, (2019), s.195-196, ULUSOY Erol, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara 2016, s.481.

³⁶ ERDEM Nuri, age, s.170;

³⁷ ÇELİK Aytekin, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshi”, **BATİDER**, C:25 S:1 (2009), s.567.

³⁸ AYAN Özge, “Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi Davası (531. Madde)”, **LHD**, C:9 S:102 (2011), s.2243.

³⁹ ŞAHİN Ayşe, age, s.67; FROSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age, §55 N.62, s.830.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre yazarlar anonim şirketin feshinin talep edilebilmesi için her şeyden evvel şirketin feshi açısından haklı sebeplerin varlığının gerektiğini belirtmişlerdir.⁴⁰

Hanağası ise haklı sebeplerin, hakim esasa girebilmesi için değil, bilakis hüküm kurabilmesi için gereken şartlar olduğunu belirtmiştir.⁴¹ Bu görüşe göre, hakim azınlık pay sahibinin davayı açması neticesinde esastan incelemeye başlayacak, ancak fesih veya alternatif çözüme, haklı sebeplerin var olması neticesinde ulaşabilecektir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.5.2017 tarihli kararında, "...davacı pay sahiplerine, paylarının gerçek değerlerinin ödenip şirketten çıkarılmalarına karar verilebilmesi için öncelikle haklı sebebin gerçekleşmesi gerekmektedir..." demiştir.⁴² Ancak burada haklı sebebin varlığının gerekliliği teyit edilse de, bunun bir dava şartı olup olmadığına ışık tutan bir karar bulunmamaktadır. Buna göre de haklı sebepler fesih davasının şartını oluşturur ve dava ancak ortaklığın feshini gerektiren haklı sebepler mevcut olduğunda açılabilir. Zira mahkemenin ortaklığa müdahale etmesi davada ileri sürülen olguların haklı sebep olarak nitelendirilmesine bağlıdır. Dava açılmadan önce fesih sebebi teşkil eden olguların ortadan kalkması durumunda bunlara dayalı olarak dava açılması mümkün değildir. Davacı dava dilekçesinde dayandığı haklı sebebi veya sebepleri belirtmelidir. Mahkeme ilk aşamada ileri sürülen olguların haklı sebep niteliği taşıyıp taşımadığını belirleyip haklı sebeplerin bulunduğu kanaatine varırsa feshe veya duruma uygun düşen diğer bir çözüme karar verebilecektir. Hakimin haklı sebeplerin bulunmadığı kanaatine varması halinde ise hakim, ikinci aşamaya geçmeden davayı reddedecektir.

2.2.1. Davacı Azınlığın Paylarının Gerçek Değerinin Hesaplanmasında Esas Alınması Gereken Tarih

Doktrin ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından, gerek haklı sebebin oluşması anında, gerekse dava açılması esnasında ve dava sonuçlanıncaya kadar yüzde on oranında payların sahibi olunması gerektiği haklı olarak kabul edilmektedir.⁴³ Bu davanın amacı azınlık pay sahiplerinin çoğunluğun tahakkümüne karşı korunması, haklarının haleldar edilmesi durumunda kendilerine bir savunma imkanı verilmesidir. Bu çerçevede haklı sebep olarak görülen vakianın meydana geldiği anda henüz pay sahibi sıfatını taşımayan bir kimşenin çoğunluğun tahakkümüne uğradığından, korunmaya muhtaç olduğundan, objektif olarak şirketin devamının kendinden beklenilmesinin mümkün olmadığından bahisle bu davayı açması da mümkün olmamalıdır.⁴⁴ Kanun koyucunun bu davada yüzde on barajını kabul ettiği dikkate alındığında, haklı sebebin meydana geldiği anda da azınlık sıfatının mevcut olması gerektiği kabul edilmelidir. Diğer bir ifade ile, davacı pay sahiplerinin sadece fesih davasının açılması ve sona ermesine kadar geçecek zaman içinde değil, öncesinde

⁴⁰ ERDEM Nuri, age, s.170, ÇELİK Aytekin, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi", BATİDER, C:25 S:1 (2009), s.567, AYAN Özge, "Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi Davası (531. Madde)", LHD, C:9 S:102 (2011), s.2243, ŞAHİN Ayşe, age, s.67; FROSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age, §55 N.62, s.830.

⁴¹ HANAĞASI Emel, age, s.235.

⁴² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2016/4639, K. 2017/3180, T. 30.5.2017; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.5.2015 tarihli kararında (E. 2014/18585, K. 2015/6457) da kanunda yazılmış olan haklı sebebin gerekliliği vurgulansa da dava şartı olduğu yönünde bir anlam çıkmamaktadır. (Kazancı Bilgi Bankası).

⁴³ ERTAN NOMER Füsün, s.424, ŞAHİN Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, s.345.

⁴⁴ ERTAN NOMER Füsün, s.424.

haklı sebep olarak belirtilen olay veya olayların cereyan ettiği dönemde de azınlık sıfatına sahip olmaları (sermayenin yüzde onunu temsil eden payların sahibi olmaları) gerekmektedir.⁴⁵ Savunulan bir diğer görüşe göre davanın devamı sırasında payların sermayeye olan oranının azalmasına bağlı olarak dava şartının sonradan ortadan kalktığı bu gibi hallerde, mahkemenin, davayı reddetmeden önce, gerekli oranın sağlanması için davaya devam etmek isteyen davacı pay sahiplerine süre tanınması gerekir. Bu süre içinde eksiklik tamamlanmazsa mahkemenin davayı reddetmesi gerekecektir.⁴⁶

2.3. Diğer yolların tüketilmesi ve davanın tali niteliği

Bir çözüm yönteminin son çare olması hasebiyle, tarafların öncelikle başka yolları tüketmesi durumunda tali (ikincil) nitelikten söz edilebilir.⁴⁷ Anonim ortaklığın haklı sebepçe feshi davasında, fesih son çare (*ultima ratio*) olmasından ötürü, davanın tali nitelikte olduğu söylenmektedir.⁴⁸ Tali nitelikte olması iki temel soruyu akla getirmektedir. Öncelikle bu bir dava şartı mıdır ve genel sona erme sebepleri için de haklı sebepçe fesih davasına başvurulabilir mi?

Şahin'e göre, bu yolların tüketilip tüketilmemesinin gerekliliğini hâkim takdir edecek, bu yollara başvurmanın mümkün olup olmadığını yine hâkim belirleyecektir. Ancak hukuki yolların tüketilmesi dava şartı değildir. Bununla birlikte diğer yolları tüketmeksizin fesih davası açılması hakimnin takdirini olumsuz etkileyebilir.⁴⁹ *Tekinalp ve Pulaşlı* da diğer çözüm yollarının tüketilmemesinin dava açmayı engellemeyeceğini savunmaktadır.⁵⁰ *Erdem ve Hanağası*'na göre de talilik ilkesi, orantılılık ve ölçülülüğün özel bir görünümüdür.⁵¹ *İlbasmış Hızlısoy*'da aynı doğrultuda, bunu bir dava şartı olmadığını, ancak hakimnin takdir yetkisini etkileyecek bir unsur olduğunu söylemektedir. *Aker* ise, diğer koruyucu yolların tüketilmesinin kural olarak zorunlu kabul etmek gerektiğini ve fakat bu yolların dava şartı olmayacağını belirtmiştir.⁵²

Doktrindeki bir grup yazara göre hukuki yolların tüketilmesi dava şartı olmamakla birlikte diğer yollar tüketilmeden fesih davası açılması hakimnin takdirini olumsuz etkileyecek bir unsurdur.⁵³

Bunlara karşı olarsa *Çelik*, bunun bir dava şartı olduğunu ileri sürmektedir.⁵⁴ *Bilgili/Demirkapı* da öncelikle diğer yolların tüketilmesi gerektiğini, çünkü bu davanın radikal

⁴⁵ Karş. Türk doktrini: Çelik 587; Erdem 172; Şahin, 345 vd. İsviçre: BGE 109 II 140.

⁴⁶ ŞAHİN, s.348; PEKCANITEZ, s.294.

⁴⁷ ERDEM Nuri, age, s.228.

⁴⁸ PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi III**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, N.142, s.2427; FROSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age, §55 N.110, s.835; İLBASMIŞ HIZLILOY Özlem, age, s.253; WEISS Gottfried, **Zum schweizerischen Aktienrecht**, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1968, s.79.

⁴⁹ ŞAHİN Ayşe, age, s.328.

⁵⁰ TEKİNALP Ünal (POROY Reha, ÇAMOĞLU Ersin), **Ortaklıklar Hukuku II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, N.1564d, s.343.

⁵¹ ERDEM Nuri, age., s.231; HANAĞASI Emel, age, s.236.

⁵² AKER Halit, "Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebepçe Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **BATİDER**, C:32 S:1 (2016), 121-122.

⁵³ ŞAHİN Ayşe, age, s.328; TEKİNALP Ünal (POROY Reha, ÇAMOĞLU Ersin), **Ortaklıklar Hukuku II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, N.1564d, s.343; ERDEM Nuri, age., s.231; HANAĞASI Emel, age, s.236; AKER Halit, "Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebepçe Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **BATİDER**, C:32 S:1 (2016), 121-122.

bir çare olduğunu söylemektedir.⁵⁵ Erdem, bu düşüncenin nedeninin eski İsvBK'da hâkimin taleple bağlılık ilkesiyle sınırlandırılmasından, yani alternatif çözümlere takdir edememesinden dolayı çıktığını belirtmektedir. Fakat İsviçre'de bu görüş, 1991 revizyonuyla eklenen takdir yetkisi hakkıyla değişmektedir.⁵⁶ İsviçre doktrininde de görüş, talik ilkesinin iptal veya sorumluluk davası gibi diğer yolların tüketilmesi anlamına gelmediği yönündedir.⁵⁷

Erdem'e göre, eğer kanunda düzenlenen özel bir sona erme şekli mevcut ise artık olağanüstü genel bir sona erme sebebi olan haklı sebeple fesih davasına başvurmaya gerek yoktur.⁵⁸ Ancak kanunda bu konuda açık bir düzenleme yoktur. Karşı fikir olarak da, azınlık hakkı olarak düzenlenen bu kanun maddesinin amacına uygun olabilmesi için, kullanımının kısıtlanmaması gerektiği de söylenebilir.

3. Davanın Tarafları

3.1. Davacı

Kanun koyucu, TTK m. 531'de istisnâ olarak dava taraflarını kendi belirlemiştir. Buna göre davacı, sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleridir. Aktif taraf ehliyetinin, kanun tarafından belirlenmesi doktrinde menfaat şartının aranıp aranmaması konusunda tartışma yaratmıştır. Öğretideki bir görüşe göre, hükümden de anlaşılacağı üzere, azınlık pay sahibinin davacı olmak konusunda tekeli vardır. Buna göre davayı menfaati olan herkes değil, sadece bu kişiler davayı açabilecektir. Hanağası'na göre, kanun koyucu davacı menfaatini peşinen kabul etmiştir.⁵⁹ Diğer görüş ise, davacının korunmaya değer menfaatinin olup olmadığının yine de aranması gerektiğidir. Bu görüşe göre haklı sebep mevcut değilse dava kabul edilemez.⁶⁰ Kanaatimce davacının korunmaya değer menfaatinin olup olmadığının yine de aranması gerekmektedir ve buna göre de haklı sebep mevcut değil ise dava kabul edilemez. Haklı sebep kavramı ultimo ratio pectum(son çare ilkesi) ilkesinden hareketle değerlendirilmelidir. Dolayısıyla sebeplerin varlığının ve öncesinde diğer çözümlerin olup olmayacağını aranması gerekmektedir. Aksi halde kurum kötüye kullanıma uygun hale gelecektir.

Kanun maddesi gereğince davacının iki niteliği haiz olması gerekmektedir; pay sahipliği ve azınlık statüsü. Pay sahipliğinin haklı sebebin meydana geldiği andan itibaren olması gerekir ve kesin hükümlerle sonuçlanana kadar devam etmelidir.⁶¹ Davacının, payını

⁵⁴ ÇELİK Aytekin, age, s.567.

⁵⁵ BİLGİLİ Fatih, DEMİRKAPI Ertan, *Şirketler Hukuku Dersleri*, Dora Yayınları, Bursa 2018, s.382

⁵⁶ ERDEM Nuri, age, s.232; *Gerçekten de, Bertsch'in eserinde aktardığı eski kanun metninde böyle bir ibare yer almamaktadır. Kanun metni "Anasermayenin en az yüzde beşlik bölümünü temsil eden pay sahipleri önemli sebepler nedeniyle fesih talebinde bulduklarında, şirket hâkim kararıyla feshedilir." şeklindedir. (Die AG wird aufgelöst durch Urteil des Richters, wenn Aktionäre, die mindestens den fünften Teil des Grundkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen.)* (bkz. BERTSCH Wilfried, age, s.15).

⁵⁷ BGE 105 II 114 E. 6c S. 125 (Swisslex); FROSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age, §55 N.110, s.835-836.

⁵⁸ ERDEM Nuri, age, s.234.

⁵⁹ HANAĞASI Emel, age, s. 209; *Yazar bu düşüncesine paralel olarak 18.6.2001 tarihli Yargıtay Kararını örnek göstermektedir (E. 2001/5156, K. 2001/5141). Bu kararda 20. Hukuk Dairesi, kanun tarafından hasım olarak belirlen Orman Yönetiminin dava açmakta her zaman yararı olduğunu ve yasal olarak bu hakkın tanındığını belirtmiştir.*

⁶⁰ BERTSCH Wilfried, age, s.158; ERDEM Nuri, age, s.179.

⁶¹ FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age, §55 N. 94, s.834; ŞAHİN Ayşe, age, s.346; PULAŞLI Hasan, age, §60 n.117, s.2423.

elinden çıkardığı andan itibaren menfaati de kalmayacağı için davaya devam edemez. Bu durumda payını devrettiği kişinin davaya devam edip edemeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Dava hakkı paya değil, pay sahibi ve azınlık sıfatına bağlı bir haktır. Bu durumda payı devralan, haklı sebepler vukû bulduğu esnada da pay sahibiyse davaya devam edebilecektir. Ancak daha önce pay sahibi değilse yukarıdaki gerekçeye bağlı olarak davaya devam edemeyecektir.⁶² Bunun istisnası olarak küllî halefiyet ilkesi gösterilebilir. Davacı gerçek kişi ise ölmesiyle (TMK m. 599) mirasçılar, tüzel kişiyse birleşme/devralmayla birlikte (TTK m. 136/4) devralanlar kanunî taraf değişikliği ile davacı sıfatını kazanırlar. Davacının ölümü ile gerçekleşen taraf değişikliği kendiliğinden taraf değişikliği (*ipso iure*) iken, birleşme yoluyla oluşan durum taraf işlemiyle gerçekleşen taraf değişikliğidir.⁶³ Pay sahibi eğer tek kişi ise dava hakkını kendi veya temsilcisi aracılığı ile kullanabilir. Ancak pay sahipliği, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti ile birden fazla kişiye ait olabilir. Doktrindeki bir görüş davacıların temsilci atanabileceği ancak bunun zorunlu olmadığı yönündedir. Zira zorunlu dava arkadaşı olarak davada taraf olabileceklerdir.⁶⁴ Diğer bir görüş ise TTK m. 477/1'de düzenlenen payların bölünmezliği ilkesine dayanır.⁶⁵ Madde hükmü payın şirkete karşı bölünemeyeceğini, birden fazla pay sahibi olduğunda ise ortak bir temsilci yoluyla temsil edilebileceklerini düzenler. Dava sonucunda pay üzerinde tasarruf işlemi doğacağından, olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflardan söz edilebilir. Bu durumda TMK m. 692'ye göre davanın açılması ve temsilci atanması kararının oybirliği ile alınması gerekir.⁶⁶

Davacıların, dava süresince sağlamaları gereken bir diğer husus azınlık pay oranıdır. Bu oran kanun tarafından, kapalı anonim ortaklıklarda yüzde on, halka açık ortaklıklarda ise yüzde beş olarak belirlenmiştir. Oranın belirlenmesi için esas sözleşmede belirtilen sermaye veya sermaye artırımına gidilmiş ise artırılmış sermaye temel alınır. Davacılar bu oranı tek başlarına veya birlikte sağlayabilirler. Oranı birlikte sağlayan paydaşlar zorunlu dava arkadaşı olarak davayı açarlar.⁶⁷ Bir hakkın birden fazla kişi tarafından birlikte kullanılmasının, zorunlu olduğu hallerde, hak sahipleri davayı ikame ettiklerinde, bu kişiler zorunlu dava arkadaşı olurlar.⁶⁸ Davacılarından birinin payını elinden çıkarması durumunda, mahkemenin nasıl bir yol izleyeceği doktrinde tartışılmıştır. Doktrindeki bir görüş dava şartının artık sağlanmaması nedeniyle burada davanın reddedilmesi gerektiği yönündedir.⁶⁹ Diğer görüş ise, HMK m. 115/2'ye istinâden noksanlığın giderilmesine ilişkin kesin süre verilmesi gerektiğidir.⁷⁰ Eksiklik tamamlanmadığı takdirde dava reddedilir. Davacı pay sahiplerinin kanunun öngördüğü oranları tek başlarına sağlamaları durumunda, ihtiyarî dava arkadaşlığından söz edilir. HMK m. 57/1 c.3'e göre davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması hâlinde ihtiyarî dava arkadaşlığından söz edilir. Bu durumda aktif dava arkadaşı olarak davacılar, aynı veya benzer haklı sebeplere dayanarak dava açabileceklerdir.

⁶² ŞAHİN Ayşe, age, s.347.

⁶³ TAŞ KORKMAZ Hülya, **Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.111.

⁶⁴ BERTSCH Wilfried, age, s.154,155; YILDIRIM Ali Haydar, **Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, Dora Yayınevi, Bursa 2013, s.396.

⁶⁵ ERDEM Nuri, age, s.183; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.205; ŞAHİN Ayşe, age, s.346.

⁶⁶ ERDEM Nuri, age, s.184.

⁶⁷ İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.195; ŞAHİN Ayşe, age, s.346; HANAĞASI Emel, age, s.211.

⁶⁸ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, T. 4.7.2019, E. 2018/2379, K. 2019/4330 (Kazancı Bilgi Bankası).

⁶⁹ FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age, s.834 dp.51.

⁷⁰ İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.198; ŞAHİN Ayşe, age, s.345; HANAĞASI Emel, age, s.214.

Öğretide bir başka görüş ise, dava açıldığı tarih itibariyle hakkın kullanıldığını ve daha sonradan pay oranının düşmesinin önemli olmadığını savunmaktadır.⁷¹ Bu düşüncenin temelinde uzun süren yargılama boyunca azınlığın hakkının korunabilmesini sağlamak vardır. Böylece dava esnasında oluşabilecek ve davacıya taraf sıfatını kaybettirmeyi hedefleyen sermaye artışlarının önünü geçilmeye çalışılır.

Öğretideki bir diğer tartışma ise pay üzerinde intifa ve rehin hakkı kurulduğunda dava açma hakkının kime ait olacağı hususundadır. Doktrinde temel görüşler; hem intifa hakkı sahibi hem de malikin ayrı ayrı dava açabileceği⁷², davayı birlikte açmaları gerektiği⁷³, davayı birlikte veya malikin tek başına açabileceği⁷⁴ ve nihayet davayı sadece malikin açabileceğidir.⁷⁵

Davanın intifa hakkı sahibi ve malikin birlikte açması gerektiğini düşünen görüş, gerekçesini TTK m. 432/2 ve TMK m. 820/2'ye dayandırır. TTK m. 432/2'ye göre intifa hakkı sahibi paya bağlı oy hakkına da sahiptir, pay sahibinin menfaatlerini korumalıdır. TMK m. 820/2 hükmü de borçluya karşı yapılacak ödeme isteminin ve kıymetli evrak üzerindeki tasarrufların alacaklı ve intifa hakkı sahibi tarafından birlikte yapılması, borcunu ödemek üzere borçlu tarafından yapılacak bildirim de bunların her ikisine yöneltilmesi gerektiğini söylemektedir. Ayrıca bu görüş, TMK m. 820/3'e göre, malik davayı açmak istemezse intifa hakkı sahibinin onay eksikliğini hâkim yoluyla alabileceğini söylemektedir. Davayı birlikte veya tek başına malikin açabileceğinin savunan görüş, daha ziyade intifa hakkı sahibinin tek başına açamamasının nedenlerine yoğunlaşmıştır.⁷⁶ Erdem'in savunduğu görüşe göreyse, intifa hakkı, sahibine yalnız kullanma ve yararlanma hakkı tanımaktadır. Buna göre tasarruf hakkı pay sahibinde kalacaktır. Fesih davasının sonunda pay satılabilir, şirket fesih olabilir. Bu işlemler gerçekleşebildiği için intifa hakkı sahibine böyle bir hak tanınmaz. İsviçre Hukuku'nda karşı görüşün savunulabilmesinin nedeni, İsvBK m. 690/2'da, TTK m.432/2'den farklı olarak, intifa hakkı sahibinin payı temsil edebileceğinin düzenlenmesidir.⁷⁷ Türk Hukuku'nda ise sadece oy hakkı verilmiştir. Ayrıca haklı nedenle fesih davası açma hakkı oy hakkı ile bağlantılı bir hak değildir.⁷⁸ Bu tezlere karşı olarak *İlbasmış Hızlısoy*, intifa hakkının oy hakkının yanı sıra genel kurula katılma, konuşma ve öneride bulunma hakkı sağlamasından ötürü, bu düzenlemenin İsvBK m. 690/2'den daha dar bir anlamı olmadığını düşünmektedir.⁷⁹ Rehin hakkı, vedia ve ariyet konusunda ise doktrin malikin dava açmaya tek başına kâdir olduğu yönündedir.⁸⁰ Fesih davası sonunda mahkemenin verebileceği pay sahibinin paylarının satın alınması veya ortaklığın feshi gibi kararların belirli bazı şartlarda pay sahibinin menfaati aleyhine sonuçlara yol açabilecek olması nedeniyle, intifa hakkı sahibinin tek başına fesih davasını açması mümkün değildir. İntifa hakkı sahibi ancak pay sahibi ile birlikte davayı açma imkanı bulabilecektir. Nitekim

⁷¹ AYOĞLU Tolga, age, s.135.

⁷² SCHLUEP Walter Rene aktaran ERDEM Nuri, age, s.181.

⁷³ BERTSCH Wilfried, age, s.156-157; FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age, §55 N.95, s.834.

⁷⁴ HABEGGER Philipp aktaran İLBASMIŞ HIZLISOY, age, s.208.

⁷⁵ ERDEM Nuri, age, s.182.

⁷⁶ ŞAHİN Ayşe, age, s.351; HANAĞASI Emel, age, s.210.

⁷⁷ ERDEM Nuri, age, s.182.

⁷⁸ HANAĞASI Emel, age, s.210.

⁷⁹ İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.209.

⁸⁰ ERDEM Nuri, age, s.182; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.210; ŞAHİN Ayşe, age, s.350; BERTSCH Wilfried, age, s.157; FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age, §55 N.95, s.834.

intifa hakkı, sahibine yalnız kullanma ve yararlanma hakkı tanıyan bir haktır ve bu sebeple tasarruf hakkı pay sahibinde kalacaktır.

3.1.1. Davacı Pay Sahibinin Kusurlu Olmasının Dava Bakımından Etkisi

Haklı neden, her somut olayda ayrı değerlendirilen, temeli MK m. 2'deki dürüstlük kuralında bulunan bir kavramdır. Kusura bağlı değildir, ancak yerleşik yargı kararlarında, kusuru olan tarafın haklı nedene dayanarak iddiada bulunamayacağı, haklı nedene dayalı bir sonucu talep edemeyeceği kabul olunmaktadır.⁸¹ İsviçre Hukukunda feshe sebebiyet verecek vakianın ortaya çıkmasında payı olan veya duruma itiraz etmeyen ortağın dava hakkı olmadığı ileri sürülmüştür. Türk hukukunda savunulan bir görüşe göre ise haklı sebep teşkil eden olguların varlığında kusuru bulunan pay sahibinin ortaklığın haklı sebeple feshini talep etme hakkı yoktur.⁸² Diğer bir görüşe göre ise azınlığın kusurlu veya kusursuz olması hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmadığı sürece fesih davasının açılması açısından önem arz etmez. Yani azınlık pay sahipleri ileri sürdükleri sebeplerin ortaya çıkışında kusurlu olsalar dahi kusur ile nedensellik bağı kurulamıyorsa, haklı sebeple fesih davası açabilirler.⁸³ Bir görüşe göre de davacı pay sahibinin müterafik kusurunun bulunması, mutlaka davanın reddini gerektirmez ancak bu durum somut olaydaki diğer şartlar ile birlikte haklı sebeplerin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.⁸⁴

3.2. Davalı

Anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davasında davalı taraf, davacı taraf gibi belirlenmiştir. Haklı sebeple fesih davasında pasif dava tarafı şirket tüzel kişiliğidir. Burada ne genel kurul veya yönetim kurulu ne de çoğunluk pay sahibi davada hasım olabilir.⁸⁵ Bu davanın, ortaklığın yanı sıra haklı sebebe yol açmış olduğu iddia edilen pay sahibine/sahiplerine karşı yöneltilmesi ise mümkün değildir.⁸⁶ Zira bu dava kanuna göre anonim ortaklığın feshi davasıdır. Dava sonunda fesih kararı verilmesi durumunda olduğu gibi diğer alternatif çözümlerden birine karar verilmesi durumunda da, mahkeme hükmü sadece ortaklık hakkında uygulama alanı bulacaktır.⁸⁷ Yani davanın muhatabı münhasıran anonim ortaklıktır. Bu çerçevede davanın ortaklığın yanı sıra haklı sebebe neden olan pay sahibine karşı da açılması durumunda, dava pay sahibi bakımından ayrılarak "sıfat yokluğundan" reddolunmalı ve davaya anonim ortaklığa karşı devam edilmelidir.⁸⁸ Davanın anonim ortaklık yerine sadece haklı sebebe yol açmış olduğu iddia edilen pay sahibine/sahiplerine açılmış

⁸¹ SÜMER Ayşe, Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, s.840.

⁸² ŞAHİN, s.360.

⁸³ HANAĞASI Emel, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 32(1), 199-270; ÇAMOĞLU, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, s.82.

⁸⁴ ŞAHİN, s.361; ÇAMOĞLU, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, s.82.

⁸⁵ BERTSCH Wilfried, age, s.168; TEKİNALP Ünal, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları", *Ersin Çamoğlu'na Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.215; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.214-215; ERDEM Nuri, age, s.184; ŞAHİN Ayşe, age, s.352; PULAŞLI Hasan, age., §60 N.119,s.2423; NOMER ERTAN Fusun, age, s.424; FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age, §55 N.; HANAĞASI Emel, age, s.223-224; AYOĞLU Tolga, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", *GSÜHFD*, S:2, (2013), s.224.

⁸⁶ TEKİNALP, Usuli Sorunlar, s.215; ŞAHİN, s.352.

⁸⁷ ŞAHİN, s.352.

⁸⁸ HANAĞASI, s.224.

olması durumunda ise, dava, esasa girilmeden davalı tarafta “sıfat yokluğundan” reddedilmelidir. Bununla birlikte Erdem, limited ortaklığa ilişkin uygulamadan hareketle usul ekonomisi ilkesi gereği davanın davacı pay sahiplerince diğer ortaklara karşı açılması durumunda davanın hemen reddedilmeyip eksikliğin tamamlanması ve davalı sıfatının ortaklığa teşmil edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁸⁹. Hanağası’na göre de önceki davalının/davalıların açıkça rıza göstermesi durumunda davalı tarafta değişiklik yapılmasına ve davaya anonim ortaklığa karşı devam edilmesinde engel yoktur(HMK 124/1). Buna karşılık önceki davalı/davalılar, taraf değişikliğine izin vermezse, bu durumda davalı tarafta değişiklik yapılabilmesi için hakimden izin istenmelidir. Bu halde ise hakimin, taraf değişikliği talebine izin verebilmesi için, değişiklik talebinin davalı tarafın gösterilmesinde yapılan maddi bir hatadan kaynaklanması veya değişiklik talebinin “dürüstlük kuralına aykırı bulunmaması” gerekir(HMK 124/3)⁹⁰. Buna karşın uygulamada farklı yönde kararlar verilmiştir. Yargıtay, limited şirkete ilişkin uygulamalarında taraf olarak diğer ortakların gösterilmesini yeterli görmüştür.⁹¹ Ancak anonim şirketten farklı olarak limited şirkette haklı sebeplerin varlığı halinde şirketin feshini her ortak isteyebilecektir, dava açmak için azınlık pay sahibi olmak gibi bir koşul bulunmamaktadır. Dolayısıyla limited şirketlerde fesih davası azınlık hakkı olarak değil ortaklık hakkı olarak düzenlenmiştir⁹². Ancak Yargıtay’ın, doktrine uygun olarak davalı ortaklara husumet düşmeyeceğinden bahisle davaların usûlden ret olunması gerektiğine hükmettiği kararları da vardır.⁹³ Yargıtay, TTK m. 531 kapsamında, hem şirketin hem de diğer ortakların hasım olarak gösterilmesi ilişkin bir kararında ise usûl kurallarına uyulduğunu kabul etmiştir.

“... işbu davada davalı olarak şirketin gösterilmesi yeterli olup şirket ortaklarının davaya dahil edilmesi doğru görülmemişse de bu hususun sonuca etkili olmamasına; yine davacı ortağın şirket aleyhine açtığı şirket ortaklığından kaynaklanan bu davada 6102 Sayılı TTK'nın 1521. maddesi uyarınca basit yargılama usulünün uygulanacak olmasına, 6100 Sayılı HMK'nın 321. maddesinde basit usule tabi davalarda tahkikatın tamamlanmasından sonra, mahkemenin tarafların son beyanlarını alıp ve yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim edeceğinin, taraflara beyanda bulunabilmeleri için ayrıca süre verilmeyeceğinin düzenlenmiş bulunmasına, mahkemece tahkikatın tamamlanmasından sonra taraf vekillerinin son beyanlarının alınıp kararın tefhim edildiğinin, böylece usul kurallarına uyulduğunun anlaşılmasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir...”⁹⁴

Kollektif şirketlerde de haklı sebeple fesih davasında, ortaklar da şirket tüzel kişiliği de hasım olarak gösterilebilmektedir.⁹⁵ Anonim şirketlerde haklı fesih ise davanın muhatabı münhasıran anonim ortaklıktır. Bu çerçevede davanın ortaklığın yanı sıra haklı sebebe neden olan pay sahibine karşı da açılması durumunda dava pay sahibi bakımından ayrılarak

⁸⁹ ERDEM, Haklı Sebeple Fesih, s.176.

⁹⁰ HANAĞASI, s.224.

⁹¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T. 1.2.1995, E. 1995/2880, K. 1995/3952; T. 6.11.2000, E. 2000/7264, K. 2000/8662; T. 25.6.2002, E. 2002/5464, K. 2002/6568; T. 2.9.2017, E. 2016/1685, K. 2017/4592 (Kazancı Bilgi Bankası).

⁹² TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 14-09, s. 332.

⁹³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T. 18.5.2006, E. 2006/5837, K. 2006/5869; T. 9.5.2014, E. 2003/3505, K. 2014/8907 (Kazancı Bilgi Bankası).

⁹⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T. 3.3.2016, E. 2015/12197, K. 2016/2357 (Kazancı Bilgi Bankası).

⁹⁵ ÇAMOĞLU Ersin, *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.131-132.

sıfat yokluğundan reddolunmalı ve davaya anonim ortaklığa karşı devam olunmalıdır⁹⁶. Kollektif şirketlerde mümkün olan ortakların da şirket tüzel kişiliğinin de hasım olarak gösterilmesi durumu anonim şirketler bakımından örnek alınamayacaktır.

Davalı taraf, tüzel kişi olduğu için TMK m. 49 gereğince organları tarafından temsil olunması gerekir. Anonim ortaklıkta temsil yetkili organ yönetim kuruludur (TTK m. 365). Eğer davacı yönetim kurulu üyesi ise, bu durumda temsil görevini kullanamayacaktır. Şayet tüm yönetim kurulu davacı tarafta ise TMK m. 426'ya göre kayyım atanmalıdır.⁹⁷

Davalı şirket, birleşme, devralma veya tür değişimi gibi işlemlere konu olduğunda yeni ortaklık külli halefiyet ilkesi gereği davalı olarak yargılamaya devam edecektir.⁹⁸

3.3. Fer'i müdahale

Derdest bir davada, hukukî durumu etkilenme ihtimali olan üçüncü bir kişinin, davayı kazanmasında yararı olduğu kişinin yanında yer alıp ona hukukî yardım ve desteği sağlamasına fer'i müdahale denmektedir⁹⁹. İnşai niteliği haiz olan haklı sebeple fesih davasının hükmü tüm pay sahipleri için sonuç doğuracaktır (*erga omnes*). Fesih davasının beklenilecek en tabi sonuçlarından birisi, her ne kadar son çare olarak değerlendirilse de, şirketin feshidir. Derdest bir davanın neticesinde, hakkı veya borcu etkilenecek kişiler davaya fer'i müdahil olabilirler.¹⁰⁰ Paydaşların, ortaklık ilişkisinin sona ermesi ihtimali nedeniyle fer'i müdahil olabileceklerdir. Ortaklık çalışanları da mevcut hizmet sözleşmelerinin sona erme ihtimalini gerekçe gösterip müdahil olabilirler. Ancak alacaklıların, fesih ihtimalinde tasfiye esnasında alacaklarını tahsil edebileceklerinden müdahil olamamaları gerekir.¹⁰¹

4. Zaman Bakımından Uygulama ve Fesih Davasında Süreler

4.1. Zaman bakımından uygulama

Eski TTK döneminde anonim ortaklıklar için haklı sebeple fesih davası düzenlenmemişti. Doktrinde hakim görüş ve Yargıtay içtihatları bunu olumsuz bilinçli bir kanun boşluğu (*lacuna praeter legem*) olarak değerlendirmiştir.¹⁰² Yeni, 6102 sayılı TTK ile pozitif bir dayanağa sahip olan haklı sebeple fesih davasının uygulaması hakkında doktrinde bir takım görüş ayrılıkları olmuştur. Yargıtay'ın içtihadı doğrultusunda olan görüşe göre eski TTK döneminde vukû bulan haklı sebepler için 6102 sayılı TTK'ya göre dava açılabilir.¹⁰³ Yargıtay'ın 2016 tarihli kararının dayanağını 6103 sayılı kanunun 3. maddesi oluşturmaktadır. Bu maddeye göre, tarafların iradelerinden bağımsız olarak, kanunla düzenlenen hukukî ilişkilere, bunlar Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır. Yargıtay da kararında,

⁹⁶ HANAĞASI, s.224.

⁹⁷ ŞAHİN Ayşe, age, s.352-353.

⁹⁸ HANAĞASI Emel, age, s.224; ŞAHİN Ayşe, age, s.353.

⁹⁹ TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku I**, Yetkin Basımevi, Ankara 2018, s.564.

¹⁰⁰ YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi I**, Yetkin Basımevi, Ankara 2017, s.1343.

¹⁰¹ HANAĞASI Emel, age, s.225.

¹⁰² AYOĞLU Tolga, age, s.221-222; NOMER ERTAN Füsün, age, s.421; ERDEM Nuri, age, s.35; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.17; BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Beta Basım, İstanbul 2017, s.377, BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Beta Basım, İstanbul 2020, s.386; TEKİNALP Ünal, age, s.212.

¹⁰³ ERTEN Cengiz, "Anonim Şirketlerde Haklı Sebeplerle Fesih Hakkının Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **UMD**, Y:7 S:13, (2019), s.203.

“...6102 Sayılı TTK yürürlüğe girdikten sonra da devam etmesi veya etkilerini devam ettirmesi ya da 6762 Sayılı yasa döneminde meydana gelen olay, olgu ya da işlemlerin 6102 sayılı Yasa zamanında meydana gelen olay ve olgularla bağlantılı olması **gerekmemektedir**. 6762 Sayılı yasa döneminde gerçekleşen haklı sebeplere dayalı olarak 6102 Sayılı TTK'nın 531. maddesi uyarınca **anonim şirketin feshi davası açılabilmesi mümkündür...**”¹⁰⁴ demiştir.

Karşıt görüş olarak *Nomer Ertan*, burada uygulanması gereken hükmün 6103 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 2. maddesi olması gerektiğini öne sürmüştür. Bu maddeye göre TTK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşmiş hukukî fiiller, bağlayıcılıkları ve hukukî sonuçları itibarıyla, gerçekleştikleri tarihte yürürlükte bulunan kanuna tâbidir ve kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen olaylara TTK hükümleri uygulanır. *Nomer Ertan*, Yargıtay'ın kararının aksi yönünde, sadece eski TTK döneminde gerçekleşen olayların etkisi yeni dönemde devam ediyorsa 6102 sayılı TTK'nın uygulanması gerektiği savunmaktadır.¹⁰⁵ *Şahin* de, şayet eski TTK döneminde meydana gelen haksız sebepler 6102 sayılı TTK döneminde de etkisini hâlâ devam ettiriyorsa 6102 sayılı TTK uygulanması gerektiği görüşündedir.¹⁰⁶ Aynı şekilde *Çağla* ve *Kaşak* da etkisinin devam etmiş olmasını veya eski Kanun döneminde gerçekleşmiş ve fakat yeni olaylarla bir bütün oluşturan nedenlerin haklı sebeple fesih davasına konu olabileceğini söylemektedir.¹⁰⁷ Fakat *Pulaşlı* buna ilişkin olarak, 6103 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 3. maddesinin gerekçesine istinaden, 3. maddenin 2.maddeye istisna oluşturduğu, bu yüzden 3. maddenin uygulama alanı bulması gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁸ Gerçekten de kanun gerekçesi bu yöndedir.

“...*Dayanağı hukukî işlem olan durumlardan doğan haklar, yani “kazanılmış haklar”, kanun değişikliklerinden etkilenmezler, buna karşılık kanunî düzenlemelerden elde edilen yeni kanunî kurumlardan kaynaklanan haklar, müstesna hakların aksine, kanun değişiklikleri karşısında korunmazlar. Yeni hukukî durum hemen yürürlüğe girer...*”¹⁰⁹

4.2. Süreler

Kanun'da davanın açılabilceği süreler hakkında bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu durumda, mevcut hukuka (*de lege lata*) göre davanın açılması için belirli bir süre yoktur. Ancak olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) için doktrinde tartışmalar mevcuttur. *Moroğlu* dava hakkı için hak düşürücü sürenin belirlenmemesini önemli bir eksiklik olarak görmektedir. Yazar'a göre kanun metni,

“*Esas sermayenin halka açık anonim şirketlerde en az yüzde beşini, diğerlerinde en az yüzde onunu oluşturan pay sahipleri, çoğunluk pay sahiplerinin kararlarıyla veya seçilmesini sağladıkları yönetim kurulunun marifetiyle azınlığı veya şirketi zarara uğratmaları halinde, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeden şirketin feshine veya tasfiyesine karar verilmesini isteyebilirler. Dava hakkı, feshine neden olan son işlem veya eylemden*

¹⁰⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2015/2939, K. 2016/937 (Kazancı Bilgi Bankası).

¹⁰⁵ NOMER ERTAN Fusun, “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi”, **Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.108.

¹⁰⁶ ŞAHİN Ayşe, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Çerçevesinde Gündeme Gelen Bazı Hukuki Sorunlar”, **BAÜHFD**, C:9 S:117-118 (2014), s.161.

¹⁰⁷ ÇAĞLAR Hayrettin, KAŞAK Esra, “Anonim Şirketi Haklı Sebeple Feshine İlişkin TTK m. 531 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması”, **AÜHFD**, C:65 S:3 (2016), s.683.

¹⁰⁸ PULAŞLI Hasan, age, §60 N.140, s.2426.

¹⁰⁹ 6103 sayılı Kanun Gerekçesi, s.5.

itibaren bir yıl geçmekle düşer. Hâkim, davalı şirketin kabulü halinde, fesih ve tasfiye yerine davacılar paylarının gerçek değerinin ödenmesi suretiyle ortaklıktan çıkarılmalarına da karar verebilir. Bu takdirde 379 uncu maddede öngörülen kısıtlamalar uygulanmaz. Fesih davası açılması ve talep halinde mahkeme şirketin uğraması muhtemel zararlar için uygun teminata hükmeder.” şeklinde olmalıdır.¹¹⁰

Sümer ise TBK m. 147/4 (eBK 126/4) gereğince 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini söylemiştir.¹¹¹ Doktrinde bu görüş özellikle eleştirilmiştir.¹¹² TBK m. 147/4 alacak hakkına yönelik bir hüküm olduğu için fesih davasında uygulanamaz. Burada inşai bir hak söz konusudur, bu yüzden isabetli olan ancak hak düşürücü süre olabilir.

Moroğlu ve Sümer’e karşın, hem Türk hem de İsviçre öğretisinde egemen görüş, belli bir hak düşürücü sürenin düzenlenmemesinin yerinde olduğudur. Ancak hakkın kullanımının makûl bir süre ile sınırlanması gerektiği söylenmektedir. Makûl sürenin sınırını da hukukun genel ilkeleri, TMK. m. 2/HMK m. 29 dürüstlük kuralı ve bu kuralın bir yansıması olan hakkın kötüye kullanılması yasağı çizer.¹¹³ Böyle bir makûl süre hukuk güvenliği için de yerinde olacaktır. Ancak *Tekinalp* makûl sürenin davaya uygun olmadığı kanaatinde-dir.¹¹⁴ Erdem ayrıca diğer sürekli borç ilişkileri ve ortaklık tiplerinde fesih hakkının belli bir süreye bağlanmadığını belirtmiştir¹¹⁵. Gerçekten de ne kolektif şirketlerde¹¹⁶ ne de limited ortaklıklarda (TTK m. 636/3) böyle bir süre öngörülmemiştir.

Doktrinde süre belirlenmemesinin yerinde olduğu hakkında birkaç görüş öne sürülmüştür. Öncelikle haklı sebeple fesih davası tali niteliktedir. Yani davacı bu yola başvurmadan önce diğer yolları tüketmesi gerekebilir. Eğer belirli bir süre öngörülmüş olsaydı davacının bu yolları denemeden, evvela son çare olan haklı sebeple fesih davasını açması gerekirdi.¹¹⁷ Çünkü bu dava açılmaz ise hak düşürücü süre işler ve davacı, dava açma hakkını kaybedebilir. Diğer bir gerekçe ise haklı sebebe ilişkin hak düşürücü sürenin ne zaman başlayacağına ilişkindir. Haklı sebep biriken olaylar neticesinde oluşabilir. Bu nedenle ne zaman gerçekleştiğine dair tespit zordur.¹¹⁸ Buna istinâden de bir süre öngörülmesi yerinde olmayacaktır. Davacı aynı zamanda bekleyerek dava konusunun güçlenmesini isteyebilir.¹¹⁹

¹¹⁰ MOROĞLU Erdoğan, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.330-331.

¹¹¹ SÜMER Ayşe, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Anonim Ortakların Haklı Sebepçe Feshi”, **MÜİ-İBFD**, C:28 S:1 (2010), s.179.

¹¹² ERDEM Nuri, age, s.; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age., s.220; ŞAHİN Ayşe, age, s.359; BERTSCH Wilfried, age, s.167.

¹¹³ ERDEM Nuri, age, s.190-191; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.221; ŞAHİN Ayşe, age, s.359; BERTSCH Wilfried, age, s.162 vd.; AYOĞLU, age, s.224; KILIÇ Fatoş, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebepçe Feshi Davasında Alternatif Bir Çözüm Olarak Bölünme”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.413; FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age., §55 N.97, s.834; CALDERAN Massimo, GEISER Riccardo, Art. 736, (Ed. WIBMER Jeannette K.), **Aktienrecht Kommentar**, Orell Füssli Verlag, Zürich 2016, N.30, s.494; PULAŞLI Hasan, age, s.2423.

¹¹⁴ POROY Reha, TEKİNALP Ünal, ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, N. 1546c, s.342-343.

¹¹⁵ ERDEM Nuri, age, s.190 (Bkz. TBK 341, 435, 617, 639; TTK 243, 636).

¹¹⁶ ÇAMOĞLU Ersin, age, s.130-131.

¹¹⁷ ŞAHİN Ayşe, age, s.359; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.220.

¹¹⁸ ERDEM Nuri, age, s.190; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.220-221; ŞAHİN Ayşe, age, s.359; BERTSCH Wilfried, age, s.163-164.

¹¹⁹ TEKİNALP Ünal, (POROY Reha, ÇAMOĞLU Ersin), age, N.1546c, s.342-343.

Bazı olaylar bekletilerek, ancak beraber haklı sebep oluşturabilirler.¹²⁰ Son olarak, bu yol azınlık için bir *ultima rati*odur. Süre öngörülmesiyle azınlığın elindeki son çare etkisizleştirilebilir.¹²¹ Kanaatimce de haklı sebebin ne zaman gerçekleştiğinin tespiti zor olduğundan ve haklı sebeple fesih davasını açmadan önce alternatif çözümlerin olup olmayacağına aranması gerektiğinden süre öngörülmemesi gerekmektedir.

Davacı, haklı sebebe neden olan, en son meydana gelen fiil veya işlemin öğrenilmesinden itibaren, ortaklıkta hakkın kullanılmayacağına karşı bir güven oluşturduğu takdirde çelişkili davranma yasağından (*venire contra factum proprium*) söz edilebilir.¹²² Hakkın kullanılmayacağı yönündeki inancın uyandırılması feragat anlamına gelebilir.¹²³ Kaldı ki azınlığın uzun süre beklemesi onun haklı sebebe neden olan ihlali çekilmez görmediğine yönelik emare oluşturabilir. Burada azınlığın sonradan ihlal olarak ileri sürdüğü nedenlere ne kadar katlandığının önemi ortaya çıkmaktadır. Makul süre içerisinde dava yoluna başvurulmamış olması ilgili olayın feshi gerektirecek ölçüde ağır bir ihlal olmadığına işaret edilecektir. Zira yıllardır uygulanagelen bir uygulamanın sonradan ihlal olarak ileri sürülmesi de MK m.2'de yer alan dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Ancak yine de pay sahibi uzun süre hak ihlallerine katlandı veya diğer önlemleri almadı diye ona karşı bir isnatta bulunamaz veya o suçlanamaz.¹²⁴

5. Başvurulacak Uyuşmazlık Çözüm Yolları

5.1. Dava yolu

5.1.1. Yetkili ve görevli mahkemeler

Anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davasında görev ve yetki özel olarak düzenlenmiştir. TTK m. 531'e göre şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi yetkili ve görevlidir. Burada yetki kuralının kesin yetki ve dava şartı olduğu söylenmektedir.¹²⁵ Başka yerde dava açılmayacağı kanundan anlaşıldığı durumlarda kesin yetki söz konusudur.¹²⁶ Kesin yetki kamu düzenindedir. Bunun iki sonucu vardır. Öncelikle HMK m. 18/1 uyarınca, kesin yetki bulunduğu hallerde yetki sözleşmesi yapılamayacaktır. Bahsi geçen yetki kurallarına aykırı düzenlemeler esas sözleşmeye eklenemez veya genel kurulda bu doğrultuda karar alınamaz.¹²⁷ Bu doğrultuda yapılan sözleşmeler yok hükmündedir.¹²⁸ Kesin yetki aynı zamanda dava şartıdır. Taraflar yetkisizliği yargılamanın her aşamasında ileri sürebilir ve ayrıca mahkeme durumu re'sen inceler (HMK m. 19/2). Eğer kanun koyucu kesin yetki kuralı düzenlemeseydi dahi, genel yetki kuralları çerçevesinde yine aynı mahkemelerde dava açılması gerekirdi.¹²⁹ HMK m. 6/1'e göre genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Anonim ortaklığın feshi davasında davalı taraf da davacı taraf gibi kanun koyucu tarafından belir-

¹²⁰ AYOĞLU Tolga, age, s.224.

¹²¹ ERDEM Nuri, age, s.190.

¹²² ERDEM Nuri, age, s.191.

¹²³ KAVAK Yalçın, **Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019, s.86-87.

¹²⁴ FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age., §55 N. 97, s.834.

¹²⁵ HANAĞASI Emel, age, C:32 S:1 (2016), s. 229.

¹²⁶ PEKCANITEZ Hakan vd., **Medeni Usûl Hukuku** Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.303.

¹²⁷ ŞAHİN Ayşe, age, s.357; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.231.

¹²⁸ PEKCANITEZ Hakan vd., age, s.303.

¹²⁹ İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.193.

lenmiştir. Şirket tüzel kişiliğine açılacak bu davada, şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır. Doktrindeki bazı görüşlere göre kesin yetki kuralına HMK m. 14/2 aracılığıyla ulaşılmaktadır.¹³⁰ Ancak *İlbasmış Hızlısoy*'a göre HMK m. 14/2'nin lafzına bakıldığında, bu hükmün kullanılabilmesi için ya özel hukuk tüzel kişiliğinin davacı olması gerekmektedir ya da ortakların birbirlerine karşı açtıkları bir dava söz konusu olmalıdır.¹³¹ Anonim ortaklığın haklı fesih davasında medenî usûl hukukunda istisnai olarak, davalı ve davacı taraf kanunda belirtilmiştir. Davacı belli pay oranına sahip azınlıkken, davalı şirket tüzel kişiliğidir. Bu durumda HMK m. 14/2 uygulama alanı bulamayacaktır. Fakat Yargıtay'ın 2004 tarihli bir kararında aksi yönde bir hüküm kurmuştur, ortakların açtığı fesih ve tasfiye davası HUMK m. 17 uyarınca şirketin muamele merkezinde davanın açılmasına karar vermiştir.¹³²

Eğer şirket esas sözleşmesi ile şirket merkezinin değiştirilmişse, bu durum açılmış olan davanın seyrini etkilemeyecektir. Yerleşim yerinin dava açılmasından sonra değiştirilmesi, mahkemenin yetkisinde değişikliğe yol açmaz.¹³³

TTK m. 4/1'e göre, tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın TTK'da düzenlenen davalar mutlak ticari davalardır. TTK m. 5/1 uyarınca dava olunan şeyin değeri ve tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemeleri tüm ticari davalara bakmakla görevlidir. Ancak asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevrelerinde dava, asliye hukuk mahkemelerince görülür (HMK m. 5/4). TTK m. 531'de görevli mahkemenin ayrıca belirtilmesi kanun yapım tekniği açısından doktrinde eleştirilmiştir.¹³⁴ Mehas İsvBK'sında da ne yetki açısından ne de görev açısından ayrıca bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak İsviçre'de de dava şirketin tescil bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.¹³⁵

5.1.2. Davada uygulanacak usul

HMK kapsamında iki farklı yargılama usulü öngörülmüştür. Bunlar, HMK m. 118 – 186 arasında düzenlenen yazılı yargılama ve HMK m. 316 – 322 arasında düzenlenen basit yargılamadır. Yazılı uygulama usulü mahkemeler için asıldır.¹³⁶ Ancak özel düzenleme olduğu hallerde basit yargılama usulü uygulanır. TTK m. 1521'e göre, ticaret şirketlerinde, ortakların veya pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle şirket ortaklığından veya pay sahipliğinden kaynaklanan davalarda veya şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memurları ya da denetçilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanır. Bu hükme göre azlığın şirkete karşı açacağı haklı sebepçe fesih davasında basit yargılama uygulanacaktır.

Basit yargılama usulünde dava ve cevap dilekçesi bulunur. Bunlar dışında replik ve düplik dilekçeleri bulunmamaktadır. Davanın genişletilmesi yasağı davacı için dava dilekçesinin verilmesiyle, davalı içinse cevap dilekçesi ile başlar (HMK m. 319). Özel düzenle-

¹³⁰ ERDEM Nuri, age, s.185-186; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.229.

¹³¹ İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.193.

¹³² Yargıtay 11. Hukuk dairesi, E. 2004/1667, K. 2004/10961 (Kazancı Bilgi Bankası).

¹³³ İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.196.

¹³⁴ ERDEM Nuri, age, s.187; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.196; ŞAHİN Ayşe, age, s.357.

¹³⁵ FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age., §55 N. 99, s.835; CALDERAN Massimo, GEISER Riccardo, age, s.495; *Yetki, İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nda düzenlenen olsa da, görevli mahkemeyi düzenlemek kantonların kendi hukuk sistemlerine bırakılmıştır. Örneğin Argau, Bern ve Zürich'te ticaret mahkemeleri ilk derece mahkemeleri olarak bu davayı görmektedir.*

¹³⁶ PEKCANITEZ Hakan vd., age, s. 2090.

meler mevcut değilse basit yargılama usûlünde de duruşma yapılmaktadır.¹³⁷ İlk duruşmada dava şartları ve ilk itirazlarla hak düşürücü süre ve zamanasını hakkında tarafları dinler. Daha sonra tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder. Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder (HMK m. 320/2). Mahkeme, tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılmasını yukarıdaki belirtilen duruşma hariç, iki duruşmada tamamlar. Duruşmalar arasındaki süre bir aydan daha uzun olamaz. İşin niteliği gereği bilirkişi incelemesinin uzaması, istinabe yoluyla tahkikat işlemlerinin yürütülmesi gibi zorunlu hâllerde, hâkim gerekçesini belirterek bir aydan sonrası için de duruşma günü belirleyebilir ve ikiden fazla duruşma yapabilir (HMK m. 320/3).

İhtiyati tedbirler hakkında TTK m. 531'de özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda hakim haklı sebeplerin varlığı ve niteliğine göre ihtiyatlı tedbire hükmedebilecektir (HMK m. 389 vd.).

Fesih davası inşai niteliği haiz olduğundan, taraf olmasa da varılan inşai sonuç neticesinde üçüncü kişilerin hukukî durumu etkilenebilir. *Hanağası*'na göre hukukî menfaat söz konusuysa üçüncü kişilerin dinlenilmesi gerekir, salt ekonomik ve manevi bir yarar söz konusuysa üçüncü kişilerin böyle bir hakkı söz konusu değildir.¹³⁸

5.1.3. Davaya son veren taraf işlemleri

HMK m. 307 – 315 arasında düzenlenen davaya son veren taraf işlemleri, feragat, davayı kabul ve sulh olarak ayrılır. İçerikleri itibarıyla maddi hukuk işlemi olan davayı kabul, feragat ve sulh, usûl hukuku açısından da kesin hüküm gibi sonuç doğurur.¹³⁹ Bu taraf işlemlerine hükmün yerine ikame etmeleri nedeniyle ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettikleri için hükmün surrogatları da denmektedir.

Feragat işlemi, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (HMK m. 307). Davacı, davada tasarruf ilkesi tam olarak uygulanmasa dahi kural olarak davadan feragat edebilir.¹⁴⁰ Bunun neticesinde davacının anonim ortaklığın haklı nedenle feshi davasından feragat etmesi mümkündür. Ancak feragat kesin hüküm gibi sonuç doğuracağından, davacı aynı vakiya dayanarak dava açamayacaktır. Davacı HMK m. 123'de düzenlenen davanın geri alınması yoluna başvurursa davayı aynı vakialara dayanarak tekrardan açabilecektir. Fakat bu yola başvurulması için davalının açık rızası gerekmektedir. Feragatta ise davalının irade beyanı aranmaz.

Davanın kabulü ve sulh üzerinde doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Tartışmanın temelinde davanın kabulü ve sulhun ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalar kapsamında yapılabilir olmasıdır. *Erdem*'e göre davacının payı satıp çıkabilmesi, davalının rızası da olmak kaydıyla davayı geri alabilmesi, davayı takip etmeyerek davayı işlemden kaldırabilmesi ve feragat edebilmesi nedenleriyle davacının tasarruf yetkisi olduğu söylenebilir. Dolayısıyla sulh ve davayı kabulün de mümkün olduğu düşüncesindedir.¹⁴¹ *Şahin*'e göre ortakların genel kurulunda fesih kararının

¹³⁷ PEKCANITEZ Hakan vd., age, s. 2100.

¹³⁸ HANAĞASI Emel, age, s. 238.

¹³⁹ PEKCANITEZ Hakan vd., age, s. 2009.

¹⁴⁰ HANAĞASI Emel, age, s. 258.

¹⁴¹ ERDEM Nuri, age, s.195-196.

alabilmesi sebebiyle tasarruf yetkisinin olduğunu ileri sürmüştür.¹⁴² *Yıldırım* da benzer gerekçeyi limited şirketlerin haklı sebeplerle feshi davası üzerine söylemiştir.¹⁴³

Bunlara karşı olarak *Pulaşlı*, İsviçre doktrinine paralel olarak genel kurulun fesih kararının kaldırılmasında olduğu gibi, burada da sulhun mümkün olamayacağını ileri sürmüştür.¹⁴⁴ *Hanağası* da haklı sebeple fesih davasının *ultima ratio* özelliğinden dolayı diğer çözüm yollarının değerlendirilmeden fesih ihtimalini değerlendirmiş ve kesin yetkinin kanunda özellikle belirtilmesini de davanın kamu düzenine ilişkin olmasına gerekçe göstermiştir. Bu nedenlerden ötürü serbestçe tasarruf edilebilecek bir dava olmadığını ileri sürmüştür.¹⁴⁵

5.2. Alternatif çözüm yöntemleri

5.2.1. Tahkim

Genel yargıya göre daha hızlı bir çözüm yolu olan tahkim, diğer alternatif çözüm yollarından farklı olarak akabinde bir sözleşme yapılmadan, verilen kararların icra edilebildiği bir çözüm yoludur.¹⁴⁶ HMK m. 408'e göre tahkime başvurabilmek için uyuşmazlık konusu şeyin aynı hak olmaması ve taraf iradelerine tabi olması gerekir. Taraf iradelerine tabi olmayan konular içerisinde kamu düzeni, hukuk güvenliği, zayıfların korunması gibi nedenlerle mahkemenin karar vermesi gerektiği durumlar sayılabilir.¹⁴⁷ Doktrinde anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davasında tahkime gidip gidilemeyeceği hususunda tartışmalar vardır. İsviçre hukukunda genel kanı tahkimin mümkün olduğu yönündedir.¹⁴⁸ Türk doktrininde fikir birliği olmasa da baskın olan görüş tahkim yoluna başvurulamayacağı yönündedir. Zira, anonim şirketin haklı sebeple feshi davası, konusu itibarıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir husus olmaması, kesin yetki kuralı içermesi, sonunda verilecek kararın herkesi etkileyecek olması ve anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici olması nedenleriyle kamu düzenine ilişkindir. Anılan sebeplerden ötürü, fesih davası, hakem önünde görülemez.¹⁴⁹

Pulaşlı'ya göre fesih kararı sadece mahkeme veya genel kurul tarafından verilebilecek bir karardır. Bu yüzden tahkim, Türk hukuku açısından mümkün değildir.¹⁵⁰ *Hanağası* ise fesih davasının kamu düzenine ilişkin olduğunu, dolayısıyla serbest tasarruf yetkisinin bulunmadığını ileri sürmektedir. Bunun gerekçesi olarak da TTK m. 531'de öngörülen

¹⁴² ŞAHİN Ayşe, age, s.316.

¹⁴³ YILDIRIM Ali Haydar, age, s.449.

¹⁴⁴ PULAŞLI Hasan, age, §60 N.124, s.2424, FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age, §55 N.101, s.835.

¹⁴⁵ HANAĞASI Emel, age, s. 258-259.

¹⁴⁶ ÖZBAY İbrahim, KORUCU Yavuz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.3.

¹⁴⁷ EKMEKÇİ Ömer, ÖZEKES Muhammet, ATALI Murat, **Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.45.

¹⁴⁸ FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, age, §55 N.99, s.835.

¹⁴⁹ **Poroy, R. / Tekinalp, Ü. / Çamoğlu, E.:** Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2017, s. 340; **Pulaşlı, H.:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2018, s. 2423-2424; **Şahin, A.:** Anonim Ortaklığın Haklı Sebepçe Feshi, İstanbul 2013, s. 372-373; **Erdem, N.:** Anonim Ortaklığın Haklı Sebepçe Feshi, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2019, s. 189; **Hanağası, E.:** "Anonim Ortaklığın Haklı Sebepçe Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", Batider, C. XXXII, S. 1, s. 230 vd.

¹⁵⁰ PULAŞLI Hasan, age, §60 N.122, s.2424.

kesin yetki kuralını göstermiştir. Ayrıca TTK m. 340 emredici hükümler ilkesi hasebiyle esas sözleşmede hakeme gidilmesi yönünde bir düzenlemenin yapılamayacağını belirtmiştir.¹⁵¹ TTK m. 340'a göre esas sözleşme, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. *Erdem* de eserinde, yukarıdaki gerekçelere ek olarak tahkimde, mahkemelerde olduğu gibi alternatif sonuçlara ulaşılamayacağını ve bu kadar ehemmiyetli bir meselenin tahkimde görülerek menfaat sahiplerinin zararına bir sonuç doğurabileceğine değinmiştir.¹⁵² *Şahin* ise pay sahipleri ve ortaklığın anlaşıp genel kurul kararı ile şirketi feshedebildikleri için tarafların konu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildiğini öne sürmüştür, ancak hakemin hakim gibi alternatif çözümlere karar vermeyeceğinden dolayı tahkim yolunun mümkün olamayacağını belirtmiştir. Ayrıca yazara göre mahkemeye başvurulmasını engelleyen esas sözleşme maddesi geçersizdir.¹⁵³

Doktrindeki bu görüşlere karşı olarak *İlbasmış Hızlısoy*, gerek tahkim yolunun fesih davalarında açık olduğunu gerekse hakemin hakim gibi alternatif çözümlere karar verebileceğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, kanunun görevli ve yetkili mahkemeyi belirlemesi tahkim yolunu engellemez, davacı sadece dava yoluna başvurduğu takdirde kanunda belirtilen mahkemelere başvurmalıdır.

TTK m. 408 f. 2/e'ye göre fesih genel kurulun devredilemez yetkilerindedir.¹⁵⁴ Tahkim, tarafların üzerinde sulh edebilecekleri konularda vuku bulur.¹⁵⁵ *İlbasmış Hızlısoy*'a göre bu hâlde yönetim kuruluna sulh için yetki veremeyeceğini ancak bu durumun kamu düzeni ile alakalı olmasından dolayı değil, organlar arasındaki fonksiyon ilkesinin gereği olduğunu söylemektedir. Genel kurul kararı veya şirket esas sözleşmesi ile fesih olanağı olması serbest tasarrufun varlığına delalettir.¹⁵⁶

Yargıtay 2014 tarihli kararında ortaklar arasında yapılan sözleşmede bulunan tahkim veya hakem sözleşmesi şartının geçersiz olacağını söylemiştir. Tahkimin, yalnızca taraf arzularına tabi konularda olabileceğini belirtmiş, fesih anlaşmasının şart olmadığı yönünde karar vermiştir. Aynı zamanda gerekçesinde kesin yetki kuralına uymadığına da vurgu yapmıştır.¹⁵⁷

5.2.2. Arabuluculuk

7155 sayılı kanunun 20. maddesiyle birlikte ticari davalar için de zorunluk arabuluculuk kurumu hukukumuzda girmiştir. TTK'ya 5/A olarak eklenen maddeye göre TTK'nın 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. Anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davasında, her ne kadar *ultima ratio* ilkesi gereği alternatif kararlara imkân tanınmış ise de özü itibarıyla fesih davasıdır ve inşai niteliğe haizdir. Bu sebeple bu hükmün konusu olması mümkün değildir. Kaldı ki ticari dava vasfındaki inşai davalar ve inşai tesiri olan çekişmesiz yargı işerinin

¹⁵¹ HANAĞASI Emel, age, s. 233.

¹⁵² ERDEM Nuri, age, s.188.

¹⁵³ ŞAHİN Ayşe, age, s.316.

¹⁵⁴ İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.236.

¹⁵⁵ SARI Mehmet, "Tahkime Elverişlilik", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:4 S:24, (2009), s.151.

¹⁵⁶ İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.237.

¹⁵⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T. 9.4.2014, E. 29014/141, K. 2014/6951 (Kazancı Bilgi Bankası).

konusu alacak veya tazminat talebi olsa dahi, arabuluculuğa uygun değildir.¹⁵⁸ Bu yüzden fesih davalarında arabulucuya başvurulması dava şartı olarak aranmaz.

6. Yargılama Giderleri ve Dava Harcı

Kanunda yazılı hâller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen tarafın alınmasına karar verilir (HMK m.326/1). Yargılama giderlerinin kapsamı HMK m. 323’de belirtilmiştir.

Tekinalp ve öğretideki baskın görüşe göre, burada fesih davasında alınan maktu harç alınmalıdır.¹⁵⁹ Fesih davası, konusu parayla ölçülen bir dava olmadığı için maktu harca tabi olmalıdır.¹⁶⁰ *Yıldırım*’a göre de fesih davası açma hakkı doğrudan parasal bir hak ifade etmez. Fakat ortaklık mal varlıksal hak esas alınarak kurulmuştur. Bu yüzden yazar İsviçre doktrinine de paralel olarak malvarlığına ilişkin bir dava olarak ele almaktadır.¹⁶¹

Doktrindeki bir diğer tartışma ise TTK m. 555/2’nin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı sorunudur. Öğretideki genel kanağe göre, haklı sebepçe fesih davaları için özel bir düzenleme öngörülmediği için ve bu hükmün sorumluluk davalarına ilişkin olmasından dolayı kıyas olamayacağıdır. Çünkü kıyas ancak boşluk olduğu durumlarda söz konusu olur. Burada özel düzenleme olmadığı için HMK’da düzenlenen genel hükümlere gidilecektir.¹⁶²

Anonim ortaklığın haklı sebepçe feshi davasında taleple bağılılık ilkesi uygulanmaz. Bunun neticesinde hâkim, talep dışında uygun gördüğü başka bir karara da hükmedebilir. *İlbasmış Hızlısoy*’a göre açıkça belirtilen taleplerin dışında alternatif bir çözüme hükmedildiği takdirde davanın kimin aleyhine olduğu muğlaktır. Bu durumda HMK m. 326/2’ye göre mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşmalıdır.¹⁶³ Ancak kanun davacıya talep belirtme zorunluluğu yüklememiştir. Davacı sadece TTK m. 531’e göre karar verilmesini de talep edebilir.¹⁶⁴ Bu durumda yargılama ücretleri konusunda kimin aleyhine hüküm verileceği tartışma konusu olacaktır. Fesih için haklı sebeplerin olduğuna hakimin takdir ettiği ve bu takdirine istinaden feshe veya alternatif çözümlere hükmettiği takdirde, kararın davalı aleyhine olduğu söylenmelidir.

Davada fer’i müdahil olduğu takdirde HMK m. 328 uygulama alanı bulacaktır. Fer’i müdahil olarak davada yer alan kimse, yanında katıldığı taraf haksız çıkarsa, yalnızca fer’i müdahale giderinden sorumlu tutulur, aksi hâlde bu giderler diğer tarafa yükletilir. Ancak, hüküm üçüncü kişinin katıldığı taraf lehine verilmiş olsa bile, lehine hükümlenen tarafın hâl ve davranışı, üçüncü kişinin davaya katılmasını gerektirmişse, müdahale giderinin tamamı veya bir kısmı, lehine hüküm verilen tarafa yükletilebilir (HMK m.328).

¹⁵⁸ BUDAK Ali Cem, “Ticarî Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, *MİHDER*, C:15 S:42 (2019), s.34.

¹⁵⁹ TEKİNALP Ünal, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları”, *Ersin Çamoğlu’na Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.216; ERDEM Nuri, age, s.194; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.241; ŞAHİN Ayşe, age, s.373; HANAĞASI Emel, age, s.262.

¹⁶⁰ PEKCANITEZ Hakan vd., age, s. 2387.

¹⁶¹ YILDIRIM Ali Haydar, age, s.443, BERTSCH Wilfried, age, s.170.

¹⁶² ERDEM Nuri, age, s.195; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, age, s.244-245; ŞAHİN Ayşe, age, s.374-375.

¹⁶³ İLBASMIŞ HIZLISOY, age, s.246.

¹⁶⁴ TEKİNALP Ünal, age, s.217.

Sonuç

Öğretide *de lege ferenda* olarak tartışılmış olan anonim ortaklığın haklı sebeple feshi davası, 6102 sayılı TTK ile hukukumuzda kesin olarak kendine yer bulsa da, kanun koyucunun açık bıraktığı yerlerde bir çok görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Bunun bir nedeni de kanun koyucunun, madde hakkında bazı kavramların ne olduğunu doktrin ve yargı kararlarına bırakmasıdır.¹⁶⁵ Buradaki kanun boşluklarını değerlendirirken göz önüne alınması gereken şey, evvela bu kanun hükmünün fevkalade bir azınlık hakkı olduğudur. *Ayoğlu*'nun tabiri ile, taraflar için çekilmez olan bir ortaklığın katolik evliliğine dönmesinde bir fayda yoktur.¹⁶⁶ Ancak feshin son çare olduğu unutulmamalıdır. Zira şirketlerin ekonomik yaşamdaki hayati konumları düşünüldüğünde, taraf çıkarlarının yanı sıra toplumsal olguların da göz önüne alınması gerekir. Tüm bunlar elbette dürüstlük kuralı ile değerlendirilmeli ve hakim tarafından somut olaya en uygun olan çözüme ulaştırılmalıdır.

KAYNAKÇA

AKER, Halit. 2016. «Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler.» *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Mart: 63-150.

AYAN, Özge. 2011. «Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi Davası (531. Madde).» *Legal Hukuk Dergisi*, Haziran: 2237-2266.

AYOĞLU, Tolga. 2013. «Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi.» *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2): 221-252.

—. 2017. «Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri.» *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.

BAHTİYAR, Mehmet. 2020. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Beta Basım.

BENEDICK, Gilles. 2016. «Art. 736.» *Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR - VegüV* içinde, yazar Vito ROBERTO ve Hans Rudolf TRÜEB, 939-944. Zürich: Schulthess Juristische Medien.

BERTSCH, Wilfried. 1947. *Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen*. Aarau: Verlag H. R. Sauerländer.

BİLGİLİ, Fatih, ve DEMİRKAPI Ertan. 2018. *Şirketler Hukuku Dersleri*. Bursa: Dora Yayınları.

BUDAK, Ali Cem. 2019. «Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk.» *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi* 15 (42): 25-40.

CALDERAN, Massimo, ve Ricardo GEISER. 2016. «Art. 736.» *Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR* içinde, yazar Jeannette K. WIBMER, 489-495. Zürich: Orell Füssli Verlag.

ÇAĞLAR, Hayrettin, ve Esra KAŞAK. 2016. «Anonim Şirketi Haklı Sebeple Feshine İlişkin TTK m. 531 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması.» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65 (3): 659-686.

¹⁶⁵ TTK Kanun Gerekçesi, s.194.

¹⁶⁶ AYOĞLU Tolga, “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri”, *GSÜHFD*, S:1 (2017), s.125.

ÇAMOĞLU, Ersin. 2015. «Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshinde Hakimın Takdir Yetkisi.» *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Mart: 5-19.

—. 2008. *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

ÇELİK, Aytekin. 2009. «Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshi.» *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 559-592.

DELLA TORRE, Luca. 2016. «Art 736.» *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)* içinde, yazar Peter GAUCH, Viktor AEPLİ ve Hubert STÖCKLİ, 1496-1497. Zürich: Schulthess Juristische Medien.

EKMEKÇİ, Ömer, Muhammet ÖZEKES, ve Murat ATALI. 2018. *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

ERDEM, Nuri. 2019. *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi*. İstanbul: Vedat Yayıncılık.

ERTEN, Cengiz. 2019. «Anonim Şirketlerde Haklı Sebeplerle Fesih Hakkının Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Değerlendirilmesi.» *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* (13): 187-211.

FORSTMOSER, Peter, Arthur MEIER-HAYOZ, und Peter NOBEL. 1996. *Schweizerisches Aktienrecht*. Bern: Stämpfli Verlag.

HANAĞASI, Emel. 2016. «Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi.» *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 32 (1): 199-264.

İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem. 2016. *Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi*. Ankara: Adalet Yayınevi.

KAVAK, Yalçın. 2019. *Medenî Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması*. İstanbul: Legal Yayıncılık.

KENDİGELEN, Abuzer. 2016. *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

KILIÇ, Fatoş. 2017. «Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasında Alternatif Bir Çözüm Olarak Bölünme.» *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* içinde, 409-429. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

KURU, Baki. 2019. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.

KUSTER, Matthias. 2016. «Art. 736.» *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* içinde, yazar Jolanta KREN KOSTKIEWICZ, Stephan WOLF, AMSTUZZT Marc ve Roland FANKHAUSER, 1899-1902. Zürich: Orell Füssli Verlag.

MOROĞLU, Erdoğan. 2016. *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

NOMER ERTAN, Fusun. 2015. «Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davası - TTK m. 531 Üzerine Düşünceler-» *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 72 (2): 421-440.

—. 2018. «Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi.» *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. 97-114.

PEKCANITEZ, Hakan; ÖZEKES, Muhammet; AKKAN, Mine; TAŞ KORKMAZ, Hülya. 2017. *Medeni Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

POROY, Reha, Ünal TEKİNALP, ve Ersin ÇAMOĞLU. 2019. *Ortaklıklar Hukuku II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- PULAŞLI, Hasan. 2021. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- . 2018. *Şirketler Hukuku Şerhi*. Cilt III. Ankara: Adalet Yayınevi.
- RÜZGÂR, Eser. 2014. «Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi.» *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ocak: 337-371.
- SARI, Mehmet. 2009. «Tahkime Elverişlilik.» *Terazi Hukuk Dergisi* 4 (32): 145-172.
- SERT CANPOLAT, Selin. 2008. «Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının İncelenmesi.» *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ocak: 158-189.
- SÜMER, Ayşe. 2010. «Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Anonim Ortakların Haklı Sebep Feshi.» *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 28 (1): 171-181.
- ŞAHİN, Ayşe. 2013. *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- ŞAHİN, Ayşe. 2014. «Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Çerçevesinde Gündeme Gelen Bazı Hukuki Sorunlar.» *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9 (177-118): 145-174.
- TANRIVER, Süha. 2018. *Medenî Usûl Hukuku*. Cilt I. Ankara: Yetkin Basımevi.
- TAŞ KORKMAZ, Hülya. 2014. *Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- TEKİNALP, Ünal. 2013. «Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları.» *Ersin Çamoğlu'na Armağan* içinde, 211-222. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- TEKİNALP, POROY, ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar Hukuku II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, N.1564d, s.343.
- WEISS, Gottfried. 1968. *Zum schweizerischen Aktienrecht*. Bern: Verlag Stämpfli & Cie.
- YILMAZ, Ejder. 2017. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Cilt I. Ankara: Yetkin Basımevi.

Kazancı Bilgi Sistemleri - www.kazanci.com.tr

Swisslex - www.swisslex.ch

¶ ECRİMİSİLİN HUKUKİ NİTELİĞİ

(THE LEGAL NATURE OF MESNE PROFITS)

Av. Alparslan ÖZALTUĞ, LL.M.**

ÖZ

Bir kimsenin eşyası üzerinde hukuka aykırı zilyetlik kurarak ondan yararlanmak Türkiye’de çok görülen bir durumdur. Yasa koyucu, gerek ceza hukuku gerekse medeni hukuk yönlerinden bu haksız davranışa sessiz kalmamıştır. Diğer bir ifadeyle kötü niyetli zilyetlerin başkasının eşyası üzerindeki haksız tasarrufları kimi yaptırımlara bağlanmıştır. Buradan hareketle ecrimisil de bu kapsamda kötü niyetli haksız zilyedin eşyayı herhangi geçerli bir hukuki ilişkiye dayanmadan kullanması dolayısıyla istenen tazminat olarak karşımıza çıkmaktadır. Ecrimisil kavramı ve onun hukuki niteliği doktrinde ve yargı kararlarında oldukça tartışmalıdır. Her ne kadar yasada açıkça düzenlenmese de doktrin ve yargı kararlarında bu şekilde ifade edilen ecrimisilin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu çalışma ecrimisil kavramına alternatif bir tanım getirmeyi ve kavramın hukukiliği Türk hukukuna göre değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ecrimisil, kötü niyetli zilyet, kullanma bedeli, tazminat, zama-
naşımı

ABSTRACT

Utilizing from any person’s property by means of unlawful possession is widely seen in Turkey. Turkish legislator did not keep silent before such violations in terms of criminal law and civil law. In other words, an unlawful disposition of mala fide possessor over the property is sanctioned. With this regard, mesne profits appear to be the sort of damages where the possessor mala fide unlawfully utilizes from the rightful owner’s property. The concept itself and the legal nature of mesne profits are widely discussed in jurisprudence and doctrine. The concept of mesne profits has never been defined in any private law instruments, despite the fact that the concept of mesne profits is named and defined by doctrine and judicial authorities’ decisions. This study aims to provide an alternative definition to mesne profits and argue its legitimacy according to Turkish law.

Keywords: mesne profits, mala fide possessor, utilization price, damages, lapse of time

¶ Eserin dergimize geliş tarihi: 01.06.2019. İlk hakem raporu tarihi: 09.02.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 09.03.2021. Onaylanma tarihi: 31.03.2021.

* Avukat, İstanbul Barosu, LL.M. Europa-Institut ve Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 000-0002-2346-927X.

Esere Atf Şekli: Alparslan Özaltuğ, "Ecrimisilin Hukuki Niteliği", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 1407-1422.

I. Ecrimisil Kavramı

Ecrimisil, Arapça ‘ecr’ ve ‘misil’ sözcüklerinin birleşiminden oluştuğu için bu sözcüklerin de incelenmesi kanaatimizce gerekli ve yararlıdır. Buna göre: ‘ecr’ sözcüğü ‘*bir is, bir hizmet mukabilinde verilen şey*’, ‘*ücret*’¹ olarak tanımlanırken ‘misil’ sözcüğü ‘*eş, benzer*’ ‘*miktar*’, ‘*defa, kez, kat*’² olarak tanımlanmaktadır.

‘Ecrimisil’ sözcüğünün sözlük anlamı “*Bir malın kullanılmasından doğan menfaatin para ölçüleriyle takdiri (kira bedeli tayin edilmeden bir yerin kiralananı halinde vasıf, mevki ve kullanma tarzı bakımlarından kiralanan yere benzeyen yerlerin kira bedelleri o yerin de ecr-i misil’idir.)*”³ olarak ifade edilmektedir. Bir diğer anlam olarak ise “*Bigaraz ehl-i vukufun takdir ettiği ücret*”⁴ ifade edilmiştir. Esasen bu tanım, Mecelle 414.maddenin ifadesidir.

Ecrimisilin tanımı başta Türk Medeni Kanunu (“TMK”) olmak üzere mevzuatımızda doğrudan yer almamaktadır. Ancak kavramın uygulamada çok kullanılır olması tanımlanması gereğini de beraberinde getirmiştir. İşte bu noktada kavramın tanımlanması ve içeriğinin oluşturulması doktrin ve yargı kararları ile mümkün olmuştur.

Her ne kadar kamu hukuk kapsamındaki (ve bu kapsamda kamu alacakları) mevzuat hariç kalmak üzere yürürlükte olan mevzuatta ecrimisil kavramına doğrudan yer verilmesi de ecrimisil eski hukukumuzdan gelen bir kavramdır. Öyle ki kavrama Mecelle Kitab-ül İcarat bölümünde Kitab-ı Sani başlığı altında yer verilmiştir.

Kitab-ül İcarat genel itibarıyla kira ilişkilerini düzenlemektedir. Kitab-ül İcarat 414 ve 415.maddelere göre kira bedelleri; ecrimisil ve ecrimüsemma olmak üzere 2 türden oluşmaktadır⁵. Mecelle’nin 414.maddesinde ecrimisil “*Bi garaz ehli vukufun takdir ettikleri ücretdir*” olarak tanımlanmıştır. Mecelle 415.madde “*Ecri-i müsemma, hün-i akidde zikr ve tayin olunan ücretdir.*” ifadesiyle ecrimüsemmayı tanımlamıştır. İlk ifade bilirkişinin benzerlerine bakarak belirlediği ücret olarak çevrilebilecekken⁶ ikinci ifade kiraya verilen benzerlerine göre ederi ya da kiracının kiralananı kullanımı karşılığını teşkil eden değer, ücret olarak çevrilebilir.

Ecrimisil ayrıca doktrin tarafından da çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır. Doktrinde genel olarak ecrimisil; kötü niyetli zilyedin kiralananı elverişli eşyayı alkoyması ve haksız olarak kullanması dolayısıyla hak sahibinin uğradığı zararların tazmini olarak ifade edilmektedir⁷. Ancak kimi yazarlarca ecrimisilin eski hukukta geçerlilik koşullarından biri olmayan kira sözleşmelerine uygulanan emsal bedel olduğunu ifade etmiştir⁸.

¹ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bbc9b41_02_2298.45981296, (Çevrimiçi: 09.10.2018).

² **A.g.e.**, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b_bc9b43d629e3.39768932 (Çevrimiçi: 09.10.2018); Ferit Devellioğlu, **Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, Yayına Hazırlayan: Aydın Sami Güneşçâl, 21. Baskı, Ankara: Aydın Kitabevi, 2004, s.202.

³ Devellioğlu, **a.g.e.**, s.202.

⁴ **A.g.e.**

⁵ Kemal Tahir Gürsoy, **Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s.122.

⁶ Ali Himmet Berki, **Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye)**, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1990, s.78.

⁷ M.Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay – Özdemir, **Eşya Hukuku**, 22.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s.139. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümûlü (Husûsiyle “Ecrimisil” Meselesi)**, İstanbul: Bahara Matbaası, 1958, s.288. Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, **Eşya Hukuku Cilt I Zilyedlik – Tapu Sicili – Mülkiyet**, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989, s.215. Ernest Hırş, **Medeni Kanununun XV. Yıldö-**

01.11.2000 Tarih ve 2000 – 3 – 1341 – 1584 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ecrimisil; haklı zilyedin, kötü niyetli haksız zilyetten isteyebileceği tazminat olarak ifade edilmiştir⁹.

Kanaatimizce ecrimisil; geçerli herhangi bir hukuki ilişkiye dayanmaksızın hak sahibine ait eşya üzerinde zilyetlik kuran kötü niyetli haksız zilyedin ödemesi gereken tazminatı ifade etmektedir.

II. Ecrimisilin Hukuki Niteliği

Ecrimisilin hukuki niteliğine ilişkin görüşlere yer vermeden önce bir örnek üzerinden ecrimisile dayanak oluşturan haksız işgal üzerinden konunun aktarılmasını uygun görüyoruz. Buna göre; annelerinden miras kalmış, içinde farklı meyve ağaçlarının da yer aldığı bir çiftlik evi üzerinde muris kardeşlerin nasıl tasarruf edebilecekleri hususunda anlaşamadıklarını farz edelim.

Yıllar içinde gerek çiftlik evi gerekse arazinin boya, badana, tesisat, bahçe işleri gibi olağan işlerini yapmaktan imtina etmiş olan murisler yaklaşık taşınmazın iktisabından yaklaşık on beş yıl sonra bir gün popüler hale gelen bir müzik klbinde çiftlik evinin çekim mekanı olarak kullanıldığını fark ederler. Klibin yapımcısı ile irtibat kurup taşınmazın kullanımını karşılığında bedel talep ettiklerinde yapımcı; taşınmazda daha önce çekim yapmış diğer yapımcılar vasıtasıyla haberdar olduğunu, metruk halde olan bu binanın terk edildiğini ve çevrede ikamet edenlerin de bu durumu doğruladığını bu duruma dayanarak klibi çekmiş olduğunu ve dolayısıyla kendilerine ödeme yapmayacağını ifade eder.

İşte bu durum; ecrimisil isteminin gündeme gelebileceği bir durumdur. Taşınmazın malikleri hâlihazırda çiftlik evinin hangi kullanıma tahsis edileceği hususunda anlaşamamışlar, taşınmazdan bahçesindeki meyveler dâhil olmak üzere yararlanmaktan imtina etmişlerdir. Bu halde; yapımcının zaten kullanılmayan ve kullanılması yönünde de bir emaresi olmayan taşınmazdan karşılıksız ve herhangi bir hukuki ilişkiye dayanmadan yararlanması hukuken nasıl değerlendirilmelidir? Malikler taşınmazı daha önce kullanmış olan diğer yapımcılara karşı, varsa bir hakları, bu hakkı ne zaman kadar ileri sürebileceklerdir? Maliklerin aralarındaki uyumsuzluk dolayısıyla atıl halde kalan taşınmazdan yararlanan yapımcıların haksız davranışına hukuk nasıl bir değer vermelidir?

Bu soruların yanıtı; taşınmazın haksız işgaline dayalı ecrimisil istemine hangi hukuki niteliğin atfedildiğine göre değişecektir.

nümü için: Fuzuli İşgalden Doğan Tazminat Talepleri, İstanbul: Kenan Matbaası, 1944, s. 777. Şeref Ertaş / Emre Cumalıoğlu / İlknur Serdar, **Eşya Hukuku**, İzmir: Fakülteler Kitabevi, 2017, s.80.

⁸ Hasan Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul: Der Yayınları, 2013, s.31. Safa Reisoğlu, **Türk Eşya Hukuku Cilt.1 Giriş – Zilyetlik – Tapu Sicili ve Kadastro ve Tahriri Kanunu – Tapula Kanunu**, Beşinci Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1997, s.81, dn.168.

⁹ Benzer yönde bkz. Yargıtay 1. HD'nin 03.06.2013 Tarih ve 2013/6344 E., 2013/9133 sayılı kararına göre ecrimisil; *“Ecrimisil; kötü niyetli zilyedin geri vermekle yükümlü olduğu bir şeyi haksız olarak alkoyması nedeniyle kayıt malikine ödemekle yükümlü olduğu en azı kira geliri, en çoğu ise mahrum kalan gelir kaybı olan bir tür haksız kullanım tazminatıdır. Açıklanan bu tanıma göre, bir taşınmazı haksız olarak kullanan ya da başkasına kullandıran kişinin ecrimisille sorumlu olacağı açıktır.”* şeklinde tanımlanmıştır. Benzer yönde; İstanbul BAM 2. HD'nin 25.04.2017 Tarih ve 2017/435 E. ve 2017/445 sayılı kararında ise ecrimisil; *“Ecrimisil, malikinin rızası dışında taşınmazının gerçek veya tüzel kişilerce işgal veya tasarruf edilmesi sebebiyle ödenen tazminattır.”* olarak tanımlanmıştır.

1. Haksız Fiil Olduğu Görüşü

Ecrimisil kimi yazarlarca haksız fiil olarak nitelendirilmiştir¹⁰. Haksız fiile dayanarak tazminat istememin temel şartlarından biri de tazminat isteyenin zarara uğramış olmasıdır. Ecrimisil için de aynı şekilde zarar koşulunun aranması kimi yazarlarca savunulmuştur¹¹.

Öte yandan; *Tekinay* ecrimisili TMK 995.madde ile beraber değerlendirerek özellikle zarar noktasında haksız fiilin genel esaslarının ecrimisilde uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır. Zira *yazara* göre ecrimisile dayanak teşkil eden kötü niyetli haksız zilyedin eylemi, niteliği itibariyle haksız fiildir. Ancak gerek TMK 995. maddede kötü niyetli haksız zilyedin eşyayı geri vermesine ilişkin ağırlaştırılmış geri verme borcunun öngörülmesi gerekse hukuk düzeni dışına çıkan kullanımı itibariyle hak sahibinin ayrıca zarar görmesi aranmalıdır. Bu noktada hak sahibinin eşyadan yararlanma niyetinde olması aranacak olsa dahi prensip itibariyle hak sahibinin böyle bir niyette olduğu kabul edilmeli ve bu kabulün aksini ispat, kötü niyetli haksız zilyedin üzerinde olmalıdır¹². Görüldüğü üzere; haksız fiil sorumluluğuna dayanarak tazminat isteminde bulunacak kişinin zarara uğramış olması ve bu zararını ispat etmesi koşulları burada geçerli olmayacaktır¹³. *Yazar* bu halde ecrimisil istemine uygulanacak zamanaşımı süresi haksız fiillere uygulanan iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tâbi olması gerektiğini savunmaktadır¹⁴.

Öte yandan; Yargıtay'ın 08.03.1950 Tarih ve 22/45 sayılı İBK'de ecrimisil istemine dayanak teşkil eden eylem haksız fiil olarak nitelendirilmiştir. Yargıtay'ın müstekâr hale gelen kararlarında da eylemin haksız fiil olarak nitelendirildiği söylenebilir¹⁵. Yargıtay ecrimisil istemine dayanan haksız işgali haksız fiil olarak değerlendirmeye devam etmekte-

¹⁰ İsmail Doğanay, Ali Himmet Berki ve Ahmet Akgündüz'ün benzer yöndeki görüşleri için bkz.: Ceren Yavuzaslan, *Ecrimisil*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s.10. *Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, a.g.e.*, s.217. *Ertaş / Cumalıoğlu / Serdar, a.g.e.*, s.80.

¹¹ *Ertaş / Cumalıoğlu / Serdar, a.g.e.*, s.80. Bunun yanında ecrimisil talebine konu olan eşya kiralalanabilir, nemalandırılabilir nitelikte değilse hak sahibi ecrimisil istememelidir

¹² *Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, a.g.e.*, s.217.

¹³ Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.02.2004 tarih ve 2004/1-120-96 sayılı kararında ecrimisil isteminde bulunan davacının zararını ispat etmesi gerektiğini ifade etmiştir.

¹⁴ **Türk Borçlar Kanunu - MADDE 72:** "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."

¹⁵ Yargıtay 3.HD. 19.01.2009 Tarihli ve 2008/20403 E., 2009/91 sayılı kararında "8.3.1950 gün ve 22/4 sayılı İçtihadı Birleştirme kararına göre ecrimisil haksız fiil niteliğinde olup, haksız fiilin vuku bulduğu yerde de dava açılabilir. HUMK. 21. Maddesi de birlikte değerlendirildiğinde, davaya haksız eylemin (haksız kullanım) meydana geldiği yer mahkemesi olan Ankara Mahkemeleri de bakmaya yetkilidir." değerlendirmesinde bulunmuştur. Buna göre; eylemin haksız fiil niteliğinde olması dolayısıyla HMK'nin haksız fiile ilişkin yetki kuralları uygulanabilecektir. Yargıtay 1. HD., 03.7.2013 Tarih ve 2013/8130 E., 2013/11155 sayılı kararında ise "Haksız fiil alacağı niteliğindeki ecrimisilin varlığı ve miktarı alınan bilirkişi raporu ve yapılan yargılama ile saptandığına ve dolayısıyla alacak likit olmadığına göre mahkemece icra inkar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmiş olması isabetsizdir." tespiti yapılarak ecrimisilin haksız fiil teşkil ettiği ve haksız fiile dayalı alacakların likit alacak teşkil etmemesi nedeniyle icra inkar tazminatına hükmedilmesi yasaya aykırı bulunmuştur.

dir¹⁶. Buna mukabil olarak Yargıtay kimi kararlarında ecrimisil için zararın oluşmasını ayrıca aramaktadır¹⁷.

Bu açıklamalar ışığında yukarıda verdiğimiz farazi örneğe dönecek olursak; maliklerin yirmi yıldır taşınmazla ilgilenmemesi, onu kullanmaması ya da kısa süreli de olsa kiraya verme girişimlerinin olmaması dolayısıyla taşınmazdan kiraya vererek yararlanma düşüncelerinin olmadığı ve dolayısıyla ortada zarar olmadığı için yapımıcılardan ecrimisil istemeleri mümkün olmayacaktır.

Tekinay'ın kabulü ile olaya yaklaştığımızda ise; haksız işgalin içinde zararı da barındırması dolayısıyla bedelsiz kullanım dolayısıyla malikler yapımıcılardan ecrimisil talep edebileceklerdir. Bu halde maliklerin ayrıca zararı ispat etmeleri aranmayacak, haksız işgal olgusunu ortaya koymaları ecrimisil istemi yönünden yeterli olacaktır. Malikler, haksız işgal olgusunu en son çekim yapan yapımçı vasıtasıyla öğrendikleri içinde diğer yapımıcılara karşı ancak geçmiş on yıla yönelik ecrimisil talebinde bulunabileceklerdir.

Kanaatimizce, bir kimsenin taşınmazında meydana gelen haksız işgal eylemi hukuka aykırı fiil niteliğindedir. Ancak daha sonra da ifade edeceğimiz üzere ecrimisil, haksız fiilin genel esaslarından ayrılarak kendine has bir hukuki niteliğe sahip olmuştur. Bu hukuki niteliğin dayanağı ise TMK'nin 995.maddesi olup zarar, hakkın ispatı ve zamanaşımı yönleriyle haksız fiilden ayrılmaktadır. Dolayısıyla bu halde haksız fiilin genel esaslarının ecrimisil istemine uygulanmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira haksız fiile dayalı tazminat taleplerinde failin kusurlu fiiliyle beraber bu fiilin zararı meydana getirmesi aranmaktadır. Zarar ise; dar anlamıyla malvarlığında istem dışı meydana gelen eksilmeyi ifade etmektedir¹⁸. İlk bakışta, ecrimisil istemlerinde bu şartın gerçekleşmediği zira taşınmazını kiralamayacak ya da başka şekilde onun üzerinde tasarruf etmeyecek kimsenin zararının olmadığı savunulabilir hale gelecektir. Bu durum da mülkiyet hakkı ihlallerine adeta kapı aralayacaktır. Öte yandan; devletin, mülkiyet hakkını koruma yükümlülüğü olduğu ve bunu yaparken mülkiyet hakkı ihlallerine karşı etkin müeyyideler öngörmesi (ecrimisil gibi haksız fiil teşkil eden hallerde ispat yükünün, zamanaşımının başlangıcının ve haksız fiil esaslarının esnetilmesi ve zarar göreni tatmin edecek ve zarar verene de ihlali özletmeyecek tazminat düzenlemesi gibi) gerekmektedir¹⁹.

¹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.02.2004 tarih ve 2004/1-120-96 sayılı kararı. Ayrıca Yargıtay 8.Hukuk Dairesi 09.09.2020 tarih ve **E.2020/2238 K.2020/4983 sayılı kararı bu yöndedir.**

¹⁷ İrem Durğun Şanlı, Haksız İşgal – Ecrimisil Tazminatı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019, s.103-104.

¹⁸ Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.275.

¹⁹ H.Burak Gemalmaz, **Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi**, Anayasa Yargısı, 31 (1), 379-401, 2015, s.398. Buna göre; her ne kadar ecrimisile dair uyumsuzluk iki özel hukuk kişisi arasında geçse de devletin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol 1, 1.maddeden doğan mülkiyet hakkına saygıya yönelik pozitif yükümlülükleri uyarınca mülkiyet hakkına yönelen ihlalleri önleme yükümlülüğü vardır. Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar ve Ana Vilfan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı**, Numara 10, Avrupa Konseyi, s.10-11. Bu yükümlülüğün bir görünümü olarak anılan ihlallere karşı devlet mahkemeleri önünde hak aramak da sayılabilir.

2. TMK 995. Madde Kapsamında Haksız Zilyedin Sorumluluğu Görüşü

Doktrinde kimi yazarlara göre ecrimisil istemine dayanak düzenleme TMK 995.maddesidir²⁰. Her ne kadar hukuka aykırı bir eylem de olsa da bu eylemi haksız fiilin genel hüküm ve koşullarına tabii tutmak mümkün değildir. Zira TMK 995. madde gerek kusur yönünden gerek zarar koşulu bakımından gerekse kimi yazarlara göre kusurun ispatı bakımından haksız fiil esaslarından ayrılmaktadır. İşte bu noktada ecrimisili TMK 995.madde uyarınca kötü niyetli haksız zilyedin sorumluluğu olarak değerlendirmek yerinde olacaktır. Ecrimisilin dayanağını haksız zilyedin sorumluluğuna dayandıran görüşteki yazarların ayrıştığı noktalar; hak sahibinin malvarlığı bakımından zarara uğramış olması, bu zararın ispatı, haksız işgale konu olan eşyanın kiralalanabilir oluşu, haksız zilyedin eşyanın sağladığı ürünlerden kaynaklanan sorumluluğu ve ecrimisil istemlerine uygulanacak zamaşımındadır.

Ecrimisil talebinde bulunan hak sahibinin, haksız işgal dolayısıyla zararının var olması gerekmediği doktrinde pek çok yazar tarafından ileri sürülmüştür²¹. Buna göre; ecrimisil istemi *sui generis* bir niteliği haizdir ve haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden bu yönü ile ayrılır²². Haksız işgalin meydana gelmesi ile hak sahibinin ecrimisil istemi doğmaktadır. Zira bu istemin dayanağı TMK 995.maddesi olmakla beraber²³ ecrimisil isteminin temelinde ise TMK 683.maddede yer alan mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Bununla beraber doktrinde kimi yazarlar ecrimisile konu eşyanın kiraya verilebilir olmasını ecrimisil istemi için bir önkoşul olarak değerlendirmektedirler²⁴. Zira eşya zaten kiraya verilebilir nitelikte olmadığı takdirde haksız işgal meydana gelmeseydi bile malvarlığı yönünden bir eksilmenin yer almayacak olmasıdır. Ancak bu halde hak sahibinin elde etmeyi düşünmediği ürünü eden veya elde etmeyi düşündüğünden fazla bir ürün elde edenin tazminat yükümlülüğü

²⁰ Fezyioğlu, **a.g.e.**, s.261; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.140; Hırş, **a.g.e.**, s.794-795; Mehmet Ünal/ Veyssel Başpınar, **Şekli Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili**, 11.Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2020, s.266; Jale Akipek, **Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Ankara: Ajans - Türk Matbaası, 1965, 247; Gökhan Antalya, **Eşya Hukuku Cilt II Zilyetlik**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018, s.340-341. Antalya, bu sonuca varırken ecrimisil ile ilgili kanunda örtülü boşluk olduğunu ancak TMK 2.maddenin amaçsal yorumu ile meselenin TMK 995.madde dahilinde değerlendirilmesini savunmaktadır. Yazar, ecrimisilin hesabında ise bir kira sözleşmesi ile eşyanın kiralanacağı bedelin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Burak Özen, **Haksız Zilyetlikte İade**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003, s.271.

²¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.79. A. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2020, s.109.

²² Ünal/ Başpınar, **a.g.e.**, s.266. Yazarlar benzer şekilde tazminat isteminde zararın aranmadığı hallere; gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, TBK 563.madde kapsamında saklayanın saklama sözleşmesine aykırı bir şekilde eşyayı kullanması karşılığında zarar doğmasa dahi tazminat yükümlüsü olması (TBK 563) ve para borçlarında temerrüt faizi istenmesi (TBK 120) hallerini örnek vermektedir. Ecrimisil yönünden de ayrıca zarar şartı aranmalıdır.

²³ Hırş, **a.g.e.**, s.794. Zira elde edilmesi ihmal edilen kavramı esasen kötü niyetli haksız zilyedin malvarlığında artış meydana getirmemektedir. Bu yönü ile eylem, sebepsiz zenginleşme olarak nitelendirilemez. Yazar 995.maddede yer bulan ‘ elde edilen ve elde edilmesi ihmal edilen ürün kavramının’ ise esasen bir zararı ifade etmediğini ve bu durumun ancak menfaatlerin iadesi olarak değerlendirilebileceğini savunmaktadır.

²⁴ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, **a.g.e.**, s.145. Yazarların görüşünün dayanağını ise İsviçre Medeni Kanununun Almanca metninde kötü niyetli zilyedin sorumluluğu noktasında iyi niyetli zilyetlerden farklı olarak yalnızca ‘ürünlerden’ söz etmesidir. Dolayısıyla kiraya verilebilirliğe bağlı olan kira bedeli de ‘elde edilmesi ihmal edilen ürün’ olarak telakki edilmektedir. Aynı yönde bkz.: Haluk Nami Nomer/ Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku Zilyetlik Tapu Sicili Rehin Hakları**, 8.Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.110-111, Sirmen, **a.g.e.**, s.108 vd.

TMK 995.maddeden ayrı olarak Türk Borçlar Kanunu(“TBK”) 530.madde çerçevesinde değerlendirilecektir²⁵.

Biz de ecrimisil isteminin dayanağının TMK 995.maddesi olduğu görüşüne katılmaktayız. Bu istemin kaynağında mülkiyet hakkı yer almaktadır²⁶. TMK 995.maddesinde yer alan istem kalemlerini haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinden ayrı olarak değerlendirmek gerekir. Zira kanun koyucu, bu kalemleri ayrı olarak haksız işgal için özel olarak düzenlemiştir. Nitekim burada yer alan tazminatın bir amacı hakkı ihlal edilen hak sahibinin mülkiyet hakkının korunmasına hizmet etmektedir. Yani haksız işgalin gerçekleşmesi karşısında hak sahibine kötü niyetli zilyet tarafından ödenmesi gereken bir işgal tazminatına karşılık gelir²⁷. Bu halde; kanunun öngörmediği ve aslında haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden ayrılarak mülkiyet hakkının ihlali noktasında özel bir tazminat teşkil eden ecrimisilde ayrıca eşyanın kiraya verilebilir olmasını aramak yerinde değildir²⁸. Haksız işgalle beraber, mülkiyet hakkı ihlal edilerek zarar da bu ihlalle beraber meydana gelmiştir. Ecrimisilin de mülkiyet hakkının ve onun korunmasının bir ifadesi olarak kanunda yer aldığını düşünüyoruz. Ancak haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmenin koşullarının da aynı zamanda varlığı halinde ecrimisil istemi ile haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye dayalı tazminat istemlerinin yarışması da mümkün olacaktır²⁹. Bu takdirde zarar gören için TMK 995.maddeye dayanarak ecrimisil istemek hem tazminatın kapsamı hem ispat koşulları hem de zamanasını bakımından daha yararlı olacaktır.

Bu açıklamaların yanında eşyanın sağlamış olduğu doğal ve hukuki ürünlerin ve bu ürünlerin toplanmaması karşısında haksız zilyedin sorumluluğunu da TMK 995.maddesi kapsamında değerlendirmek gerekmektedir³⁰. Nitekim haksız işgalin gerçekleştiği eşya üzerinde elde edilen ürünler veya elde edilmesi ihmal edilen ürünler yönünden haksız zilyedin hangi kapsamda sorumlu olacağı da bir başka tartışmayı gündeme getirmektedir. Yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi arazi üzerindeki ağaçların vermiş olduğu meyveler doğal ürünleri oluşturmaktadır. Bu halde haksız zilyedin zilyetliği süresince bu ürünlerden yararlanması TMK 995.madde kapsamında elde edilen ürün kapsamına girecektir. Bununla beraber haksız zilyedin bu ürünleri toplamaktan imtina etmesi ve çürümeye bırakması ya da ağaçların bakımını yapmayarak daha az ürünün verilmesine sebep olması ne şekilde değerlendirilmelidir? Kanaatimizce bu halde haksız zilyet ürünleri elde etmekten imtina ederek ürünleri elde etmekten imtina etmiştir ve dolayısıyla TMK 995.madde uyarınca bir zarara

²⁵ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, **a.g.e.**, s.148.

²⁶ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.267.

²⁷ Özen, **a.g.e.**, s.271. Nitekim iyi niyetli zilyet için böyle bir tazminat sorumluluğu kanunda açıkça yüklenmiş ve bu istisna iyi niyetli zilyete özgülenmiştir. Dolayısıyla kötü niyetli zilyet için haksız işgalden ötürü tazminat sorumluluğu kabul etmek gerekecektir.

²⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.83.

²⁹ Hirş, **a.g.e.**, s.799.

³⁰ Hirş, **a.g.e.**, s.795; ecrimisil adı altında istenebilecek tazminat kalemleri TMK 995.maddede ‘seme-re’ olarak adlandırılmıştır. Ancak bu kavramı taşınmazdan elde edilebilecek her tür yarar anlamında yorumlamak gerekir. Buna göre; taşınmazdan elde edilebilecek hem doğal hem de hukuki yararlar semereyi oluşturacaktır. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.267-269. Buna karşın Feyzioğlu, elde edilmesi ihmal edilen ürünler için haksız fiil esaslarına tabi kılınmasını önermektedir. Zira elde edilen ürünler, ana şeyden ayrılıp haksız zilyedin malvarlığına karışmadıkça zaten gerçek hak sahibinin mülkiyetinde olup bunlara ilişkin istemler istihkak talebinden kaynaklanıyor olacaktır. Ancak elde edilmeyen ürünler yönünden gerçek hak sahibinin isteminin aynı hakka dayalı bir tazminat olduğunu da ifade etmektedir.

sebeb olmuştur³¹. Bu halde haksız zilyedin elde edilmesi ihmal edilen ürünler dolayısıyla doğan zararlardan ötürü ayrıca tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu takdirde gerçek hak sahibinin eşya üzerinde kendi imkân ve araçlarıyla elde edebileceği ürünler³² tazminat için bir ölçü kabul edilmelidir³³. Bunun yanında hak sahibinin o ürünleri elde etme iradesinin olup olmadığı önem taşımazdır³⁴. Peki, bu halde haksız zilyedin, kendisi zilyet olmasaydı dahi hak sahibinin ilgisizliği dolayısıyla ürünlerin akıbetinin aynı olacağı yönünde kurtuluş kanıtı getirmesi mümkün müdür? *Kanaatimizce* bu soruya verilen yanıt olumsuz olmalıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere TMK 995.maddede düzenlenen haksız zilyedin tazminat sorumluluğu ayrıca düzenlenmiş ve haksız fiil, sebepsiz zenginleşme esaslarından ayrı olarak *sui generis* bir niteliğe sahiptir³⁵. Bu hüküm, devletin mülkiyet hakkına saygı yükümlülüğünün bir görünümü³⁶ olarak bu hakkı ihlal eden haksız zilyetlere tazminat sorumluluğu getirmektedir. Diğer bir ifadeyle; ecrimisil, mülkiyet hakkı ihlal edilen hak sahibine tazminat imkânı sunarken haksız zilyedin ihlali dolayısıyla cezalandırılmasını da içermektedir. Bu noktada haksız zilyedin yalnızca haksız işgal ve zarar arasındaki illiyet bağının kalktığını ispatla tazminat sorumluluğunun kalkacağı görüşüdeyiz³⁷. Haksız zilyet; don, aşırı yağış, kuraklık gibi sebeplerle hak sahibi gereken ilgi ve özeni gösterseydi dahi ürünlerin elde edilemeyeceğini ispat ederek elde edilemeyen ürünlerden ötürü tazminat sorumlusu olmayacaktır.

Bir diğer husus ise; haksız zilyedin kendi emek, gayret ve araçlarıyla haksız işgale konu eşya üzerinden menfaat elde etmesi halidir. Bu durumda, çiftlik arazisi üzerine haksız zilyedin gelir getirisi yüksek zeytin ağaçları diktiğini ve bu ağaçların verdiği zeytinlerden yararlanarak kazanç elde ettiğini düşünelim. Bu takdirde, yeni dikilen zeytin ağaçları yönünden haksız zilyedin yine de bir tazminat sorumluluğu gündeme gelecek midir? *Kanaatimizce* bu soruya olumlu yanıt verilmelidir. Bu takdirde; haksız zilyedin tazminat sorumluluğunun TMK 995.madde kapsamında olmadığı söylenebilir³⁸. Zira anılan maddede yer alan ürünler ifadesi hak sahibinin sahip olduğu eşyadan kaynaklanan menfaatleri kapsamak-

³¹ **A.g.e.**, s.795. *Hirş* bu noktada elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin zarar teşkil etmeyeceğini, haksız zilyedin malvarlığında artışın meydana gelmemesine dayandırır. Ancak yine de TMK 995.madde hükmü elde edilmesi ihmal edilen ürünleri karşısında hak sahibine ecrimisil isteme hakkı vermektedir.

³² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 31.03.2010 tarih E.2010/3-146, K.2010/184 sayılı kararında ecrimisil isteminde taşınmazın ekonomik gelir elde etmeye elverişli olmasını ecrimisil için bir ön koşul olarak aramıştır.

³³ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.261.

³⁴ **A.g.e.**, s.272; Yazar, Yargıtay'ın gerçek hak sahibinin ecrimisil talebinde bulunabilmesi için eşyadan ürün elde etme iradesini aramasını eleştirir. Zira gerçek hak sahibi o eşyadan hiç yararlanmayacak olsa bile herkesin ihlal etmeme yönünde kişilerin mülkiyet hakkına saygı duyma yükümlülüğünü ihlal etmiş olması doğrudan sorumluluğu doğurur. Dolayısıyla gerçek hak sahibinin eşyadan yararlanıp yararlanmama iradesi tazminat isteminde bulunması noktasında önem taşımamalıdır. Tazminatı gerektiren davranış doğrudan mülkiyet hakkını hukuka aykırı şekilde ihlal etmektedir.

³⁵ Akipek, **a.g.e.** s.250.

³⁶ *Hirş*, **a.g.e.**, s.795. Yazara göre, ecrimisil isteminin istihkak talebine dayalı fer'i bir taleptir. Bunun dayanağını ise TMK 995.maddesi oluşturmaktadır.

³⁷ **A.g.e.**, s.79.

³⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 269-271.Yazar bu takdirde kötü niyetli zilyedin kendi imkan ve araçlarıyla elde ettiği ürünlerin de mülkiyetinin gerçek hak sahibine ait olduğunu, mülkiyetin asıl şeye tabii olmasından ötürü savunmaktadır. Bu halde gerçek hak sahibinin isteminin konusunu kötü niyetli zilyedin elde etmiş olduğu bu ürünler olduğunu savunmaktadır.

tadır³⁹. Bu durumda haksız zilyedin kendi dikmiş olduğu ağaçlar üzerinden hak sahibinin arazisini kullanarak kazanç elde etmesi söz konusudur. Bu halde haksız zilyedin TBK 530.madde kapsamında tazminat sorumluluğunun gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğduğu kanaatindeyiz⁴⁰.

Son olarak, TMK 995.maddeye dayalı ecrimisil istemine uygulanacak zamanaşımı sorusu gündeme gelmektedir. Bu takdirde, kanun koyucunun ayrıca bir zamanaşımı düzenlemesi yapmadığı açıktır⁴¹. Doktrindeki baskın görüş TBK 146.maddede yer alan on yıllık zamanaşımının TMK 995.maddeden doğan ecrimisil istemine uygulanmasını kabul etmektedir⁴². Bu görüş *bizce* de isabetlidir. Zira gerek kanunda ayrı bir düzenleme olmaması gerekse ecrimisilin kira alacağı⁴³, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme istemlerinden ayrı *sui generis* bir niteliğe sahip olması dolayısıyla on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması yerindedir⁴⁴.

3. Sebepsiz Zenginleşme Görüşü

Ecrimisilin hukuki niteliğinin sebepsiz zenginleşmeye uygun olduğu ve sebepsiz zenginleşme olarak değerlendirilmesi gerektiği de doktrinde savunulmaktadır⁴⁵. Bu görüşü savunan *Serozan'a* göre; kötü niyetli haksız zilyet, elde edilmesi ihmal edilen ürünler kapsamına dâhil edilemeyen haksız kullanımdan ötürü ecrimisil adında bir tazminattan sorumlu tutulamaz⁴⁶. Yazara göre, malikin malvarlığında istek dışı herhangi bir eksilme olmadığı gözetildiğinde kötü niyetli haksız zilyedi sırf eşyayı kullandığı için TMK 995.maddeyi geniş yorumlayarak tazminat yükümlülüğü altına almak doğru değildir⁴⁷. Bu halde kötü niyetli zilyedin eşyadan yararlanması karşılığında istenecek tazminat sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılmalıdır. Öte yandan yazar, vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanmayı kötü niyetli haksız zilyet yönünden adeta cezai şart etkisi yaratacağından kabul etmemektedir. Bu noktada haksız zenginleşme hükümlerinin ruhu fakirleşmeyi değil zenginleşmeyi gidermeyi amaçladığından bu hükümlere dayanmak doğru olacaktır^{48,49}.

Bu görüşün kabulü halinde; malikler, taşınmazda çekim yapmış yönetmenlerden herhangi bir kira ödememeleri dolayısıyla malvarlıklarında meydana gelmeyen eksilmeyi

³⁹ Hirş, **a.g.e.**, s.795

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Sirmen, **a.g.e.** s.109.

⁴¹ Akipek, **a.g.e.**, s.250. Yazar bu durumu yasal boşluk olarak değerlendirmektedir.

⁴² Hirş, **ag.e.**, s.795. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, **a.g.e.**, s.148. Akipek, **a.g.e.**, s.250. Ünal/Başpınar, **a.g.e.**, s.267. Buna karşın Ünal/Başpınar; ecrimisil istemine TBK 72.maddede yer alan haksız fiillere uygulanan zamanaşımının uygulanması gerektiği görüşündedir.

⁴³ **A.g.e.**, s.796.

⁴⁴ Aynı yönde bkz. Durğun Şanlı, **a.g.e.**, s.121.

⁴⁵ Rona Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Zilyetlik, Mülkiyet, İntifa ve Rehin Uygulama Çalışmaları**, 2.Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2007, s.190.

⁴⁶ **A.g.e.**

⁴⁷ **A.g.e.**, s.192.

⁴⁸ **A.g.e.**, s.193.

⁴⁹ TBK 77.maddesi: "*Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.*" Buna göre; Serozan sebepsiz zenginleşme için yasanın fakirleşme koşulu aramadığını dolayısıyla gerçek hak sahibinin eşyayı kullanma niyeti olmasa dahi sebepsiz zenginleşmeye dayanabileceğini ileri sürmektedir. Ancak Oğuzman / Öz'e göre; burada yasa koyucunun zarar sözcüğünü yasa metninde kullanmamasının sebebi sebepsiz zenginleşme kurumuna uygun olmaması dolayısıyladır. Bkz. M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 15.Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2020, s.334 vd.

ecrimisil olarak talep edebileceklerdir. Yönetmenlerin malvarlığında meydana gelmeyen eksilmeyi, diğer bir ifadeyle ne kadar kullanım bedeli ödemediklerini, ispat yükümlülüğü de maliklere ait olacaktır. Bu durumda, ecrimisil istemine TBK 82.maddede yer alan zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Kanaatimizce ecrimisile dayanak teşkil eden haksız işgal, TMK hükümleri içerisinde açık bir şekilde düzenlenmiş olup ecrimisil istemini de haksız işgal bağlamından koparmak yerinde değildir. Dolayısıyla ecrimisilin sebepsiz zenginleşme teşkil ettiği görüşüne katılmamaktayız.

4. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Görüşü

Doktrinde bir takım yazarlarca ecrimisil talepleri bakımından gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁵⁰. Bu görüşteki yazarların ayrıldığı noktalar; TMK 995.maddesi hükümlerinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile beraber uygulanabilirliği, iyi niyetli zilyede karşı ileri sürülebilecek ecrimisil talebi ve ecrimisil taleplerine uygulanacak zamanaşımı noktasında toplanmaktadır.

Tandoğan ecrimisil talepleri yönünden TMK 995 ile beraber TBK 530.madde vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanabileceğini savunur. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme isteminin hem ecrimisil talebinin ileri sürüleceği kötü niyetli haksız zilyede hem de iyi niyetli haksız zilyede karşı ileri sürülebileceği kabul edilmiştir⁵¹. Ancak iyi niyetli zilyet sadece elinde kalanlar yönünden ve şey üzerinde tasarruf etmesi neticesinde elde ettiği ivazlar oranında vekâletsiz iş görme hükümleri dâhilinde sorumlu olmalı, elinde bulunmayanlar bakımından sorumlu tutulmamalıdır. Aksi tutum hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu görüşe göre; iyi niyetli zilyet ile kötü niyetli zilyedin iade yükümlülükleri aynı olmayacağı için kötü niyetli zilyedin kendi imkân ve araçlarıyla elde ettiği ürünler de kendisinden istenebilecektir. Yazar, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin hukuka aykırı fiil olmasından ötürü haksız fiil zamanaşımı uygulanmasını yerinde bulmaktadır⁵². Yazar bir başka eserinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halinde haksız fiil zamanaşımının uygulanması kanaatinde olsa da konunun tartışmalı olduğunu ve Yargıtay'ın on yıllık genel zamanaşımı süresini uyguladığını belirtir⁵³.

Ecrimisile, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulanmasını savunan *Hatemi*'ye göre; ecrimisil, Mecelle'de prensip itibariyle kullanmak üzere edinilmiş bir eşyanın kötü niyetli zilyedin hâkimiyetine girmesi neticesinde kötü niyetli zilyetten istenebilecek bir tazminattır⁵⁴. Dolayısıyla *Tandoğan*'dan farklı olarak iyi niyetli zilyede karşı ecrimisil isteminin ileri sürülememesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak yine de gerçek hak sahibinin eşyasında meydana gelen haksız işgalden ötürü zararı doğmadığı takdirde⁵⁵ dahi hukuka

⁵⁰ Hüseyin Hatemi, "Türk Hukuku'nda Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Kurumuna İlişkin Düşünceler", **Prof.Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2000, s.386. Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk - İsviçre Hukuku Bakımın Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1957, s.316-317.

⁵¹ Hatemi, **a.g.e.**, 385; Tandoğan, **a.g.e.**, 316-317.

⁵² Tandoğan, **a.g.e.**, s.317.

⁵³ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt:II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, 4.Basım, Ankara: Evrim Basım - Yayım - Dağıtım, 1989, s.683. Vekâletsiz iş görmede on yıllık zamanaşımını kabul eden Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Karar Tarihi: 13.03.2018 E.2016/19119 K.2018/3022; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Karar Tarihi: 05.04.2011 E.2011/1381K.2011/2061

⁵⁴ Hatemi, **a.g.e.**, s.385.

⁵⁵ Hatemi, **a.g.e.**, s.385, Yazara göre zararın oluşması halinde TMK 995'e de dayanılabilecektir.

aykırı bir eylemden ötürü tazminat isteyebilmelidir. Bu halde gerçek hak sahibinin TBK 530.madde uyarınca gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca kötü niyetli zilyetten kullanma tazminatı isteyebilecektir. Ancak bu kabul karşısında dâhi *Hatemi Yargıtay*'ın 25.05.1938 22/10 sayılı İBK'si uyarınca kira alacaklarına uygulanan beş yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁵⁶.

Kanaatimizce; gerek iyi niyetli gerekse kötü niyetli zilyedin tazminat sorumlulukları bakımından TMK 992 vd. maddeleri ihtilafları giderecek nitelikte açıktır. Bu sebeple; eşya hukuku hükümlerinden ayrılarak Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümlerine gidilmesini yerinde bulmuyoruz.

5. Kanun Boşluğu Görüşü

Doktrinde ecrimisil hususunda kanuni boşluk olduğu da savunulan diğer görüşler arasında yer almaktadır⁵⁷. Zira ecrimisil istemini haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve TMK 995.madde çerçevesinde elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen semere kavramı ile açıklamak uygun değildir⁵⁸. Zira ecrimisil yönünden haksız fiil sorumluluğu anlamında 'zarar' doğmadan da talepte bulunulabileceği gibi TMK 995.madde kapsamında haksız işgale dayalı istenebilecek tazminat kalemleri sebepsiz zenginleşmeye nazaran daha fazladır. Bu görüşü savunan yazarlara göre ecrimisil kavramı bakımından zarar koşulunu aramak doğru değildir. Kaldı ki zarar koşulu arandığı takdirde bu zarar ispata elverişli olmadığı için tazmini olanaklı olmayacak ve kötü niyetli haksız zilyet yönünden hukuka aykırı hareketini yanına kâr olarak bırakmak olacaktır⁵⁹. Diğer yandan Alman Medeni Yasasında ecrimisil bahsine karşılık gelen kısımda kullanılan ifade zarar olarak değil "faydalanma karşılığı" ("*Nutzungen*") olarak ifade edilmiştir. Hemen belirtilmelidir ki bu kavram aynı zamanda ürün (semere) kavramından da ayrıdır. İşte bu nedenle yazarlar, TMK 995.maddenin ecrimisil istemini karşılayacak nitelikte bir hüküm olmadığını da ileri sürerler. Netice itibarıyla, yazarlara göre ecrimisil yönünden TMK'de boşluk vardır⁶⁰ ve bu boşluk ancak TMK 1.madde yardımıyla doldurulabilir⁶¹. Bu görüşü savunan yazarlara göre; zamanaşımı noktası da kanun boşluğu kapsamındadır. Buna göre; genel zamanaşımı olan on yıl doğrudan tatbik edilmemeli ecrimisile hukuken daha uygun düştüğünü düşündükleri haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresinin TMK 1.maddenin vasıtasıyla uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁶².

Ecrimisille ilgili kanunda boşluk olduğu görüşüne katılmamaktayız. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere TMK 995.maddesi kötü niyetli zilyedin iade yükümlülüğünü açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Kanaatimizce ecrimisil isteminin kanun hükmünde yer alan ve tazmin edilmesi öngörülen zararlar ve elde edilen ya da elde edilmesi ihmal edilen ürünler noktasında toplanmaktadır. Kanun boşluğu görüşünü savunan yazarların, zararlar hususunda yaptıkları değerlendirme ise önemlidir. Zira ecrimisil bakımından zarar şartının

⁵⁶ Hatemi, a.g.e., s.289.

⁵⁷ Ferit H. Saymen / Halid K. Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963, s.122.

⁵⁸ A.g.e.

⁵⁹ A.g.e., s.121.

⁶⁰ Aynı yönde bkz.: Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.183 vd.

⁶¹ A.g.e., s.123; Yazarlara göre; bu yol ile TMK 995.maddenin gayesi tespit edilerek kötü niyetli zilyedin hiçbir şekilde korunmaması ve elde ettiği tüm menfaatleri gerçek hak sahibine iadesi amaçlanmalıdır. Bu itibarla; ecrimisil borcu kanuni borç olarak telakki edilmelidir.

⁶² A.g.e., s.123 - 124.

aranması zilyetlik ve mülkiyet hakkının ihlali karşısında ispata elverişli değildir. Zira zarar, malik ve/veya haklı zilyedin mülkiyet ve zilyetlik haklarının ihlali içinde bizatihi bulunmaktadır. Ayrıca zarar koşulu aramanın hak sahiplerine haklarını ne şekilde kullanmaları gerektiği yönünde orantılı olmayan ve mülkiyet hakkına haksız ve orantsız bir müdahale teşkil ettiği kanaatindeyiz. Bu durum ise adeta haksız zilyedin haksız işgalinden ötürü ödülendirilmesine sebebiyet vermektedir.⁶³

6. Kira Alacağı Görüşü

Son olarak ecrimisil isteminin hukuki niteliği ile ilgili bu istemin kira alacağına dayandığı da doktrinde ileri sürülmektedir⁶⁴. Bu görüşte olan yazarlar Alman hukukunda ecrimisil kavramının “kullanma tazminatı” (“*Nutzungsentschädigung*”) olarak adlandırılmasından yola çıkmaktadırlar. Buna göre; “*elde edilemeyen kira bedeli*” olarak değerlendirilen ecrimisil istemi için eşyanın kiraya verilebilir olması da aranmalıdır⁶⁵. Yazarlar her ne kadar ecrimisil istemini kira bedeli olarak değerlendirmişlerse de ecrimisil istemine uygulanacak zamanaşımının TBK 72.maddesi uyarınca iki ve on yıllık zamanaşımı olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Ancak uyuşmazlığın aradaki sözleşmesel ilişkiden veya mirasçılar arasındaki kötü niyetli zilyetlikten ötürü çıkması durumunda genel zamanaşımı süresi veya miras sebebine dayanan 20 yıllık zamanaşımı uygulanmalıdır⁶⁶. Bu noktada belirtilmelidir ki Yargıtay’ın ecrimisille ilgili vermiş olduğu 25.05.1938 Tarih ve 29 E. 10 sayılı kararında ecrimisilin hukuki niteliği kira alacağı olarak değerlendirilmiştir ve kira alacaklarına uygulanan beş yıllık zamanaşımının uygulanması kabul edilmiştir.

Kanaatimizce bu görüşü savunmak kabul etmek mümkün değildir. Her ne kadar ecrimisil istemi kira alacağına benzerlik gösterse ve dahi ecrimisilin hesabında emsal kira bedelleri nazara alınsa bile bu durum onun kira alacağı olduğunu göstermez. Zira hak sahibinin ecrimisil kapsamında isteyebilecekleri yönünden kira alacakları emsal teşkil eder. Eğer ki hak sahibinin emsal kira bedellerinden daha yüksek bir zararı var ise bu zararı ecrimisil kapsamında tazmin etmesine mani bir durum da yoktur.

7. Yüksek Mahkemelerin Değerlendirmeleri

i. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Ecrimisil istemlerine ilişkin İçtihadı Birleştirme Kararları (İBK) aşağıdaki başlık altında açıklanmıştır. 04.06.1958 tarihli İBK’den bu yana herhangi yeni bir içtihadı birleştirme kararı Yargıtay tarafından verilmemiştir ve dolayısıyla anılan içtihadı birleştirme kararı hala geçerliliğini korumaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 31.03.2010 tarih E.2010/3-146, K.2010/184 sayılı kararında ecrimisil isteminde gözetilecek kriterin malikin taşınmazdan ne şekilde yararlanıyor olacağının değil haksız zilyedin taşınmazdan ne şekilde yararlanarak ekonomik menfaat elde ettiğinin olması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre; malikin taşınmazı nasıl kullandığı dikkate alınsaydı ecrimisile hükmedilmeyecekti. Zira malik haksız zilyedin yapmış olduğu gibi taşınmazı çevredeki villa sakinlerinin kullanımını için yol olarak kullanıma tahsis etmeyecekti. Ancak haksız zilyedin kullanım ölçütü dikkate alındığında ecrimisil istemine hükmedilmesi imkanı tanınmıştır. Kanaatimizce bu kararın sonucu doğru olmakla beraber

⁶³ Reisoğlu, a.g.e., s.83.

⁶⁴ Turhan Esener / Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 6.Baskı, Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2015, s.109.

⁶⁵ A.g.e., s.109.

⁶⁶ A.g.e., s.110 - 111.

taşınmazın haksız işgali başlı başına ecrimisili gerektirdiği için Yargıtay'ın taşınmazın ekonomik yarar elde etmeye elverişli olmasının aranması ve ekonomik ölçüt şartı araması yerinde olmamıştır.

Bununla beraber Yargıtay hukuk daireleri arasındaki farklı uygulamalar dolayısıyla 27.10.2016 yılında içtihadı birleştirme kararı isteminde bulunulmuştur⁶⁷. İçtihadı birleştirme istemine temel olan davada Yargıtay 1.Hukuk Dairesi, hak sahiplerinin uzun süreli haksız işgal karşısında sessiz kalmasının muvaffakiyet olarak değerlendirilmesi ve dava açmakla beraber bu muvaffakiyetin geri alındığının kabul edilmesi gerektiğini kabul ederek ecrimisil talebinin reddine karar vermiştir⁶⁸. Öte yandan ecrimisil istemlerine beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği de Yargıtay 1.Hukuk Dairesi'nin kararında yer almaktadır.

Davacı vekilleri, uzun süren haksız işgal karşısında ecrimisil talebinin 'muvaffakiyet' olduğu gerekçesiyle reddi yönünde karar veren dairelerin olduğunu ve bunun karşısında davanın açılması tarihinden itibaren geriye doğru beş yıllık ecrimisil istenebileceğini kabul eden dairelerin kararları ışığında içtihatların birleştirilmesi talebinde bulunmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından bu istem, içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığı savıyla reddedilmiştir⁶⁹.

Kanaatimizce, uzun süren haksız işgaller neticesinde ecrimisil isteminin 'haksız işgale muvaffakiyet verilmesi' dolayısıyla reddi medeni hukukun mülkiyetin sağladığı tasarruf yetkisi ve eşyadan yararlanmaya ilişkin prensipleriyle bağdaşır yanı yoktur. Kaldı ki hak sahibinin mülkiyetin sağladığı haklardan ne zaman ve ne şekilde yararlanacağını belirleme hakkı yine kendisindedir. Ecrimisil talebinin ne zaman ileri sürüleceği de hak sahibinin kendi tasarrufu içinde yer almaktadır. Nitekim ecrimisil isteminin dava yoluyla ileri sürülmesi, dava sürecinin masraflı ve uzun oluşu da hak sahiplerinin bu hakkı ne zaman ileri sürmesinde etkili olabilmektedir.

Bu sebeplerle, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin haksız işgalden uzun zaman sonra ecrimisil isteminin ileri sürülmesini kendi oluşturmuş olduğu muvaffakiyet gerekçesiyle reddetmesinin kanuna açıkça aykırı olduğunu ve uygulanagelen bu durum karşısında içtihadı birleştirme isteminin reddini yerinde bulmuyoruz.

ii. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları

Yargıtay'ın ecrimisille ilgili verdiği ilk İBK'si 09.12.1931 Tarih, 1931/23 E. ve 1931/44 sayılı karardır⁷⁰. Kararda, ecrimisil isteminin haksız fiil teşkil etmediği bu sebeple haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanamayacağı kabul edilmiştir.

Mesele, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu ("İBGK") tarafından tekrar ele alınmıştır. Ancak 25.05.1938 Tarih, 1937/29 E. ve 1938/10 sayılı karar⁷¹ ile fuzuli işgal neticesinde ecrimisil taleplerinin hukuki niteliği sözleşmelerle benzetilmemiş, tarafların anlaşması bulunmasa da daha çok kira sözleşmesine benzer kabul edilip kira alacaklarına uygulanan beş yıllık zamanaşımının uygulanması kabul edilmiştir.

⁶⁷ <https://tasinmazdavalari.com/wp-content/uploads/2016/07/S45C-6e16071314240.pdf> (Erişim Tarihi 10.03.2021).

⁶⁸ Yargıtay 1.Hukuk Dairesi 10.10.2014 tarih ve E. 2014/8840, K.2014/14053 sayılı kararı

⁶⁹ Yargıtay 1.Başkanlık Kurulu 09.06.2016 tarih ve 199 sayılı Kararı.

⁷⁰ Resmi Gazete 09.04.1932, Sayı 2072.

⁷¹ Resmi Gazete 15.11.1938, Sayı 4063.

08.03.1950 Tarih 1945/22 E. ve 1950/4 sayılı karar⁷² ile Yargıtay İBKG yeni bir İBK içtihadında bulunmuştur. Burada Yargıtay, ecrimisil talebini haksız fiil olarak nitelendirerek kira sözleşmesi görüşünden dönmüştür. Ancak bu kararda ayrıca zamanaşımı hususunda bir belirleme olmaması gerekçesiyle 1937/29 E. ve 1938/10 sayılı İBK'de yer alan kira alacaklarına ilişkin zamanaşımının uygulanması Yargıtay tarafından müstekar hale gelen kararlarda uygulanmaktadır. Buna göre; ecrimisil taleplerinin hukuki niteliği haksız fiil iken bu taleplere uygulanacak zamanaşımı kira alacakları için geçerli olan TBK 147. Madde kapsamında beş yıllık zamanaşımıdır.

Bunun yanında Yargıtay 04.06.1958 Tarih, 1958/15 E. ve 1958/6 sayılı İBK'de⁷³ ise haksız zilyedin taşınmazı üçüncü bir kimseye kiraya vermesi karşılığında elde ettiği gelirlerin iadesinde bu eylemi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak nitelendirmiştir. Ayrıca bu durumda on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.

Sonuç

Yasa koyucu, bir başkasının eşyasından hukuka aykırı olarak yarar sağlamaya cevaz vermiş ve bu durumu gerek özel hukuk gerekse ceza hukuku alanında kimi yaptırımlara tabii tutmuştur. Özel hukuk alanında hukuka aykırı bu davranışın yaptırımı temel olarak ecrimisil olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ecrimisil, yalnızca doktrinde değil aynı zamanda yargı kararlarında da büyük ölçüde yer almış ve yer almaya da devam etmektedir. Ecrimisil kavramı ilk olarak Mecelle'de yer almış ise de kavramın içinin doldurulması yargı kararları ve doktrindeki yaklaşımlarla mümkün olabilmıştır. Bu kadar geniş uygulama alanı olan hukuki kavramın temel yasal düzenlemelerde tanımlanmamış olması ve bunun da ötesinde bu kurumun niteliğine has bir düzenleme olmaması ise ecrimisilin hukuki niteliğinin tespit edilmesi noktasında da temel sorunlara yol açmaktadır.

Bu çerçevede çalışmamızda da belirttiğimiz üzere uygulama ve doktrinde ecrimisilin hukuki niteliği, hukuki dayanağı ve buna bağlı olarak ispatı, kapsamı, zarar kavramı ve zamanaşımı farklı yaklaşımların benimsenmesine sebep olmuştur. Öyle ki sadece ecrimisil için Yargıtay dört farklı içtihadı birleştirme kararı vermiş olup eski Medeni Kanun döneminde verilen 04.06.1958 tarihli İBK halen geçerliliğini korumakta ve Yargıtay tarafından uygulanmaktadır. Ecrimisili haksız fiil olarak kabul ederek ecrimisile kira alacaklarına uygulanan beş yıllık zamanaşımını uygulamayı uygun bulan bu içtihadı birleştirme kararını doğru bulmamaktayız. Kanaatimizce ecrimisilin dayanağını TMK 995.maddesi oluşturmaktadır. Bu durumda haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi borcun kaynaklarından ayrılarak *sui generis* bir tazmin yönteminin öngörüldüğünü düşünüyoruz. Zira TMK 995.madde hükmünün temelde mülkiyet hakkına dayanan ve gerçek hak sahibini ve mülkiyeti koruyarak müşkiyet hakkını ihlal eden davranışları da yaptırma bağladığı kanaatindeyiz. Bu durum karşısında ayrıca zararın aranması yerinde değildir. Zira haksız işgalin vuku bulmasıyla hak ihlalinin ve ecrimisili talep hakkı doğmaktadır. Buna karşın Yargıtay'ın hak sahiplerinden haksız işgale konu eşyayı kullanacaklarını, ondan ürün elde edeceklerini ispat etmeleri karşısında ecrimisile hükmedileceği yaklaşımı hükmün amacına aykırılık teşkil etmektedir. Öte yandan ecrimisil istemine, onu haksız fiil olarak nitelendirdikten sonra kira alacaklarına uygulanan beş yıllık zamanaşımını uygulamak yerinde değildir. Bu halde kanun koyucu ecrimisil için her ne kadar ayrı bir zamanaşımı öngörmemişse de TBK 146.madde uyarınca on yıllık zamanaşımının uygulanması için herhangi bir engel bulunmamaktadır. Kanaati-

⁷² Resmi Gazete 09.06.1950, Sayı 7528.

⁷³ Resmi Gazete 01.19.1958, Sayı 10021.

mizce hak sahiplerinin eşyaları üzerindeki mülkiyet ve buna bağlı haklarını zedeleyen haksız işgal durumuna dayalı ecrimisil istemine dair bir yasal düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu açıklamalarımız ışığında, Yargıtay'ın da TMK 995.madde hükmüne ısrarlı muhalefetini de göz önüne aldığımızda ecrimisilin şu şekilde düzenlenmesinin uygulamadaki sorun ve hak ihlallerini çözeceğini düşünüyoruz: *“Haksız işgal neticesinde bir şeyin alıkonulmuş olması karşısında kötü niyetli zilyetten, o şeyin haksız zilyetlikte bulundurulduğu süre boyunca ecrimisil isteminde bulunabilir. Ecrimisil isteminde bulunmak için ayrıca bir zarar koşulu aranmaz. Ancak ecrimisil belirlenirken benzer şeylerin kira bedelleri göz önüne alınır. Bu halde dahi, hak sahibinin ispat etmesi koşuluyla daha yüksek tazminat istemesi hali saklıdır. Haksız işgale konu şey üzerinde elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünler dolayısıyla ayrıca tazminat istenebilir. Ecrimisil de dahil olmak üzere kötü niyetli zilyetten talep edilecek tazminatlara uygulanacak zamanaşımı on yıldır.”*

KAYNAKÇA

Akipek Jale, **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Ankara: Ajans - Türk Matbaası, 1965.

Antalya Gökhan, **Eşya Hukuku Cilt II Zilyetlik**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018.

Ayan Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016

Ayan Mehmet, **Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Berki Ali Himmet, **Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye)**, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1990.

Devellioğlu Ferit, **Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, Yayına Hazırlayan: Aydın Sami Güneşçâl, 21. Baskı, Ankara: Aydın Kitabevi, 2004.

Erman Hasan, **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul: Der Yayınları, 2013.

Ertaş Şeref / Cumalıoğlu Emre / Serdar İlknur, **Eşya Hukuku**, İzmir: Fakülteler Kitabevi, 2017.

Esener Turhan / Güven Kudret, **Eşya Hukuku**, 6.Baskı, Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2015.

Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, **Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şümûlü (Husûsiyle “Ecrimisil” Meselesi)**, İstanbul: Bahara Matbaası, 1958.

Gemalmaz H. Burak, **Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi**, Anayasa Yargısı, 31 (1), 379-401, 2015, s.398.

Grgić Aida, Mataga Zvonimir, Longar Matija ve Vilfan Ana, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı**, Numara 10, Avrupa Konseyi.

Gürsoy Kemal Tahir, **Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.

Hatemi Hüseyin, “Türk Hukuku’nda Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Kurumuna İlişkin Düşünceler”, **Prof.Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2000.

Hirş Ernest, **Medeni Kanununun XV. Yıldönümü İçin: Fuzuli İşgalden Doğan Tazminat Talepleri**, İstanbul: Kenan Matbaası, 1944.

Nomer Haluk Nami/ Ergüne Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku Zilyetlik Tapu Sicili Rehin Hakları**, 8.Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Oğuzman Kemal / Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 15.Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2020.

Oğuzman Kemal / Seliçi Özer / Oktay - Özdemir Saibe, **Eşya Hukuku**, 22.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.

Özen Burak, **Haksız Zilyedlikte İade**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003.

Reisoğlu Safa, **Türk Eşya Hukuku Cilt.1 Giriş – Zilyedlik – Tapu Sicili ve Kadastro ve Tahriri Kanunu – Tapulama Kanunu**, Beşinci Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1997.

Saymen Ferit H. / Elbir Halid K., **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963.

Serozan Rona, **Taşınır Eşya Hukuku Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Zilyetlik, Mülkiyet, İntifa ve Rehin Uygulama Çalışmaları**, 2.Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2007.

Sirmen A. Lale, **Eşya Hukuku**, Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2020.

Şanlı İrem Durgun, **Haksız İşgal – Ecrimisil Tazminatı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019.

Tandoğan Halûk, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk - İsviçre Hukuku Bakımın Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1957.

Tandoğan Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt:II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, 4.Basım, Ankara: Evrim Basım - Yayım - Dağıtım, 1989.

Tekinay Selahattin Sulhi / Akman Galip Sermet / Burcuoğlu Haluk / Altop Atilla, **Eşya Hukuku Cilt I Zilyedlik – Tapu Sicili – Mülkiyet**, 5. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.

Ünal Mehmet / Başpınar Veysel, **Şekli Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili**, 11.Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.

Yavuzaslan Ceren, **Ecrimisil**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

www.kazanci.com

www.legalbank.net

www.lexpera.com.tr

<https://tasinmazdavalari.com/wp-content/uploads/2016/07/S45C-6e16071314240.pdf>

^{4f} PRACTICALITY OF ARTICLE 242 OF TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

(TÜRK BORÇLAR KANUNU MADDE 242'NİN UYGULANABİLİRLİĞİ)

Av. Nazım KARADAĞ^{**}

ABSTRACT

Article 242 of Code of Obligations¹ looks practical, but once the right is triggered it proves to be unfavorable for the holder. In this article, with the help of sample formal documents, contractual pre-emption right will be questioned in the light of Article analysis and technological means activating notification mechanisms, making the exercise of the right possible and favorable for the preemptor. In addition to sample application scenarios, how the right may be exercised through the e-governance portals and benefits of paperless communication will be discussed.

Keywords: Contractual pre-emption right, Priority Notice, Land Register, BK 242, Formal Deed, TAKBİS, WEBTAPU, E-Governance.

ÖZ

Borçlar Kanunu madde 242¹ pratikte uygulanabilir gibi gözükse de, kaleme alındığı şekliyle kullanımı hak sahibine fayda sağlamaktan uzaktır. Bu çalışmada, resmi senet örneği ile sözleşmeden doğan önalım hakkı ve ihbar mekanizmasının çalışır kılınması, önalım hakkı sahibinin yararına sunulması; kanunun lafzı ve teknoloji çağının imkanları ışığında sorgulanacaktır. Uygulama senaryoları üzerinden elektronik devlet ile sözleşmeden doğan önalım hakkının nasıl kullanılabileceği ve kağıtsız iletişimin faydaları tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmesel Önalım Hakkı, Şerh, Tapu, BK 242, Resmi Senet, TAKBİS, WEBTAPU, E-Devlet.

I. INTRODUCTION

Preemption is not drafted in one sit. It has arms both in Turkish Code of Obligations (BK)¹ and Turkish Civil Code (MK)². The pillars the right stands on are either constructed by contracts (contractual pre-emption right) or embedded in Turkish Codices (statutory pre-emption right).

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 10.09.2019. İlk hakem raporu tarihi: 10.02.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 18.02.2021. Onaylanma tarihi: 23.02.2021

* Stajyer Avukat (İstanbul 1 No.lu Barosuna Kayıtlı).

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5256-8816.

¹ Official Gazette, Date: 4 February 2011, Number: 27836.

² Official Gazette, Date: 8 December 2001, Number: 24607.

Esere Atf Şekli: Nazım Karadağ, "Practicality of Article 242 of Turkish Code of Obligations", YÜHFĐ, C.XVIII, 2021/2, s. 1423-1435.

Turkish Codices have sale event (satış ilişkisi) related articles both in BK (§§237-242) and MK (§§732-736, §1009). These articles touch right to repurchase, right to purchase and pre-emption right.

Exercising the contractual right of pre-emption is subject to a detail in the Land Register and requires court action. Priority Notice in the registry as a reference may sound comforting to secure the right compared to a non-registered form of it, but how to exercise the right may be a difficult question to answer. Besides a sales transaction, the pre-emption right may as well come to life after a legal transaction economically equivalent to a sale (pre-emption event, Vorkaufsfall, önalım olgusu)³ is taken. Yet again, in practice, the claimants have to trace the property owner closely to defend their rights within the time bar defined in the code.

How to send notifications for asking whether the pre-emptor will exercise the right is not clearly stated in the Code. Alerting the pre-emptor electronically and use of provisional entries in the registry will be scrutinized because it affects the time bar on exercising the right.

Right of pre-emption is a unilateral right and in theory, may be used even out of court, provided the parties are eager to stand by their bond, but almost always an action in the court is needed and court intervention is clearly stated in the Code.

Renunciation of the pre-emption right requires a visit to Notary Public. The pre-emptor may waive the exercises of the right, in the form of a deed prepared by the Notary Public (MK §732).

II. BRIEF HISTORY

In *De Iure Praedae*, Hugo Grotius was the man to question (the) tradition of ownership rights (same) stemmed from the Roman Law⁴.

In Roman Law, pre-emption right was available both as statutory and contractual right. If the right was attached to a sales contract, it only carried right in personam function without producing the results of right in rem. The result of the pre-emption right was totally personal⁵.

Centuries later, Roman Law was accepted in Germany probably due to Germanic peoples' judges practicing what they learned in Italy and was distributed around in Continental Europe by means of universities of 14th century (Prague 1348, Vienna 1365, Heidelberg 1386)⁶.

Germanic law had provisions on contractual pre-emptive rights⁷. Later on, German Civil Code (BGB) paid broader attention to same in Book 3 of the Code, Law of Property, Special Type of Purchases, Right of Preemption (BGB §§1094-1104)⁸, and in Book 2 of the Code, Law of Obligations, Particular Types of Obligations, Preemption (BGB §§463-473).

³ OR Article 216c, <https://www.droit-bilingue.ch/rs/lex/1911/00/19110009-a216c-en-de.html> (Accessed 19 Feb 2021).

⁴ Hugo GROTIUS, *De Iure Praedae*, Oxford, 1950, as cited in TONG, 2009, p.124.

⁵ M. Tahir SEBÜK, *Şüfa, Vefa ve İştirak Hakları: Nazariyat ve Tatbikat*, İstanbul, 1951, p.7.

⁶ Coşkun ÜÇÖK, "Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış", *AÜHFĐ* 7 / 1, 1950, p.309.

⁷ SEBÜK, p.8.

⁸ *Ibid.*

Preemption scent puffed into "Mecelle" (flawed civil code of late Ottoman era) in articles §§950-956, and §§1008-1044⁹. However, contractual pre-emption right was not included in Mecelle¹⁰.

When Turkish Codices were revolutionized, they were based on the French version of Civil Code of Neuchâtel Canton, Switzerland, but the script used was in German (probably due to German professors' active role in code writing). It is safe to say Swiss Canton Code would not have been chosen if the then Turkish Minister of Justice, Mahmut Esat Bozkurt had not studied law in Neuchâtel¹¹.

III. RELATED DOCUMENTS

A. Public Deed

In order to be binding, a contract to transfer immovable property ownership must be executed as a public deed. (MK §706)

Forming the deed is under the supervision of the officially authorized persons taking part in the transaction, and they prepare the deed *ex officio*. Mere approval of the signatures in the Notary Public is distinct but would not suffice to form the deed.

Land Registrar, Notary Public, civil peace judge (sulh hukuk hakimi) are usually among the authorized persons¹².

Public deed¹³ is an official agreement bonding the parties and when the change of ownership of an immovable property is the issue, Article 26 of the Land Registry Law Nr. 2644¹⁴ authorizes no one but the officials at the Land Registry Offices to prepare such deeds.

Front page of the public deed contains the chart of agreements and the back page has the tables with more details of the property and the transaction. On a separate sheet of paper, title deed is prepared with a QR Code (Quick Response Code is added recently) and handed to the new owner.

The consent on the transfer of ownership (*Auflassung, conveyance*) brings on the "imminent" request (*Antrag*) for registry and transaction is completed with the registration (*Eintragung*) in Land Registry by the registrar. This "matryoshka transaction" is the crucial, difficult to contemplate procedure, grinded in the Code.

B. Sales Contract of an Immovable Property

The only place where one can sign a sale contract of an immovable property is the Land Registry, as dictated in current Land Registry Law¹³. The deed is signed in the presen-

⁹ İlyas YILDIRIM, "Şüfa-Önalım Hakkı: Mecelle ve Türk Medeni Kanunu Merkezli Bir Mukayese", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, s.31, y.2018, 2018, p.318.

¹⁰ *Ibid*, p.320.

¹¹ Chibli MALLAT, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p.532.

¹² Halûk TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, İstanbul, 2008, p.226-227; MK §532/II.

¹³ See. Deniz DENİZ, " Tapu Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması ve Tapu Kadastro Bilgi Sistemi (TAKBİS). Uygulamaları", Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dönem Projesi, Ankara, 2013, p.78-79, and a free translated English version of the deed available at <http://www.yeditepelaw.info/hbarpaci/> (Accessed 19 Feb 2021).

¹⁴ Official Gazette, Date: 29 December 1934, Number: 2892.

ce of authorized officers with the word “sale” dissolved in the body of the public deed, making the public deed the sale contract itself.

C. Pre-sale Agreement

Land Registry Officer has the authority to draft a pre-sale agreement and/or a sale agreement, however they are always too busy. To lighten their workload, and some of the work is pushed to Notary Public. Any buyer/seller headed to Land Registry Office for sale transaction should visit a Notary Public first, because the Land Registry Officer asks for a pre-sale agreement. With that pre-sale agreement ready in hand, the parties can either “request registry” or one of the two can ask for a priority notice recorded in the registry, as the need may be. Validity for this priority notice would be five years, and cancellation is done *ex officio* by the registrar (the officer at Land Registry Office) at the end of this period, yet renewal of a priority notice would be possible. In any case, due to heavy work load, one has to ask for action rather than waiting for the officer to use *ex officio* authority. In other words, without application, priority notices can not be cancelled.

Land Registry Office does not have to question whether or not consensus is formed, as the proof of consensus on this official agreement comes from the Notary Public in the form of a pre-sale agreement, and it is the proof, bonding the parties.

D. Pre-emption Contract

Preemptor’s signing a contract with the immovable property owner means the owner agrees to give priority to the preemptor at the time of change of hands under certain circumstances and in return, would expect the preemptor to perform as per the agreement (i.e. pay for the value of the property). Simple written form is enough for the contract to be valid (BK §237/III). The immovable property owner is obliged to request the registrar to record the right in the Land Registry. This would turn a relative right into an empowered right establishing the in rem relationship carrying the obligation of the current owner¹⁵ onto third party (potential future owners), favoring the pre-emptor when the right is triggered. The maximum duration unless renewed is ten years for this priority notice. The contract may be enriched with terms defining how the pre-emptor will be notified using technological means.

E. Priority Notice Agreement

Parties should agree on the point that the right of pre-emption will be recorded at the Land Registry, with a priority notice agreement. A simple written form would suffice¹⁶. This agreement may be a separate agreement or may as well be embedded in the Pre-emption Contract. This supports the pre-emptor and pushes the owner to ask the registrar to record this “allowed” right in the Land Registry.

IV. ESSENTIAL ACTIONS

A. Prevention

Restricting a right in rem should take place at the time or before the right of pre-emption is born¹⁷, otherwise it will not prevent the owner using his absolute rights at full power. The pre-emptor has to drag the owner to the Land Registry to record a priority noti-

¹⁵ Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2018, (Eren_Özel), p.205-206.

¹⁶ *Ibid.* p.204.

¹⁷ Vedat ORUÇ, <https://www.hukukihaber.net/onalism-hakki-ve-uygulamadaki-sorunlar-makale,4760.html> (Accessed 19 Feb 2021).

ce, after signing a preemption contract at a Notary Public. Otherwise, although the impossibilities on the performance will be discussed at court, eventually will fail the preemptor at the end¹⁸.

B. Protection

Even though the right is protected with a priority notice, it is doubtful that it protects the owner of the right. The preemptor should be economically viable to file a suit in order to protect his right if the need be and should be consistent enough to check the registry with less than two-year intervals (because the time bar is maximum two years) to confirm the owner is still the same.

V. ANALYSIS OF ARTICLE 242 OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

Drafting a pre-emption contract and the necessity of a record of priority notice in the Land Registry are comprehensible and as clearly stated in Article 242 of the Code; “*As long as it is recorded as a priority notice in the land registry, a person wishing to exercise his right of pre-emption borne with a contract must sue the buyer if immovable property ownership is registered under the buyers’ name, otherwise must sue the seller, within three months when a sale or any other transaction economically equivalent to a sale is reported to him, and in any case within two years commencing from the date of sale transaction*“. However, whom the pre-emptor selects to sue is the confusing part. Actually it is a zug-zwang (Zwischenzug).

The pre-emptor cannot sue the seller because the seller does not have the option to keep his promise to sell but postpone the request (*Antrag*) for registry during the process¹⁹ at the Land Registry Office (the application includes the implied request to change ownership - *matryoshka transaction*), unless the transaction is electronically intervened. In other words once the transaction commences the seller is unable to keep the ownership from “shifting” to the buyer’s court, unless technological warnings prevent the transaction. It is also difficult to trace any transaction economically equivalent to sale before the “moment” of registry. Wording of the article brings no restriction on the absolute right of the seller²⁰.

The pre-emptor can go to the buyer because the purpose of the priority notice is to keep the door open for the fulfillment of the pre-emption contract after the sale is reported to him. If the buyer does not report the sale to the pre-emptor or prevents the pre-emptor from bringing up the issue without filing the case for a period of say three months and a day, or the pre-emptor is not financially strong to pay expenses for court procedure, time limit will restrict him from taking further action and has to wait until the next sale transaction, after missing the deadline for application on the first sale.

Pre-emption right might have been specifically agreed for the first sale only. Then the right should be exercised in the time frame allowed after this agreed sale. If not exercised, it cannot be used during any other sale transaction. On the other hand, if there is no

¹⁸ Abdülkadir ARPACI, Lecture Notes, İstanbul, 26 March 2019.

¹⁹ Fikret EREN, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, Ankara, 2008, (Eren_Makale), p.120.

²⁰ ARPACI, Lecture Notes, İstanbul, 26 March 2019.

article in the contract referring to this singularity and the right has a priority notice in the registry, the right will not expire and may be exercised at the following sales²¹.

Articles on exercise and renunciation of statutory pre-emption right are applied to contractual pre-emption right (MK §735) extending the effect to the new buyers if the right is not used timely. When the obligation of the current owner²² is carried onto potential future owners, the pre-emptor refreshes his right to exercise it on the “new” buyers. This right in rem effect powered with the priority notice can be waived at the new buyers. (Time limit reminder: Two years commencing from the sale transaction).

Turkish Civil Code §733 points at the Notary Public as the party to expect the notification of sale to come from when a statutory pre-emption right is in question. Unless the buyer or seller reports the sale to the pre-emptor, three months does not commence to count²³, but two-year clock ticks. In order to protect the right of the pre-emptor before time expires, a technological process should be formulated to turn the wheels in such a smooth way that the workload is not increased on the proposed party, i.e. Notary Public. If none of the parties request the Notary Public to send notifications, then pre-emptor faces the time limit issues and eventually after two years, loses the right due to notification issues.

In Swiss Civil Code and earlier Turkish Civil Code (eMK), the pre-emption right was a unilateral right possible to exercise without litigation, yet MK §734/I now states, “*Pre-emption right is exercised with a suit against the buyer*”²⁴. There are transactions like exchange (*trampa*) and donation²⁵; these transactions are not regarded as economically equivalent to a sale and the pre-emptor cannot use his right over these transactions, even though the ownership changes hands.

Turkish Code of Obligations, Article 242 does not look for whether the transaction was reported or not, to run the time to the limit of two years. Although it may sound unfair, textbook explanation in the General Assembly of Civil Chamber decision²⁶ which is referred to even today is, the *ratio legis* of time limit of two years: The time bar is there to prevent the pre-emptor holding onto the right for (upto) ten years (general time bar - mentioned in the Code of Obligations - based on contractual agreements and for collection of debt), claiming the sale was unknown to him/her, and thus the pre-emption right is still time resistant. The idea behind the time bar is, as the land register is open to public, pre-emptor is expected to visit the Land Registry (every now and then) to see if any changes take place and if it necessitates, he has to bring the issue up in the court, if he can.

If there is no priority notice recorded, the right is a relative right negotiable with the pre-emption contract opponent, which would in the best case, end with compensation in pre-emptor’s favor only. He may collect the money, but unfortunately cannot secure the property itself²⁷.

Renunciation of the pre-emption right requires a visit to Notary Public for authenticity and another visit to the Land Registry for waiving the priority notice (MK §733/II).

²¹ EREN, (Eren_Özel), p.205.

²² Ibid. p.205-206.

²³ Ibid. p.215.

²⁴ EREN, (Eren_Makale), p.117.

²⁵ See for more EREN, (Eren_Özel), p.210-212.

²⁶ YHGK 21.9.2005 8-358/470.

²⁷ ARPACI, Lecture Notes.

On the other hand, to give an idea, English translation of OR Art. 216e available online²⁸ reads:

“A person wishing to exercise his right of pre-emption must give notice of his intention within three months to the seller or, if it is entered in the land register, to the owner. This time limit commences on the day on which the person with the right of pre-emption became aware of the conclusion and content of the contract of sale”.

OR is flexible and reasonable, on the awareness of the pre-emptor and not rushes him every now and then to the Land Registry to check the status. Time does not expire before his becoming aware of the conclusion and the content (which means the sooner he is alerted the better it is for the parties). The process does not hide any “matryoshka transaction”. The intention is to be declared within three months, after learning the status, which is enough time to protect parties’ economical concerns.

VI. TECHNOLOGICAL MEANS

A. Electronic Governance

Electronic Governance in Turkey is provided via e-Government Gateway website²⁹. It offers access to all public services and applications including e-Justice system.

E-Justice, the National Judiciary Informatics System (UYAP)³⁰ is an e-Government application and an institutional automation infrastructure used by the Ministry of Justice for judicial and administrative transactions³¹.

Part of UYAP, the “UYAP SMS (short message service) Information System” sends warnings, transfers data and announces transactions on the system, including litigation status and execution of debts. Data can be sent by short message service (SMS) to user³² mobile devices.

Developing technologies enable the government to use joint databases. There are four main databases used throughout agencies to conduct transactions in Turkey. These are the Central Registration Administration System (MERNİS) used for registering natural persons, and the Central Commercial Registration System (MERSİS) used for registering business legal persons, and the Land Register and Cadastre Information System (TAKBİS) for property ownership information and the National Address Database (UAVT), which contains address information³³.

B. Paperless Land Registry

Ministry of Environment and Urban Planning and many governmental offices keep working hard on paperless transaction technologies since 2006. Circular No.1766 dated 23

²⁸ OR Article 216e, <https://www.droit-bilingue.ch/rs/lex/1911/00/19110009-a216e-en-de.html> (Accessed 19 Feb 2021).

²⁹ <https://www.turkiye.gov.tr/> (Accessed 19 Feb 2021).

³⁰ <http://www.e-justice.gov.tr/> (Accessed 19 Feb 2021).

³¹ 2017 E-Government In Turkey: An Outlook, Tübitak Bilgem Yazılım Teknolojileri Araştırma Enstitüsü, 2017

([https://dijitalakademi.bilgem.tubitak.gov.tr/wpcontent/uploads/2017/01/TUBI TAK-BILGEM-YTE-EGovernmentinTurkeyAnOutlookReport_2017.pdf](https://dijitalakademi.bilgem.tubitak.gov.tr/wpcontent/uploads/2017/01/TUBI_TAK-BILGEM-YTE-EGovernmentinTurkeyAnOutlookReport_2017.pdf)), (Accessed 19 Feb 2021) p.48.

³² Ibid.

³³ Ibid. p.24-25.

June 2015³⁴ computerized all priority notices and declarations³⁵ in the Land Registry records nationally, joining databases with mortgage information and lien orders which were kept electronically since 2015. Land Registry office is good at paperless communication and has been signing protocols with banks and other creditors since 2016, supporting transaction flexibility³⁶. E-mortgage diminished paperwork while registering or altering mortgage (the right, encumbering the property given to banks or similar creditors) on electronically transmitted mortgage agreements. Mortgage related requests are sent electronically to Land Registry, and processed swiftly. Cooperation on such protocols with the creditors is widely supported and official deeds with Quick Response (QR) Codes are introduced in 2018³⁷, making the transactions faster and safer. These signs show Land Registry Offices are taking it seriously to make the system run electronically and swiftly.

C. Land Register and Cadastre Information System (TAKBIS)

Since May 2012, all Land Registry offices have been using Land Register and Cadastre Information System (LRCIS, TAKBIS). Immovable property information across the country is transferred into the computer systems³⁸, making the Land Registry data computer aided.

There are several screens on TAKBIS software where the registrar recognizes warnings easily. One screen checks for priority notices, declarations, and encumbrances, a second screen checks for whether any third party is entitled with a right having a distinct and permanent nature (i.e. rights mentioned in MK §704, §826, §837, §998) that is recorded in the land registry on an immovable property. If the holders of such rights are to be notified, without sending the “proper notifications” (duyurular), the registry (Eintragung), cannot be completed.

TAKBIS online data is shared with seventeen government agencies, including municipalities, as well as the Notary Public Offices³⁹.

D. Notary Info (Noterbilgi)

Notary Info is a service that sends information to the subject person, stating a transaction is made on behalf of that person. The information is sent to the mobile devices in the form of a short message since May 16, 2018. The service aims to increase the security level of the transactions concluded at the Notary Public⁴⁰.

E. Web Land Registry (Web Tapu)

Web Land Registry is accessible online and shows property details and geographical position electronically, collects registry related duties and taxes, enables the users to authorize others to represent them at the land registry, or get appointments online, minimizing the

³⁴ <https://tkgm.gov.tr/tapu-db/20154-sayili-genelgede-degisiklik> (Accessed 19 Feb 2021).

³⁵ A. Lâle SİRMEN, *Eşya Hukuku*, Ankara, 2016, p.110.

³⁶ <https://tkgm.gov.tr/tapu-db/e-ipotek-islemleri> (Accessed 19 Feb 2021).

³⁷ <https://www.tkgm.gov.tr/en/node/2421> (Accessed 19 Feb 2021).

³⁸ See for more of TAKBIS, DENİZ, p.61-64; <https://www.tkgm.gov.tr/en/land-registry-and-cadastre-information-system-takbis> (Accessed 19 Feb 2021).

³⁹ See <https://www.tkgm.gov.tr/bt-db/tapu-ve-kadastro-bilgi-sistemi-takbis> (Accessed 19 Feb 2021).

⁴⁰ See <https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/SMSHiz.aspx> (Accessed 19 Feb 2021).

waiting time at the land registry. In order to become a Web Land Registry user, registering a mobile phone number is enough⁴¹.

F. Duty to Notify and Law of Notification

Parties (buyer, seller, pre-emptor) would fall into a cauldron of no solution with a priority notice recorded in the Land Registry unless answers to these two questions are given: 1. Who notifies the pre-emptor and 2. How?

Swiss Civil Code, Article 681a states, “Where a purchase agreement is concluded, the vendor must notify persons with a right of pre-emption of the terms thereof” and eMK §658 was similar in wording. Currently, only one article related to sale transaction notification points at Notary Public in an ambiguous way (MK §733).

TAKBIS already implemented procedures which ask whether any notifications are to be sent. The questions are to be answered before completing the registry procedure (where currently the registrar usually responds with the answer “no” and skips the step for sound completion of the procedure). This notification data will be (if not already) shared with Notary Public, making them the whistleblower as intended in MK §733, and short messages will be sent to mobile devices to commence and complete the notification procedure with the click of a button. Then the pre-emptor will react to exercise the right. This way, the main questions (who and how) are simply answered.

The weak part of alerting the pre-emptor electronically is the time of acknowledgement. It affects the time bar on exercising the right. The pre-emptor may choose to register an e-mail address during negotiations with the owner and the rest will be taken care of as per Law of Notification (Tebliğat Kanunu⁴²), Article 7/a. The article states, “the person who asks for notifications (to) be sent to an electronic address, upon (his) presenting suitable electronic address for sending notifications, (he) may be electronically notified”.

Currently when a relevant transaction takes place, the Notary Public or the Land Register Office sends short messages to mobile devices alerting the party of the transaction, provided the mobile number of the person is known or registered in the system of any e-government service. Although not enforced by the law yet, short messages are being sent with electronic time-stamps and authorized parties can track the transactions.

VII. APPLICATION SCENARIOS

Article 705 of Turkish Civil Code states, “The acquisition of land ownership must be recorded in the land register. In the case of inheritance, court judgment, debt enforcement, appropriation, compulsory purchase and other events specified by the law, the acquirer becomes the owner even before registration in the land register. But obtains the power of disposal (usus, fructus, abusus) over the immovable property only once recorded as the owner in the land register”⁴³. And change of ownership occurs only in Land Registry Office as per Article 26 of the Land Registry Law Nr. 2644⁴⁴.

If not concluded at the Land Registry, daily life transactions take place either in Notary Public Offices or concluded in the form of synallagmatic agreements. Following simple samples would serve the purpose.

⁴¹ See <https://webtapu.tkgm.gov.tr> (Accessed 19 Feb 2021).

⁴² Official Gazette, Date: 19 February 1959, Number: 10139.

⁴³ See for more, Tuğrul ANSAY, Introduction to Turkish Law, Ankara, 2020.

⁴⁴ Official Gazette, Date: 29 December 1934, Number: 2892.

A. At the Land Registry (TAPU)

αα. If there is no pre-sale agreement, it will be surprising to see the registrar complete the request without asking for a pre-sale agreement prepared at notary public, although the registrar has the authority given by the law to complete the formalities without a pre-sale agreement. Daily life experience forces the acquirer to bring in the notarized pre-sale agreement and the registrar completes the registry, provided there are no warnings like priority notices or other encumbrances in the registry.

1. If there is a pre-sale agreement, and the record has no priority notice or other encumbrances, and the registrar finds the pre-sale agreement in good order, the transaction would be flawless.

The seller will be discharged of responsibilities related to the property and the buyer is not a party to the pre-emption contract anyways, and exercising the right against him will not be possible. This proves the need for the priority notice. The right is not a restriction on the absolute right of the owner. The buyer would avoid compensation charges from the pre-emptor holding rights enforceable against the seller only⁴⁵.

2. If there is a pre-sale agreement, and the record has a priority notice related to a pre-emption right, pre-emptor should be able to step in activating Article 242 of Code of Obligations.

In order to step in, the pre-emptor should be aware or made aware of the transaction against him. Provided an e-mail address or a mobile number is registered with e-Governance database, the technology will alert the pre-emptor. The registrar sees the priority notice, and warns the buyer and alerts the pre-emptor by either sending a SMS or an e-mail message.

When the transaction is put on hold waiting for the response of the pre-emptor, he may exercise the right against the seller in the time frame allowed (three months) and if the transaction is completed and ownership changes hands, then the pre-emptor will exercise the right against the buyer within the same time frame defined in the Code.

Freezing the registry will speed up the process as well. Concerned parties would push the pre-emptor for reply and until the pre-emptor responds (probably will take less than three months) the registry record will be frozen with a provisional data entry protecting the parties, securing the asserted rights in rem⁴⁶.

3. At the Notary Public

At the Notary Public, properly authorized parties can agree on a pre-sale agreement or check the priority notices and other encumbrances recorded in the registry by means of a QR Coded title deed. If they conclude a pre-sale agreement for an immovable property with a priority notice attached on the registry earlier, it is possible to pre-alert the pre-emptor, warning him of the situation, saving time and money.

4. Out of offices (Neither Notary Public, nor Land Registry)

Written agreements in the simple form between the parties would only mean *Pacta Sunt Servanda* (agreements must be kept). If there is no priority notice recorded, the right is a relative right negotiable with the pre-emption contract opponent, which would probably end with compensation in pre-emptor's favor only. He collects only the money without securing the property⁴⁷.

⁴⁵ ARPACI, Lecture Notes.

⁴⁶ See MK §1011.

⁴⁷ ARPACI, Lecture Notes.

The pre-emptor has to bring the owner to the Land Register to record a priority notice, after signing a preemption contract.

VIII. PRACTICALITY

The government is working on increasing e-services. Governmental agencies send messages to mobile devices and registered electronic addresses instantaneously. Authorized agents (Notary Public) are able to do the same.

With the help of technology, all transactions expect changing of ownership would be made possible at the Notary Public. This would decrease the workload of the Land Registry.

IX. CONCLUSION

It is a fact that technology runs fast. Photos are sent in a matter of seconds over mobile devices, messages are beeping with different tones almost nonstop. Police Forces, departments of the State can send messages, warning the citizens. Celebrations are in the form of short messages nowadays, rather than family visits. This fashion took hold of the Notary Public and Land Registry as well. Paperless communication brings in paperless transactions. Offices do send messages, warning the party of a given transaction, dimming the possibility of oversight. Technology is widely used but for protecting rights, still a priority notice (whether ordered electronically or not) is a must in the core of the property rights.

Notary Public Offices are able to send short messages to citizens for their transactions since May 16, 2018 and provided the data flow sustained, it is reasonable to expect receiving immovable property related short messages from Notary Public, in coordination with Web Land Registry applications within e-Government framework.

There are weak parts both in technological methods and the Codices. The Code pushes the holder into unnecessary litigation, leaves him in the dark because of parties not being obliged to notify the preemptor. On the other hand paperless technology is not used efficiently.

For practicality of Article 242 of Code of Obligations, the two questions (*who notifies the preemptor and how?*) must be answered in the Code. Out of court solutions should be prioritized as well.

Although it looks impractical, with electronic notifications sent from Notary Public Offices or messages activated by Land Registry automated systems, Article 242 of Code of Obligations will be practical, comforting the preemptor.

Without prejudice to sea urchins, this sea of thoughts would not have been rolled unless we travelled on the shoulders of the giant who once quoted: “*Eventually, only a pleasant echo remains under this high dome*”⁴⁸.

BIBLIOGRAPHY

- ARPACI, Abdülkadir, Lecture Notes, Yeditepe University, Istanbul, 26 March 2019.
 ANSAY, Tuğrul, *Introduction to Turkish Law*, ANSAY Tuğrul - WALLACE Jr. Don (Ed.), Ankara, 2020.
 BÂKÎ, Gazel 218, (<http://www.siirparki.com/baki6.html>), (Accessed 10 Sep 2019).
 CIRCULAR 2015-4 of Ministry of Environment and Urban Planning,

⁴⁸ Gazel 218 by Bâkî, (1526-1600), <http://www.siirparki.com/baki6.html> (Accessed 19 Feb 2021).

(<https://tkgm.gov.tr/tapu-db/20154-sayili-genelgede-degisiklik>), (Accessed 10 Sep 2019).

DENİZ, Deniz, "TAPU SİCİLİNİN ELEKTRONİK ORTAMDA TUTULMASI VE TAPU

KADASTRO BİLGİ SİSTEMİ (TAKBİS) UYGULAMALARI", ANKARA ÜNİVERSİTESİ FEN BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ, DÖNEM PROJESİ, Ankara, 2013,

(<http://gayrimenkulgelistirme.fenbilimleri.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/274/2015/01/Deniz-Deniz.pdf>), (Accessed 19 Feb 2021).

E-Hypothec Announcement, (<https://bis.tkgm.gov.tr/tapu-db/e-ipotek>), (Accessed 19 Feb 2021).

E-Hypothec Transactions, (<https://tkgm.gov.tr/tapu-db/e-ipotek-islemleri>), (Accessed 19 Feb 2021).

E-Governance, (<https://www.turkiye.gov.tr>), (Accessed 19 Feb 2021).

EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2018, (Eren_Özel).

EREN, Fikret, "Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, Ankara, 2008,

(http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/12_5.pdf), (Accessed 19 Feb 2021).

GROTIUS, Hugo, *De Iure Praedae*, Oxford, 1950.

GROTIUS, Hugo, *Property, piracy and punishment: Hugo Grotius on war and booty in De iure praedae: concepts and contexts*, BLOM, Hans W. (Ed.), The Netherlands, 2009.

LRCIS (TAKBİS) Sales Procedure, (<https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/2020-12/satis.pdf>), (Accessed 19 Feb 2021).

Notary Public SMS Info, (<https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/SMSHiz.aspx>), (Accessed 19 Feb 2021).

QR Coded Title Deed Introduction, (<https://www.tkgm.gov.tr/en/node/2421>), (Accessed 19 Feb 2021).

REIMANN, Matthias, *The Oxford Handbook of Comparative Law* - REIMANN Matthias, ZIMMERMANN Reinhard (Ed.), Oxford, 2006.

SİRMEN, A. Lâle, *Eşya Hukuku*, Ankara, 2016.

SEBÜK, M. Tahir, *Şüf'a, Vefa ve İştira Hakları: Nazariyat ve Tatbikat*, İstanbul, 1951.

TAKBİS Info, (<https://www.tkgm.gov.tr/bt-db/tapu-ve-kadastro-bilgi-sistemi-takbis>), (Accessed 19 Feb 2021).

TANDOĞAN, Halûk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1*, İstanbul, 2008.

TONG, Io Cheng, "The Origin of Ownership and the Legitimacy of the Existence and Continuation

of the System: A Civil Law Person's Interpretation of the Private Property Protection

System in the Basic Law of the Macao ", Academic Journal of "One Country, Two Systems" (English Edition), Macao 2009,

(http://www.ipm.edu.mo/cntfiles/upload/docs/common/1country_2systems/issue1/p120.pdf), (Accessed 19 Feb 2021).

ORUÇ, Vedat, "Önalım Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar", (<https://www.hukukihaber.net/onalism-hakki-ve-uygulamadaki-sorunlar-makale,4760.html>), (Accessed 19 Feb 2021).

ÜÇOK, Coşkun, "Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış", AÜHFĐ 7 / 1, 1950, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/245/2187.pdf>), (Accessed 19 Feb 2021).

Web Tapu Info, (<https://webtapu.tkgm.gov.tr/>), (Accessed 19 Feb 2021).

YHGK 21.9.2005 e 2005/8-358 k 2005/470 t 21.9.2005, <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=8723>), (Accessed 19 Feb 2021).

YILDIRIM, İlyas, "Şüfa-Önalım Hakkı: Mecelle ve Türk Medeni Kanunu Merkezli Bir Mukayese", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, s.31, y.2018, 2018, (http://isamveri.org/pdfdrg/D02533/2018_31/2018_31_YILDIRIMI.pdf), (Accessed 19 Feb 2021).

"2017 E-Government In Turkey: An Outlook", Tübitak Bilgem Yazılım Teknolojileri Araştırma Enstitüsü, 2017,

(https://dijitalakademi.bilgem.tubitak.gov.tr/wpcontent/uploads/2017/01/TUBITAK-BILGEM-YTE-EGovernmentinTurkeyAnOutlookReport_2017.pdf), (Accessed 19 Feb 2021).

KAMU HUKUKU

 IMMANUEL KANT VE AHLAKIN TEMEL İLKESİ

(IMMANUEL KANT AND THE FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF MORALITY)

Prof. Dr. Oktay UYGUN* **

Z

Alman filozof Immanuel Kant'ın (1724-1804) görüşleri, kendisinden sonra ahlak ve hukuk üzerine yapılan bütün tartışmaları derinden etkilemiştir. Özellikle insanın saygınlığı ve özgürlüğü üzerine gelitirdiğı fikirler, hala insan hakları ve adalet anlayıımızın temel stnları olmaya devam ediyor. Kant'ın hukuk ve devlet hakkındaki görüşleri, bazı bakımlardan, doğal hukuk teorisi ile uyumludur. nl dnrn bu teoriye en büyük katkısı, her insan eylemi için geçerli bir ahlak ilkesi formüle etmesidir. Bu temel ahlak ilkesi hukuk kurallarına da yön vermektedir. Bu makalede, Kant'ın "kategorik buyruk" olarak nitelendirildiğı ve üç farkli şekilde formüle ettiğı temel ahlak ilkesi analiz edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Arasallatırma Yasağı, Evrenselletirme İlkesi, Kant, Kategorik Buyruk, Kiisel İradenin zerkliğı

ABSTRACT

The German philosopher Immanuel Kant (1724-1804) was one of the thinkers who greatly influenced the debates on morality and law after him. Especially the ideas he developed on human dignity and freedom are still the pillars of our understanding of human rights and justice. Kant's views on law and the state are in some respects compatible with natural law theory. The greatest contribution of the famous thinker to this theory is that he formulated a fundamental moral principle that applies to every human act. This moral principle also governs the law. In this article, the basic moral principle that Kant describes as "categorical imperative" and formulated in three different ways will be analyzed.

Keywords: Categorical Imperative, Humanity Formula, Kant, Personal Autonomy, Universal Law Formula

[] Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 15.01.2020. İkinci hakem raporu tarihi:18.01.2020. Onaylanma Tarihi:18.01.2020.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı ğretim yesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9027-7297

Esere Atıf ekli: Oktay Uygun, "Immanuel Kant ve Ahlakın Temel İlkesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 1439-1455.

Immanuel Kant, Fransız Devrimi'nden hemen önce yayımladığı *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi* (1785) adlı ünlü kitabında, eserinin ahlakın en yüksek ilkesinin aranıp bulunmasına yönelik bir çalışma olduğunu belirtir.¹ Düşünürce göre, akıllı ve özerk bir varlık olan insan, özgürce ahlaki tercihler yapabilmesi nedeniyle diğer canlılardan ayrılır; mutlak bir değere sahip *saygın* varlığa dönüşür. Bu ayırt edici özelliklerin insana sağladığı üstün değerini nirengi noktası, düşünürün *teorik akıl* ile *pratik akıl* arasında yaptığı ayrımıdır.

Teorik akıl, nedensellik yasasının geçerli olduğu dış dünyayı kavradığımız zihinsel yetenektir. Pratik akıl ise ahlaki yasaları kavradığımız zihinsel yetenektir. Teorik akılla kavradığımız evrende özgürlük yoktur. Her şey nedensellik yasası çerçevesinde “zorunlu” olarak gerçekleşir: Isınan metaller genleşir, soğuyan su sıvı halden katı hale geçer, serbest kalan bütün cisimler yerin merkezine doğru çekilir. Doğada belirli nedenler, zorunlu olarak belirli sonuçları doğurur. İnsan dışındaki diğer tüm canlılar bu evrene ait ve bu determinist yasaya tabidir. İnsan, çoğu yönden aynı evrene ait olsa da, pratik akıl sayesinde ahlaki bir evrende de yaşar.

Ahlaki evrenin yasaları, doğa yasaları gibi insana dışarıdan dayatılmaz. Tam tersine, özerk bir varlık olarak eylemde bulunduğumuzda, kendi içselleştirdiğimiz bir yasaya uyarız. İnsan, pratik akılla ahlaki bir tercihte bulunurken determinizm zincirinden kurtulur. Kant'a göre, irademiz biyolojik veya toplumsal baskılardan, tutku, arzu ve ihtiraslardan, beklenen faydadan tümüyle arındırılıp kendi içselleştirdiğimiz yasa tarafından özerk olarak belirleniyse, özgürüzdür. Doğanın determinizminden kurtulup içimizden çıkan bir yasaya göre hareket edebilme yeteneğimiz, yani *ahlaki tercihlerde bulunabilme kapasitemiz bizi saygın varlık yapar*.² Toplum düzeni insanın bu ayırt edici yanını korumalı; özgür iradesiyle ahlaki tercihler yapma kapasitesini güvence altına almalıdır. Tüm insanların tek bir doğal hakkı vardır; özgürlük. Her insanın eşit olarak sahip olduğu özgürlüğü toplum düzeni içinde korumak için, devlet hukuk kuralları ile gerekli düzenlemeleri yapmalıdır. Kant'a göre hukuk, bir kişinin özgürlüğünü herkesin özgürlüğü ile uzlaştıran düzenlemelerin bütünüdür.³

Kategorik Buyruk

Kant'ın amacı hangi insan eylemlerinin iyi, hangilerinin kötü olduğunu belirleyen bir liste yapmak değildir. Ahlak yasası, somut bir olayda kişiye ne yapması gerektiğini söylemez; ona yalnızca eyleminin ahlaki değerini bulabileceği bir kriter verir. Kişi bu kriter göre, ilgili olayda ne tür somut yükümlülükleri bulunduğunu kendisi bulacak ve bu işin sorumluluğunu üstlenecektir. Kant, insan davranışlarına yön veren temel ahlak ilkesini üç farklı şekilde formüle eder: *Kişisel iradenin özerkliği*, *evrenselleştirme ilkesi* ve *araçsallaştırma yasağı*. Düşünür, bu formüllerin hepsinin birbirine eşit olduğunu yani aynı anlama geldiğini varsayar: “Ahlaklılık ilkesini sunmanın üç tarzı, aslında aynı yasanın bir... formülüdür; her biri diğer ikisini kendinde birleştirir.”⁴ Dolayısıyla, üç farklı şekilde açıklansa da,

¹ Immanuel Kant, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi* (Çev. İ. Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 2013, s.7

² Michael J. Sandel, *Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?* (Çev. M. Kocaoğlu) Eksi Kitaplar, 2017, s.148-164

³ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009, s.200-204, 353

⁴ Kant 2013, s.53

ortada tek bir ahlaki yasa vardır. Kant'ı yorumlayanlar ise farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Genellikle, bu formüllerin üç veya en azından iki *farklı* ilkeyi dile getirdiği kabul edilir.⁵

Kişinin temel ahlak ilkesini dikkate alarak ilgili olayda uygulamak üzere formüle edeceği somut kural *kategorik* (kesin/koşulsuz) *buyruk* olacaktır. Düşünür, kategorik buyruk ile varsayımsal (koşullu) buyruk arasında bir ayırım yapar: “Varsayımsal buyruk, belli koşullarda ya da belli sonuçlar arzulanıyorsa yapılması gerekeni gösterir. Tipik olarak böylesi ifadeler ‘eğer’ sözcüğüyle başlar... ‘Eğer kilo kaybetmek istiyorsan, yediklerine dikkat etmelisin.’... Bu ve benzeri bütün tavsiyeler karşısında, ‘neden?’ sorusuna yanıt olarak doğrudan bir gerekçe söylenebilir; ‘çünkü beslenme kişinin kilosunu belirleyen ana unsurdur.’ Koşulsuz (kategorik) buyruk ise öyle değildir, çünkü o koşulsuz olarak vardır. Kategorik olarak ‘şöyle yapmalısın’ dediğimde ve sen neden öyle yapman gerektiğini sorduğunda, vereceğim tek yanıt ‘çünkü öyle yapmalısın, o kadar’dır. Başka bir gerekçe zorunlu değildir... Kant’a göre, böylesi buyruklar ayan beyan doğru olarak kabul edilmelidir. Öyle ki, onların neden doğru olduklarını sormak, iki kere ikinin neden dört ettiğini ya da bir nesnenin neden aynı zamanda hem var hem de yok olamayacağını sormak kadar saçmadır.”⁶ Şimdi, her bir somut olay için hangi aşamalardan geçerek bu tür kategorik buyrukları formüle edebileceğimi inceleyelim.

Kişisel İradenin Özerkliği

Kant, doğanın katı determinizminden kurtulup içimizden çıkan bir yasaya göre hareket edebilme yeteneğimizin, yani ahlaki tercihlerde bulunabilme kapasitemizin bizi *saygın* varlık yaptığını söyler: “Özerklik insanın ve akıl sahibi varlığın değerinin temelidir.”⁷ Bu kapasite, kişisel iradenin özerkliğini, tutum ve davranışlarımızı belirlemek konusunda özgür olduğumuzu varsayar. Böyle bir özgürlük olmadan ahlaki varlık olunamaz, temel ahlak ilkesine ulaşamaz. “Kant’ın aynı zamanda ‘ahlakın en üstün ilkesi’ adını verdiği ve bu yüzden de *Temellendirme*’de kurmaya giriştiği özerklik fikri, akıl sahibi varlıklar olarak bizim kendimize yasa koyduğumuz ya da kendi yasalarımızı belirleme özgürlüğüne sahip olduğumuz iddiasına tekabül eder. Kendi kendimize bahsettiğimiz yasaların, her akıl sahibi varlık için geçerli olma zorunluluğu barizdir. Bu argüman, Kant’ın, bize hiç kimsenin – hiçbir rahibin, hiçbir kralın ya da Tanrı’nın- ahlak yasaları veremeyeceği ya da emredemeyeceği şeklindeki radikal konumundan bir şey eksiltmez. Kendimize karşı sorumlu olmakla kalmayız, aynı zamanda kendi kendimizin efendisiyiz. Bu yüzden, ahlaklılık özgürlüğü öngerektilir.”⁸

Kişisel iradenin özerkliğinin ahlaklı davranış için adeta bir ön koşul olduğu anlaşılıyor. Peki, bu özerkliğe sahip bir kişinin eylemi hangi özellikleri taşıyorsa ahlaklı kabul edilecektir? Kant, bunun için eylemin iki farklı testten geçmesini ister; *evrenselleştirme testi* ve *araçsallaştırma yasağı testi*. Kişi, eyleminin amacını ve gerekçesini bir kural olarak formüle edecek ve bu kuralı söz konusu iki teste tabi tutacaktır. Bu testler başarıyla geçildiğinde, eylemin dayanağı olan kuralın, (dolayısıyla kişinin iradesinin, niyetinin) “iyi” olduğundan ve eylemin “ahlaklı” olduğundan emin olabiliriz.

⁵ Temel ahlak ilkesinin üç farklı formülasyonu ve formüller arasındaki ilişkiler için bkz: Paul Guyer, *Kant*, Routledge, 2014, s.233-237; John Rawls, *Ahlak Felsefesi Üzerine Dersler* (Çev. G. Metin) Nora Kitap, İstanbul, 2021, s.245-321

⁶ Ray Billington, *Felsefeyi Yaşamak: Ahlak Düşüncesine Giriş* (Çev. A. Yılmaz), Ayrıntı Yayınları, 1997, s.176

⁷ Kant 2013, s.53

⁸ Manfred Kuehn, *Kant* (Çev. B. O. Doğan), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2011, s.285

Evrenselleştirme İlkesi

Evrenselleştirme ilkesinin özü, eylemlerimizin herhangi bir çelişki olmaksızın evrenselleştirilebilecek bir ilkeye dayandırılabilmesidir. Böyle bir ilkeye dayandırılmayan eylemin gerekçesi, ahlaki açıdan kabul edilemez. Kant'ın deyimiyle; *öyle hareket et ki, hareketinin dayandığı ilkenin evrensel bir ahlak kuralı olmasını isteyebilesin*.⁹ Kant bu ilkeyi formüle ederken insanın, başkalarının uymasını beklediği ahlaki kurallara kendisinin uymaması için sürekli mazeret yaratma eğilimine set çekmek istemiştir. Temel ahlak ilkesinin bu görünümünü içerikten ve değer yargısından yoksun, *biçimsel* bir kural olarak formüle edilmiştir. Ancak bu durum, eylemin hiçbir şekilde içerik yönünden test edilmeyeceği anlamına gelmez. İçerik testi bir sonraki aşamada, eylemin araçsallaştırma yasağını ihlal edip etmediği noktasında yapılacaktır. Düşünürü göre, evrenselleştirme ilkesi “kapsamına yalnız insanları almaz, akıl ve isteme (irade) sahibi bütün sonlu varlıklara kadar uzanır; hatta en üstün düşünen varlık olarak Sonsuz Varlığı da kapsar.”¹⁰

Kant'a göre, davranışımızın dayandığı ilkenin evrensel bir ahlak kuralı için uygun olup olamayacağını herkes kolayca anlayabilir: “Öyle ki, en sıradan ve en alıştırılmamış anlama yetisi, dünya işleri konusunda pek zekâ sahibi olmasa bile, bu işi başarabilir.”¹¹ Düşünür, bu konuda şu örneği verir: Bir kişinin servetini çoğaltmayı ilke edindiğini varsayalım. Bu kişinin elinde başkasına ait bir miktar *emanet* para var. Parayı aldığı kişi ölse ve paranın kendisine verildiğine ilişkin hiçbir belge veya tanık bulunmasa, söz konusu kişi kendisine böyle bir paranın verildiğini inkâr edebilir. Böyle bir davranış servetini çoğaltma ilkesiyle uyumludur. Acaba bu ilke, genel bir ahlak yasası olmaya elverişli midir? “Verildiğini hiç kimsenin kanıtlayamayacağı bir emaneti herkes yadsıyabilir yasağını koyup koyamayacağımı sorarım. Sorar sormaz farkına varırım ki, böyle bir ilke yasa olarak kendi kendini yok ederdi, çünkü emanet bırakma diye bir şeyin ortadan kalkmasına neden olurdu.”¹² Kant'a göre, böyle bir yasa kabul edilse, kimse kimseye güvenip emanet bırakmazdı. Dolayısıyla, kişinin eyleminin dayanağı olan kural evrenselleştirilemeyeceği için bir kategorik buyruk olamaz; o kurala uygun olan eylem “iyi” veya “ahlaklı” bir eylem olarak görülemez.

Dikkat edilirse, Kant burada, emanet bırakılan paranın inkâr edilmesini karşı tarafa zarar vereceği için yanlış bulmuyor. Kant'a göre, evrensellik ilkesi yani kategorik buyruk, eylemin niteliği veya sonuçlarıyla bağ kurmaksızın, tamamen içeriksiz, *biçimsel* bir kural olmalıdır. Çünkü sonuçların nasıl yorumlanacağı kişiden kişiye değişebilir. Bir kimse, emanet paranın ölen kişinin mirasçısına verilmesini, mirasçı “kötü” biriye doğru bulmayabilir. Bir başkası, her hâlükârda, verilen sözün tutulmasının doğru davranış olduğunu söyleyebilir. Bu nedenle, ahlak yasası evrensel olacaksa, tamamen sonuçlarından bağımsız olmalı, tümüyle biçimsel bir ilke olarak formüle edilmelidir. Verildiğini kimsenin kanıtlayamayacağı emanet bir nesnenin varlığını inkâr etmek, kötü, zararlı, tehlikeli, yararsız vb. olduğu için değil; genel bir kural olarak kabul edildiğinde, düzenlediği konunun kendisini yani emanet bırakma işini tahrip edeceği, ona büyük zarar vereceği için kendi içinde çelişkilidir.

Kant'ın *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi* kitabında verdiği diğer örnek, verilen sözün tutulması ile ilgilidir. Bir kimsenin paraya çok ihtiyacı olduğu bir dönemde, geri ödeyemeyeceğini bile bile, ödünç para aldığı kişiye parayı 20 gün sonra geri ödeme sözü verdiğini varsayalım. Bu davranış ahlaki açıdan kabul edilebilir mi? Kant'a göre bunun

⁹ Immanuel Kant, *Pratik Akılın Eleştirisi* (Çev. İ. Kuçuradı, Ü. Gökberk, F. Akatlı), Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 2014, s.35; Ayrıca bkz: Kant 2013, s.38

¹⁰ Kant 2014, s.37

¹¹ Kant 2014, s.42

¹² Kant 2014, s.31

cevabı “hayır”dır. Ancak bunun nedeni, ödünç veren kişinin zarara uğrayacak olması gibi bir gerekçeye dayanmaz. Çünkü böyle bir gerekçe, eylemin içeriğine bakarak veya eylemin yol açacağı olası kötü sonuçları dikkate alarak oluşturulmaktadır. Oysa evrensel bir ahlaki yasa özel çıkarlara, amaçlara veya sonuçlara dayandırılmaz; ahlak yasasının evrensel olabilmesi içerikten bağımsız, tümüyle biçimsel bir kural şeklinde formüle edilmesiyle mümkündür. Bunu da, saf bir akıl yürütmeye, çelişkiye düşmeksizin eylemin dayandığı ilkenin evrenselleştirilip evrenselleştirilememesine bakarak anlayabiliriz. Eylemin dayandığı ilke şudur: *Çaresiz durumdaki bir kişi, ödünç para bulmak için tutamayacağını bildiği bir söz verebilir.* Bu ilke evrenselleştirilemez. Bunun nedeni, verilen sözün tutulmamasının yani yalan söylemenin genel bir yasa yapılması durumunda, borç verme kurumunun ortadan kalkacak olmasıdır. Bu ilke genel bir yasaya dönüşürse, söz vermenin anlamı kalmayacağı için kimse kimseye borç vermez; ilke, düzenlemeye çalıştığı kurumu yok eder.¹³

Kant, bu örneklerden hareketle, yalan söylemenin genel bir yasa yapılamayacağını, başka bir deyişle, kişinin her zaman doğruyu söylemek şeklinde ahlaki bir ödevi olduğunu belirtir. “Kendime şunu sorarım: Doğru olmayan bir sözle kendimi güç durumdan sıyırma maksimim (benim ve başkaları için) genel bir yasa olacak olsa memnun olur muydum? Böylece, çok geçmeden farkına varırdım ki, yalanı gerçi isteyebilirim, ama yalan söyleme konusunda genel bir yasa hiç isteyemem; böyle bir yasaya göre söz verme diye bir şey olmaz... Dolayısıyla, maksimim genel bir yasa yapılıp yapılmaz kendini yok etmek zorunda olurdu.”¹⁴

Kant’ın bazı takipçileri, temel ahlak ilkesinin tamamen biçimsel bir buyruk olarak formüle edilmesini eleştirmişlerdir. Özellikle Max Scheler ve Nicolai Hartman’a göre, kategorik buyruğun “iyi” veya “kötü” içerikle doldurulabilecek tamamen boş bir formül olması kabul edilemezdi¹⁵ Bir hırsız, bu ilke ile çelişmeksizin hırsızlığın temel bir kural olmasını isteyebilir. “Söz gelimi bir haydut şöyle diyebilir: ‘Ben Kant’ın önerdiği anlamda ahlaka uygun hareket ediyorum, yani haydut olarak öyle hareket ediyorum ki, bu hareketime esas olan haydutluk ahlakının genel bir kural olmasını isteyebilirim... Kendini bütün haydutlarla başa çıkabilecek kadar güçlü hisseden bir haydut, herkesin kendisi gibi haydutluk etmesini isteyebilir. Görülüyor ki, Kant’ın formülü boş bir çerçeve, bir kalıptır, herkes için istediği gibi doldurabilir.”¹⁶ Güçlü ve zengin biri, hayvanlar aleminde geçerli olan “büyük balık küçük balığı yutar” ilkesinin insan toplumları için de geçerli bir ahlaki kural olmasını savunabilir.

Birinci Dünya Savaşı’nın hemen ardından geliştirilen *Değerler Teorisi* savunucularına göre, Kant’ın ileri sürdüğünün aksine, evrensel ahlaki ilkelerin yalnızca içeriksiz, biçimsel olabileceği düşüncesi doğru değildir. Çünkü insan zihni, “iyi”, “güzel” veya “adil” diye nitelendirebileceğimiz içerikte kavramlara sahiptir. Bunu sağlayan, insan varlığının kademeli yapısıdır. İnsan, sırasıyla 1) fiziksel ve kimyasal, 2) biyolojik, 3) psikolojik ve 4) ahlaki ve estetik yasalara tabidir. Son kademede insanın tabi olduğu ahlaki ve estetik yasalar tüm insanlar için geçerlidir. Zihinsel yapı tüm insan varlığında aynıdır. Bu yapının ahlaki-estetik değer yargıları verebilmesi, buna dayanak olacak ortak değerlere sahip olmayı gerektirir. Öyleyse, değerler neseldir. Her insan zihni kendisine göre farklı bir değer üretmez. Gündelik çıkarları, kişisel hevesleri, gelip geçici arzuları aşip saf akıl ve saf vicdanla değer-

¹³ Kant 2013, s.17-19. Ödünç para verme örneğinin ayrıntılı analizi için bkz: Fred Feldman, *Etik Nedir?* (Çev. F. B. Aydar), Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s.164-168

¹⁴ Kant 2013, s.18-19

¹⁵ Eugene Kelly, *Material Ethics of Value: Max Scheler and Nicolai Hartmann*, Springer, 2011, s.1-3

¹⁶ Ernest Hırş, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s.66

lendirme yaptığımızda, aynı ahlaki ve estetik yasaları bulabiliriz.¹⁷ Kant'ın tümüyle içeriksiz bir temel ahlak ilkesi ortaya koyduğu iddiası, düşünürün kategorik buyruk olarak formüle ettiği ilkenin yalnızca bir görünümüne odaklanılmasının sonucudur. Diğer iki görünümü/boyutu dikkate alındığında temel ahlak ilkesinin içeriksiz olmadığı görülecektir.

Araçsallaştırma Yasağı

Temel ahlak ilkesinin ikinci görünümü olan evrenselleştirilebilirlik salt biçimsel bir testtir ve bu yönüyle ciddi eleştiriler almıştır.¹⁸ Kant'ın temel ahlak ilkesinin üçüncü görünümü olarak formüle ettiği “araçsallaştırma yasağı” ise içeriği bulunan bir ilkedir. Kant'a göre, akıl sahibi bir varlığın eyleminin amacı olarak belirlediği her şey görelidir yani bunların değeri kişinin arzularına, çıkarlarına veya heveslerine bağlıdır. Bu nedenle, bu tür görelî amaçlardan ancak koşullu buyruklar çıkartılabilir; herkesin uyması gereken kesin/koşulsuz bir buyruk (temel ahlak yasası) çıkartılamaz. Fakat bu konuda bir istisna vardır: Bütün insanlar için değerli olan yani kendi varoluşu mutlak bir değere sahip olan bir amaç vardır; *insanın değerinin korunması*. Bu amaç kesin/koşulsuz buyruğun amacı olabilir, dolayısıyla temel ahlak ilkesinin içeriğini belirleyebilir. Bu belirleme daha çok negatif bir belirlemedir yani neyin yapılabileceğini değil, neyin yapılamayacağını gösterir.¹⁹

Kant'a göre, akıl sahibi insan, kendisi amaç olarak vardır. İnsan kendi öz varoluşunu zorunlu olarak böyle tasarılar. Her insan kendini böyle tasarılmadığından “nesnel” bir ilkedeki söz ediyoruz. “*İnsan ve genel olarak her akıl sahibi varlık, şu veya bu isteme için rastgele kullanılacak sırf bir araç olarak değil, kendisi amaç olarak vardır.*”²⁰ Bu nesnel ilke, bütün insanların bütün eylemlerinin temeli olacak bir ahlaki buyruk olarak formüle edilebilir: “*Her defasında insanlığa, kendi kişinde olduğu kadar başka herkesin kişisinde de, sırf araç olarak değil, aynı zamanda amaç olarak davranacak biçimde eylemde bulun.*”²¹

Temel ahlaki ilkenin bu (üçüncü) görünümü, insanlara her zaman insanca davranılması, onlara basit bir eşyaymış gibi muamele edilmemesini buyurur, belirli bir amaca ulaşmak için insanın araç olarak kullanılmasını yasaklar. Araçsallaştırma yasağı, tanıdık tanımadık bütün insanlara ve kendi kişiliğimizdeki insana yönelik mutlak bir yasaktır. Araçsallaştırılmaması istenen, kendimizin veya başkasının kişiliğindeki insanlıktır. Ahlaki tercihler yapabilme kapasitesi nedeniyle insan, üstün değere sahip *onurlu* bir varlıktır; şu ya da bu amaç için keyfi olarak kullanılabilir bir araç değildir. İnsanın hep amaç olarak görülmesi, araçsallaştırılmaması başkalarıyla olan ilişkimizde daha çok “yapmama” şeklinde “negatif” ödevler yaratır. Bu nedenle, Kant bu ilke için “*her insanın eylem özgürlüğünün en yüksek kısıtlayıcı koşulu*” nitelemesini yapar. Ancak, düşünür, birkaç pozitif ödevde de örnek verir. Başkalarına yardımcı olmak, onlara karşı sevgi beslemek gibi.²²

Araçsallaştırma yasağı konusunda, Kant intiharı örnek verir. İntiharın gerekçesi, çoğu zaman, çekilen acının sona erdirilmesidir. İntihar eden kişi, acıdan kurtulmak için kendi-

¹⁷ Değerler teorisi için bkz: Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s.71-79; Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.30-39

¹⁸ “Etik tarihinde, özellikle Max Scheler'den dolayı, ona ‘formalist etik’ damgası vurulmuş, ama aslında hiç de ‘formalist’, hiç de ‘içeriksiz’ olmayan Kant etiği...” Kuçuradı 2018, s.63

¹⁹ Kant 2013, s.45

²⁰ Kant 2013, s.45

²¹ Kant 2013, s.46

²² Kant 2013, s.40, 46-48

sini araç olarak kullanmış olur. “*Ne var ki, insan bir “şey” değildir, dolayısıyla sırf araç olarak kullanılamaz; bütün eylemlerinde hep kendisi amaç olarak görülmelidir. Bundan dolayı, kendi kişimdeki insana, onu sakatlayacak, bozacak ya da öldürecek şekilde davranmam.*”²³ Kişi cinayet işlediğinde, başkasının hayatını kendi çıkarı için kullanmış, onu kendi çıkarına ulaşmak için araç yapmış olur. İntiharda ise, kişi kendi amacına ulaşmak (acısını dindirmek) için kendi bedenindeki insanı araç haline getirmiş olur. Oysa insan, ahlaki tercihler yapabilme kapasitesiyle doğaya egemen olan determinizmden sıyrılan, özgür iradeye sahip saygın bir varlıktır; kişinin temel ödevi hem kendi bedeninde hem de başka bedenlerde insanlığın bu saygınlığını korumaktır. Kant’ın bakış açısıyla, acı ve ıstırap verici de olsa, yaşamak ahlaki bir yükümlülüktür: “*İnsan, yaşamadan herhangi bir tat aldığından değil, yalnızca ödevden dolayı yaşar... Ödevin saygıya değer olmasının yaşamdan tat almayla hiçbir ilgisi yoktur.*”²⁴

Araçsallaştırma yasağı, hukukçular tarafından, evrenselleştirme ilkesine oranla daha çok sahiplenilmesine rağmen, Kant’ın verdiği intihar örneğinde çelişkili ve tutarsız bir nokta vardır. Kant’a göre, kişi acıdan kurtulmak amacıyla hayatına son verdiğinde kendi bedenindeki insanı araçsallaştırmaktadır. Ancak intihar eylemi şu şekilde de yorumlanabilir: Tedavisi olmayan ve büyük acı veren bir hastalığa yakalanan kişi, intihar etmezse ıstırap çekecek ve sefil bir duruma düşecektir. Değerli, saygın, onurlu bir varlık ve kendinde amaç olan bir insanın acı ve ıstırap çekmesi kabul edilemez. Bu durum onun değerini inkâr eder ve saygınlığını zedeler. Dolayısıyla, büyük acı ve ıstırap söz konusu olduğunda, onurlu bir hayat sürdürme imkânı kesin olarak ortadan kalktığında, kişinin hayatta kalmaya zorlanması, ona değerli bir varlık gibi değil, bir “eşya” gibi davranıldığı anlamına gelebilir.²⁵

Kant böyle bir yorumu kabul etmezdi. Çektiğimiz acıya rağmen bedenimizde taşıdığımız üstün değeri yani ahlaki tercihler yapabilme ve doğaya ek olarak bir kültür (bilim, sanat vb.) yaratma kapasitesini korumamız gerektiğini söylerdi. Ancak buradan düşünürün intihar eylemini her durumda “yanlış” olarak nitelediği sonucu çıkartılamaz. John Rawls’a göre, Kant intiharı yalnızca doğal eğilimlerimize dayalı nedenlerden ötürü gerçekleştirildiğinde “yanlış” bulur. Bu bağlamda acıdan kurtulmak, sefaletten kurtulmak veya başkalarını üzme gibi motivasyonlarla gerçekleştirilen intiharlar kabul edilemez. Kişi bedeninde taşıdığı insanlığı (insanın değerini) korumak adına bu sıkıntılara katlanmakla yükümlüdür. Doğal eğilimlerimize dayalı olmayan bazı güçlü gerekçelerin varlığı durumunda intihar yanlış bir eylem olmaktan çıkabilir. Ülkesini büyük zarara uğratacak askeri sınırları esir düşmüş düşmanın eline vermeme için zehir içerek intihar eden bir komutan “haklı gerekçe” için iyi bir örnek olabilir.²⁶

Konuya şu açıdan bakmak da yararlı olabilir: İntihar örneğindeki çelişkileri ilkenin yanlışlığı değil, ilkenin örneğe yanlış uygulandığı şeklinde yorumlamak mümkündür. Kant’ın yaşadığı çağda insanların intihar, ötanazi ve kürtaj gibi hayatı sona erdirecek uygulamalara bakışı ile günümüz insanının bakışı aynı değildir. Temel ahlak ilkesini, formüle edildiği çağın bakış açısıyla yorumlamak zorunda değiliz. Fikirlerin onu üreten zihinden,

²³ Kant 2013, s.47

²⁴ Kant 2014, s.97. “Damla hastalığının en şiddetli ağrılarını çekerken ‘ey acı, bana ne kadar işkence çektirsen de, senin kötü bir şey olduğunu asla söylemeyeceğim’ diye haykıran Stoacı’ya gültünebilir, ama o yine de haklıdır. Onun duyduğu, fena bir şeydi; haykırışı da bunu gösterir. Ama bunun, kişiliğine bir kötülük getireceğini kabul etmesi için bir nedeni yoktu. Çünkü acı, onun kişi olarak değerini hiç azaltmaz.” Kant 2014, s.67-68

²⁵ Kant’ın verdiği diğer örnekler bakımından araçsallaştırma yasağının gösterdiği tutarsızlıklar için bkz: Feldman 2016, s.183-191.

²⁶ Bkz: Rawls 2021, s.289

çağdan ve ortamdan bağımsızlaşarak varlıklarını asırlarca sürdürdükleri bir gerçektir. Bunu mümkün kılan, soyut kavramlarla ifade edilen fikirlerin, her kuşak tarafından kendi çağına uygun biçimde yorumlanabilmesidir. Böyle olmasaydı; örneğin “adalet” fikrini günümüzde de ilk çağ filozofu Platon gibi yorumlamak zorunda kalsaydık, köleliği, kadın-erkek eşitsizliğini ve sosyal sınıfların kastlara dönüştürülmesini meşrulaştıran antik “adalet” anlayışını savunmak durumunda kalacak veya adalet kavramını reddedecektik. Bunun yerine, adalet kavramını çağın gereklerine göre yeniden yorumluyor; köleliği, cinsiyet ayrımcılığını ve eşitsizliği adaletsiz uygulamalar olarak nitelendiriyoruz.

İnsan Onuru ve Araçsallaştırma Yasağı

İnsanın onurlu, saygın bir varlık olması nedeniyle her zaman kendinde bir amaç olarak görülmesi, hukuk teori ve uygulamasında önemli bir yere sahiptir. Alman Anayasa Mahkemesi, bu ilkeyi her koşulda uyulması gereken *kategorik bir buyruk* olarak kabul ediyor. 11 Eylül 2001’de, kaçırılan ticari uçaklarla Amerika Birleşik Devletleri’ne yönelik düzenlenen hava saldırılarında 3.000 civarında insanın ölmesi, pek çok devlet gibi Almanya’yı da çeşitli güvenlik önlemleri almaya yöneltmişti. Almanya bir yasayla, insanların yoğun olarak yaşadığı bölgelere düşürülerek bir katliama neden olmasını engellemek üzere, güvenlik güçlerine kaçırılan yolcu uçaklarını düşürme yetkisi verdi. Birkaç avukat ve bir pilot, mesleki ve kişisel nedenlerle sık sık uçak yolculuğu yaptıklarından, bu yasa gereği hava kuvvetleri tarafından vurulma tehlikesiyle karşı karşıya olduklarını gerekçe göstererek Anayasa Mahkemesi’ne başvurdu: Başvuruda, anayasanın güvence altına aldığı yaşam hakkının ciddi bir tehlike altında olduğu ileri sürüldü.

Alman Anayasa Mahkemesi, 2006 yılında, anayasadaki *insan onuru* kavramından hareketle söz konusu yasayı anayasaya aykırı bularak iptal etti. İptal gerekçesinde, terör saldırısının potansiyel mağdurları olabilecek kişilerin hayatını koruma yükümlülüğünün, kaçırılan uçağın yolcularının onurunu ve hayatını koruma yükümlülüğünün önüne geçirilemeyeceğini belirtti. Mahkemeye göre, uçaktaki yolcuların hayatının devletin tek yanlı kararı ile feda edilmesi, onların sırf insan oldukları için sahip oldukları üstün değerinkâr edilmesi anlamına gelir. İnsan doğasına içkin olan insan onuru, devletin, başka amaçlara ulaşmak için kişiyi bir *araç* olarak kullanmasını yasaklar. Ulaşılmak istenen amaç binlerce insanın hayatının korunması bile olsa, devlet tek bir kişinin dahi hayatını feda ederek onun kişiliğinde insanlığı araçsallaştıramaz. Devletin yükümlüğü; hiç kimseyi araç haline getirmeden, hiç kimseye basit bir eşyaymış gibi davranmadan hem uçaktaki yolcuların, hem de yerdeki potansiyel mağdurların hayatını ve onurunu korumaktır.²⁷

Kategorik Buyruk ve Özgürlük

Kişisel iradenin özerkliği, evrenselleştirme ilkesi ve araçsallaştırma yasağı şeklinde formüle edilen ve tüm insan davranışları ile hukuk kurallarına yön veren kategorik buyruk, ilk bakışta, “özgürlük” ilkesiyle çelişkili gibi görünebilir. Kant’a göre özgürlük, doğanın determinizminden kurtulup içimizden çıkan bir yasaya göre hareket edebilmemiz durumunda söz konusudur. Bu da, yalnızca pratik akılla karar vereceğimiz ahlaki boyutu olan konularda söz konusudur. Peki, her insan ahlaki boyutu olan konularda kendi içinden çıkan yasaya göre hareket ederek özgür olabiliyorsa, nasıl olur da, tüm davranışlarımızın söz

²⁷ Jürgen Habermas, “The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia Human Rights”, *Philosophical Dimensions of Human Rights* (Ed. C. Corradetti), Springer, 2012, s.64; Jutta Limbach, “Yüksek Yargıda İnsan Onuru İlkesi: Almanya’daki Hukuki Durum”, *Demokrasinin Garantisi İnsan Onuru ve İnsan Hakları*, Heinrich Böll Stiftung Derneği Yayını, İstanbul, 2009, s.68

konusu temel ahlaki ilkeye uygun olması gerektiği konusunda ısrarcı olabiliriz? Kant'ın kategorik buyrukları insanın ahlaki tercihler yapabilme kapasitesini sınırlamaz mı? Herkes, kendi aklıyla, az çok diğerinden farklı ahlaki yasalara ulaşmaz mı? Tüm insanlar aynı kategorik buyruklara göre hareket etmek zorundaysa, özgür iradeleriyle ahlaki tercihler yaptığından nasıl söz edebiliriz? Kant'ın, kategorik buyrukları kesin, evrensel ve akla dayalı *mutlak ilkeler* olarak gördüğünü hatırlarsak, bu soruların önemi ortaya çıkar.

Kant'a göre, özgür irademiz sonucu ahlaki tercihler yapabilen varlıklar olmamız ile evrenselleştirme ilkesi ve araçsallaştırma yasağını mutlak buyruklar olarak görmemiz arasında bir çelişki bulunmuyor. Çünkü, insan nasıl teorik akılla doğa yasalarını kavriyor ve herkes bu evrensel yasaları kabul ediyorsa, pratik akılla da herkesin kabul edeceği temel ahlak yasalarını kavrayabiliriz. Ahlak yasaları kişisel çıkarlar, arzular ve amaçlardan hareketle yapılan akıl yürütmeyle bulunamaz. Ahlak yasaları herkesin *saf pratik akılla* düşünmesi sayesinde bulunabilir. Böyle yaptığımızda, ortaya farklı farklı kategorik buyruklar çıkmaz, hepimiz aynı kategorik buyruğu keşfederiz. Kant'ın temel ahlak yasası, yöresel geleneklerin, alışkanlıkların, inançların veya özel çıkarların belirlediği kişisel tercihler değildir; rasyonel varlıklar olarak insanların saf pratik akılla ulaştığı evrensel ilkelerdir.²⁸

Kategorik Buyruklar Çatışır mı?

Kant'ın kategorik buyruk olarak dile getirdiği *evrenselleştirme ilkesi* ile *araçsallaştırma yasağı* birbiriyle çatışır mı? Bu, sorulmaya değer bir sorudur, çünkü evrenselleştirme ilkesinin tümüyle biçimsel bir ilke olmasından kaynaklanan önemli sorunlar vardır. Kuşkusuz, Kant'a göre, ortada birbiriyle çatışacak birden fazla ilke yoktur. Kategorik buyruk tektir, yalnızca üç farklı formül ile dile getirilmiştir. Bu formlerin hepsi aynı ahlaki buyruğu açıklamaktadır. Kant'ın dile getirdiği formleri inceleyen yazarlar ise, kişisel iradenin özerkliğinin diğer iki ilkenin ön şartı gibi düşünülebileceğini ama evrenselleştirme ilkesi ile araçsallaştırma yasağının farklı, hatta bazen birbiriyle yarışan veya çatışan ilkeler olduğunu ileri sürmektedir. Çoğu kimse, Kant'ın formüle ettiği temel ahlak ilkesini, diğer iki görüşümü göz ardı ederek yalnızca evrenselleştirme ilkesi üzerinden yorumlamıştır. Bu yorum tarzının ortaya ahlaki açıdan çelişkili veya kabul edilemeyecek sonuçlar çıkardığına ilişkin sayısız örnek vardır. Ancak bu sonuçları Kant'a bağlamak doğru olmaz; çelişkiler Kant'ı yorumlayanların bakış açısından kaynaklanmaktadır. Şimdi bu noktayı biraz açalım.

Yukarıda değindiğimiz gibi, Kant *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*'nde, "çaresiz durumdaki bir kişi, ödünç para bulmak için tutamayacağını bildiği bir söz verebilir" ilkesinin evrenselleştirilemeyeceğini söylemişti. Bunun nedeni, verilen sözün tutulmamasının yani *yalan söylemenin* genel bir yasa yapılması durumunda, ödünç verme kurumunun ortadan kalkacak olmasıydı. Kant, kitaplarında verdiği diğer örneklerde de, "her zaman doğruyu söyle", "her zaman verdiğin sözü tut", "ihtiyacı olanlara karşı cömert ol" ve "intihar etme" gibi ilkelerin evrenselleştirilebilirlik testini başarıyla geçtiğini ama "yalnızca işine geldiğinde sözünde dur" gibi ilkelerin bu testten geçemediğini göstermeye çalışır. Bu testlerde Kant'ın kullandığı kriter, ilkenin, düzenlemeye çalıştığı kurum ile çelişkiye düşmemesi, tutarsız olmamasıdır. Ona göre, "büyük acılar çekmek zorunda kaldığında intihar et" ilkesi evrenselleştirilemez çünkü ölümü istemek her insanın doğasında içkin olan hayatta kalma güdüsüyle çelişiktir. Bu mantıkla, birisi çıkıp şunu söyleyebilir: "Saçını her zaman kısa kestir" ilkesi, saçın sürekli uzama eğilimine sahip doğasıyla çelişki içindedir ve evren-

²⁸ Sandel 2017, s.173

selleştirilemez.²⁹ Buna karşılık, ahlakla ilgili olmayan, ahlaka aykırı veya saçma sapan pek çok ilke Kant'ın evrenselleştirilebilirlik testinden geçer: "Bütün yaşamın boyunca, biri dışında, verdiğin bütün sözleri tut", 'yanlış dini inanca sahip olan herkese eziyet et', 'Mart ayında, pazartesi günleri hep midye ye' maksimlerinin hepsi Kant'ın testinden başarıyla geçer; çünkü hepsi de tutarlı bir biçimde evrenselleştirilebilir."³⁰

Kuşkusuz, evrenselleştirilebilirlik testini öneren Kant'ın amacı bu tür sonuçlara ulaşmak değildir. Ona göre, temel ahlak ilkesinin ikinci testi yani araçsallaştırma yasağı, ilkelere belirli bir ahlaki içerik kazandırdığı için bu tür saçma sapan sonuçların doğmasını önleyecektir. Peki, temel ahlak ilkesinin üç görünümünü dikkate alarak hareket ettiğimizde, gerçekten bu tür istenmeyen sonuçlardan ve çelişkilerden kurtulur muyuz? Ayrıca bu üç ilkeyi birbiriyile nasıl dengeleyeceğiz? İlkelerden birine diğerlerine karşı üstünlük mü tanıyacağız? Soruların cevabını bulmak için Kant'ın yaklaşımını bir örnek üzerinde test edelim: Silahlı bir katilden kaçan arkadaşımızın evinize sığındığı bir olay düşünelim. Katil kapınızı çalsa ve onun evde olup olmadığını sorsa, katile "hayır evde değil" şeklinde *yalan söylemek* ahlaken doğru bir davranış olmaz mı? Herkese karşı "doğruyu söylemek" şeklinde biçimsel bir ödevimizi yerine getirmek uğruna, arkadaşımızın gözlerimizin önünde öldürülmesine seyirci mi kalacağız? Yoksa, ikinci ilkeyi yani araçsallaştırma yasağını hatırlayıp, arkadaşımıza basit bir eşyaymış gibi davranılmasına izin vermeyecek ve onun evde olmadığı şeklinde bir yalan mı söyleyeceğiz.

Kant'ın bakış açısına göre, katil örneğinde bile yalan söylememe ödevimiz geçerliliğini korumaktadır. Filozofun bu konudaki yaklaşımını kavrayabilmek için "ödev" kavramına yüklediği anlamı gözden geçirelim: Kant'a göre, bir eylemin ahlaki değeri, kişinin *iyi niyetine* bakılarak anlaşılır. Zaten, tereddütsüz olarak her durumda ahlaken iyi denilebilecek tek şey iyi niyettir. Peki, kişinin eylemini iyi niyetle yapıp yapmadığını nasıl anlayacağız? Bunun yolu, eylemin "doğru" eylem olduğuna, sonuçlarına bakmaksızın, bir ödev bilinciyle karar verilmesidir. Ahlaki bir eylem, sonuçları kişi veya toplum bakımından yararlı olacağı için, arzularımızı tatmin edeceği için veya başka herhangi bir amaca ulaşmak için değil, yalnızca "doğru" olduğu için yapılır. Sonuçlarından bağımsız olarak, iyi niyetle yani bir ahlak yasası uğruna yapılan eylem ahlaken doğru eylemdir.³¹

Eylemin bir ahlak yasası uğruna mı, yoksa sonuçları bakımından iyi olacak başka dürtülerle mi yapıldığına şöyle bir örnek verilebilir: Tüm müşterilerine eşit davranan ve yabancıların veya çocukların bilgisizliğinden yararlanıp onlara ürünleri pahalı satmaya kalkışmayan bir dükkân sahibi düşünelim. Bu kişinin tutumu, ilk bakışta saygıyı hak eden bir yaklaşımdır. Ancak, bu konuda asıl dikkate almamız gereken etken, dükkân sahibinin bu "dürüst" davranışının ardındaki niyettir. Kişi, bunu ahlaklı bir hareket olduğuna inandığından değil, uzun vadede işletmesine iyi sonuç getireceğini düşündüğü için yapıyor olabilir. "O kişinin böyle eylemde bulunmasının temeli, karşısındaki insanın insan olarak değerinin korunması düşüncesi değil, o anda çıkarını en isabetli şekilde böyle koruyabileceği düşüncesidir."³² Dükkân sahibinin bu davranışı ahlaki ödevde uygundur ama ödevden kaynaklanmamaktadır.³³ Çünkü işletmenin yararı düşüncesi evrenselleştirilebilir bir ilke olmadığından, ahlaki bir sebep değildir.

²⁹ Alasdair Macintyre, *Erdem Peşinde: Bir Ahlak Teorisi Çalışması*, Vakıfbank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, s.115

³⁰ Macintyre 2019, s.116

³¹ Billington 1997, s.17-181; Sandel 2017, s.155-158

³² Kuçuradi 2018, s.65

³³ Kant 2013, s.12-13

Kant'ın ödev kavramını dikkate aldığımızda, kapıya gelen katile doğruyu söylemek gerekecektir. Çünkü, “daima doğruyu söylemek” evrenselleştirilebilir bir ilkedir ama zor durumda kalınca yalan söylemek böyle değildir. Böyle olunca, daima doğruyu söylemek (evrenselleştirilebilir bir ilke olarak) insanın ahlaki ödevidir. Olası sonuçlarını dikkate almadan, sırf mutlak bir ödev olduğu için bu ahlaki ilkeye göre hareket etmek “doğru” bir davranıştır. Kant'ın bütün gerekçelerine rağmen, pek çok kişi, bu örnekte, katile doğruyu söylemek zorunda kalınmasını ya kategorik buyruğun yanlış bir uygulaması ya da bizzat kategorik buyruğun yanlışlığı olarak değerlendirir.

Zatı Şahanelerinin Sadık Kulu Olarak...

Kapısına bir katil dayanmış olmasa da, Kant, katil örneğindeki benzer bir ikileme karşı karşıya kalmıştır. Kral II. Friedrich Wilhelm, din hakkındaki yazılarıyla Kant'ın Hıristiyanlığı aşağıladığı ve yurttaşlara kötü örnek olduğunu düşünüyordu. Bu nedenle, Ekim 1794'te bir yazıyla, kendisinden bu konularda bir daha yazmayacağı ve konuşmayacağı konusunda yemin etmesi istendi. Kant'a gönderilen yazıda, “böyle hatalar yapmamanızı bekliyoruz... Aksi takdirde süregiden dik başlılığınıza karşı nahoş önlemlerin alınması mümkündür” denmişti.³⁴ “Kant boyun eğmeye karar verdi... (cevabında) şöyle yazıyordu: ‘En ufak şüpheli bile giderecek en emin yolun, *Zatı Şahanelerinin sadık kulu olarak* bundan böyle derslerimde ya da yazılarımda doğal ya da vahyedilmiş dini konu edinmekten tamamen kaçınacağımı açıklamam olacağına inanıyorum.’ Kant, daha sonra, ‘Zatı Şahanelerinin sadık kulu’ ifadesinin akıllıca bir şerh olduğunu açıkça belirtmişti. Verdiği söz, yalnızca Zatı Şahanelerinin kulu olduğu müddetçe geçerliydi; Zatı Şahaneleri ölünce geçerliliğini yitirecekti. Kimileri, Kant'ın bu konuda dürüstçe davranmadığını, böyle bir sözü ya kayıtsız şartsız vermesi ya da hiç vermemesi gerektiğini ileri sürdüler.”³⁵

Kral Wilhelm birkaç yıl sonra öldüğünde, Kant dini konular hakkında konuşmaya ve yazmaya devam etti. Kendince, yalan söylememiş, sözünü tutmuştu. Açıkça yalan söylemek yerine, yanıltıcı bir açıklama yapmıştı. İkisi arasındaki fark nedir? İkisinde de ama söz konusu eylemi yapmayacağınız konusunda karşı tarafı yanıltmak değil midir? Kurnazca bir yanıltmanın kaba veya basit bir yanıltmadan ahlaki açıdan daha iyi olduğu söylenebilir mi? Sandel, Kant'ın düşünce tarzını izleyerek, iki durum arasında ahlaken savunulabilir bir farkın bulunduğunu belirtir. Zor durumda kalan herkes doğrudan yalan söylerse, bu tür ifadeler kimse inanmaz, sözler doğru bile olsa inanırlığı azalır. Bu durum, söz verme veya yemin etme kurumunun özünü tahrir eder. Oysa yanıltıcı ama yalan olmayan kurnazca cevaplar verilmesi bu tür bir tehlike yaratmaz. Bu durumda, insanlar sözlere inanmayı bırakmak yerine, sözlerin arkasındaki saklı anlamı çözmeye çalışırlar. Dikkatli bir dinleyici, yanıltıcı gerçeği ortaya çıkartabilir. Sonuçta, zorda kalanlara kimsenin inanmamasından daha iyi bir durum ortaya çıkar.³⁶

Kapıya dayanan katile yalan söylememek konusunda Kant'ın ya da onu yorumlayan Sandel'ın açıklamalarını çok az kişi ikna edici bulabilir. ‘Her zaman doğruyu söyle’ ilkesini, araçsallaştırma yasağını dikkate alarak *insanlara zarar vermedikçe her zaman doğruyu söyle* biçimine sokarsak, çoğu kişi için ikilem tatmin edici biçimde çözülmüş olur. Ancak

³⁴ Kuehn 2011, s.386. Kant'ın biyografisini yazan Kuehn'e göre, “bu sefer iş ciddiye. ‘Nahoş önlemlerin’ işten kovulma ya da zorla ücretsiz emekli edilme anlamına geleceği kesindi, hatta sürgün de gündeme gelebilirdi... Yetmiş yaşında taşınma fikri ona hiç olmadığı kadar zor gelmişti herhalde: Üstelik, direnmek Prusya'daki gelişmelerde bir değişiklik yaratmayacaktı.” Kuehn 2011, s.386

³⁵ Kuehn 2011, s.387

³⁶ Sandel 2017, s.180-187

bu durumda, buyruk *kategorik (koşulsuz)* olmaktan çıkacak, koşullu buyruğa dönüşecektir. Bu eleştiri, kuşkusuz ortada birden çok kategorik buyruk olduğu varsayımı altında geçerlidir. Kant'ın vurguladığı gibi, söz konusu ilkeleri bağımsız buyruklar olarak görmek yerine aynı ahlak ilkesinin farklı görünüşleri olarak kabul edersek söz konusu çelişkiyi aşabiliriz. Bu durumda, evrenselleştirme testini geçen irademizi araçsallaştırma yasağı testine tabi tutarız. Katile doğruyu söylemek bu testi de geçmelidir. Katile doğruyu söylemek arkadaşımızın ölümüne neden olacaksa, araçsallaştırma yasağı ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla, vereceğimiz cevap, katillerin amaçlarına ulaşmak için arkadaşımızın bedeninde insanlığı araçsallaştırmasına yol açmayan, insanın üstün değerini koruyan bir cevap olmalıdır. Peki, bu cevap ne olabilir? Sözü Sandel'e bırakıyoruz:

"Elbette katilin şeytanca planını gerçekleştirmesine yardımcı olmak istemezsiniz. Bu açıktır. Katili arkadaşınıza yönlendirecek hiçbir şey söylemek istemezsiniz. Sorun, katile ne söyleyeceğinizdir. Burada iki seçeneğiniz vardır. Hemen bir yalan söyleyebilirsiniz: '*O burada değil.*' Ya da doğru ama yanıltıcı bir cümle kurabilirsiniz: '*Bir saat önce onu yolun aşığındaki markette gördüm.*' Kant'a göre, ikinci strateji ahlaki olarak kabul edilebilirdir ama birinci seçeneği kabul etmek mümkün değildir... Kant, bu ayırmda farkına varılması gereken çok önemli bir hususun olduğuna inanır... Bir arkadaşınızın size bir hediye verdiğini farzedin. Kutuyu açarsınız ve hiçbir zaman giymeyeceğiniz kadar çirkin bir kravatla karşılaşırınız. Ne söylersiniz? 'Bu kravat çok güzel' diyebilirsiniz. Bu beyaz bir yalan olur. Ya da 'bunu yapmana gerek yoktu', ya da 'bunun gibi kravat hiç görmedim, teşekkür ederim' Beyaz yalanda olduğu gibi, bu ifadeler arkadaşınıza kravatı beğendiğinize dair yanlış izlenim verebilir... Kant, beyaz yalanı, sonuçlara bağlı olarak ahlak yasasına bir istisna getirdiği için reddederdi."³⁷

Evrenselleştirme İlkesi Sonuçlardan Tümüyle Bağımsız mıdır?

Kant'ın görüşleri, yaygın biçimde, bir eylemin ahlaklı olup olmaması bakımından eylemin sonuçlarını dikkate almayı yalnızca eylemin dayandığı ilkenin evrenselleştirilebilir olmasına dikkat ettiği biçiminde yorumlanmıştır. Bunun nedeni, onu yorumlayanların temel ahlak ilkesinin diğer iki görünümünü göz ardı etmeleridir. Böyle olunca, özellikle, hayatını kurtarmak için evinize sığınan arkadaşınızı kovalayan katil örneğinde bile doğruyu söyleme yükümlülüğünün olması, kabul edilemez bir sonuç gibi görünür. Ancak Kant'ın temel ahlak ilkesinin bu yorumu doğru değildir. Evrenselleştirme testi, bir eylemin ahlaklı olup olmadığının anlaşılması bakımından birinci basamaktır. Hala çıkılması gereken bir basamak daha, yapılması gereken bir test daha vardır: Eyleminizin dayandığı ilke evrenselleştirilebilir olsa bile, Kant'ın deyişiyle, *her insanın eylem özgürlüğünün en yüksek kısıtlayıcı koşulu* olan araçsallaştırma yasağını ihlal etmemelidir. Araçsallaştırma yasağı testi bir içerik testi olduğundan eylemin olası sonuçlarından bağımsız değildir. Buna biraz sonra değineceğiz. Fakat daha birinci basamakta yani evrenselleştirme testi aşamasında bile eylemin olası sonuçlarının dikkate alındığı ileri sürülebilir. Çünkü, eylemin dayandığı ilkenin evrenselleştirilebilir olup olmadığının araştırılması, dolaylı olarak sonuçları hesaba katmayı gerektirir.

Kant, verdiği örneklerde, insanların evrenselleştirilemeyen ilkelere göre hareket etmesinin yani sözünde durmamasının, yalan söylemesinin, verdiği zararı ödememesinin vb. ilgili kurumları yok ederek toplumsal yaşamı imkânsız hale getirecek sonuçlar doğuracağını üstü örtülü biçimde kabul eder. Kant'tan yaklaşık 150 yıl önce Hugo Grotius, Kant'ın genel bir yasa olabileceğini söylediği ilkeleri "doğal hukuk ilkeleri" olarak tanımlamış ve bu

³⁷ Sandel 2017, s.182-183

ilkelere aykırı bir toplumsal yaşamın kurulamayacağını belirtmişti. Grotius'a göre, kimse verdiği sözü tutmakla yükümlü olmasaydı, insanlar alış-veriş yapmak, birlikte iş yapmak hatta evlenmek için bile bir araya gelemezler; verilen zararın ödenmesi, kötülüğün cezalandırılması, mülkiyete saygı duyulması ilkeleri kabul edilmese, herkes diğerinden korkar ve uzak kalmaya çalışırdı.³⁸ Kant, evrenselleştirilemeyen bir ilkenin kendi kendini veya düzenlediği kurumu yok edeceğini söylemesi ve bu nedenle onu kabul edilemez bulması, aslında toplumsal yaşamın yalnızca verilen sözün tutulması, verilen zararın ödenmesi, insan hayatına saygı gibi bazı temel ilkeler üzerine kurulabileceği ön kabulüne dayanır. Bu nedenle, Kant dolaylı biçimde, evrenselleştirilemeyen ilkeleri, toplumsal yaşamı mümkün kılan bu temel ilkelere aykırı olduğu için kabul edilemez bulmaktadır. Diğer bir deyişle, eylemin olası sonuçları yani toplumsal yaşamın özünü tahrip edip etmeyeceği, bir şeklide, dikkate alınmış olmaktadır.

Bergson, Kant'ın tümüyle biçimsel bir ilke olarak formüle ettiği evrensellik ilkesini analiz ettiğinde aynı sonuca ulaşmıştır: "Niçin çalmamalıyım? Şundan dolayı; hırsızlık, çelişkiye yer bırakmayacak bir şekilde evrensel yasa haline getirilemez. Peki, niçin çelişkiye yer bırakmayacak şekilde evrensel yasa haline getirilemez? Zira toplumumuz öyle bir şekilde örgütlenmiştir ki mülkiyet onun asli ilkelerinden biridir. Saf formalizmden çıkıyoruz ve toplumsal menfaati, toplumsal yaşamın sunduğu avantajı işin içine sokuyoruz. Başka bir ifadeyle söylersek, pratikte bir evrensel yasama ilkesi haline gelebileni ve gelemeyeni belirlemeyi istediğimiz andan itibaren elenen maddi ilkelerden birine başvurmak gerekir."³⁹

Kant'a göre, eylemimiz evrenselleştirilebilir bir ilkeye dayanıyorsa hem kendimizde hem de başkalarında insanın değerini koruyan bir tutum içinde olma ihtimalimiz yükselir. Söz konusu evrenselleştirilebilir ilkeyi de ancak saf akılla düşünerek bulabiliriz. Kant insan zihninin iki farklı çalışma şekli, iki farklı yeteneği olduğunu kabul eder. Birinde arzu ve eğilimlerimiz, diğerinde aklımız ön plandadır. Arzu ve eğilimlerimiz daha çok doğaya hâkim olan determinizme uygun hareket eder. Eylemlerimiz arzularımıza göre belirlenecekse, yalnızca sonuçlar dikkate alınacak demektir. Her durumda kendi çıkarımız gözetilecek, eylemimizin başka insanların değerinin inkâr edilmesi veya onların araçsallaştırılması sonucunu doğurması muhtemel olacaktır. Nitekim, hayvanlar aleminde büyük balığın küçük balığı yutmasını ahlaki bir konu olarak görmeyiz. Balık kendi doğasına (arzu ve eğilimlerine) uygun davranmakta, varlığını sürdürmek için beslenmektedir. Hatta, şunu da söylemek mümkündür: Arzu ve eğilimlerimiz bizi içgüdülerimiz kadar güçlü biçimde yönlendiriyorsa, gerçekte, ortada ahlaki bir durum da olmayacaktır. Çünkü, eylemlerimiz biyolojimiz ve psikolojimiz tarafından neden-sonuç ilişkisi doğrultusunda belirlenmektedir. İnsanı doğanın geri kalanından ayıran yeteneği; arzu ve eğilimlerinin ötesine geçip saf akılla düşünerek doğada olmayan bir yol çizebilmesi, kendisi için bir kural koyabilmesidir. Kant'a göre, arzu ve eğilimlerimizin esiri olmayan saf akıl, eyleme kılavuzluk edecek evrenselleştirilebilir bir ilke ortaya koyduğunda, sadece eylemde bulunan kişi değil, tüm insanlar bakımından insanın değerini koruyan bir durum yaratacaktır.

Bu açıklamaları *katil örneği* üzerinde test edebiliriz. Silahlı katil örneğinde eylemimizin dayandığı ilkeyi koşulsuz buyruk olmaktan çıkartıp koşullu buyruğa dönüştürseydik, yani "insanların hayatını tehlikeye atmadıkça her zaman doğruyu söyle" şeklinde formüle etseydik, bunun hayatından endişe duyduğumuz arkadaşımıza bir yararı olmazdı. Çünkü katil, bizim bu ilkeye göre hareket edeceğimizi bileceğinden yalan söylediğimizi hemen anlayacak veya bize hiç sormadan içeri dalarak onu öldürecek. Formüle ettiğimiz koşullu

³⁸ Bkz: Uygun 2017, s.12-13

³⁹ Henri Bergson, *Etik ve Politika Dersleri* (Çev. B. G. Beşiktaşlıyan), Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.79

buyruk arkadaşımızın hayatını kurtarmak bakımından işe yaramayacaktı. Bu örnekte arkadaşımızı kurtaracak tek yol, katilin bizim doğruyu söyleyeceğimize inanmasıdır. Bu nedenle, doğruyu söylemenin ahlaki bir yükümlülük olarak kabul edilmesi hem örnek olaydaki arkadaşımızın hayatının korunması, hem de toplumsal düzenin sürekliliğinin sağlanması bakımından gereklidir. Kant, Kral Wilhelm'e verdiği doğru ama yanıltıcı cevabı "akıllıca" nitelendirmişti. Katile söylenecek doğru ama yanıltıcı bir cevap da, ona "açıkça yalan" söylemekten daha akıllıca olur; arkadaşımızın hayatta kalma ihtimalini yükseltirdi.

Öyle anlaşılıyor ki, Kant evrenselleştirilebilir ilkeleri, ister doğruyu söyleme ödevi, ister verilen sözün tutulması veya verilen zararın ödenmesi şeklinde olsun, toplumsal yaşamın sürdürülmesini mümkün kılan ve insanın değerini koruyan ilkeler olarak düşünmüştür. Ancak bu noktada şu söylenebilir: Evrenselleştirilebilir olmakla birlikte, toplumsal yaşamın devamlılığını tehdit eden ve insanın değerini korumayan ilkeler de formüle edilebilir. Örneğin, fiziksel yönden güçlü birinin, zayıf insanları kendisine hizmet etmeye zorladığını ve bu davranışını "güçlü insanlar güçsüzleri köleleştirebilir" şeklinde evrensel bir ilkeye dayandırdığını farzedelim. Söz konusu kişi güçlü olduğu için, tüm insanların aynı şekilde davranmasını istemek bakımından bir dezavantajla karşılaşmayacaktır. Eylemin dayanağı olarak formüle edilen ilke, en azından ilk bakışta, insanlar arasındaki ilişkileri yok etmemekte, düzenlemeye çalıştığı kurumu ortadan kaldırmamaktadır. Köleliğin binlerce yıl sürdüğünü ve pek çok filozof tarafından adil bir kurum olarak meşru görüldüğünü dikkate alırsak, içeriksiz bir evrenselleştirme ilkesinin bu tür bir sonuca yol açabileceğini görürüz. Oysa, insan köleleştirmenin köleleştirilen kişinin değerini korumadığı açıktır.

İşte, şimdi Kant'ın kategorik buyruğu formüle ederken eylemin olası sonuçlarını dikkate aldığını gösteren en güçlü nedeni gösterebiliriz. Kategorik buyruğun diğer görünüşleri araçsallaştırma yasağı ve kişisel iradenin özerkliğidir. Köleleştirme eylemi, kategorik buyruğun her iki özelliğini de ihlal etmektedir. Katilin evimize girip arkadaşımızı öldürmesi de aynı sonuçları doğuracaktır. Ölen kişi veya köle irade sahibi varlık olmaktan çıkacak ve katilin veya köle sahibinin amaçları uğruna araçsallaştırılacaktır. Bu durumda, katilin sorusuna cevap vermek üzere olan veya başkalarını çalıştırmak isteyen kişi, kategorik buyruğun her üç görünümünü de dikkate alan, her birine optimum geçerlilik imkânı sağlayan başka bir yol bulmalıdır.

Katil örneği benzeri durumlarda Kant'ın önerdiği "doğru ama yanıltıcı" bir cevap verme tavrını şimdi daha doğru biçimde anlamlandırabiliriz. Cevabın doğru kısmı evrenselleştirme ilkesini, yanıltıcı kısmı ise araçsallaştırma yasağını gözetmektedir. Dolayısıyla, Kant'ın Kral Wilhelm'e yazdığı mektubu veya katile söylenen "bir saat önce onu sokakta gördüm" ifadesini "açıkça yalan söylemek yerine kurnazlık yapıp yanıltıcı açıklama yapmak" olarak değerlendirmek zorunda değiliz. Aslında bu örneklerde kullanılan ifadeler, eylemleri kategorik buyruğun her üç görünümüyle de uyumlu kulma çabasının göstergesidir. Her iki örnekte de, kişinin eylemi insanın değerini koruyan bir ilkeye dayanmaktadır. Kant'ın bakış açısına göre, eylemlerimiz ancak temel ahlak ilkesinin üç görünümünü de dikkate alarak formüle edeceğimiz bir ilkeye dayandırılınca, her durumda, her insanın değerini koruyacak niteliğe kavuşabilir. Kant'ın tamamen biçimsel bir evrenselleştirme ilkesinin yanına kişisel iradenin özerkliği ve araçsallaştırma yasağını koymasından bunu anlıyoruz. Sonuç olarak, Kant'ın ahlaklı eylemin temeli olacak ilkeyi belirlerken toplumsal yaşamın gerçekliğinden tümüyle kopuk bir zihinsel faaliyeti tasavvur ettiğini söyleyemeyiz. Oysa, Kant'ı yorumlayanların çoğu, evrenselleştirme testini temel ahlak ilkesinin yegâne unsuru olarak kabul ederek bunu yapmaktadır. Esasen insandan ve toplumsal yaşamın özünden kopuk bir ahlaklılık inşa etmek mümkün değildir.

Kapımıza dayanan katile doğruyu söyleme yükümlülüğü örneğindeki çelişkilerin temel ahlak ilkesinin yalnızca evrenselleştirme ilkesine indirgenerek yorumlanmasından

kaynaklandığını gösterdikten sonra, “kategorik buyruk” kavramının yanlış anlaşılmasının da bu konuda etkili olduğunu belirtmek gerekir. Ahlaki buyruğun kategorik (kesin/koşulsuz) olduğunu söylemek, bu buyruğun bağlayıcılığını herhangi bir özel amaçtan/nedenden almadığını dile getirmek demektir. Örneğin, verilen sözün tutulması ile ilgili kategorik buyruk, bağlayıcılığını verdiğimiz sözün bize veya başkalarına sağlayacağı katkıları güvence altına alma gibi bir amaçtan almaz. Böyle olsaydı koşullu buyruk olurdu. Ancak bu durum verilen sözün tutulması veya doğruyu söyleme ödevinin başka hiçbir şarta bağlanamayacağı anlamına gelmez.⁴⁰ Ahlaki buyruklar özel amaçlar ve nedenlerden kaynaklanmamakla birlikte, hiçbirini varoluşu mutlak bir değere sahip olan amaçla yani nesnel amaç olan insanın değerinin/onurunun korunması amacıyla çelişki içinde olmaz. En yüksek değer olan insanın değerini inkâr eden bir ahlaki buyruk kendi içinde çelişkilidir ve formüle edilemez. Kant’ın temel ahlak ilkesinin üç görünümü arasındaki ilişkileri açıklığa kavuşturmada pek başarılı olamadığı söylenebilir. Bu konuda verdiği örnekler de, ortaya çıkan karışıklıkları ve çelişkileri tümüyle giderecek nitelikte değildir. Fakat, onun görüşlerinin insanın değerini inkâr eden ahlaki buyruklara kapı araladığı şeklinde yorumlanması bir haksızlık olacaktır.⁴¹

Ahlaki Ödevlerin Çatışması

Temel ahlak ilkesinin formülasyonu bakımından Kant’ın eleştirilecek yönü, kategorik buyruklardan kaynaklanan somut ödevlerin çatışabileceğini pek fazla dikkate almamış olmasıdır. Doğruyu söyleme ödevimiz, bazı durumlarda ailemize, çalıştığımız kuruma veya ülkemize karşı olan sır saklama veya aleyhte konuşmama ödeviyle çatışır. Bu tür olası çatışma durumlarında kişiyi zor durumda bırakmamak için özel hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Anayasamızın 38. maddesi uyarınca, *hiç kimse, kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.* Bu hükmü somutlaştıran Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 45. maddesi, kişinin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, üstsoyu ve altsoyu, üçüncü derece dahil kan, ikinci derece dahil kayın hısımları ile evlatlık ilişkisi olduğu kişilerle ilgili durumlarda tanıklık etmekten çekinme hakkı tanımaktadır. Benzer biçimde, 46. maddede, meslekleri gereği sır saklama yükümlülükleri olan avukatlar, doktorlar, diş hekimleri, ebeler, eczacılar, mali müşavirler ve noterlerin tanıklıktan çekinme hakları vardır. Bu tür düzenlemeler ile, doğruyu söyleme yükümlülüğünün kişinin diğer ahlaki ve hukuki ödevleriyle çatışması önlenmektedir.

Tüm insan eylemlerine ve devletin yasama faaliyetine temel oluşturacak bir ahlaki ilkenin formüle edilmeye çalışılması, kuşkusuz, saygın bir çabadır. Bu çaba Kant etiğinin en güçlü ve iddialı tarafıdır. Kant’ın formüle ettiği şekliyle, evrensel ahlaki buyruklar kaynağını artık Tanrı’dan, doğadan veya başka bir insan ötesi varlıktan almayacak, tersine tümüyle insani bir kapasite ve faaliyet olan saf aklın ürünü olarak ortaya çıkacaklardır. Ancak toplumsal yaşamın karmaşıklığı ve dinamizminin, temel ahlak ilkelerinin istisnasız olmayan *kategorik buyruklar* şeklinde formüle edilmesini zorlaştırdığını kabul etmeliyiz. Düşmana esir düşmüş bir askerini, her zaman doğruyu söyleme ilkesine sırtını çevirerek ülkesinin askeri sırlarını ifşa etmemesini ahlaken yanlış bir tercih olarak nitelendirebilir miyiz? Yoksa, bu kişinin mesleğe girerken verdiği sözü tuttuğunu ve yasaların kendisine yüklediği sır

⁴⁰ Allen W. Wood, *Kant* (Çev. A. Kovanlıkaya), Alfa Yayınları, İstanbul, 2020, s.222

⁴¹ “Yalan söylemenin yanlış olması, Kant’a göre, insanlığın mutluluğu gibi, bazı arzu edilen amaçlara yalandan kaçınarak ulaşıp ulaşılamamasına bağlı değildir. Fakat bundan *Yalan söyleme!* kuralına hiçbir istisna olamayacağı; bu kuralın hiç de bir kategorik emir gibi bağlayıcı olmadığı bir durumun olamayacağı sonucu çıkmaz. Bu tür istisnaların hangi sıklıkta ortaya çıktığına ‘her akıllı varlığı kendi başına bir amaç olarak değerlendir’ türünden daha temel Kant ilkelerini... göz önüne alarak karar vermek gerekir.” Wood 2020, s.214-215

saklama ödevine uygun davrandığını mı söyleriz. Peki, burada geçerli olacak ahlaki ilkeyi “her zaman doğruyu söyle” yerine, “verilen sözün tutulması” olarak belirlediğimizde ve işkence altında askerin bildiği sırları ifşa etmesi durumunda, kolayca bu kişinin ahlaka aykırı davrandığını söyleyebilecek miyiz? İşkence ve kötü muamele riski altındaki askerin kişisel iradesinin özerkliğinin bulunmadığı ve araçsallaştırma yaşağının ihlal edildiği açıktır.

Kant’ın tüm insanlar için geçerli saydığı nesnel ahlak ilkelerini, istisnası olmayan kategorik buyruklar yerine, ender de olsa istisnaları bulunabilecek genellemeler olarak düşünmek daha doğru olacaktır. Bu istisnalar, kuşkusuz, temel ahlak ilkesine dışarıdan yapılan bir müdahale değil; kişisel iradenin özerkliği ve araçsallaştırma yaşağının evrenselleştirme ilkesiyle optimizasyonun bir sonucu, diğer bir deyişle, bizzat kategorik buyruğun kendisinin zorunlu kıldığı durumlardır. Böyle bir yorum, Kant’ın ahlak felsefesinin temel teziyle çelişmez. O, ahlak kurallarını saf aklın ürünü olduğu için “rasyonel” kabul etmişti; bu nedenle rasyonel kurallar bütün rasyonel varlıklar yani tüm insanlar için aynı olmak zorundaydı. Evrenselleştirilebilir kuralların olası istisnaları da rasyonel bir muhakeme ile bulunacak rasyonel kurallar olacaktır. Bu şekilde yorumlandığında, Kant etiğinin hala çağımızın etik tartışmalarına ışık tutacak güçlü temellere sahip olduğunu söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

- Aral, Vecdi (2010) *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, XII Levha Yayınları, İstanbul
- Bergson, Henri (2016) *Etik ve Politika Dersleri* (Çev. B. G. Beşiktaşlıyan), Pinhan Yayıncılık, İstanbul
- Billington, Ray (1997) *Felsefeyi Yaşamak: Ahlak Düşüncesine Giriş* (Çev. A. Yılmaz), Ayrintı Yayınları
- Feldman, Fred (2016) *Etik Nedir?* (Çev. F. B. Aydar), Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul
- Guyer, Paul (2014) *Kant*, Routledge
- Güriz, Adnan (2009) *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara
- Habermas, Jürgen (2012) “The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia Human Rights”, *Philosophical Dimensions of Human Rights* (Ed. C. Corradetti), Springer, s. 63-79
- Hirş, Ernest (2001) *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara
- Kant, Immanuel (2013) *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi* (Çev. İ. Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara
- Kant, Immanuel (2014) *Pratik Aklın Eleştirisi* (Çev. İ. Kuçuradi, Ü. Gökberk, F. Akatlı), Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara
- Kelly, Eugene (2011) *Material Ethics of Value: Max Scheler and Nicolai Hartmann*, Springer
- Kuehn, Manfred (2011) *Kant* (Çev. B. O. Doğan), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları
- Limbach, Jutta (2008) “Yüksek Yargıda İnsan Onuru İlkesi: Almanya’daki Hukuki Durum”, *Demokrasinin Garantisi İnsan Onuru ve İnsan Hakları*, Heinrich Böll Stiftung Derneği Yayını, İstanbul, s.66-71

Macintyre, Alasdair (2019) *Erdem Peşinde: Bir Ahlak Teorisi Çalışması* (Çev. M. Özcan) Vakıfbank Kültür Yayınları, İstanbul

Rawls, John (2021) *Ahlak Felsefesi Üzerine Dersler* (Çev. G. Metin) Nora Kitap, İstanbul

Sandel, Michael J. (2017) *Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?* (Çev. M. Kocaoğlu), Eksi Kitaplar

Uygun, Oktay (2017) *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul

Wood, Allen W. (2020) *Kant* (Çev. A. Kovanlıkaya), Alfa Yayınları, İstanbul

^{4f} CUMHURBAŞKANI SEÇİLEMEYEN BELEDİYE BAŞKANININ GÖREVE DÖNME HAKKI

(THE RIGHT TO RETURN TO THE DUTY OF MAYOR IN CASE OF LOSING THE PRESIDENTIAL ELECTION)

Doç. Dr. Tevfik Sönmez KÜÇÜK**

ÖZ

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilebilmesini öngören Anayasa değişikliği, birçok tartışmalı konuyu beraberinde getirmiştir. Cumhurbaşkanı seçilemeyen belediye başkanının eski görevine dönüp dönemeyeceği bu meselelerden biridir. Cumhurbaşkanı Seçim Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrasında, Cumhurbaşkanlığı seçimini kaybetmiş olan belediye başkanının göreve dönebileceği ile ilgili açık bir ifadenin yer almaması ve belediye başkanlığının kendine özgü bir statüye sahip olması, göreve dönme konusunda farklı fikirlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Anılan çalışmada, bu görüşler ile belediye başkanının göreve dönme sürecinde izlemesi gereken hukuki yol ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı Seçimi, Cumhurbaşkanı Seçim Kanunu, Belediye Başkanının Göreve Dönme Hakkı.

ABSTRACT

The constitutional amendment, which regulates the election of the President by the people of Turkey, brought up many controversial issues. Whether the mayor, who has lost the presidential election, can return to his former position is one of these issues. The fact that there is no clear statement in the second paragraph of Article 11 of the Presidential Election Law regarding a mayor's ability to return to office in case of losing the presidential election, and the unique position of the office of mayorship, has led to the emergence of different ideas about returning to duty. In this study, these views, and the legal path that the mayor should follow in the process of returning to duty will be discussed.

Keywords: Presidential Election, Presidential Election Law, The Mayor's Right to Return to Duty.

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 02.06.2021. İlk hakem raporu tarihi: 04.06.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 04.06.2021. Onaylanma tarihi: 04.06.2021

* Yeditepe Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3876-9985.

Esere Atıf Şekli: Tevfik Sönmez Küçük, "Cumhurbaşkanı Seçilemeyen Belediye Başkanının Göreve Dönme Hakkı", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1457-1470.

I. Giriş

31.05.2007 tarihli ve 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 4. Maddesi ile Cumhurbaşkanının seçim usulü değiştirilmiş, söz konusu düzenleme uyarınca Cumhurbaşkanının halk tarafından beş yıl için en fazla iki dönem seçilebileceği teminat altına alınmıştır. Parlamenter rejimden kopuşun ilk adımı olan bu değişiklik, Anayasa Mahkemesinin “367 kararına”¹ bir reaksiyon olarak gerçekleştirilmiştir. Bu değişiklikte birlikte siyasal iktidarın odağı kısmen Cumhurbaşkanlığına kaydırılmıştır. 2007 Anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanının görev süresini (5+5) ve seçilme yöntemini (parlamento yerine halk tarafından seçilme) değiştirerek Cumhurbaşkanının siyasal demokratik meşruiyetini güçlendirmiştir. Bahse konu değişiklik, Cumhurbaşkanının siyasal meşruiyetini güçlendirerek seçim maratonu sathında politik bir figüre dönüşmesine uygun bir zemin yaratmıştır. Bu zemin gerek Cumhurbaşkanının anayasal yetkilerini kullanmasında bir iktidar merkezi olarak hareket etmesine gerekse siyasal meşruiyetin getirdiği siyasal güç sayesinde hükümet üzerinde vesayet kurma pratiğine uygun bir ortamın oluşmasına yol açmıştır. Böylece, doğrudan halk tarafından seçilerek siyasal meşruiyeti güçlenen Cumhurbaşkanı, iktidar partisi üzerindeki gücü sayesinde fiilen hükümet yetkilerini kullanabilen bir aktöre dönüşmüştür². Cumhurbaşkanının belirlenme şeklini değiştiren bu kural, Cumhurbaşkanının tarafsızlığını ve partiler üstü konumunu sekteye uğrattığı için eleştirilmiş³, hükümet sistemi tartışmalarını beraberinde getirmiştir.

Yine aynı Anayasa değişikliğine ilişkin Kanunun 5. maddesi, Anayasanın 102. maddesi hükmünü değiştirmiş; Anayasa değişikliği sonucunda Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usul ve esasların yasayla düzenleneceği kurala bağlanmıştır. Anılan hüküm gereğince 6271 sayılı ve 19.01.2012 tarihli Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu çıkarılmıştır. Kanunun 1. maddesinde, Cumhurbaşkanı seçimine, Cumhurbaşkanı adaylarında aranacak şartlara, seçim öncesi, seçim günü ve seçim sonrası yapılması gereken işlemlere ilişkin usul ve esasları düzenlemek bu Kanunun amacı olarak tespit edilmiştir. Başka bir ifade ile Cumhurbaşkanlığı adaylığından seçim sonuçlarının kesinleştiği ana kadar bu kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak, çalışmanın konusunu oluşturan Cumhurbaşkanlığı seçimini kaybeden belediye başkanının görevine dönüp dönemeyeceği meselesini incelemeden önce bir hususun altının çizilmesinde yarar vardır: 6271 sayılı, 19.01.2012 tarihli Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanununun mevcut hükümet sistemimiz esas alındığında yetersiz kaldığı görülür. Gerçekten, 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi olarak isimlendirilen, atipik, daha evvel hiç uygulanmamış bir model olan ve anayasal gelişmelerden “kopma” olarak görülebilecek bir sisteme geçiş yapılmıştır. Bu sistem, yasama-yürütme dengesini yürütme lehine bozmuş; meclisin mevcut yetki ve işlevlerini büyük oranda kaybettiği ve yürütmenin güdümüne girdiği bir süreci başlatmıştır⁴. Cumhurbaşkanının tek başına hükümet ve devlet başkanı olduğu, parti genel başkanı olmasının önünün açıldığı bir sistemde Cumhurbaşkanının seçilme usulünü parlamenter sistemin yürürlükte olduğu dönemde çıkarılmış bir kanunla düzenlemek kabul edilemez. Zira her iki sistemdeki Cumhurbaşkanının statüsü, görev ve yetkileri farklılık gösterir. Gerçi, 2017 Anayasa değişikliğine uyum sağlamak adına Cumhurbaşkanının seçilme şartlarına ilişkin bazı yasal değişiklikler

¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2007/45, K. 2007/54, 1/5/2007.

² Ekrem Ali Akartürk / Tefvik Sönmez Küçük, **Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem (Teori ve Uygulama)**, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2021, s. 13.

³ Ekrem Ali Akartürk, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri (Parlamenter Hükümet Yapıları ve Parti Sistemleri Üzerine Bir Deneme)**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 251-256.

⁴ Ekrem Ali Akartürk / Tefvik Sönmez Küçük, **Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem...**, s. 21-22.

yaşanmıştır. Fakat bu değişikliklerin, partili Cumhurbaşkanı faktörünü ve bu partililik bağı nedeniyle Cumhurbaşkanı adayları arasında bozulan adil rekabet ortamını (partili Cumhurbaşkanının finansmanının diğer adaylardan ayrıştığı noktalar, harcamalarının denetimi) göz önünde bulundurduğu söylenemez. Bu çerçevede Cumhurbaşkanı Seçim Kanununda kapsamlı bir değişiklik yapılmalıdır⁵. Nitekim bu tür bir değişiklik adil ve demokratik seçimler için de hayati önem taşır.

Görüldüğü üzere mevcut Cumhurbaşkanı Seçim Kanunu önemli eksiklikleri bünyesinde barındırır. Bununla birlikte, Kanunun hâlâ yürürlükte olduğu da unutulmamalıdır. Bu bağlamda Cumhurbaşkanlığı seçimini kaybetmiş bir belediye başkanının görevine dönme hakkına ilişkin yürütülecek tartışmaların yine bu Kanunun 11. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekir. Söz konusu madde iki fıkradan oluşmaktadır⁶. İlk fıkrada, Cumhurbaşkanı aday gösterilenlerin görevlerinden ayrılmış sayılacakları esas düzenlenmişken, ikinci fıkrada, belirli kamu görevlileri dışındakilerin Cumhurbaşkanı seçilememeleri durumunda görevlerine dönebilecekleri ifade edilmiştir. Madde metni tahlil edildiğinde, belediye başkanlarının Cumhurbaşkanı aday olarak gösterilmeleri durumunda⁷, aday listesinin kesinleştiği tarih itibarıyla bu görevlerinden ayrılmış sayılacaklarının açıkça hükme bağlandığı fark edilir. Bir belediye başkanının bu kamusal sıfatla Cumhurbaşkanlığı seçim kampanyasını yürütebilmesi mümkün değildir. Cumhurbaşkanı aday listesi kesinleştiği tarihte istifa gerçekleşmiş varsayılır, yani belediye başkanının ayrıca bir istifa dilekçesi kaleme almasına gerek yoktur. “Görevinden ayrılmış sayılma” hâli gerçekleştiğinde, bu husus, Yüksek Seçim Kurulu (YSK) tarafından aday gösterilenin bağlı bulunduğu bakanlığa veya kuruma derhâl bildirilir. Bu bildirim “kurucu” bir nitelik taşımaz. Örneğin Cumhurbaşkanı aday gösterilmiş bir büyükşehir belediye başkanının “görevinden ayrılmış sayıldığının”

⁵ Meclis, anılan değişikliği derhâl yapmalıdır. Bu durumun en önemli nedenlerinden birini, 1982 Anayasasının 67. maddesinin son fıkrası oluşturur. Söz konusu düzenleme doğrultusunda seçim kanunlarında yapılacak değişiklikler yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz. Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin, öncesinde seçimlerin yenilenmesi kararı alınmaması durumunda en geç Haziran 2023’te yapılacağı nazara alınırsa, bu yasal değişikliklerin vakit kaybetmeksizin gerçekleştirilmesinde yarar vardır.

⁶ Cumhurbaşkanı Seçim Kanununun 11. maddesi şu şekildedir: “(1) Cumhurbaşkanı aday gösterilen hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeleri, kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, belediye başkanları ve subaylar ile astsubaylar, siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile belediye meclisi üyeleri, il genel meclisi üyeleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar, kamu bankaları ile üst birliklerin ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alanlar, aday listesinin kesinleştiği tarih itibarıyla görevlerinden ayrılmış sayılır. Bu durum Yüksek Seçim Kurulunca aday gösterilenin bağlı bulunduğu bakanlığa veya kuruma derhâl bildirilir. (2) Yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile subay ve astsubaylar hariç olmak üzere, Cumhurbaşkanı aday gösterilen Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri hâlinde, Yüksek Seçim Kurulunca Cumhurbaşkanı seçildiğinin ilân edilmesini takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler.”

⁷ Anayasa md. 101/3 gereğince “Cumhurbaşkanlığına, siyasi parti grupları, en son yapılan genel seçimlerde toplam geçerli oyların tek başına veya birlikte en az yüzde beşini almış olan siyasi partiler ile en az yüz bin seçmen aday gösterebilir.” Böylelikle, şartları sağlayan herkes, Cumhurbaşkanı aday aday olabilir, fakat aday gösterilmek için Anayasada belirtilen kişi veya grupların öncesinde bir talepte bulunması gerekir.

YSK tarafından İçişleri Bakanlığına bildirilmemesinin belediye başkanlığı statüsünün kaybı üzerinde bir etkisi yoktur. Zira bu statü, aday listesi kesinleştiğinde sona ermiştir.

Cumhurbaşkanı Seçim Kanunu md. 11, bir belediye başkanının hangi anda “görevinden ayrılmış sayılacağına” işaret etse de Cumhurbaşkanlığı seçimini kaybeden belediye başkanının göreve dönme hakkına sahip olup olmadığını kurala bağlamamıştır. Md. 11/2 uyarınca yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile subay ve astsubaylar hariç, Cumhurbaşkanı adayı gösterilmiş olan devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı ya da seçimi kaybetmeleri ihtimalinde⁸, Cumhurbaşkanının seçildiğinin YSK tarafından ilân edilmesini izleyen bir ay içerisinde müracaat etmeleri şartıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler. Hüküm dikkatli bir şekilde incelendiğinde, Cumhurbaşkanlığı seçimini kaybeden belediye başkanının eski görevine tekrar dönebileceğinin açıkça düzenlenmediği anlaşılır. Bu meselenin mevzuatta tereddüde yer bırakmayacak biçimde ele alınmaması burada iki farklı görüşün ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu çerçevede evvela belediye başkanının göreve dönmesi konusunda leh ve aleyhteki gerekçeler ortaya konacak, bu incelemeden sonra eski görevine dönmek isteyen belediye başkanının hangi hukuki yolları takip etmesi gerektiği farklı ihtimaller de dikkate alınarak açıklanacaktır.

II. Belediye Başkanının Göreve Dönemeyeceği Görüşü

Cumhurbaşkanı Seçim Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrasında, Cumhurbaşkanı adayı olarak gösterilen, ancak, seçimi kaybeden belediye başkanının göreve dönebileceği açıkça ifade edilmediğinden, belediye başkanının göreve yeniden dönemeyeceği iddia edilebilir. Bu görüşün dayandırılabilmesi gerekçeler şu şekildedir:

a. Belediye başkanlığı statüsünün kendine özgü niteliği: Belediye başkanı diğer kamu görevlilerinden farklı bir hukuki statüye sahiptir. Anayasanın 128. maddesi gereğince Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği “asli ve sürekli” görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekir. Bu metin mercak altına alındığında, kamu kesiminde yer alan bütün personelin kamu görevlisi olarak değerlendirilmediği anlaşılır. Kamu görevliliği kavramının kapsamı anayasal düzeyde belirli ek şartlar tespit edilerek daraltılmıştır. Öncelikle, Anayasanın “memurlar ve diğer kamu görevlileri” kavramını tanımlamayıp sadece bu kişilerin yapabilecekleri işleri tayin ettiği fark edilir⁹. Buna göre kamu görevlilerince yürütülen hizmetin “asli ve sürekli” mahiyette olması gerekir. Kamu hizmeti ile ilişkili bir görevin “asli ve sürekli” olması ise ancak bu hizmetin bir

⁸ Bir kimsenin doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı adayı olması mümkün olmayıp belirli sayıda seçmen ya da siyasi partiler tarafından aday olarak gösterilmesi gerektiğinden, anılan maddede düzenlenen Cumhurbaşkanlığı adaylığının kaybedilmesi durumu, ancak kişinin Cumhurbaşkanlığı seçim sürecinde aday gösterilmeden önce görevinden istifa etmesi hâli için geçerlidir. Zira yukarıda işaret edildiği gibi Cumhurbaşkanlığı aday listesi kesinleştiğinde görevden ayrılmanın gerçekleştiği düzenlenmiş olsa bile bu husus kamu görevlilerinin Cumhurbaşkanlığı aday adayı olabilmek için istifa edebilmesine engel değildir. Kamu görevlilerinin belirli şartlarda görevden ayrılmış sayılacağı yasal düzeyde belirtilmesi, bu görevlilerin istifa hakkından mahrum oldukları, yani “görevden ayrılmış sayılma durumu” gerçekleşmeden istifa edemeyecekleri demek değildir. Tevfik Sönmez Küçük, “Kamu Görevlilerinin İstifa Hakkı Üzerine Bir Anayasal Değerlendirme”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 209, Mayıs 2020, s. 2146.

⁹ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2017, s. 508.

kadroya bağlanması ile gerçekleşebilir¹⁰. Kadro tahsis edilmiş olması ilgili kişi ile idare arasında statüer bir bağın tesis edilmesini şart koşar. Bu statüer bağın kapsam ve koşullarını yasa koyucu belirler. “Kamu görevlisi” sıfatını haiz olabilmek, istihdamı gerektirir ve istihdam kavramı hukuki mahiyeti itibarıyla bünyesinde bir “süreklilik” barındırır. Bu nitelikte olmayan, idare ile sadece belli bir süreliğine iş birliği yapan kişilerin kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Kamu görevlileri, kamu tüzel kişilerine kamu hukuku ile bağlı olup bu bağ, atama kararı ya da idari sözleşmeyle kurulabilir¹¹. Oysa belediye başkanı, belediye sınırları içerisinde oturan vatandaşlar tarafından seçilir. Belediye başkanlarının göreve gelme şekilleri diğer kamu görevlilerinden farklılık arz eder. Bu durum, belediye başkanlarının hukuki statülerinin diğer kamu görevlilerinden ayrıştığını gösterir.

Belediye başkanlarının diğer kamu görevlilerinden farklı statüde olduğunu gösteren bir diğer husus, istifa hakkının kullanılmasında kendini gösterir. İstifa hakkı, tek taraflı bir hak olsa da bu hakkın belirli bir makama yöneltilmesi zorunludur. Diğer bir anlatımla kamu görevlisinin bağlı olduğu idari kurum bu istifanın geçerli olduğuna “olur” vermesi gerekir. İstifanın hukuken geçerli olduğunu tespit eden ve yeni bir hukuki durum yaratmayıp kamu görevlisinin istifası ile kurumuyla hukuki bağının kesildiğini bildiren bu “olur” işlemi tesis edilmediği sürece istifanın hüküm ve sonuç doğurmayacağı kabul edilir¹². Bu idari işlem, istifanın yürürlük şartıdır. Fakat bu tespit, belediye başkanlarının istifaları açısından geçerli değildir. Belediye başkanının, istifa dilekçesini bir mercie yöneltmesi söz konusu değildir. Danıştay da vermiş olduğu bir kararında, milletvekili olmak için görevinden istifa eden, ancak, milletvekili seçilemeyen belediye başkanı hakkında aynı yönde bir görüş beyan etmiştir¹³.

Söz konusu gerekçeler belediye başkanlarının hukuki olarak diğer kamu görevlilerinden ayırdıklarının, Cumhurbaşkanı seçilemeyen belediye başkanı hakkında Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu md. 11/2’nin uygulanamayacağını göstergesi olarak ele alınabilir. Nitekim bu statüel ayrışma, göreve dönebilme konusunda belediye başkanlarının diğer kamu görevlilerine kıyasla farklı bir uygulamaya tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı düşmesini önlüyor. Gerçekten, eşitlik ilkesi öğretide mutlak ve nispi olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Mutlak eşitlikle anlatılmak istenen, kanunların ayırım gözetilmeksizin herkese eşit bir biçimde uygulanması olup bu eşitlik anlayışında kişisel veya özel durumlar önem taşımaz¹⁴. Hukuksal eşitlik¹⁵ şeklinde de adlandırılan mutlak eşitliğin temelinde, kişilerin bir hukuksal kişilik olması sebebiyle kanunlar karşısında eşit sayılması gerektiği düşüncesi yatar. Bu eşitlik anlayışında kişiler arasında haklar, ödevler ve yükümlülükler bakımından tam eşitlik sağlanmıştır¹⁶. Bununla birlikte, nispi eşitlik, aynı veya benzer durumda olanlar arasında eşitliğin sağlanması gerektiğini, farklı statülerde yer alanlara farklı hükümlerin uygulanmasının eşitlik ilkesini ihlal ettiğinin ileri sürülemeyeceğini,

¹⁰ Nur Kaman, “Kamu Görevlileri”, in Turhan Yıldırım (Editör), **İdare Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 140. Anayasa Mahkemesine göre de genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde “kadro” esastır. Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1992/42, K. 1993/7, 9/2/1993.

¹¹ Kemal Gözler / Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, 21. Baskı, Haziran 2019, s. 561.

¹² Tevfik Sönmez Küçük, “**Kamu Görevlilerinin İstifa Hakkı...**”, s. 2141.

¹³ Danıştay 8. Dairesi, E. 1988/670, K. 1988/613, 28/9/1988.

¹⁴ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, 24. Baskı, Bursa, Haziran 2019, s. 99.

¹⁵ Bu eşitlik anlayışı, öğretide “şekli eşitlik” olarak da isimlendirilmiştir. Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 162 vd.

¹⁶ Bülent Serim, “Yasa Önünde Eşitlik İlkesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 27, Sayı: 3, Eylül 1994, s. 15.

kişilerin hak ve yükümlülüklerinin, ödev ve sorumluluklarının yaptıkları işe göre değişeceğini savunmaktadır¹⁷. Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesinin hukuk felsefesi bakımından “eşitlerin eşitliği” anlamında kullanıldığı ve “eşit olmayanların eşitsizliğinin” eşitliğe aykırı olamayacağı görüşünü ortaya koymaktadır¹⁸. Bu çerçevede belediye başkanları ile diğer kamu görevlilerinin aynı hukuki statüde bulunmadıkları belirtilmelidir. İdare hukukunda kamu görevlileri daimî bir statüde çalışan, kendilerini kamu hizmetine adanmış kişilerdir. Buna karşılık, belediye başkanları “geçici” nitelikte kamu hizmeti görmektedirler.

Belediye başkanlığı statüsünün kendine özgü bu niteliği, Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu md.11/2’nin belediye başkanları hakkında uygulanmasını engellemektedir. Anılan hükme göre kamu görevlileri, YSK tarafından Cumhurbaşkanının seçildiğinin ilân edilmesini takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri koşuluyla eski görevlerine ya da kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler. Madde metni tahlil edildiğinde kamu görevlisinin muhakkak eski görevine dönmesinin gerekmediği, bu görevi dışında “kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve” dönebileceği görülür. Ancak, hükümün belediye başkanına uygulanması mümkün değildir. Belediye başkanı, yerel seçimlerde aday olarak seçimi kazanmış olan bir kişi olup eski görevi dışında başka bir göreve dönebilir. Belediye başkanı için eski görevine dönmekten başka ihtimal bulunmadığından Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrasının belediye başkanlığı statüsü ile bağdaşmadığı söylenebilir.

b. Milletvekili seçilemeyen belediye başkanları ile ilgili mevcut yargısal uygulama: Cumhurbaşkanlığı seçimini kaybetmiş olan belediye başkanının göreve dönemeyeceği ile ilgili en önemli gerekçelerden birini, milletvekilliği seçimini kaybeden belediye başkanları hakkında Danıştay tarafından verilen kararlar oluşturur. Bilindiği gibi Milletvekili Seçim Kanunu md. 18 (Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu md. 11 gibi) gereğince bir belediye başkanının görevinden istifa etmedikçe milletvekili adayı olması söz konusu değildir. Milletvekili adayı gösterilmeyen veya gösterilip de seçilemeyen belediye başkanları bakımından uygulanacak düzenleme ise 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun Ek md. 7’dir. Bu madde aynen şu şekildedir: “Yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile subay ve astsubaylar hariç olmak üzere; milletvekili ve mahallî idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde, Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler.” Söz konusu kural, Cumhurbaşkanlığı seçimini kaybeden belediye başkanının görevine dönüp dönemeyeceği sorusunun cevaplandırılmasında hayati bir öneme sahiptir. Çünkü Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu md. 11 ile 298 Sayılı Kanun Ek md. 7 neredeyse

¹⁷ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 99.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1988/7, K. 1988/27, 27/9/1988. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme tabi tutulmasını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrımcılık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır...”. Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1997/65, K. 1999/15, 11/5/1999. Yine Anayasa Mahkemesi, eşitlikle “eylemli” değil, hukuksal eşitliğin kastedildiğini, bu ilkenin “özdeş durumda bulunan kişiler” arasındaki farklı uygulamaya engel olup, bütün vatandaşların aynı kurallara tabi tutulması anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Belediye başkanlarının statüleri diğer kamu görevlilerinden ayrıldığı için Cumhurbaşkanlığı seçimini kaybetmiş olan bir belediye başkanının diğer kamu görevlilerinden farklı olarak göreve dönememesinin eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceği öne sürülebilir.

aynı ifadelerle kaleme alınmıştır. Milletvekili olabilmek için görevinden istifa eden, ancak seçilemeyen belediye başkanının göreve dönüp dönemeyeceği ile ilgili verilen kararların (298 Sayılı Kanun Ek md. 7) Cumhurbaşkanı adayı gösterilmesine rağmen seçilemeyen belediye başkanı hakkında da verilebileceği öne sürülebilir. Her iki maddenin de birbirine benzeyen ifadeler kullanılarak oluşturulması Cumhurbaşkanı Seçim Kanunu md. 11'in yorumlanmasında 298 sayılı Kanun Ek md. 7 çerçevesinde verilen içtihadın esas alınacağı izlenimini uyandırmaktadır. Bu durumda şu sorunun yanıtlanması önem arz eder: Milletvekilliği için kamu görevinden istifa eden, fakat milletvekili adayı gösterilmemiş ya da seçimi kazanamamış olan bir belediye başkanının göreve dönme hakkı konusundaki yargısal içtihat ne yöndedir?

Danıştay 8. Dairesi'nin 28 Eylül 1988 tarihinde verdiği karara göre belediye başkanının yeniden göreve dönebilmesi yapılacak seçimi kazanmasına bağlıdır. Seçilmiş olan bir makamın istifa beyanının tek taraflı bir irade açıklaması olduğu, istifa ya da istifa beyanının geri alınması sürecinde idari vesayet makamının bir yetkisinin bulunmadığı, çekilme isteminde bulunduğu an itibarıyla belediye başkanının görevden ayrılmış sayılacağı; bu tespitin seçimle gelen organların görevlerinden çekilme veya yargı yolu ile uzaklaştırılabileceği yönündeki düzenlemelerin bir sonucu olduğu ve belediye başkanının göreve dönemeyeceğine ilişkin işlemin hukuka uygun olarak değerlendirilmesi gerektiği Danıştay tarafından aynen şu cümlelerle ifade edilmiştir: "... Herhangi bir nedenle görevinden çekilmiş olan belediye başkanının çekilme isteğinin kabulü veya reddi söz konusu olmadığından, mülki amirlerin de bu yönde bir yetki ve görevleri de bulunmadığı gibi görevinden çekilen **belediye başkanının yeniden görevine gelebilmesi için, yapılacak bu seçimi kazanması gerekir** [Vurgu bana aittir.]. Bu nedenle seçimlere katılmak üzere, görevinden çekilmiş olan davacının yeniden görevine dönemeyeceği yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır¹⁹." Bu görüş YSK tarafından da benimsenmiştir. YSK, 26.12.1985 tarihinde verdiği bir kararda (Karar No. 504), köy muhtarlığından veya ihtiyar meclisi üyeliğinden çekilmelerin idari mercilerin (örn. kaymakam) kabulüne bağlı olmadığına, istifa eden muhtarların veya ihtiyar meclisi üyelerinin görevlerine iade edilemeyeceğine hükmetmiştir²⁰.

III. Belediye Başkanının Göreve Dönebileceği Görüşü

Cumhurbaşkanlığı seçimini kaybeden belediye başkanının göreve dönebileceği de iddia edilebilir. Bu görüşün dayandırılabilmesi gerekçeler şu şekildedir:

a. Seçme ve seçilme hakkının teminat altına alınması: Cumhurbaşkanı Seçim Kanunu md. 11/2, kamu görevlilerinin seçilme hakları bakımından olumlu ve özgürlükçü bir hükümdür. Zira maddede, seçilememesi hâlinde göreve başlayabilecek kamu görevlilerinin değil, görevine dönemeyecek olan kişilerin (yargı ve silahlı kuvvetler mensupları) belirtilmiş olduğu fark edilir. Hükümün bu şekilde kaleme alınması ile Cumhurbaşkanı adayı göste-

¹⁹ Danıştay 8. Dairesi, E. 1988/670, K. 1988/613, 28/9/1988.

²⁰ YSK kararında aynen şu ifadeler kullanılmıştır: "Bu itibarla, mülkiye amirlerinin seçimle iş başına gelen köy muhtar veya ihtiyar meclisi üyeleri tarafından yapılan istifaların kabulü veya bu istifaların geri alınması konularında bir görev veya yetkileri olmaması sebebiyle bu yolda yapılmış bir işlemin, kendilerine ait olmayan bir yetkinin kullanılması niteliğinde kalacağından yok sayılması gerekir. O halde, böyle yetki dışı yapılmış bir işlem sonucu görevine iade edilmiş bir muhtarın görev yapmasına Yasaca imkan yoktur ve yeri boşalmış olması sebebiyle muhtarlık görevinin ara seçimi yapıncaya kadar mahallin en büyük mülkiye amiri tarafından atanacak muhtar vekili tarafından yürütülmesi zorunludur...". Karar için bkz. Nihat Yavuz, **Seçim Kanunları ve Siyasi Partiler Kanunu (Açıklamalar-Kararlar-Genelgeler)**, Adil Yayınevi, Ankara, 2004, s. 89-91.

rilecek kamu görevlilerinin kapsamı geniş tutulmak istenmiştir. Başka bir anlatımla yasa koyucu, anılan maddede, görevine dönemeyecek olan kişileri açıkça sayarak kamu görevlilerinin Cumhurbaşkanı seçilemeseler de görevlerine dönebileceklerini güvence altına almak istemiş, Cumhurbaşkanı adayı gösterilmeyi adeta teşvik etmiştir. Gerçekten, bu durumda bir kamu görevlisi, Cumhurbaşkanı olamazsa, bir ay içinde görevine dönebileceğini bilir. Aynı husus, belediye sınırları içinde oturan yurttaşların seçme haklarının bir sonucu olarak da kabul edilmelidir. Burada özellikle şu gerekçeler ortaya atılabilir: Seçmek, farklı seçenekler arasında tercihte bulunmak anlamına gelir. Ne var ki, bu durum, seçme hakkının salt tercihle sınırlı olduğu anlamını taşımaz. Bir kişinin sadece belediye seçimlerinde aday olarak hazır bulunması yeterli değildir, ayrıca bu kişinin yurttaşlar tarafından bir kez seçildikten sonra belediye başkanı olarak kalabilme hakkına da sahip olması zorunludur. Bu fikrin aksini ileri sürmek, Anayasa md. 67’de güvence altına alınmış olan mahallî seçimlere katılma ve seçilme haklarının uygulamada anlamsız ve işlevsiz kalması sonucunu doğurur. Nitekim bu ihtimalde, bir kişinin belediye başkanı seçildikten hemen sonra görevden alınabilmesi gündeme gelir ki, bu durumun, çoğulcu demokrasiye, belediyelerin idari ve statüsel özerkliğine, kişilerin seçme ve seçilme haklarına aykırı düşeceği konusunda şüphe yoktur. Kısacası, seçime yönelik edim “anlık” değil, seçilen kişinin görevde kalabilmesi suretiyle “süreklilik” arz eder²¹. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında, seçme ve seçilme hakkının bünyesinde belediye başkanlığı görevini sürdürme hakkının da yer aldığı unutulmamalıdır. İşte, temel hak ve özgürlükler rejimi çerçevesinde seçme ve seçilme hakkını ön plana çıkararak bu fikirler, Cumhurbaşkanlığı seçimini kaybeden belediye başkanının göreve dönebileceğini gösterir.

b. Hürriyetin asıl, yasaklamanın istisna olması: Cumhurbaşkanı adayı gösterilmesine rağmen seçimi kazanamayan belediye başkanı görevine yeniden dönebilmelidir. En azından bu konuda belediye başkanının bir hakkı bulunur. Zira kamu hukukunun en temel prensiplerinden birini “Hürriyet asıl, yasaklama istisnadır.” ilkesi oluşturur. Anılan ilkeye göre bir kişinin özgür olması için bu kişiye devlet tarafından hürriyet verilmesine gerek yoktur. Kişiler kendiliğinden özgürdürler. Böylelikle, kişilerin özgür olmaları asıl, hürriyetlerinin devlet tarafından sınırlanması ise istisnadır. Liberal hukuk sistemi anlayışı gereğince kişi, devletten önce vardır. Kişilerin hak ve özgürlükleri önceden beri mevcut olduğundan, açık bir yasak olmadığı müddetçe hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mümkün olmamalıdır. Bu ilkenin gereği olarak kanunun açıkça yasaklamadığı her şeyin serbest olduğu farz edilir. Kaldı ki, “özgürlükler geniş, sınırlamalar ise dar yoruma tabidir”. Şayet bir konunun yasak kapsamına girip girmediğine ilişkin şüphe ortaya çıkarsa, bunun serbest olduğu varsayılır²². Bu bağlamda belediye başkanının Cumhurbaşkanlığı seçimini kaybetmesi durumunda görevine dönemeyeceği açıkça yasaklanmadığına ve “hürriyet asıl, sınırlama istisna” olduğuna göre, seçme ve seçilme hakkı lehine yorum yapılmalı, belediye başkanının göreve dönme yolunun açık olduğu kabul edilmelidir.

c. Cumhurbaşkanı Seçim Kanunu md. 11/2’nin Lafzî Açından Yorumu: 6271 sayılı, 19.01.2012 tarihli Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrasında kullanılan ifadeler göz önünde tutularak yapılacak lafzî yorum ekseninde de Cumhurbaşkanı seçilemeyen belediye başkanının göreve dönebileceği öne sürülebilir. Öncelikle, Kanunun “atanma” ifadesi yerine, “göreve dönme” kavramını tercih etmiş olduğu görülür. Eğer mad-

²¹ Tolga Şirin, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 1-2, s. 295.

²² Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, in Ozan Ergül (Ed.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması - Kamu Hukukçuları Platformu*, 29-30 Eylül 2012, TBB Yayınları, Ankara, 2013, s. 81, 88.

dede yalnızca “atama” ile göreve gelen kamu görevlileri kastediliyorsa, kanun koyucu neden “göreve dönme” ifadesini kullanmıştır? Bu düzenleme, “atama” dışında seçimle göreve gelen kamu görevlilerinin de yasa koyucu tarafından kapsama alınmak istendiğinin bir göstergesidir. Bu sebeple, belediye başkanı seçimle belirlenen “kamu görevlisi”²³ olarak görevine dönebilmelidir. Ayrıca, Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu md. 11/2’de, “...veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler.” ifadelerinin kullanılmış olması, Cumhurbaşkanlığı seçimini kaybetmiş olan belediye başkanının görevine dönmesinde bir engel olarak görülmemelidir. Çünkü burada seçimlik bir yetki bulunmaktadır. Maddede yer alan ifadeler göz önünde bulundurulduğunda, Cumhurbaşkanlığı seçilemeyen kamu görevlisinin mutlaka “kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve” döneceğinin ifade edilmediği anlaşılır. Seçimi kaybeden kamu görevlisi, eski görevine veya “kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve” dönebilir. İdarenin sürekliliği ilkesi gereğince kamu görevlisinin evvela eski görevine dönüp dönemeyeceği araştırılmalı; eski görevine dönebilmesi söz konusu değilse, “kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve” dönmesi sağlanmalıdır. “Görevinden ayrılmış sayılan” belediye başkanı özellikle kamu hizmetinin verimliliği ve devamlılığı adına görevine dönebilmelidir.

Belediye başkanının eski görevine dönmesi ile ilgili şu fikir de ileri sürülebilir: Belediye başkanı, Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu md. 11 çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı aday listesinin kesinleştiği anda görevinden ayrılmış sayılır. “Görevinden ayrılmış sayılma hâli”, YSK tarafından ilgili Bakanlığa (belediye başkanının istifa etmesi durumunda İçişleri Bakanlığına) bildirilir. Belediye başkanının kamu görevinden keyfi nedenlerle ayrılmadığı göz ardı edilmemelidir. Öyle ki, burada milletvekilliği adaylığından farklı bir konu söz konusudur. Milletvekili ve Cumhurbaşkanlığı adaylığı kurumları birbirinden tamamen farklı hukuki statülerdir. Milletvekili adaylığından farklı olarak Anayasanın aradığı koşulları taşıyan herkes Cumhurbaşkanlığı adaylığı olamamaktadır. Cumhurbaşkanlığı adaylığı, siyasi parti grupları, en son yapılan genel seçimlerde toplam geçerli oyların tek başına veya birlikte en az yüzde beşini almış siyasi partiler ya da en az yüz bin seçmen tarafından gösterilmiş olmalıdır. Milletvekili seçilebilmek için görevini bırakan belediye başkanının görevine dönememesi, devletin başı olmak için “görevinden ayrılmış sayılan” ve fakat seçilemeyen belediye başkanının görevine dönememesine bir gerekçe teşkil etmez. Her iki statünün de birbirinden ayrıştığı dikkate alınmalı, Cumhurbaşkanlığı seçimini kazanamayan belediye başkanı isterse göreve dönebilmelidir.

d. Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu md. 11/2’nin Amaçsal Yorumu: Cumhurbaşkanlığı seçilemeyen belediye başkanının görevine dönemeyeceğine ilişkin fikir, Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu md. 11/2’nin amacına da ters düşmektedir. Bu hükme göre tekrar görevine dönemeyeceği belirtilen kişiler yargı ve silahlı kuvvetler mensuplarıdır. Bu görevi yerine getiren kişilerin tarafsız ve bağımsız bir niteliğe sahip olmaları demokratik hukuk devleti açısından önem taşır. Cumhurbaşkanlığı adaylığı olarak gösterilen kişi, seçim sürecinde ister istemez siyasal tartışmaların odağında yer alacaktır. Bu tartışmalı sürecin ise Cumhurbaş-

²³ Belediye başkanının tipik bir kamu görevlisi olmadığı konusunda tereddüt yoktur. Bu aşamada belediye başkanı hukuki statüsü açısından diğer kamu görevlilerinden ayrılmaktadır. Ancak, bu husus, belediye başkanının görevine dönebilmesine engel olmamalıdır. Sonuçta belediye kamu tüzel kişiliğine sahiptir ve belediye başkanı bu yerinden yönetim kuruluşunun kamusal görev ve yetkilerle donatılmış olan bir ögesidir. Belediye başkanının seçimle göreve gelmesi onun aynı zamanda kamusal faaliyette bulunduğu gerçeğini değiştirmez. Belediye başkanlığı bir kadrodur. Belediye başkanının belli aralıklarla gerçekleştirilen seçimlerle değişebilmesi, kadronun “geçici” olduğu anlamına gelmez. Bu sebeple, Cumhurbaşkanlığı seçilemeyen belediye başkanları yargı ve silahlı kuvvetler mensupları dışında kalan kamu görevlileri gibi kanunda belirtilen bir aylık süre içinde görevlerine dönebilmelidirler.

başkanı adaylarını siyasallaştırması ve onları politik tartışmaların “aktörü” yapması kaçınılmazdır. Siyasal atmosferin bu şekilde gergin olduğu bir süreç, seçim sonrası hâkimlik ve savcılık görevinin tarafsız ve bağımsız biçimde yerine getirilmesini önler. Benzer bir tespitin, silahlı kuvvetler mensupları için yapılması mümkündür. Silahlı kuvvetler, her türlü siyasi görüş ve anlayışın üstünde Türkiye’nin ulusal ve uluslararası menfaatlerini korumakla görevlidir. Türk silahlı kuvvetleri, Türk Milleti adına hareket etmektedir. Bir silahlı kuvvet üyesi, Cumhurbaşkanı adayı gösterildiğinde, yargı mensubu gibi tarafsız ve bağımsız kimliğini yitirebilecek, siyasi tartışmaların tarafı olabilecektir. Bu sebeple, yargı ve silahlı kuvvetler mensuplarının Cumhurbaşkanlığı seçimi sonucunda eski görevine dönememesi haklı ve anlaşılır bir sebebe dayanır. Fakat söz konusu tespitlerin belediye başkanları bakımından geçerli olmadığı açıktır. Belediye başkanları, yargı ve silahlı kuvvetler mensupları gibi siyaset üstü ve tarafsız olmak zorunda değildirler. Bu kişiler siyasi partilere üye olabilirler. Kaldı ki, parti üyesi olmaları yasaklanan, yasağı ihlal ettiklerinde haklarında ihraç kararı verilen kamu görevlileri bile seçimlerden sonra görevlerine dönebiliyor ve tarafsızlıklarından bir şüphe duyulmuyorsa, bu durum belediye başkanları için evleviyetle geçerli olmalıdır²⁴.

IV. Belediye Başkanının Göreve Dönme Süreci

Söz konusu açıklamalar Cumhurbaşkanı seçilemeyen belediye başkanının göreve dönüp dönemeyeceği hususunda iki farklı fikrin bulunduğunu ortaya koymaktadır. Peki, uygulamada hangi görüş esas alınacaktır? Bugün itibariyle bir tahminde bulunmak mümkün değildir. Çünkü bu zamana kadar Cumhurbaşkanı adayı gösterilmiş olan bir belediye başkanı bulunmamaktadır. Uygulamada hangi fikir benimsenirse benimsensin şu yol takip edilecektir: Bir belediye başkanı Anayasa tarafından belirlenen gerekli şartları taşıyamıyorsa Cumhurbaşkanı adayı gösterilebilir. Bu noktada YSK yalnızca belediye başkanının bu şartları sağlayıp sağlamadığını tespit edebilir; şayet seçimi kaybederse görevine dönüp dönmeyeceği ile ilgili karar veremez. Zaten bu tür bir karar verme yetkisi yoktur. Anayasa hukukunda “verilmiş yetkiler” geçerlidir. Bu ilkenin temel anlamı, bir devlet organına, Anayasa veya kanunla ayrıca ve açıkça yetki tanınmadığı müddetçe devlet organının yetkisiz olduğudur. Kamu hukukunda bir organın yetkisiz olması asıl, yetkili olması ise istisnadır²⁵. Kaldı ki, Anayasa md. 6/3 gereğince hiçbir organ, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz. Cumhurbaşkanlığı seçimi yapıldıktan sonra seçimi kaybeden belediye başkanı görevine dönebilmek için bir talepte bulunmalıdır. Belediye başkanının talebini hangi idari makama yöneltmesi gerektiği meselesi Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu md. 11/2’de düzenlenmemiştir. Bu başvurunun idarenin bütünlüğü ilkesi gözetilerek büyükşehir ve il belediyelerinde İçişleri bakanlığına, diğer belediyelerde valiliğe gerçekleştirilmesi gerekir.

İçişleri bakanlığının ve valiliğin bu başvurularla ilgili karar vermesi ise eleştiriyi açıklar. Anayasa md. 104/8 uyarınca Cumhurbaşkanı, bakanları atar ve görevlerine son verir. Yine aynı maddenin 9. fıkrasına göre üst kademe yöneticilerinin atanması ve görevden alınması yetkileri Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Cumhurbaşkanı bu yetkilerini başka bir makama danışmadan tek başına kullanabilmekte, bu aşamada Meclisin görüşü sorulmamaktadır. İçişleri bakanı ve valiler hiyerarşik olarak Cumhurbaşkanının emir ve talimatına bağlıdır. Dolayısıyla, görevine dönmek isteyen belediye başkanının talebi hakkında dolaylı olarak Cumhurbaşkanı karar verecektir. Bu durumun, belediye başkanının başvurusunun reddi riskini beraberinde getireceği savunulabilir. Gerçekten, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaş-

²⁴ Tevfik Sönmez Küçük, “Kamu Görevlilerinin İstifa Hakkı...”, dipnot 36, s. 2150-2151.

²⁵ Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, s. 73-74.

kanı adayı olarak gösterilmiş, kendisiyle rekabet etmiş belediye başkanının başvurusu hakkında karar vermektedir. Ancak, Cumhurbaşkanı ve adaylar arasında seçim sürecine dayanan, özellikle Türkiye gibi çatışmacı, kutuplaştırıcı siyasi iklimin hâkim olduğu ülkelerde daha yıpratıcı olarak ortaya çıkabilen bir siyasi rekabet bulunduğundan, Cumhurbaşkanının söz konusu başvuru hakkında tarafsız olmasını beklemek mümkün değildir. Bu hâlde Cumhurbaşkanı, kendisiyle aynı siyasal eğilimde olmayan belediye başkanının göreve dönmesinin engellenmesi yönünde ilgili makama talimat verebilir. En azından bu yönde hareket etmesini önleyecek bir yasal düzenleme yoktur.

Görüldüğü gibi Cumhurbaşkanı Seçim Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrasında açık bir ifadeye yer verilmemesi, belediye başkanının seçme, yurttaşların seçilme hakkını ihlal etmekte, alınacak kararın siyasallaşmasına neden olmaktadır. Elbette, belediye başkanının göreve dönme başvurusu hakkında verilen karar sonuçta bir “idari işlem” olduğundan yargı denetimine tabidir. Burada “birel” bir idari işlem bulunduğu için İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) md. 32’ye göre yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi tesis eden idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir. Böylece, örneğin bu karar, İçişleri Bakanlığı tarafından alınmışsa, karara karşı Ankara İdare Mahkemesinde iptal davası açılması gerekir. İYUK md. 45 gereğince karar hakkında Bölge İdare Mahkemesine (İçişleri Bakanlığının kararı için Ankara Bölge İdare Mahkemesine) istinaf başvurusunda bulunulabilir. Bu çerçevede İYUK md. 46, hangi kararlarla ilgili olarak temyiz başvurusunda bulunulabileceğini numerus clausus ilkesine uygun bir biçimde açıkça tespit etmiştir. 46. maddenin 1. fıkrasının c. bendine göre “kamu görevinden çıkarılma” sonucunu doğuran idari işlemlere karşı açılacak iptal davaları temyiz edilebilir. Cumhurbaşkanı seçilmeyen belediye başkanının göreve dönme talebi reddedildiğinde, bu ret kararı nihayetinde belediye başkanlığı (kamu) görevinden çıkarılma sonucunu doğuracağı için karara karşı temyiz başvurusunda bulunmak mümkün olmalıdır²⁶. Bu yorum, hak arama özgürlüğünün de bir gereğidir.

Danıştay’a yapılacak temyiz başvurusu ile birlikte olağan kanun yolları tüketilmiş olur. Olağan kanun yolları tüketildikten sonra bir temel hak ihlalini ortadan kaldırılabilmeyen tek yolu olarak geriye bireysel başvuru mekanizması kalır. Bununla beraber, belediye başkanının yaptığı bireysel başvuru, konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilmez. Anayasa Mahkemesine göre Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) “ortak koruma alanı” dışında kalan hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir bulunduğu yönünde karar verilmesi mümkün değildir²⁷. AİHS’in Türkiye’nin taraf olduğu Ek 1 Nolu Protokolün 3. maddesi aynen şöyledir: “Yüksek Sözleşmeciler Taraf, yasama

²⁶ Danıştay Kanunu md. 9 gereğince Danıştay’da boşalan üyeliklerin dörtte üçü idari yargı hâkim ve savcılığından, dörtte biri diğer görevliler arasından seçilir. İdari yargı hâkim ve savcılar, Hâkimler ve Savcılar Kurulunca; diğer görevlerde bulunanlar ise Cumhurbaşkanınca Danıştay üyeliğine seçilirler. 2017 Anayasa değişikliğinin, Hâkimler ve Savcılar Kurulu üzerindeki etkisi incelendiğinde, Cumhurbaşkanının dört üyeyi doğrudan atadığı görülür. Fakat Adalet bakanının ve üst düzey kamu görevlisi olan bakan yardımcısının Cumhurbaşkanınca atandığı esas gözden kaçırılmamalıdır. Gerçekten, yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı, bakanları ve üst düzey kamu görevlilerini atama ve görevden alma yetkilerine sahiptir. Adalet bakanı dâhil tüm bakanlar, Cumhurbaşkanının emir ve talimatı çerçevesinde hareket etmek zorundadırlar. Geriye kalan yedi üye Meclis tarafından seçilir. Ne var ki, bu seçimin “görünüşte” kaldığı, Cumhurbaşkanının burada da etkili olduğu iddia edilebilir. Bu durum, parlamenter çoğunlukla Cumhurbaşkanının aynı partiden (ittifaktan) olması hâlinde kendisini daha açık şekilde gösterir. Ekrem Ali Akartürk / Tevfik Sönmez Küçük, **Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem...**, s. 233.

²⁷ Onurhan Solmaz Başvurusu, AYM, 2012/1049, 26/3/2013, § 18; Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, AYM, 2014/5425, 23/7/2014, § 31.

organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içerisinde makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) artık istikrar kazanan içtihadına göre kapsam ve yetkileri bakımından “yeterli” yasama yetkisine sahip olmayan yerel yönetim organlarının seçimini Ek 1 Nolu Protokol md. 3 ekseninde yasama organı seçimi olarak değerlendirmem gerekir²⁸. Anayasa Mahkemesi bu içtihattan yola çıkarak mahallî seçimlerle ilgili hak ihlali iddialarının, Anayasada güvence altına alınan ve Sözleşme kapsamında olan hak ve özgürlüklerin “koruma alanı” dışında kaldığına, bu başvuruların “kabul edilemez” olduğuna hükmetmektedir²⁹. Gerçi, Cumhurbaşkanlığı seçimini kazanamayan belediye başkanı doğrudan doğruya yerel seçimler ile ilgili bir hak ihlali iddiasında bulunmamaktadır. Ne var ki, daha önce ifade edildiği gibi seçilme hakkı bir makamda bulunma hakkını da içerdiğinden, göreve dönme talebinin reddi gereğince Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvuru Ek 1 Nolu Protokol md. 3 çerçevesinde ele alınarak “kabul edilemez” bulunacaktır.

V. Sonuç ve Değerlendirme

Cumhurbaşkanı Seçim Kanununun 11. maddesinin ilk fıkrasında belediye başkanları da dâhil belirli kamu görevlileri belirtilmiş, bu kişilerin Cumhurbaşkanlığı aday listesinin kesinleştiği anda “görevden ayrılmış sayılacakları” kurala bağlanmıştır. Yine bu maddenin ikinci fıkrasında Cumhurbaşkanlığı seçiminin kaybedilmesi durumunda göreve dönme konusu ele alınmış, fakat göreve dönebilecek kişiler değil, göreve dönemeyecekler (yargı ve silahlı kuvvetler mensupları) ifade edilerek düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir. Madde metni tahlil edildiğinde, belediye başkanları bakımından açık bir ifadeye yer verilmediği görülür. Bu kapsamda iki farklı görüşün ileri sürülmesi mümkündür. Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanununda seçimi kaybetmesi durumunda göreve dönemeyecek kamu görevlilerinin ifade edilmesi, seçime yönelik edimin seçilen kişinin görevde kalması suretiyle süreklilik taşıması, kamu hukukunda hürriyetin asıl, sınırlamanın ise istisna olması ve belediye başkanlarının göreve dönemeyecekleri açıkça yasaklanmadığına göre seçme ve seçilme hakkı lehine yorum yapılması, 11. maddede “atanma” kavramı yerine “göreve dönme” ifadesinin kullanılması, seçimi kaybeden kamu görevlisinin görevine dönebileceğinden maddede bahsedilmesi, parti üyesi olması yasaklanan kamu görevlileri görevine dönebiliyor ve bu kişilerin tarafsızlıklarından şüphe duyulmuyorsa, bu durumun, belediye başkanları açısından da geçerli olması gerekçelerine dayanılarak, belediye başkanlarının eski görevlerine dönmeleri gerektiği iddia edilebilir. Şu kadar ki, göreve gelme ve görevden ayrılma şeklinin farklı olması, md. 11/2’de, kamu görevlisinin eski görevi dışında “kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve” dönülebileceğinin vurgulanması, milletvekili olmak için görevini

²⁸ Malarde/Fransa, AİHM, 46813/99, 5/9/2000; Molka/Polonya, AİHM, 56550/00, 11/4/2006.

²⁹ Nejdet Atalay Başvurusu, AYM, 2014/184, 16/7/2014, § 62; Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, AYM, 2014/5425, 23/7/2014, § 35; Fatih Poyraz ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2014/2606, 19/11/2015, § 23. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre ortak koruma alanından, “özdeş” olmak anlaşılmalıdır. Ancak, bu yorum eleştirilebilir. Çünkü AİHS md. 53, Sözleşmenin gerekçe gösterilerek iç hukuk düzeninde sağlanan daha geniş hak alanının daraltılmaması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Anayasanın 67. maddesinde güvence altına alınmış olan “seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı”, AİHS Ek 1 Nolu Protokol md. 3’te belirtilen “serbest seçim hakkına” kıyasla daha geniş bir güvence sağlar. Öyle ki, Anayasanın kapsamına halkoylamaları dahi dâhildir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda, Ek 1 Nolu Protokol md. 3’ün yalnızca “yasama organı” seçimlerini içerdiği belirtilir. Bu daraltıcı yorumun, Anayasa md. 67, Ek 1 Nolu Protokol md. 3 ile kıyaslandığında hak ve özgürlükler bakımından daha geniş bir güvence sağladığından, AİHS md. 53’e aykırı düşeceği açıktır. Şeref İba / Abbas Kılıç, **Anayasa Yargısı Derleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, Ocak 2018, s. 109-110.

birakan belediye başkanı hakkındaki Danıştay içtihadı göz önünde bulundurularak, Cumhurbaşkanlığı seçilemeyen belediye başkanının eski görevine dönemeyeceği de öne sürülebilir.

Hangi görüş kabul edilirse edilsin belediye başkanlarının sadece eski görevlerine dönüp dönemeyeceği esasının değil, göreve dönme süreçlerinin de tartışmalı olduğu unutulmamalıdır. Cumhurbaşkanlığı seçilemeyen belediye başkanı göreve dönmek istediğinde, talebini Cumhurbaşkanlığına atanmış olan İçişleri bakanına ya da valiye yönlendirmelidir. 2017 Anayasa değişikliği ile uygulama alanı bulan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile İçişleri bakanı ve valiler artık Cumhurbaşkanının emir ve talimatına girmişlerdir. Başka bir anlatımla partili Cumhurbaşkanı karşısında bu kişilerin adeta “kamu görevlisi” hâline geldikleri savunulabilir. Bu konuda İçişleri bakanının ve valinin, Cumhurbaşkanının iradesine aykırı bir biçimde idari işlem tesisi mümkün değildir. Göreve dönmek isteyen belediye başkanının talebi hakkında kısa bir süre önceye kadar kendisinin rakibi konumundaki Cumhurbaşkanı karar verecektir. Bu husus, belediye başkanının talebi ile ilgili kararın siyasal saiklerle alınmasına, anılan idari işlemin amaç unsuru bakımından sakatlanmasına neden olabilir. Elbette, belediye başkanının göreve dönme talebinin reddi kararı sonuçta bir idari işlem olduğundan yargısal denetime açıktır. Fakat bu süreçte de iki temel sorun yaşanmaktadır. Birincisi, Cumhurbaşkanının, Hâkim ve Savcılar Kurulu ve Danıştay üyelerinin belirlenmesi aşamasında oynadığı roldür. Özellikle de Hâkim ve Savcılar Kurulunun, yargıç ve savcılar görev yerlerini değiştirebileceği ve bu kişiler üzerinde disiplin yetkisine sahip olduğu dikkate alınır, partili Cumhurbaşkanının, belediye başkanının talebi ile ilgili alınacak kararlar üzerindeki etkisi daha iyi anlaşılır. İkincisi, yukarıda açıklandığı gibi yapılacak bireysel başvuru konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bulunur. Bu nedenlerle, Cumhurbaşkanı Seçim Kanununda bir değişiklik yapılarak Cumhurbaşkanlığı seçimi kaybetmiş olan belediye başkanı dâhil olmak üzere seçimle göreve gelen tüm yerel karar ve yönetim organlarının göreve dönebileceklerinin açıkça düzenlenmesinde yarar vardır.

KAYNAKÇA

AKARTÜRK Ekrem Ali, **Parlamentar Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri (Parlamentar Hükümet Yapıları ve Parti Sistemleri Üzerine Bir Deneme)**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.

AKARTÜRK Ekrem Ali / KÜÇÜK Tefik Sönmez, **Güçlendirilmiş Parlamentar Sistem (Teori ve Uygulama)**, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2021.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, 24. Baskı, Bursa, Haziran 2019.

GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, in Ozan Ergül (Ed.), **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması - Kamu Hukukçuları Platformu**, 29-30 Eylül 2012, TBB Yayınları, Ankara, 2013, s. 15-119.

GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, 21. Baskı, Haziran 2019.

İBA Şeref / KILIÇ Abbas, **Anayasa Yargısı Dersleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, Ocak 2018.

KAMAN Nur, “Kamu Görevlileri”, in Turhan Yıldırım (Editör), **İdare Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 139-196.

KÜÇÜK Tefik Sönmez, “Kamu Görevlilerinin İstifa Hakkı Üzerine Bir Anayasal Değerlendirme”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 209, Mayıs 2020, s. 2133-2174.

ÖDEN Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

SERİM Bülent, “Yasa Önünde Eşitlik İlkesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 27, Sayı: 3, Eylül 1994, s. 13-25.

ŞİRİN Tolga, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 1-2, s. 283-348.

TAN Turgut, İdare Hukuku, **Turhan Kitabevi**, 6. Baskı, Ankara, 2017.

YAVUZ Nihat, **Seçim Kanunları ve Siyasi Partiler Kanunu (Açıklamalar-Kararlar-Genelgeler)**, Adil Yayinevi, Ankara, 2004.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1988/7, K. 1988/27, 27/9/1988.

Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1992/42, K. 1993/7, 9/2/1993.

Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1997/65, K. 1999/15, 11/5/1999.

Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2007/45, K. 2007/54, 1/5/2007.

Fatih Poyraz ve Diğerleri Başvurusu, AYM, 2014/2606, 19/11/2015.

Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, AYM, 2014/5425, 23/7/2014.

Nejdet Atalay Başvurusu, AYM, 2014/184, 16/7/2014.

Onurhan Solmaz Başvurusu, AYM, 2012/1049, 26/3/2013.

AİHM Kararları

Malarde/Fransa, AİHM, 46813/99, 5/9/2000.

Molka/Polonya, AİHM, 56550/00, 11/4/2006.

Danıştay Kararı

Danıştay 8. Dairesi, E. 1988/670, K. 1988/613, 28/9/1988.

Ⓕ ANAYASA'NIN BAŞLANGIÇ KISMI HAKKINDA BİR ÇÖZÜMLEME

(AN ANALYSIS ABOUT THE PREAMBLE OF THE TURKISH CONSTITUTION)

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN* **

ÖZ

Bu metnin birinci savı, Başlangıç'ta “görüşler” ve “ilkeler”in bulunduğu, değiştirilmezlik yasağının ilkelerle ilgili olduğu; ayrıca bu ilkelerden Anayasa'da açıkça ifade edilenler dışında, tartışmaya değer üç ilkenin bulunduğu: Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlılık, saldırı savaşı yasağı ve karşılıklılık ilkeleri.

Metnin ikinci savı, Başlangıçta yapılan 2001 değişikliğinin bazı kanun hükümlerinin (örn. TCK md. 301) anayasallığını kuşkulu hâle getirdiğidir.

Metnin üçüncü savı (esasen bulgusu) Anayasa Mahkemesinin Başlangıç kısmına verdiği anlamın 2000'li yıllarda değiştiğidir. Bu değişiklik ortaya konmuş ve literatürde güncelleme yapılması önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Başlangıç, mütekabiliyet, saldırı savaşı, ifade özgürlüğü, düşünce suçu, milletvekili dokunulmazlığı

ABSTRACT

The Preamble of the Turkish Constitution includes both “principles” and “opinions,” the latter reflecting the official ideology of the regime. This study is based on the main argument that the eternity clause applies only to principles, not opinions. Furthermore, the paper defends that there exist three implied principles at the Preamble as following: Kemalism's six arrows, the prohibition of war of aggression, and reciprocity.

The second argument of the paper is that the 2001 amendment in the Preamble makes the constitutionality of some legal provisions (e.g., Turkish Criminal Code art. 301) questionable.

The third argument and main finding of the paper is that the meaning given to the Preamble by the Constitutional Court has changed in the 2000s. This change has been revealed, and an update has been proposed to the constitutional literature.

Keywords: Preamble, reciprocity, war of aggression, freedom of expression, thought crime, parliamentary immunity

[Ⓕ] Eserin Dergimize geliş tarihi: 30.05.2021. İlk hakem raporu tarihi: 31.05.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 01.06.2021. Onaylanma Tarihi:01.06.2021.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7172-5426

Eser Atıf Şekli: Tolga Şirin, "Anayasa'nın Başlangıç Kısmı Hakkında Bir Çözümleme", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 1471-1498.

Giriş

Bu makalenin amacı, Anayasa'nın "Başlangıç" kısmının tüketici bir analizini yapmak ve bu kısma dair ortaya çıkan bazı hukuksal sorulara yanıt vermektir. Çalışmanın üzerine gittiği asıl soru "Başlangıç kısmından türetilebilecek hukuksal ilkeler nelerdir?" sorusudur. Fakat bu sorunun yanıtına geçmeden önce "Başlangıç"ın, dünya anayasalarındaki yeri (i), türleri (ii) ve işlevleri (iii), Türkiye anayasal tarihindeki evrimi (iv), Anayasa Mahkemesi içtihatlarında nasıl kullanıldığına (v) dair bulgular paylaşılacak, bunlardan meri hukuka ve güncel literatüre etki edecek yönler çıkarılmaya çalışılacaktır.

I. Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Başlangıç

Hukuk metinlerine bir başlangıç ekleme uygulaması, bir kanun hükmüne neden uyulması gerektiğini, herhangi bir yaptırıma işaret etmeden anlatmak ve yurttaşları buna ikna etmek amacıyla Antik Yunan'dan bugüne, karşılaşılan bir gelenektir.¹ Modern dönemde de bu geleneğin görünümüne rastlanır.

Erken dönem anayasal metinlerde² ve modern anayasaların öncüsü olan Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası'nda bir başlangıç kısmına yer verilmiştir. "Biz halk" ("*We the people...*") biçiminde, bugün artık bir tür "marka değeri" veya "motto" hâline gelmiş bir kalıpla başlayan ABD Anayasası, takip eden anayasalara bu yönden de rol model olmuştur.³ Server Tanilli'nin gözlemlerine göre asıl metne girerken, o metnin genel havasını vermek ve yapılmasında rol oynayan temel düşünceleri göstermek için başlangıç koyma uygulaması, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hazırlanan anayasaların pratiğidir.⁴

Grafikler Tanilli'yi doğrular gibidir. Bugün dünyada, yürürlükte olan 194 anayasa- nın 160'ında, "giriş", "girisgâh", "dibace", "önsöz", "başlangıç" gibi başlıklar taşıyan bir kısım bulunur.⁵ Yani yaklaşık her dört anayasadan en az üçünde bir başlangıç kısmı vardır. Anayasalardaki başlangıç kısmı sayısı, aşağıdaki tabloda görüleceği gibi her geçen yıl artmaktadır.⁶ Dolayısıyla anayasalarda bir başlangıç kısmının olmasının kural, olmamasının ise istisna olduğunu söyleyebiliriz.⁷

¹ Örneğin Platon, "Yasalar" isimli çalışmasında "yasa koyucunun zorunlu olarak söylemesi gereken, ama yasa kalıbı içinde söylenmesi uygun olmayan şeyler var; bence bunlar hakkında kendisi için ve yasa çıkaracağı kişiler için bir örnek getirerek, geri kalan her şeyi olabildiğince açıkladıktan sonra yasalarını çıkarmaya başlamalıdır (...) Yasakoyucu her zaman bütün yasaların önünde ve her birine tek tek bir giriş yapmalıdır" demektedir. Bkz. Platon, *Yasalar*, Candan Şentuna-Saffet Babûr (çev.), (Kabalıcı Yay. 2007), s. 177 ve 184.

² Örn. 1628 tarihli The Petition of Rights, 1679 tarihli Habeas Corpus Act, 1689 tarihli Bill of Rights vs.

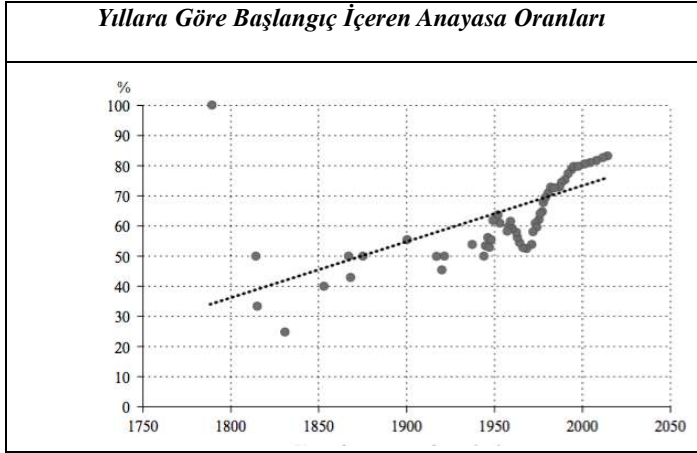
³ Başlangıçların tüm yönleriyle analizi için bkz. Wim Voermans/Maarten Stremmer/Paul Cliteur, *Constitutional Preambles: A Comparative Analysis*, (Edward Elgar Publishing 2017).

⁴ Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş*, (Adam Yay. 2000), s. 147.

⁵ Tom Gingsburg/Foti Nick/Daniel Rockmore, "We the People: Global Origins of Constitutional Preambles", University of Chicago Public Law, 2013, s. 109.

⁶ Çizelge için bkz. Voermans/ Stremmer/ Cliteur, s. 19.

⁷ Kenneth C. Wheare, bir başlangıç kısmının anayasalarda yer almasının arzu edilen bir şey olmakla birlikte meri hukukun parçası sayılmaması gerektiğini söyler. Bkz. Kenneth C. Wheare, *Modern Anayasalar*, Mehmet Turhan (çev.), (Değişim Yay. 1985), s. vii ve 65.



Bu anayasalara bakıldığında, başlangıç kısmının varlığı veya yokluğunun, bir anayasanın demokratik ve özgürlükçü niteliğine dair herhangi bir veri sunmadığı da görülür. Yani başlangıç kısmı içeren-içermeyen anayasalar kategorileri, devletlerin demokratik olup ol-mamalarıyla hiçbir ilişki taşımaz. Ama yine de demokratik sayılan devletlerin anayasalarının çoğunluğunda başlangıç vardır. Bu nitelikteki 50 devlet anayasası üzerine yapılan bir araştırmada, bunların 37'sinde bir başlangıç kısmının olduğu tespit edilmiştir.⁸

Başlangıç Kısmına Yer Veren Bazı Demokratik Devlet Anayasaları	Başlangıç Kısmına Yer Vermeyen Bazı Demokratik Devlet Anayasaları
1945 Almanya Anayasası, 1958 Fransa Anayasası, 1978 İspanya Anayasası, 1999 İsviçre Anayasası.	1831 Belçika Anayasası, 1920 Avusturya Anayasası, 1947 İtalya Anayasası, 1983 Hollanda Anayasası.

II. Başlangıç Türleri

“Anayasaların başlangıç kısımları” dendiğinde Türkçe öğretilerde sadece biçimsel yaklaşım karşılık bulur.⁹ Fakat karşılaştırmalı anayasa hukukunda farklı yaklaşımlar yok değildir. Örneğin Liav Orgad'a göre “başlangıç”, maddi ve şekli olmak üzere iki farklı anlam

⁸ Liav Orgad, “The Preamble in Constitutional Interpretation”, *International Journal of Constitutional Law*, S. 8(4), 2010, s. 716.

⁹ Bu alandaki çalışmalardan bazıları için bkz. Atilla Nalbant, *Anayasa Başlangıçlarının Hukuki Değeri (İki Örnek: 1982 Türk ve 1958 Fransız Anayasa Başlangıçları)*, Erdoğan Teziç (dan.), (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1990). Atilla Nalbant, “Anayasa Başlangıçlarının Hukuki Değeri (İki örnek: 1982 Türk ve 1958 Fransız Anayasa Başlangıçları)” *Argumentum*, 2(15), 1991, s. 53. Peri Uran, “Anayasaların Başlangıç Kısımları”, İÜHFİM, C. LXXII, S. 1, 2015 s. 223-248. Mevlüt Göl, *Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Başlangıçlarının Sembolik ve Hukuki Değeri*, (Oniki Levha Yay. 2017). Levent Korkut, “Başlangıç Kısımlarının Hukuki Etkisi, Temel Nitelikleri ve 1982 Anayasası: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2017, s. 43-82.

taşır.¹⁰ Şekli anlamda başlangıç, anayasanın maddelerine geçmeden önce ve başlangıç veya benzer bir adlandırmayla ifade edilen ve çoğu kez sübjektif bir dille kaleme alınan kısmı anlatmaktadır. Maddi anlamda başlangıç ise anayasaların felsefesini veya genel esaslarını, devletin temel ilkelerini ortaya koyan, bu yanılla yorumlamada dikkate alınacak olan ve özellikle de devletin varlık amacını ifade eden hükümleri ifade eder.¹¹ Türkiye’de maddi anlamda başlangıç kısmına örnek olarak, 1921 Anayasası’nın taslağında bulunan fakat sonradan metinden çıkarılarak “Halkçılık Beyannamesi” adıyla yayımlanan ve ilan edilen metni verebiliriz.¹² Şekli anlamda başlangıç için ise 1961 ve 1982 anayasalarının “başlangıç kısmını” örnek verebiliriz.

III. Başlangıç Kısmının İşlevleri

Genellikle “egemenlik”, “tarihsel hikâyeler”, “yüksek hedefler”, “ulusal kimlik” ve “dinsel öğeler” gibi unsurlar içeren başlangıç kısımları, içerdikleri sıradan ve doğrudan dil uyarınca, hukuksal ve siyasal bağlamların ötesinde toplumsal ve kültürel bünyeye de sızabilmektedirler.¹³ Bu gerçek, başlangıç kısmını kaleme alanların çok daha romantik bir dile başvurmalarına neden olabilmektedir. Farklı yazarlarca farklı yönleri öne çıkarılan başlangıç kısımlarına dair bir genelleme yapmak gerekirse, esasen dört amaç taşıdıkları söylenebilir.¹⁴

Birinci olarak; “eğitici” bir amaç taşır. Yurttaşlar, karışık ve bazen teknik içerik taşıyan anayasa maddelerini anlayamayabilir. Buna karşın başlangıç kısımları, çoğu kez, yurttaşların anlayabileceği bir dille, adeta anayasanın özetini yapar. Bu özet, yurttaş eğitimiinde işlev görür ve anayasanın kamusal alanlarda kullanılmasını sağlar.

İkinci olarak; “açıklayıcı” bir amaç taşır. Anayasa’nın başlangıç kısmına bakıldığında anayasanın neden yazıldığına dair fikir sahibi olunabilir. Yeni bir devlet kurulmuş, bir devrim olmuş veya bir kopuş yaşanmış ise bunun hangi şartlarda gerçekleştiği, eğer bir darbe olmuş ise onun neden “meşru” olduğu yurttaşlara ve gelecek kuşaklara anlatılmaya çalışılır. Kurucu iktidarın gelecek kuşaklarla diyalog kurmaya çalıştığı Başlangıç, Anayasa’nın amacını, ideallerini ve doğrultusunu anlatır.

Üçüncü olarak; “birleştirici” bir amaç taşır. Başlangıç kısımları genellikle, ülkede yaşayan insanların ortak değerlerine veya Anayasa’yı hazırlayanların ortaklaşmasını arzu ettikleri değerlere yer verir. Bu bakımdan yurttaşlar arası birliğin ve konsolidasyonunun sağlanması amaçlanır. Örneğin Güney Afrika Anayasası’nda geçmişin ırkçı adaletsizliğinin tanınması; ülkenin, üzerinde yaşayan herkesin birlik içinde çeşitlilik içinde sahibi olduğunu söylenmesi böyle bir birleştirme amacı taşır. II. Dünya Savaşı’ndan sonra hazırlanan Almanya ve Japonya anayasalarında ise ulusal kimlikten çok dünya barışına gönderme yapılıyor olması geçmişten sıyrılıp farklı bir doğrultuya yönelindiklerini ortaya koyar.¹⁵ Başlangıç,

¹⁰ Ibid. Yazara göre Hans Kelsen de Birleşmiş Milletler Şartı üzerine kaleme aldığı eserinde benzer bir ayrım yapmaktadır. Hans Kelsen, “The Preamble of the Charter: A Critical Analysis”, *The Journal of Politics*, Vol. 8(2), s. 134-159.

¹¹ Yani içeriksel yönden bakıldığında, 1982 Anayasası’nın “genel esaslar” başlıklı bölümü ile özellikle de 5’inci maddesinin maddi anlamda başlangıç niteliğinde olduğu söylenebilir.

¹² Bu metne şuradan ulaşılabilir: TBMM Zabıt Ceridesi, C. 4, s. 201-203.

¹³ Mark McKenna/Amelia Simpson/George Williams, “First Words: The Preamble to the Australian Constitution”, *UNSW Law Journal*, Vol. 24(2), s. 382.

¹⁴ Orgad, s. 722 vd. Farklı yorumlar için bkz. Voermans/ Stremmer/ Cliteur, s. 89 vd.

¹⁵ McKenna/Simpson/Williams, s. s. 383.

bu değerlerin birleştirici olduğu ve özümsemiği yerlerde bütünleştirici; tartışmalı olduğu ve benimsenmediği yerlerde ise bölücü bir işlev görür.

Dördüncü olarak, “hukuksal” bir amaç taşır. Edebî diline ve bütün romantik göndermelerine rağmen başlangıç kısımları, hukuksal bir metnin bünyesinde yer alırlar. Bu nedenle; mahkemelerce, dolaylı yorum aracı olarak veya bağlayıcı normlar olarak doğrudan doğruya kullanılabilirler. Gelgelelim bu kullanım biçimleri ülkeden ülkeye farklılık taşımaktadır. Örneğin ABD’de doğrudan doğruya Başlangıç kısmından, kişilere yönelik bir hak veya sınırlama ve devlete yönelik bir yetki türetilmesi fikri genel olarak kabul görmez; bunların kaynağının anayasanın kendi metni olması gerektiği fikri vurgulanır. Buna karşılık, ABD mahkemeleri, karar verirken yapacakları yorumlarda, Başlangıç kısmını kullanabilmektedir. Anayasa’nın uygulama alanının sınırları, hükümetin yetkileri ve kaynakları, yurttaşlık tanımı ve yurttaşlıktan çıkarma işlemleri vb. konularda yapılan yorumlarda Başlangıca başvurulması bu örneklerden bazılarıdır. Benzer eğilim, başka ülkelerde de geçerli olmuştur. Örneğin Güney Afrika Cumhuriyeti’nde Başlangıç, “temel hakların esin kaynağı”, İrlanda’da “Anayasa’nın ruhunun anlaşılmasını sağlayan bir rehber” olarak görülmüştür.¹⁶ Daha yakından bir örnek aktarmak gerekirse; Almanya’da, Doğu Almanya ve Batı Almanya arasında yapılan bir antlaşma, Federal Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğinde Mahkeme, bu antlaşmayı, Anayasa’nın başlangıç kısmında yer alan “Almanya’nın birliği ve özgürlüğü” ideali çerçevesinde bir adım olarak görmüştür.¹⁷ Benzer şekilde, 2009 yılında, güvenlik ve dış politika konularında AB’ye yetki devri gerektiren Lizbon Sözleşmesi’nin anayasallığı tartışıldığında Alman Anayasa Mahkemesi; Anayasa’nın “uluslararası hukukla dost” nitelik taşıdığını söylemiş, hem Anayasa’nın 23’üncü maddesinin hem de Başlangıç kısmındaki “birleşik bir Avrupa’nın eşit haklara sahip bir üyesi olarak dünya barışına hizmet etmek için” ifadesinden ötürü Almanya’nın Avrupa entegrasyonuna katkı sunmasını ve uluslararası barışçıl bir düzen idealine işaret ettiğini söyleyerek iptal talebini reddetmiştir.¹⁸

Şu hâlde Başlangıç, karşılaştırmalı anayasa hukukunda genellikle yorum aracı olarak görülmektedir. Buna karşılık; başlangıç kısmını yorum aracı olarak görmenin ötesinde, “bağlayıcı” kabul edildiği ve bu kısımdan özgün hak ve sınırlamaların türetildiği ülkeler, az da olsa vardır.¹⁹ Mesela, Hindistan da Yüksek Mahkeme, 1973 yılında verdiği bir kararda, Anayasa’nın Başlangıç kısmının Anayasa’nın diğer hükümleri gibi bağlayıcı olduğunu söylemiştir.²⁰ Keza, şu an yürürlükte olan 1954 tarihli Fransa Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklere yoktur ama Anayasa Konseyi, 1971 yılında verdiği bir kararda, Fransa Anayasası’nın Başlangıç kısmının 1789 Fransız Yurttaş Hakları Bildirgesi’ne ve 1946 Anayasası’nın başlangıcına atıf yaptığını tespit ederek bu metinlerde yer alan hakların da anayasal değerde olduğunu söylemiştir. Bu özgün yorum sayesinde Başlangıç ve Başlangıç kısmının atıf yaptığı tarihsel belgelerdeki haklar, bağlayıcı anayasal değer kazanmışlardır.²¹

¹⁶ Akt. Orgad, s. 717.

¹⁷ BVerfGE 36, 1. Ayrıntılı bilgi için bkz. Josef Isensee, “Verfassungsrechtliche Wege zur deutschen Einheit”, *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Vol. 21(2), 1990, s. 309-332.

¹⁸ BVerfGE 123, 267 (344 vd.)

¹⁹ Burkina Faso, Çad, Kamerun, Mısır, Nauru, Senegal, Togo bunlardan bazılarıdır. Bkz. Korkut, s. 55; Voermans/ Stremler/ Cliteur, s. 20.

²⁰ Voermans/ Stremler/ Cliteur, s. 147 vd.

²¹ Örgütlenme özgürlüğüne dönük çıkarım yapılan 1971 kararı için bkz. Constitutional Council of France, DC 71-44 (Freedom of Association), 16 Temmuz 1971. İngilizce metin için bkz. <https://goo.gl/mQnaJb> 1973’te verilen bir kararda da 1789 Bildirgesi iptal gerekçesinde kullanılmıştır. Bu konuda bkz. Marie-Pierre Granger, “The Preamble(s) of the French Constitution: Content, Status, Uses and Amendment”, *Acta Juridica Hungarica*, S. 52(1), 2011, s. 7-12.

Gelgelelim Anayasa'nın yorumu ve/veya bağlayıcı sayılması her zaman için özgürlükler lehine olmamıştır. Mesela Estonya'da, yerel seçimlerde adaya olmak için Estonyaca dilini bilme koşulunun türetilmesi; Makedonya'da, Makedonların kendi kaderini tayin hakkını reddeden bir derneğin yasaklanması; Ukrayna'da yerel ve merkezi yönetimlerde Ukraynaca dili dışındaki dillerin yasaklanması gibi pratikler için başlangıç kısımlarına başvurulduğunu görüyoruz.²² Yani görülmektedir ki anayasaların başlangıç kısımları, temel hak ve özgürlükler lehine anlam taşıyabileceği gibi, onların sınırlandırılmasına dönük bir işlev de görebilmektedir.

Şimdi bu genel bilgileri verdikten sonra Türkiye'deki duruma geçebiliriz.

IV. Türkiye Anayasa Tarihinde Başlangıç

1876 tarihli Osmanlı Anayasası'nda (Kanuniesasi) şekli olarak bir başlangıç kısmı yoktur. Aslında 1876 yılında, Avrupa'da -görebildiğim kadarıyla- yürürlükte olan 19 anayasa vardı.²³ Bu anayasaların çoğunda, en azından anayasanın kim tarafından hazırlatıldığını/bahşedildiğini ortaya koyan bir Başlangıç bulunmaktaydı. Bunlardan, Osmanlı Anayasası hazırlanırken yararlandığı söylenen Prusya Anayasası'nda da bir başlangıç mevcuttu; fakat Belçika ve Polonya anayasalarında yoktu. Osmanlı Anayasası'nı hazırlayanlar, büyük olasılıkla, başlangıç kısmı bağlamda bu son iki anayasayı esas almış olmalılar. 1876 Anayasasını gerçek bir anayasa hâline getiren 1908 Devrimi'nden sonra yapılan köklü değişiklikler sırasında da metne, herhangi bir başlangıç kısmı eklenmemiştir.

1876 Anayasası'nda açıkça biçimsel anlamda bir başlangıç olmasa da II. Abdülhamit'in veziri Mithat Paşa'ya hitaben yazdığı, Anayasa'nın çıkarılma amacını, işlevini ve anlamını anlatan ve Düstur'da, Kanun-i Esasi'den hemen önce yayımlanan Hatt-ı Hümayun bir başlangıç niteliğinde sayılabilir.²⁴ Hatta daha öteye geçmek gerekirse; Devletin dininin İslam olarak düzenlenmiş olmasından ötürü bu Anayasa için maddi anlamda başlangıcın İslam'ın kutsal ve bağlayıcı kitabı Kuran-ı Kerim'in ilgili hükümleri olduğu dahi ileri sürülebilir.

A. 1921 Anayasası'nda Başlangıç

Herhangi bir yabancı anayasadan esinlenmeden hazırlanan ve bu nedenle oldukça özgün nitelik taşıyan 1921 Anayasası'nda biçimsel olarak bir başlangıç kısmı yoktur. Fakat Mustafa Kemal Paşa tarafından meclise sunulan "Halkçılık Programı" olarak bilinen metnin ilk hâlinde yer alan yer alan dört madde, Anayasa komisyonu tarafından taslaktan çıkarmış-

²² Akt. Orgad, s. 724 vd.

²³ 1876 yılında Avrupa'da yürürlükte olan anayasalar -tespit edebildiğim kadarıyla- şunlardı: 1809 İsveç Anayasası, 1814 Norveç Anayasası, 1815 Polonya Anayasası, 1826 Portekiz Anayasası, 1831 Belçika Anayasası, 1848 Hollanda Anayasası, 1848 Prusya Anayasası, 1851 Fransa Anayasası, 1874 İsviçre Anayasası, 1876 İspanya Anayasası, 1861 İtalya Anayasası, 1862 Lihtenştayn Anayasası, 1864 Yunanistan Anayasası, 1866 Danimarka Anayasası, 1866 Romanya Anayasası, 1867 Avusturya-Macaristan Anayasası, 1868 Lüksemburg Anayasası, 1876 İspanya Anayasası'dır. Bunun dışında kodifiye edilmemiş Birleşik Krallık anayasasından da bahsedilebilir. Anayasaların kronolojisi için bkz. Zachary Elkins/Tom Ginsburg/James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge University Press 2009).

²⁴ Murat Sevinç, "Anayasanın Başlangıç İlkeleri", *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler*, Ece Göztepe/Aykut Çelebi (haz.), (Metis Yay. 2012), s. 67, dn. 6. Metin için bkz. Suna Kili/Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri*, (İş Bankası Yay. 2000), s. 29-31.

tır.²⁵ Ardından bu maddelerin “Meclis Beyannamesi” olmasına karar verilmiştir. Anayasa taslağından ayrılıp Meclis Bildirgesi olan bu kısım, aslında Anayasa’nın “ideolojisini” ve rengini ortaya koyduğu için, biçimsel yönden olmasa da maddi anlamda bir Başlangıç kısmı olarak kabul edilebilir. Ancak bu durum dahi kısa ömürlü 1921 Anayasası’nın biçimsel olarak başlangıç kısmı içermediği gerçeğini değiştirmez. Bu gerçek, bir başlangıç kısmı içeren 1921 tarihli Polonya Anayasası’ndan çokça yararlanılarak hazırlanılan 1924 Anayasası’nda da değişmemiştir.²⁶

B. 1961 Anayasası’nda Başlangıç

Türkiye’de Anayasa’da başlangıç kısmına yer verme uygulamasına ilk kez 1961 Anayasası döneminde karşılaşılmaktadır. 27 Mayıs askeri müdahalesinden sonra hazırlanan Anayasa taslaklarından İstanbul Üniversitesi öğretim üyelerinin hazırladığı taslakta bir başlangıç bulursa da Ankara Üniversitesi öğretim üyelerinin hazırladığı ve Meclis’e sunulan taslaklarda “Başlangıç” kısmı yoktur. Temsilciler Meclisi görüşmelerinin başladığı gün bu eksiklik tartışma konusu olmuştur. Anayasa Komisyonu üyeleri başlangıç kısmını Temsilciler Meclisi’ne bıraktıklarını ifade etmişlerdir.²⁷

Temsilciler Meclisi’nde, Cumhuriyetin felsefesinin *Nutuk*’ta yer aldığı için ayrıca ve başkaca bir Başlangıç kısmına gerek olmadığı veya Atatürk’ün *Gençliğe Hitabe*’sinin başlangıç olarak kullanılması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.²⁸ Keza, geçmiş demokrasi mücadelesi, 27 Mayıs’ın nedenleri, müdahalenin TSK tarafından yapıldığı, dil-bilgisi vb. konularda öneriler getirilmiştir.²⁹ Fakat genel eğilim, 27 Mayıs’ın nedenlerini, Anayasa’nın ahlaki ve felsefi temellerini ve Anayasa’nın amaçlarını gelecek kuşaklara anlatacak bir Başlangıç kısmının olması yönünde olmuştur. Bu çerçevede sunulan Başlangıç teklifleri, görüşmeler neticesinde sadeleştirilerek nihai hâlini almıştır. Meşrû olmayan bir iktidara karşı (John Locke’un teorisinden müllhem) “direnme hakkı”ndan bahsederek hem askeri müdahaleye meşruluk ve entelektüel bir derinlik kazandırmak istenmiş hem de millete aktif ve devrimci bir rol biçmiştir. Böylelikle bir askeri müdahalenin hukuksal kılınması için de olsa Türkiye’de ilk kez şekli anlamda bir başlangıç metni anayasaya dâhil edilmiştir.

1961 Anayasası, sadece başlangıç kısmına biçimsel olarak yer vermekle kalmamış, bu kısmın Anayasa metnine dâhil olduğunu da açıkça ifade eden ilk anayasa olmuştur. Bu özgün durum, çok özel bir bağlamda ve daha çok “milliyetçilik” tartışmasının uzantısı olarak ortaya çıkmıştır. Tutanaklarda, Başlangıç konusunda söz alan kişilerin görüşlerine bakıldığında, ilk başta temsilcilerin Başlangıç metnine manevi ve psikolojik bir anlam yükledikleri, hukukî bir değer verme niyeti taşımadıkları görülmektedir. Buna karşılık; Anayasa teklifinde milliyetçilik ilkesine yer verilmemesi ve buna dayalı tartışmalar, bu durumu beklenmedik şekilde farklılaştırmıştır. İlk kez 1924 Anayasası döneminde 1937 yılında Anayasa’ya giren “milliyetçilik” ilkesi, Nazizm tecrübesini dikkate alan Anayasa Komisyo-

²⁵ “Saltanat ve halifelik haklarının korunacağına ilişkin (Padişah ve Halife-i Müslimin kavanini esasiye dairesindeki mevki muhterem ve mübeccelini arzeder.) 5’inci madde de Mustafa Kemal Paşa’nın isteği üzerine yapılan gizli celsede metinden çıkarılmıştır. Bu hükmün çıkarılma gerekçesi halifenin esirliğinin açıklanamayacağı, esir olanın padişah da olamayacağı savıyla ortaya gerekçelendirilmiştir. Bkz. TBMM Gizli Celse Zabıt Ceridesi, C.1, 25/09/1920, s. 132-136.

²⁶ Bunun nedenine dair meclis tutanaklarında ve literatürde yeterli bilgiyle karşılaşılmamaktadır. Leh Anayasasından çokça yararlandığı konusunda bkz. Şeref Gözübüyük/Zekai Sezgin, *1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri*, (AÜSBF Yay. 1957) s. 30.

²⁷ Bu sürecin özeti için bkz. Sevinç, ss. 66-74.

²⁸ Kazım Öztürk, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, (Ajans-Türk Matbaası 1966), s. 916-918.

²⁹ Hepsini için bkz. *Ibid.*, s. 932-916.

nu üyelerince 1961 Anayasası taslağına eklenmemiştir. Bu durum, önceki sayfalarda aktarıldığı gibi, bazı temsilcilerce sert bir şekilde eleştirilmiş; buna rağmen Komisyon üyeleri milliyetçilik ilkesini Anayasa'ya eklememekte ısrarcı olmuşlardır. İki tarafın da karşılıklı ısrarı ve toplantıların kilitlemesi üzerine milliyetçilik, en sonunda Anayasa'nın başlangıç kısmına konulmuştur. Fakat bu durumdan tatmin olmayan milliyetçi temsilciler, Başlangıç kısmının da anayasa metnine dahil olduğunun açıkça yazılmasını istemişler ve bu istekleri kabul görmüştür.³⁰ Sonuç olarak ilk taslakta yer almayan Başlangıç, 1961 Anayasası'na girmiş ve dahası Anayasa'nın esas metnine dâhil sayılmıştır.

Türk milletinin “tarihi boyunca bağımsız yaşamış, hak ve hürriyetleri için savaşmış olduğu”, “meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs Devrimini yaptığı” düşünceleri ile “millî birlik ve bütünlük”, “dünya milletleri ailesinin eşit haklarına sahip şerefli üyesi olma”, “Türk milliyetçiliği”, “Yurtta sulh, cihanda sulh”, millî mücadele ruhu”, “millet egemenliği”, “Atatürk Devrimlerine bağlılık” gibi kavramlar içeren ve 156 sözcükten oluşan bu metin, “İnsan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını geliştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılan, demokratik hukuk devletinin bütün hukuki ve sosyal temelleri ile kurmak” biçiminde bir hedef koymuştur.

Bu metin, 1961 Anayasası döneminde hiç değişmemiştir.

C. 1982 Anayasası'nda Başlangıç

1982 Anayasası'nda ise yine aynı şekilde “başlangıç” başlığı altında, dokuz paragraf, tek cümle ve yaklaşık 294 kelimededen oluşan başlangıç kısmına yer verilmiştir. O dönem Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi anayasaya bir başlangıç kısmı konmasına karşı çıkmış, başlangıçların çeşitli sorunlara yol açtığını, kaypak bir zemin oluşturduğunu dillendirmiştir.³¹

1982 Anayasası'nın hazırlık süreci izlendiğinde ise Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan taslak metinde de -özel bir gerekçeye yer vermeksizin- başlangıç bölümüne atf yapılmış ve başlangıç kısmının Anayasa'nın diğer hükümleriyle “eşdeğer” olduğu söylenmiştir. Gelgelelim Danışma Meclisine sunulan ilk metinde, bir başlangıç kısmına yer verilmemiştir. Zira Anayasa'yı hazırlayan Komisyon'un başkanı Prof. Orhan Aldıkaçtı'ya göre “İyi bir anayasanın başında roman önsözleri gibi ilaveler yapılmalıdır. Ne söylenecekse kanunun içinde, maddelerde açık seçik söylenmelidir. Zira iyi malın reklama ihtiyacı yoktur.” Bu nedenle Anayasa'da bir başlangıçta yer verilecekse, bunun en son görüşülmesi ve sunulacak öneriler çerçevesinde şekillenmesi gerektiği ileri sürülmüştü. Bu çerçevede, bazı üyelerin başlangıç kısmında “Allah'a atf yapılması gerektiği” yönündeki radikal fikirlerini dahi içeren meclis tartışmaları sonucunda, meclis üyelerin yaygın kanaati; 1961 Anayasası'nda olan türden çatışmacı bir dilin bulunmadığı, esasen Atatürk ilkelerine yer veren, sosyal, laiklik ve milliyetçilik gibi kavramlara açıklık kazandıran bir başlangıç kısmının hazırlanması olmuştur.³² Anayasa Komisyonu, bu bakış açısıyla nispeten sade bir başlangıç

³⁰ Tüm bu tartışmalar için bkz. Abdülhadi Toplu, *Anayasada Milliyetçilik Mücadelesi: 27 Mayıs ve Kurucu Meclis'in Perde Arkası*, (Töre Devlet Yay. 1976).

³¹ Gerekçeli Anayasa Önerisi, (AÜSBF Yay. 1982), s. 5.

³² Örneğin Anayasa Komisyonu sözcüsü ve Medeni Hukuk profesörü Şener Akyol, “Yüce Tanrı'nın, büyük Allah'ın adını koyalım” önerisini dile getirmiştir. Bkz. 16/08/1982 tarihli 127'nci Birleşim, *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, C. 7, 1982, s. 573. Sonradan Mazlum-Der'in kurucu başkanlığını yapacak olan Mehmet Pamak'ın önerisi de benzerdir. Bkz. 18/09/1982 tarihli 153'üncü Birleşim, *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, C. 10, 1982, s. 518.

kısmı hazırlamış ve bu başlangıç kısmı, Danışma Meclisi tarafından aynen kabul edilmiştir.³³ O metin aynen şu şekildedir:

“BAŞLANGIÇ

Tarihi boyunca bağımsız ve hür yaşamış, Atatürk’ün önderliğinde hak ve hürriyetleri için savaşarak Türkiye Cumhuriyetini kurmuş olan Türk Milleti,

Egemenliğin kayıtsız ve şartsız millette olduğuna inanan, adaleti devletin temeli sayan anlayışı;

Tüm fertlerini kaderde, kıvançta ve tasada ortak bölünmez bir bütün, imtiyazsız ve sınıfsız kaynaşmış bir kitle halinde toplayan milliyetçiliği;

Kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya karıştırılmasını ve devletin din kurallarına dayandırılmasını reddeden laiklik anlayışı;

Yurtta sulh, cihanda sulh ülküsü ve inkılaplarıyla,

Çağdaş uygarlık âleminde saygın yerini almıştır.

Düşünce hürriyeti ve insanlar arasında karşılıklı saygı ve sevgi ilkelerine dayalı demokrasi rejimi gerçekleştirilirken, Türk Milletinin bağımsızlık ve bölünmezliğini, ülkenin bütünlüğünü, Cumhuriyeti, demokrasiyi korumak ve toplumun huzur ve refahını sağlamak amacı ile Türkiye Cumhuriyeti Kurucu Meclisi tarafından hazırlanan ve Atatürk ilkeleriyle inkılaplarını ve Türk milliyetçiliğini temel alan, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinin temel yöntemini belirleyen bu Anayasa, Türk Milleti tarafından onaylanmış ve demokrasiye âşık vatansever evlatlarının koruyuculuğuna emanet edilmiştir.”

Askeri müdahaleyi gerçekleştiren Millî Birlik Komitesi üyeleri ise söz konusu başlangıç kısmını köklü biçimde değiştirmiştir. Metne, 12 Eylül 1980 müdahalesinin nedenlerini ve darbeyi meşrulaştıran ifadeler ile “kutsal Türk Devleti”, “bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi”, “Türk milli menfaatleri”, “Türk varlığı”, “Türklüğün tarihi ve manevi değerleri”, “Hiçbir düşünce ve mülahazanın (...) korunma göremeyeceği”, “milli gurur ve iftiharlar”, “milli sevinç ve kederler”, “milli varlığa karşı hak ve ödevler”, “nimet ve külfetler”, “millet hayatının her türlü tecellisi” gibi karşılıkları Anayasa’nın maddelerinde bulunmayan, hukuksal olarak anlaşılamayacak ve keyfi yorumlara yol açabilecek yeni ifadeler eklenmiştir.³⁴ Bu müdahaleyle birlikte, Danışma Meclisi’nin hazırladığı taslağının aksine oldukça ağdalı bir dile sahip, anlaşılması güç, tartışmalı bir Başlangıç ortaya çıkmıştır.

Ç. Anayasa Değişiklikleri ve Pozitif Anlamları

1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra Başlangıç kısmında biri 1995 yılında, diğer 2001 yılında olmak üzere iki defa değişikliğe gidilmiştir.

1. 1995 Değişikliği

Başlangıç kısmında yapılan ilk değişiklik 1995 yılında gerçekleştirilmiştir.³⁵ Bu değişiklikle metinde yer alan çok sayıda dilbilgisi hatası düzeltilmiştir. Fakat bunlardan daha

³³ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.10, s. 537-538.

³⁴ Cem Eroğul’a göre bu ifadeler “Atatürkçü ulusçuluk anlayışında çok büyük gedikler açmıştır.” Cem Eroğul, *Anatüzeve Giriş*, (İmaj Yay. 2009), s. 317.

³⁵ 23/07/1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik için bkz. Resmî Gazete, 26/07/1995, S. 22355.

önemlisi 12 Eylül darbesini meşru kılmaya çalışan şu iki paragraf “Anayasaya demokratik yapı kazandırmak”³⁶ için metinden çıkarılmıştır:

“Ebedî Türk vatan ve milletinin bütünlüğüne ve kutsal Türk Devletinin varlığına karşı, Cumhuriyet devrinde benzeri görülmemiş bölücü ve yıkıcı kanlı bir iç savaşın gerçekleşme noktasına yaklaştığı sırada;

Türk Milletinin ayrılmaz parçası olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin, milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 harekâtı sonucunda, Türk Milletinin meşru temsilcileri olan Danışma Meclisince hazırlanıp, Millî Güvenlik Konseyince son şekli verilerek Türk Milleti tarafından kabul ve tasvip ve doğrudan doğruya O'nun eliyle vazolunan bu ANAYASA:”

12 Eylül darbesinden önceki duruma ve darbenin niteliğine ilişkin belli bir görüşün anayasal hâle getirilmesini gösteren bu iki paragrafın kaldırılması, tarihsel durumu farklı gören yaklaşımlara karşı devleti daha nötr bir konuma kaydırmış gibidir. Bu değişikliğin, öncelikle 12 Eylül darbesine dönük eleştirel söylemlerin suç olarak yorumlanmaması yönünden bir anlamı bulunmaktadır. İkinci olarak, söz konusu değişiklik, 12 Eylül darbesini gerçekleştiren kişilerin yargılanmasını, (konuyla ilgili geçici 15'inci maddenin ilk iki fıkrası o yıllarda yürürlükte olduğu için) hemen olanaklı kılmamışsa da darbecilerin “çıkış garantileri”nden birini dolaylı olarak ortadan kaldırmıştır.³⁷ Zira böyle bir hüküm varken, 12 Eylül darbecilerini yargılamak olanaksız değilse de imkansız yakındır.³⁸

Bunların dışında son olarak, söz konusu değişiklikte “kutsal Türk devleti” ifadesi “yüce Türk devleti” olarak değiştirilmiştir.³⁹ Değişiklik taslağında tamamen yürürlükten kaldırılan bu ifade, Milliyetçi Hareket Partisi üyesi milletvekillerinin itirazlarıyla ve getirdikleri cümle kalıbıyla birlikte metne yeniden dâhil edilmiştir.⁴⁰ Bu kavramsal değişiklik, büyük ihtimalle “kutsal” ifadesinin etimolojik olarak dinsel bir anlam taşınması ve devlete, tapınılması bir değer atfedilmesi karşısında, onu “eleştirilemez” bir merciden sadece yüksek bir düzeye çekmek gibi bir anlam taşıyor olsa gerek. Bu bakımdan, özellikle ifade özgürlüğü bağlamında özellikle “Devlete Karşı Suçlar” kategorisi yönünden uygulamacıya belli bir yorumlama doğrultusu tanınmış gibidir. Gelgelelim buradaki sorun, kutsallıktan yüceliğe

³⁶ Bu ifade Anayasa değişikliğinin gerekçesinde yer almaktadır. Gerekçe için bkz. <https://tinyurl.com/y2b679nr>

³⁷ Çıkış garantileri konusunda bkz. Serap Yazıcı, *Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri*, (Ankara: Yetkin Yay. 1997). Ergun Özbudun ve Serap Yazıcı, “Military Regimes Extraction from Politics: Exit Guarantees”, *Nation, Power, Society*, Alexandra Jasinskakonia ve Jacek Raciborski (eds.), (Scholar 1996); ss.325-340.

³⁸ 2010 yılındaki Anayasa değişikliğinden sonraki yargılamalar konusunda gelişmelerin özeti için bkz. *Ahmet Kenan Evren ve Ali Tahsin Şahinkaya kararı*, AYM, 2013/1276, 25/06/2014.

³⁹ Bülent Tanör, anayasa hukukunda “Kutsal Türk Devleti” formülünü en çok eleştiren isimlerdendi. Ona göre “Liberal batı anayasacılığın sadece bireye ya da onun haklarına lâyük gördüğü ‘kutsallık’ sıfatı, 1982 Anayasası hazırlayanlar tarafından Devleti taçlandırmak için kullanılmıştır. Anayasanın, kelimenin ‘otoriter’ anlamında ‘devletçi’ oluşunun en açık kanıtı da budur; 1982 Anayasası, Devleti kutsamakla işe başlayan ilk ve tek ‘batı demokrasisi’ anayasasıdır.” Bülent Tanör, *İki Anayasa: 1961-1982*, (XII Levha Yay. 2012), s. 120. Tanör bu yaklaşımında yalnız değildir. Farklı görüşlerden isimler de aynı sonuca ulaşmaktadır. Örneğin Hasan Tahsin Fendoğlu’na göre “Kutsal Türk Devleti yerine ‘yüce Türk Devleti’ denilmiştir. Yani kutsal kelimesi yerine yüce kelimesi getirilmiştir. ‘Kutsal’ kavramı, ‘meşruiyeti’ hukuktan değil de kendisinden aldığı için’ bu değişim, hukuk devleti fikri açısından olumlu olmuştur. Çünkü ‘Devlet’ kutsal olunca, bireyin özgürlükleri ‘Devlet’i sınırlandıramaz.” Hasan Tahsin Fendoğlu, *Başkanlık Sistemi Tartışmaları*, (Stratejik Düşünme Enstitüsü 2010), s. 33. Yazarın görüşü ve “yüce” ifadesinin yerindeliği ayrı bir tartışma konusu olabilir. Ayrıca bkz. Ahmet İnsel, *Düzen ve Kalkanma Kısacında Türkiye*, (Ayrıntı Yay. 1996), s. 26.

⁴⁰ TBMM Tutanak Dergisi, 14/06/1995, s. 416 ve 418.

geçen devletin, yurttaşlar için bir hizmet kurumu olduğu; onlarla eşit, hatta onlardan daha alt düzeyde bir kurgu olduğu düşüncesinin hâlâ kabul edilememiş olmasıdır. Bu bakımdan ilk hükmünde insan haysiyetiyle başlamaya sembolik anlam veren Alman uygulaması karşısında Türkiye Anayasasının “yüce devlet” ile başlangıç yapılması da otoriter bir sembolik anlam barındırmaktadır.

2. 2001 Değişikliği

Anayasa’nın 2001 yılından önceki Başlangıç metninde “Hiçbir düşünce ve mülhazanın Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği” ifade edilmiştir. Bu hükümde yer alan “düşünce ve mülhazanın” ifadesi “faaliyetin” biçiminde değişmiştir.⁴¹ Acaba bu değişiklik, hukuk düzeninde ne gibi bir anlam taşımaktadır?

Hukuki Etki Doğurmadığı Görüşü- Öğretide, bir görüşe göre bu değişikliğin hiçbir hukuksal etkisi yoktur. Zira bu yaklaşıma göre faaliyet, Arapça fiil kökünden türemiş bir isimdir. Bir düşünce, zihinlerde kalmadıkça, yani açıklandığı müddetçe bir fiildir. Bu nedenle, değişiklik, hukuksal yönden değil, olsa olsa dilbilgisi yönünden bir anlam taşımaktadır.⁴²

Hukuki Etki Doğurduğu Görüşü- Dar bir lafzi yoruma dayanan, soyut ve örneklemeye dayanmayan bu yaklaşıma katılmak mümkün değildir. İfade özgürlüğü alanındaki Türkçe ve karşılaştırmalı anayasa hukuku literatürünün kalbinde yer alan “düşünce suçu” kavramı ile Türk Ceza Kanunu’nun çeşitli hükümlerini dikkate almadan bu değişikliğe bir anlam verilememesi normaldir.⁴³ Özellikle ABD literatüründeki mutlakçı (*absolutist*) ve mutlakçı olmayan (*non-absolutist*) ayırımına dayanan “düşünce suçları”, hukuk düzeninin bazı fikirlere kapalı olmasıyla ilgilidir.⁴⁴ Mutlakçı yaklaşım taraftarlarına göre anayasal düzenin kategorik olarak kapalı olduğu herhangi bir fikir yoktur. Her fikir düşünülebilir, her görüş savunulabilir. Düşüncelerin dışı vurumu bazı kısıtlamalara tabi olsa da hiçbir düşünce ontolojik olarak temel haklar düzeninin dışında sayılmaz. Devlet, bütün düşüncelerin içeriğine karşı nötral pozisyonda sayılır.⁴⁵

Buna karşılık, “mutlakçı olmayan” yaklaşıma göre bazı düşünceler, kategorik olarak temel haklar düzeninin dışında sayılabilir. Bazı düşünceler, devlet tarafından yasaklanmıştır. Bu düşüncelerden, düşüncelerin ifade edilmesi yoluyla haberdar olunur. Yasaklı alanda yer alan bir düşüncenin dışı vurulması durumunda, başkaca bir test uygulamaya gerek kalmaksızın yaptırım uygulanır.⁴⁶

⁴¹ İlk “eylemlerin” ifadesi kullanılacaktı. Eylem ifadesinin sol jargona dayanıyor olmasından dolayı “faaliyetlerin” ifadesinde oydaşma sağlandı.

⁴² Kemal Gözler, *Anayasa Değişikliği Gerekli Mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, (Ekin Yay. 2001), s. 7-8. Hikmet Tülen, “3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt IV, Sayı 1-4, 2001, s. 18.

⁴³ Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, (Öncü Kitabevi 1969), s. 49-52.

⁴⁴ Bu ayırım hakkında bilgi için bkz. Frederick Schauer, “Codifying the First Amendment: New York v. Ferber”, *Supreme Court Review*, 1982, s. 285 vd.

⁴⁵ Raoul Vanneigem, *Dokunulmaz Olan Hiçbir Şey Yoktur, Her Şey Söylenebilir: İfade Özgürlüğü Üzerine Düşünceler*, İrem Selin Nacar (çev.), (Dost Yay. 2018).

⁴⁶ Avrupa sisteminde non-absolutist olmayan görüş, nefret söylemi ve Holokost inkârı bağlamında gündeme gelebilmektedir. Bu konularda bkz. Anne Weber, *Nefret Söylemi El Kitabı*, Metin Çulhaoglu (çev.), (CoE Publishing 2009)

Türkiye’de bu tartışma ilkin 765 sayılı (mülga) Türk Ceza Kanunu’nun 141 ve 142’nci maddeleri uyarınca gündeme gelmiştir.⁴⁷ Komünizm propagandasını suçunu düzenleyen bu hükümler, uygulamada komünist düşüncenin ve dolayısıyla bunun her türlü ifadesini kategorik olarak yasaklamıştır. Yine aynı ceza kanununda yer alan (md. 163) dolaylı olarak şeriatçı düşüncüyü kategorik olarak yasaklamıştır. Öğretide bazı yazarlar, Anayasa’nın bazı düşüncelere “kapalı” olduğunu, bu nedenle de Anayasa’nın kuralları ile çatışan bu düşüncelerin anayasal düzende kendisine yer bulamayacağını savunmuştur. Diğer bazı yazarlar ise Anayasa’nın her türlü fikre karşı açık olduğunu; dolayısıyla bir fikrin anayasadaki kuralları ile uyumsuz olmasının, onları Anayasa’daki düşünce-ifade özgürlüğü güvenliği dışına çıkarmadığı yaklaşımını savunmuştur. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı birinci görüş yönünde olmuştur. Bu yaklaşım, “düşünce suçu” kategorisini meşru saymaktadır.⁴⁸

1982 Anayasası’nın Başlangıç kısmının ilk hâli, düşünce suçlarına anayasal bir dayanak da kazandırmıştır. Anayasa, “Türk millî menfaatleri”, “Türk varlığı”, “Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esası”, “Türklüğün tarihi ve manevi değerleri”, “Atatürk milliyetçiliği”, “Atatürk ilke ve inkılapları” ve “Atatürk medeniyetçiliği” olarak saydığı yedi farklı değeri korumak için düşünceye yasak getirilebileceğini düzenlemiş; bu korumanın nasıl yapılacağı konusunda yasama organına takdir bırakmıştır. Böylelikle, Ceza Kanunu’ndaki Cumhurbaşkanına hakaret (TCK md. 299), “Devletin egemenlik alametlerini aşağılama” (TCK md. 300), “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” (TCK md. 301) veya “Atatürk’ün hatrasına alenen hakaret suçu” (5816 s. Kanun) gibi suçlar ile Siyasi Partiler Kanunu’nun üçüncü bölümünde yer alan bazı yasaklara anayasal bir temel kazandırılmış ve aktarılan konularda kategorik olarak yasak getirmeye ve bu yasakları birer “düşünce suçu” olarak yorumlamaya zemin hazırlamıştır.

2001 yılında yapılan değişiklik ise bu yaklaşımı değiştirmeye, ilgili suçların ve/veya yorumlanma biçimlerinin anayasal dayanağını ortadan kaldırmaya yönelik bir değişikliktir. Nitekim değişikliğin gerekçesinde de “düşünce ve mülahazanın” ifadesinin “doğrudan doğruya düşünceye bir sınır teşkil ettiği” ifade edilmiş ve düşünce suçu yarattığı kabul edilmiştir. Keza, anayasa değişikliği görüşmelerinde de bir milletvekili, tıpkı öğretide ileri sürüldüğü gibi, yazı yazmak, konuşma yapmak vb. düşünce açıklamalarının da birer faaliyet olduğu, dolayısıyla bu değişikliğin hukuk düzeninde bir yenilik getirmediği savını ileri sürmüştür. Fakat Anayasa Komisyonu sözcüsü değişiklikle “düşünceye doğrudan doğruya getirilen sınırlandırmaları kaldırıyoruz” yanıtını vererek aslında “görelî düşünce özgürlüğü” sisteminden “mutlak düşünce özgürlüğü” sistemine geçildiğini işaret etmiştir.⁴⁹ Buna göre, hiçbir düşünce, hükümde aktarılan değerleri korumak pahasına bile olsa, kategorik olarak yasaklanamaz.

Bunun normatif bazı karşılıkları olmalıdır. Kanımca, anılan değişiklik yeterince kavranmadığı için başta az önce değinilen hükümler olmak üzere propaganda suçları vb. ilişkin hükümlerin birer yasaklı “düşünce suçu” gibi uygulanmaya devam edilmiştir. Öyle ki mesele Türkiye’de “Ermeni soykırımı yapıldığı düşüncesi”, söz konusu söylemin etkileri, açık ve mevcut/yakın tehlike yaratıp yaratmadığı veya Anayasa’nın 13’üncü maddesinde öngörülen

⁴⁷ Bu hükümlerin ifade özgürlüğünü de kapsayan etraflı analizi için bkz. Cangül Örnek, “Türk Ceza Kanunu’nun 141 ve 142. Maddelerine İlişkin Tartışmalarda Devlet ve Sınıflar”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 69, No.1, 2014, ss. 109-139.

⁴⁸ Bu kararın eleştirisi ve konuyla ilgili yaklaşımlar için bkz. Bülent Tanör, *TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, (Forum Yay. 1979).

⁴⁹ TBMM Tutanak Dergisi, C. 70, s. 43-44.

kriterlere tabi olup olmamasına bakılmaksızın yaptırımı konu edilebilmiştir.⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, özellikle TCK'de yer alan "Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar" suç kategorisiyle ilgili hükümler (TCK md. 299-301) ile herhangi bir eylem içermeyen ve açık/yakın tehlike üretmeksizin sadece düşünce açıklaması niteliği propaganda suçları (örn. TCK md. 220/6, 216/2 ve 3) ile Siyasi Partiler Kanunu vb. kamu hukuku mevzuatının maddelerine ilişkin anayasallık denetimine bu değişikliği dikkate alması bir gerekliliktir. Zira 2001 yılında yapılan değişiklik, eyleme yönelik olmayan düşünce açıklamalarının yasaklanmaması amaçlanmıştır.⁵¹

Öte yandan, söz konusu değişikliği tarihsel olarak anlamının yanı sıra sistematik yorumla da kavramak gerekir. Anılan tarihte Anayasa'nın 14'üncü maddesinde de değişiklik yapılmıştır.⁵² Bu değişiklik şematik olarak şöyledir:

1982 Anayasası'nın İlk Hâli	2001 Yılından Sonraki Hâli
<p>Madde 14-. Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, <i>Türk Devletini ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesine veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.</i></p> <p>Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.</p> <p>Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlere yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz.</p>	<p>Madde 14-. Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan <i>faaliyetler</i> biçiminde kullanılamaz.</p> <p>Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.</p> <p>Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.</p>

⁵⁰ Bu konudaki sorunlarla ilgili olarak bkz. Venedik Komisyonu Raporu. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on Articles 216, 299, 301 and 314 of the Penal Code of Turkey*, CDL-AD(2016)002, 15/03/2016. Metin şu adrestedir: <https://tinyurl.com/yrbntvr>

⁵¹ Değişikliğin ilk hâlinde "eylem" ifadesi yer almaktaydı. "Faaliyet" sözcüğü Türkçede tüzük, program ve parti kararlarını da kapsayacak şekilde kavrandığı için eleştirilmektedir. TBMM Tutanak Dergisi, C. 70, s. 71-80. Ayrıca bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, "2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme", *Anayasa ve Uyum Yasaları*, (TBB Yay. 2002), s. 29.

⁵² 2001'deki değişiklik, ANASOL-M koalisyon hükümetinin bileşeni olan partilerin milletvekilleri tarafından sunulmuştu. Teklifi sunanların içinde, Devlet Bahçeli başkanlığındaki MHP'nin 127 milletvekili de vardır. Değişiklik, AK Parti'nin o zaman Meclis'te bulunan 53 milletvekili tarafından da özü itibarıyla desteklenmiş, partinin bu konudaki olumlu tutumu, parti adına bizzat Yahya Akman tarafından açıklanmıştır. Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, 25.09.2001, s. 93.

Anılan değişikliğin özellikle milletvekillerinin dokunulmazlıklarını düzenleyen 84'üncü maddede ifade edilen istisnaya değen bir yönü vardır.⁵³ Hâlihazırda gündemde olan Gergerlioğlu olayındaki uygulamanın aksine, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ve madde 14 hükmündeki değişiklik uyarınca, salt düşünce açıklamalarının (örneğin Tweet atmanın) kategorik olarak ifade özgürlüğüyle ilgili sayılması ve bu bakımdan dokunulmazlık istisnası içinde görülmemesi gerekir.

Bu bağlamda ortaya çıkan anayasallık tartışmalarında şu soru mutlaka akılda tutulmalıdır: Anayasa'daki bu hükmün varlığı ile yokluğu arasında bir fark olmayacaksa bu değişiklik neden yapılmıştır?

V. Başlangıcın Anayasallık Denetimindeki Kullanımı

Anayasa'nın başlangıç kısmının Anayasa Mahkemesinin norm denetimlerinde ölçü norm olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusunda öğretide farklı görüşler vardır.⁵⁴ İlhan Arsel'in dile getirdiği ama yeterli açıklamayı yapmadığı bir görüşe göre bu kısım ölçü norm olarak kullanılamaz.⁵⁵ Literatürde bazı yazarlar, anayasallık denetiminin esasen Anayasa metninde yer alan maddelere göre yapılacağını, Başlangıç kısmının, yorum yaparken ve/veya diğer hükümlere dayanılarak ulaşılan sonucu desteklemek amacıyla kullanılabileceğini savunmaktadır.⁵⁶ Diğer bazı yazarlar ise böyle bir ayrıma gitmemekte, Başlangıç kısmının doğrudan referans ölçü norm olarak kullanılabileceğini açıkça veya zımnen ileri sürmektedir.⁵⁷ Bu yaklaşıma göre Anayasa Mahkemesi, bir kanunu, Anayasa'nın herhangi bir maddesine dayanmadan, sadece Başlangıç kısmına dayanarak iptal edebilecektir.

⁵³ “Hükmü hatırlatmak gerekirse: Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasasının 14'üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır.”

⁵⁴ Bu tartışmayı sistemli ele alan ilk çalışma için bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, (İÜHF Yay. 1993), s. 116 vd. Ayrıca bkz. Mustafa Koçak, “Cumhuriyetin Temel Niteliklerinin Belirlenmesinde Anayasasının Başlangıcında Yer Alan İlkelerin Hukuksal Değeri”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 25. Yıl Armağanı*, (Genelkurmay Basımevi 1998), s.202-203.

⁵⁵ 1961 Anayasası döneminde bkz. İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, (Mars Matbaası 1965), s. 145.

⁵⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Yetkin Yay. 2007), s. 75-76. Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, (İmaj Yay. 2006), s. 21. Şeref İba, *Anayasa ve Siyasal Kurumlar: 100 Soruda*, (2006), s. 22. Mustafa Erdoğan, *Anayasacılık, Parlamentarizm, Silahlı Kuvvetler*, (Siyasal Yay. 1993), s. 65; M. Tevfik Gülsoy, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü Norm ve Siyasal Alanının Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, *Liberal Düşünce*, S. 22, 2001, s. 46-58; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, (Yetkin Yay. 2015), s. 444; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, (Seçkin Yay. 2018), s. 65. Dolaylı olarak Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, (Seçkin Yay. 2020), s. 68. Keza bkz. Yıldızhan Yayla, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, (MÜHF Yay. 1985), s. 83-84. Mümtaz Soysal, 1961 Anayasası dönemindeki fazlasıyla edebi nitelik taşıyan başlangıç ilkelerinden hukuksal yön bulmanın güç olduğunu söylemekte metindeki direnme sözünün Anayasa'yı çiğnemeye kalkışacak yöneticiler için “uyarıcı” nitelik taşıdığını vurgulamaktadır. Mümtaz Soysal, *Anayasa'ya Giriş*, (Sevinç Matbaası 1968), s. 189.

⁵⁷ 1961 Anayasası döneminde bkz. Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, (İÜHF Yay. 1971), s. 123; A. Selçuk Özçelik, *Esas Teşkilât Hukuku*, (İÜHF Yay. 1976), s. 148-149; Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, (İÜHF Yay. 1984), s. 172; Ömer İzgi ve Zafer Gören, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, (TBMM Yay. 2002), s. 11. Kemal Dal, 1961 Anayasası'ndaki bütün ilkelerin Anayasa'da da olduğunu vurgulamakla yetinmektedir. Kemal Dal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, (Gazi Üniversitesi Yay. 1986), s. 57. 1982 Anayasası bağlamında Abdurrahman Eren, Anayasa'da yer alan soyut nitelikteki ilke normlarının tek başına ölçü norm ola-

Uygulamada Anayasa Mahkemesinin tutumu (1961 Anayasasından farklı olarak) başlangıç kısmını bağımsız bir ölçü norm olarak kullanmak yönündedir. Bu konudaki kararlar, incelendiğinde Mahkeme 40 civarı kararında, diğer maddelerin yanı sıra Başlangıç kısmına da aykırılık tespit ettiğini görürüz.⁵⁸ Kararlara bakıldığında konunun genellikle kanun hükmünde kararname ve yetki kanunlarıyla ilgili olduğu ve Mahkeme'nin "erkek ayrılığı" ile "hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı" ifadesine gönderme yaptığı izlenmektedir. Bu, öğretilerde zaten bilinegelen bir bulgudur.⁵⁹ Gelgelelim bu belirlemede bir güncelleme yapmak gerekir. Mahkemenin bu yaklaşımında 2004 yılından itibaren bir değişime baş göstermiştir. Bu değişim, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararıyla Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali için açılan iptal davası üzerine verilen kararda

rak kullanılmayacağı gibi bir çıkarıma karşı çıkmakta, soyut nitelikteki ilke normların Anayasa'nın bütünlüğü içinde diğer maddelerle birlikte ölçü norm olarak kullanılması gerektiğini savunmaktadır. Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, (Seçkin Yay. 2020), s. 1035. Keza Mümtaz Soysal, *Anayasa'nın Anlamı*, (Gerçek Yay. 1997), s. 116-117. Christian Rumpf'a göre 1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmı "yorumda dayanılabilecek ayrı bir norm olmamasına rağmen içeriğiyle Anayasa'nın geri kalanından ve yorumundan daha güçlü biçimde ön plana çıkmaktadır." Christian Rumpf, *Türk Anayasasına Giriş*, Burak Oder (çev.), (Yayınevi yazmıyor 1995), s. 47. Ernst Hirsch de bu ilkeler, soyut ve geniş anlamli nitelik taşımalarına rağmen ve özel bir yasada somutlaştırılmamış olsalar dahi bireysel ilişkilerde dahi riayet edilmesi gereken genel hukuk ilkeleri olarak ifade etmiştir. Ernst Hirsch, "Die Verfassung der Türkischen Republik", *JöR* 32, 1983, s. 525. Daha net olarak bkz. Ernst Hirsch, *Die Verfassung der Türkischen Republik*, (Alfred Metzner Verlag 1966), s. 82. Tüm bu görüşlerin içinde en özgünlerinden birini savunan Yüzbaşıoğlu, Başlangıç'taki temel ilkeleri, Cumhuriyet'in nitelikleri arasında görmekte ve fakat bu niteliklerden bile üstün saymaktadır. Yazar, ilkelerden bazı ilkeler çıkarmaya çalışmakta ve bunların bazıının ölçü norm olarak kullanılabileceğini düşünmektedir. Açıklamalar için bkz. Yüzbaşıoğlu, s. 110 vd. Bakır Çağlar da Fransa örneğinden hareketle konuyu "anayasallık bloku" kavramı içinde çözümlenmiştir. Bkz. Bakır Çağlar, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi: Sentetik Bir Deneme İçin Notlar", *Anayasa Yargısı*, C. 3, 1987, s. 178-179. Eleştirisi için bkz. Özbudun, s. 77.

⁵⁸ Örn. bkz. AYM, E. 1984/14, K. 1985/7, T. 13/06/1985; AYM, E.1986/18, K. 1986/24, T. 09/10/1986; 1993/47, T. 25/11/1993; E. 1993/45, K. 1993/47, T. 25/11/1993; E. 1993/46, K. 1993/48, T. 25/11/1993; E. 1993/48, K. 1993/50, T. 25/11/1993; E. 1993/49, K. 1993/51, T. 25/11/1995; E. 1993/50, K. 1993/52, T. 25/11/1993; E. 1993/51, K. 1993/53, T. 25/11/1993; E. 1993/52, K. 1993/54, T. 26/11/1993; E. 1994/50, K. 1994/44-2, T. 5/7/1994; E. 1995/43, K. 1995/46, T. 20/9/1995; E. 1995/35, K. 1995/26, T. 4/7/1995; E. 1995/36, K. 1995/56, T. 24/10/1995; E. 1995/47, K. 1995/40, T. 6/9/1995; E. 1995/45, K. 1995/58, T. 13/11/1995; E. 1995/38, K. 1996/7, T. 28/2/1996; E. 1996/22, K. 1996/16, T. 23/5/1996; E. 1997/20, K. 1997/32, T.14/2/1997; E. 1997/24, K. 1997/35, T. 11/3/1997; E. 1997/3, K. 1997/2, T. 15/10/1997; E. 1997/17, K. 1997/6, T. 30/1/1997; E. 1996/58, K. 1996/43, T. 20/11/1996; E. 1996/64, K. 1996/47, T. 12/12/1996; E. 1998/34, K. 1998/46, T. 14/7/1998; E. 1997/37, K. 1997/69, T. 27/11/1997; E. 2000/27, K. 2000/24, T. 19/10/2000; E. 2000/45, K. 2000/27, T. 5/10/2000; E. 2000/52, K. 2000/29, T. 17/10/2000; E. 2001/127, K. 2001/47, T. 15/3/2001; E. 2001/325, K. 2001/98, T. 5/6/2001; E. 2001/388, K. 2001/342, T. 13/9/2001; E. 2002/116, K. 2002/67, T. 15/7/2002; E. 2003/14, K. 2003/6, T.26/2/2003; E. 2003/15, K. 2003/7, T. 4/3/2003; E. 2003/22, K. 2003/34, T. 16/4/2003; E. 2003/77, K. 2003/81, T. 11/9/2003; E. 2004/6, K. 2004/5, T. 27/1/2004.

⁵⁹ Karşı oylar ve diğer bazı kararlar için bkz. Yüzbaşıoğlu, s.129 vd. Siyasi parti davaları yönünden bkz. Gülsoy, s. 46. Bakır Çağlar'a göre Mahkeme, siyasal alanı, Anayasanın başlangıcında ifadesini bulan "resmî ideoloji" ile sınırlandırmış bu yolla "mücadeleci demokrasi" anlayışının yeni bir formülünü geliştirmiştir. Bakır Çağlar, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi", *Anayasa Yargısı*, C. 7, 1990, s. 67.

özellikle görülmektedir. İptal davasını açan Cumhuriyet Halk Partisi grubu Anayasa'nın diğer birçok maddesinin yanı sıra Başlangıç kısmına da aykırılık iddiasında bulunmuştur. Mahkeme, yaptığı değerlendirmede Başlangıç kısmını dikkate almışsa da iptal kararını, diğer maddelere aykırılık gerekçesiyle vermiştir. Kararda, yargıç Serdar Özgüldür'ün "değişik ve ek gerekçe" yazısını okuduğumuzda bunun rastlantısal olmadığını, bilinçli bir tercihin ürünü olduğunu anlıyoruz. Bu yazıda Özgüldür, çoğunluğu Başlangıç kısmını ölçü norm olarak kullanmamasını eleştirmiştir. Bunu doğrulayan bir diğer gelişme ise Mahkeme'nin bu tarihten itibaren (gözlemleyebildiğim kadarıyla) hiçbir kararında diğer maddelerin yanında da olsa Başlangıç kısmına aykırılıktan dolayı iptal kararı vermemiş olmasıdır. Nihayet bu eğilim, 2013 yılında verilen bir kararda daha açık biçimde dile de getirilmiştir. Yine, az önce değinilen kararda olduğu gibi yabancıların mülk edinmeleriyle ilgili olan bu iptal davasında Mahkeme şöyle bir belirlemede bulunmuştur:

"Anayasa'nın Başlangıç kısmında Türkiye Cumhuriyeti'nin "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 176. Maddesi uyarınca, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç, Anayasa metnine dahildir. Ancak, Başlangıçta ifadesini bulan görüş ve ilkelerin, soyut nitelikleri gereği bağımsız birer hüküm olarak uygulanmalarından ziyade, Anayasa'nın maddelerinde yer alan hükümlerin yorumlanmasında dikkate alınmaları gerektiği açıktır."⁶⁰

Bu gerekçe, tartışmasız biçimde kaleme alınmamıştır. Serdar Özgüldür'ün önceki yaklaşımına bu defa Zehra Ayla Perkaş ve Celal Mümtaz Akıncı da katılmıştır. Çoğunluk görüşüne, bu tartışmayı yapmadan karşı çıkan iki üye daha olmuştur.⁶¹ Gelgelelim beşi şu anda görev yapmakta olan üyelere oluşan çoğunluk eski içtihadı terk etmiştir.⁶² Bu tarihten itibaren Başlangıç'a aykırılık iddiaları incelenmişse de hiçbir kararda iptalin gerekçesi Başlangıç kısmına aykırılık olmamıştır.

VI. 1982 Anayasası'nda Başlangıç Kısmının Kapsamı

Anayasa'nın 176'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre "Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir." Dahası Anayasa'nın 4'üncü maddesi Anayasa'nın "2'nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri (...) değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" demektedir. Anayasa'nın 2'nci maddesinde Cumhuriyet nitelendirilirken "başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan" dendiği için Başlangıç'taki temel ilkelerin belirlenmesi gerekir. Zira, değiştirilemezlik kapsamının "başlangıçta belirtilen temel ilkeler" değil, "Türkiye Cumhuriyetinin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan" bir devlet olması mı yoksa başlangıç metni mi olduğu tartışması ancak bu yolla açıklık kazanabilir.⁶³

Dolayısıyla bu metnin de tıpkı Anayasa'nın diğer maddeleri gibi dikkate alınması ve hukuki anlamının analiz edilmesi gerekmektedir. Fakat bu kolay değildir. Başlangıç kısmı, ilk hâlinde 10 paragraftan ve 350 sözcükten oluşmaktadır. Bu, dünya anayasalarının ortalamasının üzerinde bir uzunluktur.⁶⁴ Sonradan yapılan değişikliklerden sonra güncel metin, 9 paragraf ve 294 sözcüğe inmiştir. Bunun da kısa olduğu söylenemez. Böylesine uzun bir

⁶⁰ AYM, E.2012/75, K.2013/88, 10/07/2013.

⁶¹ Bu üyeler Mehmet Erten ve Alifeyyaz Paksüt'tür.

⁶² Bu üyeler, Engin Yıldırım, Hicabi Dursun, Muammer Topal, Zühtü Arslan ve M. Emin Kuz'dur.

⁶³ İlk görüş için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ekin Yay. 2019), s. 230. İkinci görüş için bkz. Erdal Onar, *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, (AÜSBF Yay.1993), s. 15. Dolaylı olarak Uran, s. 234.

⁶⁴ Dünya ortalaması 300 sözcük civarındadır. Bkz. Voermans/ Stremmer/ Cliteur, s. 21.

metin, sadece tek bir cümleden oluşmaktadır. Bu şekilde bir cümleye herhangi bir romanda, gazete yazısında veya kanun metninde bile rastlamak olası değildir. Metnin tek okuyuşta anlaşılması epey zordur, çünkü çok sayıda kaypak ve muğlâk ifade içermektedir. Ayrıca, bu cümle de objektif bir hukuk dilinin alışlagelen formülleriyle de hazırlanmamıştır. Öte yandan otoriter ve siyasal yönü ağır basan bu metnin bünyesinde yer alan sözcükler de epey kaypak ve muğlâktır. Böylesine sorunlarla yüklü ve ucu açık bir metnin Anayasa Mahkemesi denetiminde referans olarak kullanılması, keyfilik sorunu yaratabilir. Olası bir Anayasa değişikliğinde bu kısmın sade ve anlaşılır hâle getirilmesi; ayrıca Başlangıç kısmını Anayasa metnine dahi sayan 176'ncı madde hükmünün değiştirilmesi önerilir.⁶⁵

A. Temel İlkeler ve Temel Görüşler Ayrımı

Anayasa'da Başlangıç kısmı ile ilgili iki farklı düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Anayasa'nın 2'nci maddesidir. Bu maddeye göre, "Türkiye Cumhuriyeti, (...) başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan (...) bir hukuk Devletidir." Buna göre başlangıçta "temel ilkeler" yer almaktadır. Diğer taraftan Anayasa'nın 176'ncı maddesinin 1'inci fıkrası "Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir." şeklindedir. Bu maddeye göre ise başlangıçta sadece temel ilkelere yer verilmekte, aynı zamanda "temel görüşler" de bulunmaktadır. Buna göre Başlangıç kısmında iki kategori bulunmaktadır: (a) "temel ilkeler" ile (b) "temel görüşler". Anayasa'nın değiştirilmezlik yasağı bağlamında öne çıkarttığı kategori sadece "temel ilkeler"dir. "Temel görüşler" için böylesi bir yasaktan bahsedilmemiştir. Bu nedenle bu iki kategori arasında ayrım yapılması gerekmektedir.

Söz konusu ayrımın içeriğine geçmeden önce bu ayrımın yer alan "temel" vurgusunun üzerinde de durulabilir. Acaba Anayasa'nın görüş ve ilkeler için "temel" vurgusunu yapmış olması (mevhum-u muhaliften çıkarımla) Başlangıç kısmında bazı temel olmayan görüş ve ilkelerin de bulunduğu anlamına geliyor olabilir mi? Bu soru önemlidir, çünkü bu soruya olumlu yanıt verilmesi durumunda Anayasa'nın 4'üncü maddesinin getirdiği yasağın sadece temel ilkeler yönünden olduğu kabul edilecek, temel olmayan ilkelere uzanmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Böyle bir çıkarım dikkate değer bir ayrım olmakla birlikte, "temel olan" ve "temel olmayan" ayrımını yapmak için net bir kriter üretmek güçtür.

B. Başlangıç Kısmı'nda Yer Alan Görüşler

"Görüş" sözcüğü Türk Dil Kurumuna göre "bir olay, varlık veya düşünce üzerinde varılan yargı, fikir" anlamında gelir. Etimolojik olarak "görmek" ile ilgili olan görüş, bir konunun belli bir yerden nasıl "görüldüğü" ile ilgilidir. Görüşler, dünyaya dönük anlam verme çabasının ve temennilerin bir parçasıdır. Bu nedenlerle de kaçınılmaz olarak subjektif ve görelî nitelik taşırlar. Anayasa'nın Başlangıç kısmı, bu nitelikte ifadeleri fazlasıyla içermektedir. Örneğin 1995 değişikliklerinden önceki metinde yer alan "Cumhuriyet devrinde benzeri görülmemiş bölücü ve yıkıcı kanlı bir iç savaşın gerçekleşme noktasına yaklaştığı" veya Türk Milletinin ayrılmaz parçası olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin, milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 harekâtı" gibi ifadeler oldukça subjektif görüşlerdir. 1995 ve 2001 değişikliklerinden sonra hâlâ metinde kalan "Türk devletinin Yüce olduğu", "Atatürk'ün ölümsüz önder ve eşsiz kahraman" olduğunu söylemek, (ister doğru ister yanlış olsun) hukuksal bir ilke getirmez, bunlar da birer görüştür. Bunların yanı sıra, Başlangıç'ın

⁶⁵ Aynı yönde bkz. Ergun Özbudun, "2001 Anayasa Değişiklikleri", *Danıştay ve İdari Yargı Günü: 134. Yıl Sempozyumu*, (Danıştay 2001), s. 3; Yüzbaşıoğlu, "2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme", s. 30.

5'inci paragrafında, Türk vatandaşlarına (toplucu) tanınan huzurlu bir hayat talep etme hakkından bahsedilmiştir. Paragrafın kaleme alınma biçimi itibarıyla söz konusu hakkın, belirli bir çerçeve içine alındığı görülmektedir. Bu çerçeve içinde bazı hukuksal kayıtlar bulunmakla birlikte Türk vatandaşlarının “milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak” oldukları ve “karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duyguları” taşıdıkları söylenmektedir. Buna benzer şekilde “Türk evlatlarının demokrasiye âşık olduğu”, “Türk milli menfaatlerinin bulunduğu”, “Türklüğün tarihi ve manevi değerler taşıdığı” ifade edilmiştir. Büyük bölümü, 1982 Anayasası'nın Danışma Meclisi tarafından kabul edilen kurgusunda yer almayan ve sonradan Milli Birlik Konsey'i tarafından eklenen bu ifadeler, sübjektif değer yargıları içermektedir. Bunların bir kısmı, hukuk disiplininin çözümlemesinin mümkün olmadığı belirlemelerdir. Örneğin bir ulusun ve üyelerinin hangi sevgi duygularını taşıdığı ve bir ilke olarak demokrasi ile olan kurduğu aşk (veya aşk-nefret) ilişkisinin anlamı, hukuktan ziyade sosyal psikolojinin konusu olabilir. Söz konusu ilkelerin diğer bir kısmı ise 12 Eylül darbesinin “Türk-İslam sentezi” ideolojisine dayanan fakat içinde bununla birlikte barındırdığı solidaritist-kooperativist özü dışı taşınmış hâlidir.⁶⁶

Bunlar, birer hukuksal ilke olmaktan ziyade, dar anlamda bir dünya görüşünü ortaya koymaktadır. Örneğin “Yüce Türk devleti”, “Türk milli menfaatleri”, “Türklüğün tarihi ve manevi değerleri” gibi ifadelerinin hukuksal yönden asgari bir tarafsızlıkla açıklanması mümkün değildir. Birey-devlet ilişkisinde devlete yücelik atfeden, sınıfları, statüleri ve kimlikleri ve bunlar arasındaki çatışmaları oldukça göreceli “milli menfaatler” içinde eriten bu düşünceler, yurttaşların “kaynaşmış bir kitle” olduğu varsayımına dayanmakta, yanıtı göreceli olan bazı sorular getirmektedir: Türklüğün tarihi ve manevi değerleri dendiğinde acaba tam olarak hangi “Türklük” anlatılmaktadır? Örneğin Hitit uygarlığının tarihi değerleri, Medya imparatorluğu veya Laz kültürünün kendine özgü özellikleri de bunun içinde midir? Yoksa kastedilen etnik anlamıyla Türklerin tarihine denk düşen Göktürkler ve Uygurlardan Selçuklu ve Osmanlı devletlerine kadar uzanan bir tarih anlatısını mı imlemektedir? Dahası bunun hukuken netleştirilebilmesi mümkün müdür? Keza, burada ifade edilen kültür sözcüğünün hangi anlamda kullanıldığı da tartışılabilir. Kültür, genel bir zihinsel, manevi ve estetik gelişme sürecini tarif eden soyut bir adlandırma mıdır yoksa belli bir halka, döneme, gruba ait belirli bir yaşam tarzını ifade eden, genel veya özel biçimde mi kullanılmaktadır? Hatta zorlarsak burada zihinsel, özellikle de sanatsal faaliyetin eser ve uygulamalarını tarif eden bağımsız bir adlandırmadan mı bahsetmekteyiz? Bu soruların yanıtını hukukun vermesi imkânsız değilse de çok güçtür. Bunun mümkün sayıldığı olasılıkta bile bu yargının işi olmamalıdır.

Öğretide, aktarılan türde atıfların bir tür “resmî ideoloji” oluşturduğu; Devlet'e, fikirler piyasası içindeki farklı fikirlerden birinin tarafı olma ve bu doğrultuda hareket etme yükümlülüğü getirdiği ve bunun, anılan resmî ideolojiye katılmayan kişilerin dışlanması gibi çoğulcu demokratik toplum düzeni ile uyumlu olmayan sonuçlara yol açtığı ileri sürülmektedir.⁶⁷ Bu çerçevede “kalın anayasa” (*thick constitution*) olarak ifade edilen ideolojik anayasaların, ideolojiden arındırılmış “ince anayasa” (*thin constitution*) hâlini alması gerek-

⁶⁶ Reyhan Sunay, “Anayasanın İfade Hürriyeti Anlayışı ve Uygulamaya Yansıyan Sorunlar”, *Liberal Düşünce*, Güz, 1999, s.22; Fazıl Hüsnü Erdem, “1982 Anayasasının Serüveni”, *Hukuk Feslefi ve Sosyolojisi Arkivi*, S.15, 2006, s. 134. Ayrıca bkz. Taha Parla, *Türkiye'de Anayasalar, Tarih, İdeoloji Rejim*, (Metis Yay. 2016). Christian Rumpf'a göre buradaki kimi ifadeler Heyes'in din ve ideoloji arasındaki karşılaştırmasını anımsatmaktadır. Rumpf, s. 47.

⁶⁷ Örn. bkz. Sunay, s.22; Çağlar, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, op. cit.

tiği de savunulmuştur.⁶⁸ Bu görüş, ilk bakışta anlamlı ve ikna edici görünmekle birlikte, “ideolojisiz” bir anayasanın gerçekten mevcut olup olmadığı, hatta ideolojisizlik iddiasının kendisinin de bir ideolojik saptama olduğu göz ardı edilemez.⁶⁹ Ne var ki anayasaların, anayasalcılık hareketinin öncülleri uyarınca aşgari bir siyasi nötrallik (*political neutrality*) içermesi, en azından olabildiğince hukuksallaştırılabilir öğeler taşıması gerektiği de bir diğer gerçektir.⁷⁰ Oysa Hans Kelsen’in ifade ettiği gibi anayasalarda yer alan bir başlangıç, “genellikle insan davranışlarına dönük belirli bir norm ortaya koymaz. Hukuksal olmaktan çok ideolojik karakter taşır.”⁷¹

Aktarılan görüşlerin Anayasa’nın başlangıç kısmından ayıklanması gerekir. Bunun önünde anayasal bir engel yoktur. Zira Anayasa’nın 4’üncü maddesi, Anayasa’nın 2’nci maddesindeki “Başlangıç’ta yer alan temel ilkelere dayanma” hükmüyle ilgili bir yasak getirmekte, “görüşler”e yönelik bir sınır içermemektedir.

C. Başlangıç Kısmı’nda Yer Alan İlkeler

Başlangıç kısmında çeşitli ilkeler çıkarılabilir. Literatürde, bu ilkelerin neler olduğu konusunda farklı yazarlar farklı çıkarımlar yapmaktadır.⁷² Bazı hakları da içeren bu ilkelerin bir kısmı Anayasa metninde zaten vardır. Bu tür ilkelere dayanılması gerektiğinde Anayasa metnindeki madde hükümlerine başvurulması yerinde olacaktır.⁷³ Bir ilkenin hem Anayasa maddelerinde hem de Başlangıç kısmında yer verilmiş olması, o ilkenin önemli olduğunu ve ayrıca her maddenin yorumunda öncelikli olarak dikkate alınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bana göre bunlar şu şekilde sıralanabilir:

- Millî Egemenlik (§ 3),
- Anayasanın ve Hukukun Üstünlüğü (§ 3),
- Hürriyetçi Demokrasi (§ 3),
- Kuvvetler Ayrılığı/Medeni İş bölümü (§ 4),
- Laiklik (§ 5),
- Bölünmez Bütünlük (§ 6),

⁶⁸ Kalın ve ince anayasa ayrımı için bkz. Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, (PUP 1999).

⁶⁹ Levent Gönenç’in haklı biçimde ortaya koyduğu gibi “ideojiler, toplumların peşine düştükleri kapsamlı yaşam projeleri olarak tanımlanırsa, başlangıç bölümlerinde ideolojik göndermeler bulunması şaşırtıcı olmayacaktır.” Levent Gönenç, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları için Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 1, 2007, s. 150.

⁷⁰ Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, (Seçkin Yay. 2008). Özellikle bkz. “Anayasal Devlet ve Siyasal Tarafsızlık” başlığı.

⁷¹ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (Transaction Publishers 2005), s. 260-261.

⁷² En kapsamlı olarak Yüzbaşıoğlu, s. 116-131. Ayrıca bkz. Atar, s. 64 vd.; Eroğul, s. 316 vd.; Fendoğlu, s. 443 vd.; Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, (Yetkin Yay. 2015), s. 107 vd.; İba, s. 21 vd.; Göl, s. 253 vd.; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 227; Korkut, s. 70 vd.; Özbudun, s. 75 vd.; Sabuncu, s. 19 vd.; Soysal, *Anayasa’nın Anlamı*, s. 114 vd.; Hasan Tunç, Faruk Bilir ve Bülent Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, (Adalet Yay. 2015), s. 83 vd.

⁷³ Çok sayıda yazar içinde özellikle Özbudun, s. 77; Gözler, s. 230. Özbudun’a göre Anayasa’daki ilkelere yerine Başlangıç’a yönelmek yerindelik denetimi olasılığını artırır. Ömer Anayurt da bu sakıncaları “yasama organına açık çek sunması” ve “anayasa yargısına geniş değerlendirme marjı bırakması” başlıklarıyla derinleştirmiştir. Anayurt, s. 68-69.

- Vatandaşın Onurlu Hayat Sürdürme ve Maddî ve Manevî Varlığını Geliştirme Hakkı (§ 6),
- Eşitlik ve Sosyal Adalet (§ 7),
- Anayasaya Sadakat (§ 9).

Bunların yanı sıra aslında bir “görüş” olarak düşünülebilecek fakat Anayasa’nın 2’nci maddesinde de yer verilen Atatürk milliyetçiliği (§ 1 ve 5) de Başlangıç’ta yer almaktadır. Öte yandan açıkça bir ilke getirmese de vatandaşların maddî ve manevî varlığını geliştirme hak ve yetkisine “doğuştan” sahip olduğuna ilişkin tespit, “doğal hukuk öğretisi”nin izlerini ortaya koyduğu gibi özellikle “ceninin hak özneliği” ve “kürtaj hakkı” tartışmaları bakımından dikkate değer bir yorum verisi olarak görülebilir.

Başlangıç kısmında, Anayasa metninde yer almayan, içeriği tartışmalı ilkeler de bulunmaktadır. Bunlar şu şekilde sıralanabilir:

- Atatürk İlke ve İnkılâplarına Bağlılık İlkesi (§ 1 ve 5),
- Atatürk Medeniyetçiliği (§ 5),
- Çağdaş Medeniyet Düzeyine Ulaşma Azmi (§ 2)
- Milletlerarası Eşitlik İlkesi (§ 2),
- Yurtta Sulh Cihanda Sulh İlkesi (§ 8).

Bu küme içinde sayılanların ilk üçü, Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlılık ilkesinin bünyesinde kavranabilmektedir. Bu nedenle sayılan ilk üç ilke, tek başlık altında ele alınacaktır. Son iki ilke ise ayrıca ele alınmayı gerekli kılmaktadır.

1. Atatürk İlke ve İnkılâplarına Bağlılık İlkesi

12 Eylül darbesini gerçekleştiren cunta, yönetime el koyduğu ilk günden itibaren Atatürk’e gönderme yapmıştır. Öyle ki darbenin başında bulunan Kenan Evren, darbenin nedenlerini açıkladığı ilk konuşmada dahi müdahalenin amacının “gittikçe etkisi ve gücü azaltılmaya çalışılan Atatürk ilkelerine yeniden güç ve işlerlik kazandırmak” olduğunu ifade etmiştir.⁷⁴ Bunun ardında, büyük ihtimalle hukuksuz müdahaleyi ve yönetimi meşru kılma çabasında, Atatürk isminin tutamak olarak kullanılmasının kolaycılığı da yatmaktadır. Literatürde Atatürk’ün adını kullanarak Atatürk ilkelerinin içeriğini boşaltma riyakârlığı anlamında “gardrop Atatürkçülüğü” olarak nitelenen bu tutum, Anayasa metninde de kendisini hissettirmiştir.⁷⁵

Aslında anayasaların Başlangıç kısımlarında tarihi figürlere ve kahramanlara, açıkça adlarını anmak yoluyla yer vermek, çok yaygın bir uygulama olmamakla birlikte bazı anayasalarda rastlanan bir durumdur. Örneğin Venezüella Anayasası’nda Simon Bolivar’a, Küba Anayasası’nda Jose Marti’ye, Vietnam Anayasası’nda Ho Chi Minh’e, İran Anayasası’nda Ayetullah Humeyni’ye atıf yapılmıştır. Bu örneklerin, genellikle bir “kişi kültürü” üretilen geç uluslaşmış devletlerde olduğunu görürüz.⁷⁶ Öte yandan, liberal ülkelerdeki yargısal içtihatlar da “kurucu babalar” a gönderme yapıldığına rastlanabilmektedir.⁷⁷

⁷⁴ Resmî Gazete, 12/09/1980, S. 17103, s. 1-5.

⁷⁵ “Gardrop Atatürkçülüğü” kavramı 27 Mayıs günlerinde türetilmiş Atilla İlhan tarafından yaygınlaştırılmıştır. Bkz. Atilla İlhan, *Hangi Sol*, (Bilgi Yayınevi 1976), s. 204.

⁷⁶ Kişi kültürü ile ilişkili olarak Türkçede bkz. Stefan Plaggenborg, *Tarihe Emretmek: Kemalist Türkiye, Faşist İtalya, Sosyalist Rusya*, Hulki Demirel (çev.), (İletişim Yay. 2019); Onur Atalay, *Türk’e Tapmak: Seküler Din ve İki Savaş Arası Kemalizm*, (İletişim Yay. 2020).

⁷⁷ Türkçe yazında bu türden örnekler için bkz. Göl, op. cit.; Korkut, op. cit., Uran, op. cit.

Atatürk ilkelerine bağlılık sadece Başlangıç kısmında değil, milletvekili ve cumhurbaşkanı yeminlerinde de yer almaktadır. Anayasa’da yargıçların yemini düzenlenmemiştir. Yasama ve yürütme erklerini yerine getiren kişilerin Atatürk ilkelerine bağlı hareket etme yükümlülüğü, Başlangıç metninin yanında bir “yemin” ile de teminat altına alınmıştır.

Atatürk ilkelerinin ne anlama geldiği açıktır. Bunlar “altı ok” olarak da kavramlaştırılan cumhuriyetçilik, laiklik, milliyetçilik, halkçılık, devletçilik ve inkılapçılıktır. Laiklik ve milliyetçilik ilkeleri, Anayasa metninde vardır. Cumhuriyetçilik ilkesinin durumu ise tartışmalıdır. Anayasa’nın 1’inci maddesi “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.” demektir. Bu hüküm, cumhuriyetçilikten değil, cumhuriyetten bahsetmektedir. Bu iki kavram, peşinen ve kendiliğinden eşitlenemez. Ancak bu hükmün içinde bir siyasal felsefe olarak “cumhuriyetçilik”in de bulunduğu, yorum yoluyla kabul edilebilir. İnkılapçılık, Anayasa’nın 174’üncü maddesinde ifade edilen inkılap kanunlarıyla somutlaştırılmış fakat statik bırakılmayarak Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurulu (md. 134/1) tarafından sürekli olarak araştırılacak, tanıtılacak ve yayılacak değerler olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan, söz konusu ilkenin anlamını ortaya koymak için anayasal bir organ oluşturulmuştur. Atatürk inkılapları, bunun yanı sıra Cumhurbaşkanlığı ve milletvekilliği yeminlerinde (81/2, md. 103/2) bağlılık temeli hâline getirilmiş; eğitim (md. 42/3) ve gençliğin korunması (md. 58/1) için bir doğrultu olarak belirlenmiştir.

Altı oktan geriye kalan ve Anayasa’da açıkça ifade edilmeyen ilkeler, halkçılık ve devletçiliktir.⁷⁸ Bu ilkeler, ilk bakışta, Meşrutiyet deviminden itibaren Atatürk’ün de aralarında bulunduğu Jön Türk hareketi arasında, sınıfsal çatışmalar yerine sınıflar arasında organik dayanışmayı esas alan “organik dayanışmacı” yaklaşımının izlerini taşıyor gibidir.⁷⁹ Nitekim Anayasa’nın ilk taslağındaki Başlangıç metninde, “milliyetçilik, halkçılık ve devletçiliği kolaylıkla birbirlerine indirgeyebilir”⁸⁰ olan bu esintinin tezahürü olarak milliyetçiliğin “imtiyazsız ve sınıfsız kaynaşmış bir kitle” söylemiyle çerçeveslenmiş olması sanki bunu işaret eder. Aynı şekilde Anayasa’nın 2’nci maddesinde yer alan “millî dayanışma anlayışı” ifadesi de böyle bir tını taşımaktadır. Gelgelelim Anayasa’yı hazırlayan uzmanların yaklaşımı ve daha da önemlisi Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı, bu ilkelerin özellikle II. Dünya Savaşı’ndan sonra sosyal devlet ilkesi içinde eridiği ve güncellendiği yönünde olmuştur.⁸¹

Başlangıç’ta, altı okun yanı sıra bir de “Atatürk medeniyetçiliği” şeklinde bir ifadeye yer vermiştir. Başlangıç’ın 2’nci fıkrasında buna koşut olarak Türkiye Cumhuriyeti’nin “çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi”ne yer verilmiştir. Buralardaki medeniyet sözcükleri, etimolojik olarak *medine* sözcüğünden gelir. Türkçe dil reformunda bu sözcük “uygur” sözcüğünden esinlenilerek “uygar” şeklinde ifade edilmiştir. Bu uygarlık söylemi, Anayasa’nın İnkılap kanunlarının “Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti’nin lâiklik niteliğini koruma amacını güttüğü” söylenen 174’üncü maddesinde laiklikle bağlaşıklık bir anlamda kullanılmıştır. Niyazi Berkes’e göre

⁷⁸ Atatürk inkılaplarına bağlılık ilkesi ise inkılapçılık ilkesinin bünyesinde yer almaktadır. Dolayısıyla bunun ayrıca ele alınmasına gerek yoktur.

⁷⁹ Durkheim’in pozitivist sosyolojisinin Türk devrimi üzerindeki etkileri konusunda bkz. İlhan Tekeli, “Türkiye’de Halkçılık”, *Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi*, C. 7, (İletişim Yay. 1983), s. 1930 vd. Ayrıca bkz. Zafer Toprak, *Türkiye’de Popülizm: 1908-1923*, (Doğan Yay. 2013).

⁸⁰ Tekeli, s. 525.

⁸¹ Gerçi halkçılık ilkesinin, sosyal devlet ilkesini aşan demokrasiye bakan bir yönü de vardır. Bu bakımdan ilkenin, sosyal demokrasi ile keşişen yönü de ayrıca kaydedilmelidir. Bu bakımdan ilkenin kökleri konusunda mutlaka bkz. Zafer Toprak, *Türkiye’de Popülizm 1908-1923*, (Doğan Kitap 2013).

Türkiye'nin çağdaşlaşma hareketi, aslında geniş anlamda sekülerleşmesini, yani bir yönüyle laiklik ilkesini anlatmaktadır.⁸² Anayasa Mahkemesi de bir kararında laiklik ile ilgili belirlemelerini, “çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi” ve “Atatürk medeniyetçiliği” ile destekleyerek bu yaklaşımı doğrulamıştır.⁸³ Dolayısıyla söz konusu ilkenin de, bağımsız bir ilke olmadığı, aslında laiklik ilkesi ve modernleşme yöneliminin yeniden vurgulanmasından ibaret bir anlam taşıdığını söylemek mümkündür.

2. Yurtta Sulh Cihanda Sulh İlkesi: “Saldırı Savaşı Yasağı”

“Yurtta sulh cihanda sulh” ifadesi Atatürk’e ait bir özdeyiştir. 20 Nisan 1931’de bir seçim dolayısıyla ve iç siyasete dönük olarak dile getirilen bu özdeyiş, ileri sürüldüğü bağlamdan ve amaçtan bağımsız olarak zaman içinde, iç politikada ulusal sınırlar içinde barışı korumak vurgusu içermekle birlikte zaman içinde dış politikada genişleme ve yayılma politikası izlememek, dünyanın düşmanlığını ülkenin üzerine çekmeyen, aktif ve dinamik bir dış politikayı ifade eden bir ilke anlamı kazanmıştır.⁸⁴ Bu bakımdan söz konusu ilke, “barış hakkı” ile ilgili erken dönem bir güvence içermekte, pan-Turancılık gibi irredentalist yönelimlere ve saldırı savaşına karşı bir yasak getirir bir anlam vermek mümkündür.⁸⁵ Aslında bu ifade, bu anlamıyla Anayasa’nın konuyla ilgili tek hükmü sayılmaz. 1982 Anayasası, savaş ve barış durumlarıyla ilgilenmeyen bir anayasa değildir. Anayasa’nın savaş hukuku ile ilgili temel hükmü “Savaş hali ilânı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme” başlıklı 92’nci maddesidir. Bu maddeye göre:

“Milletlerarası hukukun meşrû saydığı hallerde savaş hali ilânına ve Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye’de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir.”

Devam eden fıkra yetkili oran yönünden bir istisnayı düzenler:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Cumhurbaşkanı da, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verebilir.”

Bu hükümleriyle Anayasa; bir yandan, Demokrat Parti döneminde yaşandığı gibi, TSK Kore Savaşı’na meclis kararı olmadan doğrudan hükümet kararıyla katılmasına tepkinin ürünü olarak TBMM’yi öne çıkartmış, diğer yandan da savaş ilan edilmesindeki ve TSK’nin kullanılmasına karar verilmesindeki takdiri kayıtlamıştır. Savaş ilanı yönünden bu kayıt, söz konusu savaşın, milletlerarası hukuk tarafından meşru sayılmasıdır. TSK’nin acil durumlarda kullanılması yönünden ise iki koşulun bir arada olması öngörülmüştür: (1) TBMM’nin tatilde veya ara vermede olması, (2) ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması. İşte

⁸² Niyazi Berkes, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, (Yapı Kredi Yayınları 2015).

⁸³ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, T. 07/03/1989.

⁸⁴ Bu konudaki görüşler için bkz. Hamza Eroğlu, *Yurtta Sulh Cihanda Sulh: Atatürkçülüğün Bir Temel İlkesi*, (TBB Yay. 2014), s. 37 vd. 2007 yılında Ergun Özbudun başkanlığında çalışan Anayasa Komisyonu bu ilkeyi Kantçı “ideal barış” kavramıyla tanımlamıştı. Çeşitli hükümet dışı örgütlenmelerin başlangıç önerileri için bkz. Göl, s. 285 vd.

⁸⁵ 1961 Anayasası hazırlık çalışmalarında bu ilke ile barış hakkı arasında ilişkinin kurulmasına ilişkin olarak bkz. Temsilciler Meclisi üyesi Âmil Artus’un açıklamaları, *Temsilciler Meclisi Tutanak Der-gisi*, 47. Birleşim, 18/04/1961, s. 382.

bu iki hükmün kesişimi bir yasağa işaret eder: TSK, meşru savunma amacıyla kullanılabilir, “saldırı savaşı” yasaktır.

Uluslararası hukukta saldırı, bir suç olarak kabul edilir.⁸⁶ BM Antlaşması, kural olarak devletlerin birbirlerine karşı güç kullanımını yasaklar. Bunun istisnası, ülkelerin silahlı saldırıya uğraması karşısında meşru savunma amaçlı güç kullanımı veya BM Güvenlik Konseyi’nin uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden veya bozan devletlere karşı güç kullanımı kararı almasıdır. Bu antlaşma ve başkaca uluslararası metinler ile uluslararası hukukun genel ilkeleri, bir devlete savaş ilan etmenin, anılan istisnalar dışında uluslararası suç olduğunu öngörmektedir. Nitekim Anayasa’nın 38’inci maddesinde atıf yapılan Uluslararası Ceza Divanı’nı kuran Roma Statüsü yönünden de bu tür bir eylem, “barışa karşı suç” niteliği taşır. Dolayısıyla milletlerarası hukuk, saldırı savaşını meşru görmez. Anayasa’nın “milletlerarası hukukun meşru saydığı haller”e atıf yapmış olması, bu yasağın ulusal düzeyde ve anayasal olarak da benimsendiğini gösterir.⁸⁷

3. Milletlerarası Eşitlik İlkesi: “Karşılıklılık”

Başlangıç hükmünden çıkarılan ilkelere biri de karşılıklılık ilkesi olmaktadır. Bu çıkarım Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmıştır. Mahkeme, Anayasa’da böyle açık bir ilke olmamasına rağmen 1980’li yıllarda, Başlangıç hükmünde yer alan, Türkiye Cumhuriyeti’nin “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” (par. 4) olduğu belirlenmesi ile “Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin (...) karşısında korunma göremeyeceği” (par. 7) belirlemesinden hareketle, yabancılara tanınacak haklar yönünden “karşılıklılık” ilkesinin geçerli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, çıkarımla ürettiği bu ilkeyi mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ek bir sınırlama nedeni olarak kullanmıştır.⁸⁸ Öğretide eleştirilere konu edilen bu yaklaşım, Hükümet tarafından Strazburg or-

⁸⁶ Türkiye’de geçmişte bazı irredantist özneler, farklı egemen devletlerin topraklarının Türkiye ülkesinin topraklarıyla birleştirilmesine yönelik özlemlerini dile getiriyorlardı. Daha yakın tarihlerde ise Türkiye’nin eski devlet politikasının “korkak” olduğu ve pro-aktif bir dış siyaset izlenmesi şeklindeki söylemler, resmî ağzılardan da dile getirilmeye başladı. Bunun yansıması olarak toplumda “fetihçi” ve “yayılmacı” açıklamalar daha yaygın duyulur olmaya başladı. Bu tür söylemlerin, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 20’nci maddesindeki “Her türlü savaş propagandası hukuk tarafından yasaklanır” hükmü karşısında koruma göremeyeceği akılda tutulmalı, ulusal açıdan da Türkiye’nin başka devlet topraklarına yönelik saldırganlık içeren söylem ve eylemlerin anayasal koruma içinde olmadığı bilinmelidir.

⁸⁷ Bu durum, Türkiye’ye özgü değildir. Örneğin Federal Almanya Anayasası’nın 26’ncı maddesinde de “Halkların bir arada barış içinde yaşamalarını engellemek, özellikle bir saldırı savaşını hazırlamak eğilimindeki eylemler ve bu amaçla yapılan hareketler Anayasa’ya aykırıdır” denmektedir. Buna benzer hükümler başka anayasalarda da vardır. Akla bir çırpıda gelenler Boliviya (md. 10), Küba (md. 12), Moldova (md. 32) ve Romanya (md. 30) anayasalarıdır. Konu, başkaca anayasalarda da farklı formüllerle ifade edilmiştir. Örneğin Anayasa’nın yazıldığı dönemdeki konjonktür gereği daha da ileri gidilen Japonya’daki “pasifist anayasa”nın (geçtiğimiz yıllarda sağ popülist Shinzo Abe’nin çok tartışmalı ve bazı eylemcilerin kendini yaktığı kitlesel gösterilere neden olan anayasa değişikliği girişiminde gündeme gelen) bir hükmü, silahlı kuvvetlerin savaş kuvveti muhafaza etmesine yönelik dahi ağır yasaklar içermektedir: “Adalet ve düzene dayanan uluslararası bir barışı gönülden isteyen Japon halkı, ulusun egemenlik hakkı olan savaştan ve uluslararası uyumsuzlukları çözmeye aracı olarak kuvvet kullanmaktan, sürekli olarak feragat eder. Bir önceki paragraftaki amacı gerçekleştirmek için, hiçbir kara, deniz ve hava kuvveti veya herhangi diğer bir savaş kuvveti muhafaza edilemez. Devlete muhariplik hakkı tanınmaz.” Bkz. Tolga Şirin, “Pasifist Japonya’da Militarist Milliyetçilik İnşa Edilirken”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 4 S. 8, 2015, s. 299-306. Mert Duygun, “Karşılaştırmalı Hukukta Pasifist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 7, S.14, 2018, s. 423-456.

⁸⁸ AYM, E. 1984/14, K. 1985/7, T. 13/06/1985; AYM, E.1986/18, K. 1986/24, T. 09/10/1986.

ganlarının önünde de savunulmuştur.⁸⁹ Hükûmet'in mülkiyet hakkına yönelik müdahaleyi, Yunanistan'daki Türkiye Cumhuriyeti yurttaşlarına yönelik kısıtlamalara atıfla haklı kılma-ya çalıştığı *Apostolidi ve diğerleri v. Türkiye* kararında İnsan Hakları Mahkemesi, bu savı kabul etmemiştir.⁹⁰

Uluslararası hukukun geleneksel doktrinlerinden “karşılıklılık doktrini”, insan hakları sistemlerinde belirleyici etki doğurmaz. Yani, bir devletin Türkiye Cumhuriyeti yurttaşlarına bazı hak ve özgürlükleri tanınamış olması, Türkiye'nin İnsan Hakları Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerinde azalmaya neden olmaz. Nitekim İnsan Hakları Mahkemesine göre:

“Sözleşme, klasik türdeki uluslararası antlaşmalardan farklı olarak, Sözleşmeciler devletler arasındaki karşılıklı taahhütlerden fazlasını içermektedir. Başlangıç'ta ifade edilen objektif yükümlülüklerin, karşılıklı, iki taraflı taahhütler ağıının ötesinde Sözleşme, 'birlikte yerine getirme'den yararlanma sağlar.”⁹¹

Anayasa Mahkemesi, son yıllarda bu yaklaşımından uzaklaşmış görünmektedir. Mahkeme, 2013 yılında verdiği bir kararda bu ilkeyi uygulamamıştır.⁹²

Sonuç

Çalışmayı sonuçlarken, araştırma sırasında ulaşılan bulguları derli toplu biçimde ortaya koymak anlamlı görünmektedir. Araştırmada on sonuca ulaşılmıştır:

1. Karşılaştırmalı anayasa hukukunda “Başlangıç” kısmının varlığı kural, olmaması istisnadır.
2. Anayasalara “Başlangıç” konulması veya konulmamasının anayasanın demokratik niteliğiyle bir ilgisi yoktur. Bir sorundan bahsedilecekse bu içerikle ilgili olabilir.
3. “Başlangıç” kurumu da, diğer pek çok kurum gibi maddi ve biçimsel olarak kavranabilir.
4. Karşılaştırmalı anayasa hukukunda “Başlangıç” kısmını Anayasa'ya dahil etme pratiğiyle (içtihat yoluyla da olsa) karşılaşmaktadır. Gelgelelim bu ayrıksı bir durumdur.
5. Türkiye'de Başlangıç kısmının Anayasa metnine dâhil edilmesinin arka planında “milliyetçilik” ilkesinin Anayasa'ya sokulmasına dönük tartışma vardır. Diğer anayasalarda bulunmayan (ayrıksı olarak Singapur) bu ilkenin Anayasa'ya sokulmasındaki ısrar üzerine ilke, uzlaşma arayışının ürünü olarak ve belli kayıtlarla Başlangıç'a aktarılmış ve fakat tıkanıklığın aşılammaması üzerine Başlangıç da metne dâhil edilmiştir.
6. Anayasa'nın “Cumhuriyet'in nitelikleri” başlıklı 2'nci maddesinde “başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan” ifadesi yer almaktadır. Anayasa'nın 4'üncü maddesi bu maddedeki Cumhuriyet'in niteliklerinin değiştirilmesini yasaklamaktadır. Söz konusu yasağın bu ifadeye mi yoksa Başlangıç'ta yer alan ilkelere mi yönelik olduğu açık değildir. Anayasa tarihinde Başlangıç'ta değişiklik yapılmıştır. Fakat buna tepki gelmediği gibi anayasallık denetimi de söz konusu olmamıştır. Dolayısıyla bu değişikliğin bir ilkeyle ilgili olup olmadığı veya Başlangıç'ta değişiklik yapılmasının mümkünlüğü konusunda yargısal bir belirleme hâlâ yoktur. Bir öneri getirmek gerekirse: Anayasa'nın lafzı uyarınca Başlan-

⁸⁹ Bakır Çağlar, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 3, 1986, s. 166.

⁹⁰ *Apostolidi ve diğerleri v. Türkiye*, İHAM, 45628/99, 27/03/2007.

⁹¹ *İrlanda v. Birleşik Krallık*, İHAM, 5310/71, 18/01/1978, § 239.

⁹² Bkz. AYM, E. 2012/75, K. 2013/88, T. 10/07/2013. AYM'nin bu yeni yaklaşımı bazı çevrelerce “hainlik” düzeyinde sert eleştirilere konu edilmiştir. Arka plan için bkz. Doğu Perinçek, *Türkiye'nin Anayasal Birikimi*, (İstanbul: Kaynak Yay., 2012).

gıç'taki "temel ilkeler" ile "temel görüşler" arasında ayırım yapılabilir. Değiştirilmezlik zırhı salt "temel ilkeler" için geçerli sayılmalıdır. Bu ilkeler, Anayasa'da zaten vardır. Bunların yanında, özgün sayılabilecek ilkeler ise Atatürk, ilke ve inkılaplarına bağlılık, saldırı savaşı yasağı ve karşılıklılık ilkesidir. Bu ilkelerin içinin nasıl doldurulacağı ise ayrı bir analizi gerektirir.

7. 1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmının ilk hâlinde, "Türk millî menfaatleri", "Türk varlığı", "Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esası", "Türklüğün tarihi ve manevi değerleri", "Atatürk milliyetçiliği", "Atatürk ilke ve inkılapları" ve "Atatürk medeniyetçiliği" olarak saydığı yedi farklı değeri korumak için "düşünce ve mülahaza"lara yasak getirilebileceğini düzenlemişken, "düşünce ve mülahaza" ifadesinin yerine "faaliyet" getirilmesiyle düşünce suçlarına karşı bir adım atılmıştır. Bu adım, ceza mevzuatındaki "düşünce suçları" ile Siyasal Partiler Kanunu'nun üçüncü bölümünde yer alan bazı yasakları anayasal temelden yoksun hâle getirmiştir. Dolayısıyla bu konudaki içtihat güncellenmelidir.

8. 2001 yılındaki söz konusu değişikliğin milletvekili dokunulmazlığına kadar uzanan bir yönü vardır. Başlangıç kısmı ve 14'üncü maddede yapılan değişiklik, lafzi, amaçsal ve tarihsel olarak ele alındığında, salt düşünce açıklamasından ibaret durumlarda milletvekili dokunulmazlığı güvencesinden sapılamaz.

9. Türkçe anayasa hukuku öğretisinde Başlangıç metninin ve bu metnin norm denetiminde yaygın kullanımının sorunlu olduğu konusunda baskın ve yerinde bir görüş vardır.

10. Anayasa Mahkemesi, Başlangıç kısmını norm denetimi sırasında düzenli olarak kullanmıştır. Gelgelelim önce 2004 sonra 2013 yılındaki kırılmalarla birlikte bu uygulama farklılaşmıştır. Bu, Anayasa Mahkemesinin norm denetimlerini, ısrarla "Cumhuriyet'in Nitelikleri"ne gönderme yaparak gerçekleştirme pratiğinden uzaklaşarak Anayasa'nın ilgili maddesi yönünden denetim yapma ve bu yolla Anayasa'nın tamamına hayat verme eğiliminin bir ürünü olarak kavranabilir. Bu olumlu ve yerinde eğilimde başkan Zühtü Arslan'ın etkisinin olduğu varsayılabilir.

KAYNAKÇA

Aldıkaçtı O, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası* (İÜHF Yay. 1984).

Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (Seçkin Yay. 2020).

Arsel İ, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları* (Mars Matbaası 1965).

Arslan Z, *Anayasa Teorisi* (Seçkin Yay. 2008).

Atalay O, *Türk'e Tapmak: Seküler Din ve İki Savaş Arası Kemalizm* (İletişim Yay. 2020).

Atar Y, *Türk Anayasa Hukuku* (Seçkin Yay. 2018).

Berkes N, *Türkiye'de Çağdaşlaşma* (Yapı Kredi Yayınları, 2015).

Çağlar B, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi", *Anayasa Yargısı*, C. 7, 1990.

Çağlar B, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi: Sentetik Bir Deneme İçin Notlar", *Anayasa Yargısı*, C. 3, 1987.

Dal K, *Türk Esas Teşkilat Hukuku* (Gazi Üniversitesi Yay. 1986).

Duygun M, "Karşılaştırmalı Hukukta Pasifist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 7, S.14, 2018.

Elkins Z./Ginsburg T./Melton J, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge University Press, 2009).

Erdem F. H, "1982 Anayasasının Serüveni", *Hukuk Feslefi ve Sosyolojisi Arkivi*, S.15, 2006.

Erdoğan M, *Anayasacılık, Parlamentarizm, Silahlı Kuvvetler* (Siyasal 1993).

Eren A, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku* (Seçkin Yay. 2020).

Eroğlu H, *Yurtta Sulh Cihanda Sulh: Atatürkçülüğün Bir Temel İlkesi* (TBB Yay. 2014).

Eroğul C, *Anatüzeze Giriş*, (İmaj Yay. 2009).

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on Articles 216, 299, 301 and 314 of the Penal Code of Turkey*, CDL-AD(2016)002, 15/03/2016.

Fendoğlu H. T, *Anayasa Hukuku* (Yetkin Yay. 2015).

Fendoğlu H. T, *Başkanlık Sistemi Tartışmaları* (Stratejik Düşünme Enstitüsü 2010).

Gingsburg T./Nick F./Rockmore D, "We the People: Global Origins of Constitutional Preambles", *University of Chicago Public Law*, 2013.

Göl M, *Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Başlangıçlarının Sembolik ve Hukuki Değeri* (Oniki Levha Yay. 2017).

Gönenç L, "Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları için Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 1, 2007.

Gören Z, *Anayasa Hukuku* (Yetkin Yay. 2015).

Gözler K, *Anayasa Değişikliği Gerekliliği Mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma* (Ekin Yay. 2001).

Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin Yay. 2019).

Gözübüyük Ş./Sezgin Z, *1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri* (AÜSBF Yay. 1957).

Granger M. P, "The Preamble(s) of the French Constitution: Content, Status, Uses and Amendment", *Acta Juridica Hungarica*, S. 52(1), 2011.

Gülsoy M. T, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü Norm ve Siyasal Alanının Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri", *Liberal Düşünce*, S. 22, 2001.

Hirsh E, *Die Verfassung der Türkischen Republik* (Alfred Metzner Verlag 1966).

Isensee J, "Verfassungsrechtliche Wege zur deutschen Einheit", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, Vol. 21(2), 1990.

İlhan A, *Hangi Sol* (Bilgi Yayınevi, 1976).

İnsel A, *Düzen ve Kalkınma Kısacasında Türkiye* (Ayrıntı Yay. 1996).

İzgi Ö. ve Gören Z, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu* (TBMM Yay. 2002).

Kaboğlu İÖ./Sales E, *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku* (Legal Yay. 2018)

Kelsen H, "The Preamble of the Charter: A Critical Analysis", *The Journal of Politics*, Vol. 8(2).

Kelsen H, *General Theory of Law and State* (Transaction Publishers 2005).

- Kili S./Gözübüyük Ş, *Türk Anayasa Metinleri* (İş Bankası Yay. 2000).
- Koçak M, “Cumhuriyetin Temel Niteliklerinin Belirlenmesinde Anayasanın Başlangıcında Yer Alan İlkelerin Hukuksal Değeri”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 25. Yıl Armağanı* (Genelkurmay Basımevi 1998).
- Korkut L, “Başlangıç Kısımlarının Hukuki Etkisi, Temel Nitelikleri ve 1982 Anayasası: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2017.
- Kubalı H. N, *Anayasa Hukuku Dersleri* (İÜHF Yay. 1971).
- McKenna M./Simpson A./Williams G, “First Words: The Preamble to the Australian Constitution”, *UNSW Law Journal*, Vol. 24(2).
- Nalbant A, “Anayasa Başlangıçlarının Hukuki Değeri (İki örnek: 1982 Türk ve 1958 Fransız Anayasa Başlangıçları)” *Argumentum*, 2(15), 1991.
- Nalbant A, *Anayasa Başlangıçlarının Hukuki Değeri (İki Örnek: 1982 Türk ve 1958 Fransız Anayasa Başlangıçları)*, Erdoğan Teziç (dan.), (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1990).
- Onar E, *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu* (AÜSBF Yay. 1993).
- Orgad L, “The Preamble in Constitutional Interpretation”, *International Journal of Constitutional Law*, S. 8(4), 2010.
- Örnek C, “Türk Ceza Kanunu’nun 141 ve 142. Maddelerine İlişkin Tartışmalarda Devlet ve Sınıflar”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 69, No.1, 2014.
- Özbudun E, “2001 Anayasa Değişiklikleri”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü: 134. Yıl Sempozyumu* (Danıştay 2011)
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin Yay. 2007).
- Özbudun E. ve Yazıcı S, “*Military Regimes Extraction from Politics: Exit Guarantees*”, Nation, Power, Society, Alexandra Jasinskakonia ve Jacek Raciborski (eds.), (Scholar 1996).
- Özcelik A. S, *Esas Teşkilât Hukuku* (İÜHF Yay. 1976).
- Öztürk K, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası* (Ajans-Türk Matbaası 1966).
- Parla T, *Türkiye’de Anayasalar, Tarih, İdeoloji Rejim* (Metis Yay. 2016).
- Perinçek D, *Türkiye’nin Anayasal Birikimi* (Kaynak Yay. 2012).
- Plaggenborg S, *Tarihe Emretmek: Kemalist Türkiye, Faşist İtalya, Sosyalist Rusya*, Hulki Demirel (çev.), (İletişim Yay. 2019).
- Platon, *Yasalar*, Candan Şentuna-Saffet Babûr (çev.), (Kabalcı Yay. 2007).
- Rumpf C, *Türk Anayasasına Giriş*, Burak Oder (çev.), (Yayınevi yazmıyor 1995).
- Sabuncu Y, *Anayasaya Giriş* (İmaj Yay. 2006).
- Schauer F, “Codifying the First Amendment: New York v. Ferber”, *Supreme Court Review*, 1982.
- Sevinç M, “Anayasanın Başlangıç İlkeleri”, *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler*, Ece Göztepe/Aykut Çelebi (haz.), (Metis Yay. 2012).
- Soysal M, *Anayasa’nın Anlamı* (Gerçek Yay. 1997).
- Soysal M, *Anayasa’ya Giriş* (Sevinç Matbaası 1968).
- Sunay R, “Anayasanın İfade Hürriyeti Anlayışı ve Uygulamaya Yansıyan Sorunlar”, *Liberal Düşünce*, Güz, 1999.

- Şirin T, “Pasifist Japonya’da Militarist Milliyetçilik İnşa Edilirken”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 4 S. 8, 2015.
- Tanilli S, *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş* (Adam Yay. 2000).
- Tanör B, *İki Anayasa: 1961-1982* (XII Levha Yay. 2012).
- Tanör B, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası* (Öncü Kitabevi 1969).
- Tanör B, *TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama* (Forum Yay. 1979).
- Tekeli İ, “*Türkiye’de Halkçılık*”, Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi, C. 7, (İletişim Yay. 1983).
- Toplu A, *Anayasada Milliyetçilik Mücadelesi: 27 Mayıs ve Kurucu Meclis’in Perde Arkası* (Töre Devlet Yay. 1976).
- Toprak Z, *Türkiye’de Popülizm 1908-1923* (Doğan Kitap 2013).
- Tunç H, Bilir F. ve Yavuz B, *Türk Anayasa Hukuku* (Adalet Yay. 2015).
- Tushnet M, *Taking the Constitution Away from the Courts* (PUP, 1999).
- Tülen H, “3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt IV, Sayı 1-4, 2001.
- Uran P, “Anayasaların Başlangıç Kısımları”, *İÜHF*, C. LXXII, S. 1, 2015.
- Vanneigem R, *Dokunulmaz Olan Hiçbir Şey Yoktur, Her Şey Söylenbilir: İfade Özgürlüğü Üzerine Düşünceler*, İrem Selin Nacar (çev.), (Dost Yay. 2018).
- Voermans W./Stremler M./Cliteur P, *Constitutional Preambles: A Comparative Analysis* (Edward Elgar Publishing, 2017).
- Weber A, *Nefret Söylemi El Kitabı*, Metin Çulhaoğlu (çev.), (CoE Publishing 2009).
- Wheare K. C, *Modern Anayasalar*, Mehmet Turhan (çev.), (Değişim Yay. 1985).
- Yayla Y, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (MÜHF Yay. 1985).
- Yazıcı S, *Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri* (Yetkin Yay. 1997)
- Yüzbaşıoğlu N, “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme”, *Anayasa ve Uyum Yasaları* (TBB Yay. 2002).
- Yüzbaşıoğlu N, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku* (İÜHF Yay. 1993).

ULUSLARARASI BELGE VE RAPORLAR IŞIĞINDA YARGI MENSUPLARININ DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA HUKUKİ DİNLENİLME VE SAVUNMA HAKKI

(THE RIGHT TO LEGAL HEARING AND DEFENSE OF JUDICIAL MEMBERS IN
DISCIPLINARY INVESTIGATIONS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL DOCUMENTS AND
REPORTS)

Dr. Bahattin ARAS**

ÖZ

Bütün kamu görevlileri bakımından geçerli olduğu gibi hakim ve savcılar bakımından yürütülen disiplin soruşturmalarında da hukuki dinlenilme ve savunma hakkının bir gereği olarak hakim ve savcıların savunması alınmadan disiplin cezası verilmesi mümkün değildir. Savunma hakkının etkin olarak kullanılabilmesi bakımından ise disiplin soruşturmasının konusu olan eylemin ve bu eylemin ispatına yönelik bütün bilgi, belge ve delillerin bildirilmesi gerekir. Ayrıca ilgilinin hakkındaki itham ve iddialar konusunda tam ve zamanında haberdar edilmesi, savunmasını hazırlamak için yeterli süre ve imkâna sahip olması, dosyaya erişim hakkının kısıtlanmamış olması, çelişmeli bir yargılamanın gereklerine uygun hareket edilmesi de hukuki dinlenilme hakkı ve savunma hakkı kapsamındadır. Bu gereklere uyulmaması halinde adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuki Dinlenilme Hakkı, Savunma, Disiplin Soruşturması, Hakim, Savcı

ABSTRACT

Disciplinary punishment without taking the defense is not possible as a requirement of the right to legal hearing and defense in disciplinary investigations carried out for judges and prosecutors as well as for all public officials. In order to use the right of defense effectively, the action that is the subject of the disciplinary investigation and all the information, documents and evidence regarding the proof of this action should be reported. In addition to this, to be informed about the accusations and allegations in full and on time, to have sufficient time and opportunity to prepare his defense, not to be restricted from the right to access the file and to act in accordance with the requirements of a contradictory trial are within the scope of the right to legal hearing and the right to defense. If these requirements are not followed, it means that the right to a fair trial is violated.

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 11.03.2021. İlk hakem raporu tarihi: 29.03.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 17.05.2021. Onaylanma Tarihi: 17.05.2021.

* Dr., Freelance Editör/Danışman

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3551-7363

Esere Atıf Şekli: Bahattin Aras, "Uluslararası Belge ve Raporlar Işığında Yargı Mensuplarının Disiplin Soruşturmalarında Hukuki Dinlenilme ve Savunma Hakkı", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 1499-1524.

Keywords: *The Right to Legal Hearing, Defense, Disciplinary Investigations, Judge, Prosecutor*

I-) GİRİŞ

Yargının bağımsızlığının ve hakimlik teminatının etkin olarak korunabilmesi bakımından hakim ve savcılar hakkındaki disiplin soruşturmaları ve yargılama esaslarının da Anayasa, yasalar ve uluslararası belgelerde belirtilen esaslara uygun olarak yürütülmesi gerekir. Aynı şekilde yargı mensuplarının keyfi uygulama ve kararlar vermesinin önüne geçilmesi, yargı mensubu olmanın gerektirdiği etik değer ve ilkelere uygun davranmasının temini ve kendi kişisel eylemlerinden dolayı hesap verebilmesinin sağlanması bakımından da bu kurallar önem arz etmektedir.

Hakim ve savcı disiplin soruşturmalarının, yargının bağımsızlığına ve hakimlik teminatına zarar vermeden yürütülebilmesi bakımından bu esaslar üzerine kurulmuş olan Hakimler ve Savcılar Kurulunun bağımsız ve tarafsız hareket etmesi ve adil bir soruşturma süreci yürütmesi gerekmektedir. Adil bir soruşturma sürecinin temel gereklerinden biri de disiplin soruşturmasına tabi tutulan hakim ve savcının hukuki dinlenme ve savunma hakkına ve bu hakkın gerektirdiği güvencelere uygun hareket edilmesidir.

AIHM kararlarında hakim ve savcılara ilişkin disiplin soruşturmaları, yargı bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri kapsamında ele alınmaktadır. Bu ilkeler çerçevesinde disiplin sürecinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerektirdiği tüm usuli hak ve güvencelerin sağlanması, AIHM'nin disiplin soruşturmaları bakımından aradığı temel koşullardır. Bu bağlamda silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, gerekçeli karar, susma ve kendisini suçlamama hakkı, duruşmada hazır bulunma ve sözlü savunma, masumiyet karinesinden yararlanma gibi haklar da, AIHM tarafından adil yargılanma hakkının bir parçası kabul edilmektedir².

AIHM, hakkında bir disiplin yaptırımı uygulanan yargı mensuplarınca yapılan başvuru dosyalarında hukuki dinlenme ve savunma hakkı kapsamında; yargı mensubunun; hakkındaki itham ve iddialar konusunda tam ve zamanında haberdar edilip edilmediği; savunmasını hazırlamak için yeterli süre ve imkânâna sahip olup olmadığı; çelişmeli bir yargı-lamanın gerektirdiği; tanık dinletme, iddia makamının tanıklarının sorguya çekme, bilirkişi incelemesi talep etme gibi hakların tanınıp tanınmadığı gibi adil yargılanma hakkından kaynaklı kriterleri dikkate alarak inceleme ve değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Mevcut çalışmada hakim ve savcı disiplin soruşturmaları bakımından önem arz eden hukuki dinlenme ve savunma hakkı ile hakkın kullanılması için gereken temel güvenceler uluslararası belge ve raporlar ile anayasal ve yasal düzenlemeler çerçevesinde ele alınacaktır. Ayrıca hukuki dinlenme ve savunma hakkı konusunda yaşanan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları³ ile Danıştay uygulamaları ışığında değerlendirilecektir.

² INCEOĞLU, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.210.

³ Çalışmamızda atf yapılan AIHM kararlarının orijinal metnine “[https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D%7D”; Anayasa Mahkemesi kararlarının orijinal metnine “<a href=)” adresinden dosya adını yazmak suretiyle ulaşabilirsiniz. Bu nedenle atf yapılan her bir karar bakımından bu sayfalara tekraren atf yapılmamıştır.

II-) HUKUKİ DİNLENİLME ve SAVUNMA HAKKI

A-) Genel Olarak Hukuki Dinlenilme ve Savunma Hakkı

Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddelerinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Bilgi alma ve görüş bildirme hakkı olmak üzere iki unsuru bünyesinde barındıran⁴ bu hak yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir. Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptir⁵.

Tarafın hakime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı olarak da nitelendirilen hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde, tarafların gerek yargı organlarıncı gerekse karşı tarafca yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri gerekli olduğundan kural olarak kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkı, bilgilendirme/bilgilendirme, açıklama yapma, yargı organlarıncı dikkate alınma ve kararların gerekçeli olması gibi hususları da bünyesinde barındırmaktadır. Adil yargılanma hakkının bünyesinde yer alan hukukî dinlenilme hakkı, yargılama başladıktan sonra, yargılamaya katılanların dinlenilmesini, yargılamada eşit şekilde işlem görmelerini, iddia ve savunmada bulunma olanağının verilmesini hedefler⁶.

B-) Disiplin Soruşturmasında Hukuki Dinlenilme ve Savunma Hakkı

1-) Ulusal Mevzuat Hükümleri

Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes *iddia, savunma ve adil yargılanma* hakkına sahiptir. Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukukî dinlenilme hakkı, ceza ve hukuk yargılamalarında geçerli olduğu gibi disiplin yargılamaları bakımından da geçerlidir. Adil bir yargılama ve soruşturmanın gereği olarak hukuki dinlenilme hakkı ve etkin savunma imkanı disiplin soruşturmaları bakımından da varlığı zorunlu güvence ve haklardandır. Anayasa'nın 36. maddesinde savunma hakkına adil yargılanma hakkı haricinde ayrıca vurgu yapılmasının sebeplerinden biri de temel güvence niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'nın anılan madde-

⁴ AKILLIOĞLU, Tekin: Yönetim Önünde Savunma Hakları”, TODAİE Yayınları, Ankara 1983, s.17; KURT, Hayrettin: İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XVIII, Sayı:1, Yıl: 2014, s.138.

⁵ “...1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'un 27. Maddesinde hukuki dinlenilme hakkı kurala bağlanmıştır. Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Hukuki Dinlenilme Hakkı” gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup, bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir. Somut uyumsuzlukta davalı tanık listesinde 8 tanık bildirmiştir. Mahkemece davalı iki tanık sınırlandırılmıştır. Her tanık aynı bilgiye sahip değildir. Bir tanık işinin çalışma şekli bilirken diğer tanık sadece feshe konu olayı bilebilir. Tutanak tanıkları ise tanık oldukları olay hakkında aydınlatıcı bilgi verebilir. Bu noktadan bakıldığında mahkemece tanık sayısının sınırlandırılması adil yargılanma, bu çerçevede hukuki dinlenilme hakkının ihlali olup, kararın bozulması gerekmektedir... (Yargıtay 9. HD., E. 2014/29711, K. 2016/4407, T. 1.3.2016)”

⁶ TANRIVER, Suha: Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 53, Yıl: 2004, s.192.

sinde adil yargılanma hakkından ayrı olarak “*iddia ve savunma*” hakkına birlikte yer verilmesi, taraflara iddia ve savunmalarını mahkeme önünde dile getirme fırsatı tanınması gerektiği anlamını da içermektedir⁷.

Anayasa'nın bu emredici hükmüne paralel olarak savunma hakkına vurgu yapan başka hükümlere de kanun koyucu yer vermiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın “*Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence*” kenar başlıklı 129. maddesinde memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca Devlet Memurları Kanunu'nun ‘Savunma Hakkı’ başlıklı 130. maddesi, memur ve kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği düzenlenmiştir⁸. Hukuki dinlenme ve savunma hakkı 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda da güvence altına alınmıştır.

2-) Uluslararası Rapor ve Belgelerde Hukuki Dinlenme ve Savunma Hakkı

Hukuki dinlenme ve savunma hakkının güvence altına alındığı en temel belgelerden biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Sözleşmenin adil yargılanma hakkını ele aldığı 6. maddesi uyarınca kendisine bir suç isnat edilen herkes “*savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak*” ve “*kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak*” haklarına sahiptir. Sözleşmenin adil yargılanma hakkına ilişkin ilke ve esaslarının disiplin yargılamaları bakımından da aynen geçerli olduğu dikkate alındığında⁹ sözleşme kapsamında disiplin yargılamasında savunma hakkı adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Nitekim AIHM disiplin soruşturmalarında hukuki dinlenme ve savunma hakkına aykırılıkları 6. madde kapsamında değerlendirmektedir¹⁰.

Hukuki dinlenme hakkına ilişkin olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından alınmış olan önemli kararlar bulunmaktadır. Bu bağlamda Komite tarafından 28 Eylül 1977 tarihinde kabul edilen (77) 31 sayılı “**İdari Makamların Eylemleriyle İlgili Olarak Bireyin Korunması Hakkında Kararın**” “Dinlenme Hakkı” başlıklı 1. maddesi kişilerin hak, özgürlük ve menfaatlerini olumsuz yönde etkileyen her idari işleme karşı ilgilinin olay ve delilleri öne sürme ve gerektiğinde delil sunma hakkına sahip olduğunu ve bunların idare tarafından göz önünde bulundurulacağını öngörmektedir. Bakanlar Komitesinin 13 Şubat 1991 tarihinde aldığı başka bir tavsiye kararının 6. Maddesi uyarınca kişiler idari yaptırım kararlarının alınmasından önce dinlenme hakkına sahip olmalı ve bunun için kişilere uygun bir süre verilmelidir. Aynı şekilde Bakanlar Komitesi tarafından 20 Haziran 2007 tarihinde kabul edilen tavsiye kararının “Katılım İlkesi” başlıklı 8. maddesinde acil durumlar dışında kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen idari kararların hazırlanması ve icrası sürecine bu kişilerin katılımının sağlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır¹¹.

Diğer taraftan Avrupa Birliğinin önemli belgelerinden biri olan **Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi**'nde savunma hakkına birlik hukukunun temel ilkeleri arasında yer

⁷ AYM Mehmet Fidan Kararı, Başvuru No: 2014/14673, K.T:20/9/2017, Prg.37.

⁸ ÇEBİ BUĞDAYCI, Melike Özge: İdari Usul ve Dinlenme Hakkı, Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Yıl:2016, s.36.

⁹ İNCEOĞLU, s.2.

¹⁰ AIHM McGinley ve Egan/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 21825/93-23414/94, K.T: 09/06/1998, Prg. 85.

¹¹ MURATOĞLU, Tahir: Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 30-31, Yıl: 2014, s.99-100.

verilmiştir. Bildirgenin “İyi İdare Hakkı” başlıklı 41. maddesinde herkes kendisini olumsuz yönde etkileyecek bir işlemin tesisinden önce dinlenilmesini talep etme hakkına sahip olduğu, kişilerin belli şartlar altında kendileri ile ilgili işlem dosyasını inceleyebilecekleri ve idarenin kararlarını gerekçelendirme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir. Bildirgeye göre kişi aleyhine sonuç doğuracak tüm işlemlerden önce idare tarafından kişinin savunmasının alınması zorunludur¹².

C-) Savunma Alınmadan Disiplin Cezası Verme Yasağına Uygun Hareket Edilmesi

1-) Doğrudan Disiplin Cezası Verme Yasağı

Doğrudan disiplin cezası verme yasağı olarak da ifade edilen¹³ bu ilke kapsamında disiplin soruşturmasında savunma alınmadan disiplin cezası verilemez. Savunma alınmadan ceza verilmemesi evrensel düzeyde kabul gören ve temel hak ve hürriyetler açısından güvence niteliğinde olan “hukukun genel bir ilkesi”dir¹⁴.

Savunma hakkı anayasal güvenceye sahip bir haktır. Anayasa’nın 129. maddesinin 2. fıkrasında “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez” hükmü bulunmaktadır. Anılan Anayasa hükmünün gerekçesinde, “yapılacak disiplin kovuşturmalarında ve disiplin cezası uygulamasında ilgiliye isnat olunan hususun bildirilmesi, dinlenilmesi, savunmasını yapma imkanı tanınması bu madde ile güvence altına alınmaktadır” ifadelerine yer verilerek, disiplin cezaları ile ilgili olarak anayasal güvenceye bağlanan savunma hakkının içeriği belirtilmiştir.

AİHS’nin 6. maddesi ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin AİHM’in içtihat ve uygulamaları ile Anayasa’nın 36 ve 129. maddelerindeki hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde disiplin soruşturmasında kişinin beyanı alınmadan disiplin cezasının verilmesi mümkün değildir. Savunma alınmadan disiplin cezası verme yasağı olarak nitelendirileceğimiz bu temel güvencenin ihlali doğrudan AİHS’nin 6. maddesinin ihlali anlamına gelecektir. Bu noktada disiplin dosyasında ilgili disiplin amir veya kurulunu haklı çıkaracak nitelikte somut deliller bulunmuş olması hak ihlalini ortadan kaldırmayacaktır.

Kişinin işlediği iddia edilen eylemlerinin karşılığında haklılığını ortaya koyabilecek, disiplin suçunu işlemediğini kanıtlayacak, eylemlerinin karşılığında verilen cezaların eylemle örtüşmediğini ispatlayacak savunma hakkından yoksun bırakılmış olması adil yargılanma hakkının ihlali olacaktır¹⁵. Dolayısıyla disiplin cezaları ile ilgili olarak savunma hakkı kullandırılmadan disiplin cezası verilmesi hukuken olanaklı olmadığı gibi; savunma hakkının hukuka uygun şekilde kullanılabilmesi için de, ilgili kamu görevlisinin hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandığı delilleri, üzerine atılı fillerin hukuki nitelendirmesini ve

¹² MURATOĞLU, s.100-101.

¹³ KAYA, Cemil: Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 2, Yıl: 2005, s.80; GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2017, s.664; BOZ, Selman Sacit: Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017, s.25.

¹⁴ ULUSOY, Ali D.: İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.50; ÇEBİ BUĞDAYCI, s.37; AKYILMAZ, s.239.

¹⁵ Danıştay 12. D., 2005/6353 E., 2006/540 K. www.mevzuatinyeri.com <https://www.mevzuatinyeri.com/disiplin-sorusturmasi/disiplin-sorusturmasinda-savunma-hakki-ornek-kararlar-h18413.html>, İET:20/07/2020.

önerilen disiplin cezasını bilmesi gerekmektedir¹⁶. Bu zorunlu yükümlülükler yerine getirilmeden alınan bir savunma da hukuka aykırı olacağı gibi adil yargılanma hakkının da ihlaline neden olacaktır.

Bu nedenle Danıştay genel olarak yasal zorunluluğa rağmen, ilgiliye “savunma hakkı” tanınmadan verilen disiplin cezalarını, hukuka aykırı bulmakta ve “usul” bakımından iptal etmektedir¹⁷. Bu noktada savunma hakkının kullanılabilmesi için, savunması istenen kamu görevlisine suçlama konusunun ve hakkındaki isnadın ne olduğunun açıkça bildirilmesi gerekir. Ayrıca kamu görevlisine savunmasını yapabilmesi bakımından yeterli sürenin verilmesi zorunludur. Savunma hakkının anlam ifade etmesi ise bu hakkın, mutlak surette karar veren makam önünde kullanılmasına bağlı olduğu da unutulmamalıdır¹⁸.

Savunma hakkının vazgeçilmezliğinin bir gereği olarak Danıştay, savunma hakkı tanınmadan verilen uyarı ve kınama cezalarında, belirtilen tarihte bu cezalara karşı yargı

¹⁶ Danıştay İDDK., 2007/1846 E., 2011/66 K., 17.2.2011 T., <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, İET: 15/06/2020

¹⁷ “...Anayasa'nın 129. maddesinin 2. fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır.

Anılan Anayasa hükmünün gerekçesinde, "yapılacak disiplin kovuşturmalarında ve disiplin cezası uygulamasında ilgiliye isnad olunan hususun bildirilmesi, dinlenilmesi, savunmasını yapma imkanı tanınması bu madde ile güvence altına alınmaktadır" ifadelerine yer verilerek, disiplin cezaları ile ilgili olarak Anayasal güvenceye bağlanan savunma hakkının içeriği belirtilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 129. maddesinde, "Yüksek disiplin kurulları kendilerine itikâl eden dosyaların incelenmesinde, gerekli gördükleri takdirde, ilgilinin sicil dosyasını ve her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabete dinletmeye, mahallen keşif yapmaya veya yaptırma yetkilidirler. Hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, sicil dosyası hariç, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir." hükmüne, 130. maddesinde, "Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapan veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır." hükmüne yer verilmiştir. 130. maddede diğer cezalar bakımından memura sadece 7 günden az olmamak üzere savunma hakkı tanınmışken 129. maddeyle memuriyetten çıkarma cezası açısından, soruşturma ile ilgili evrakın incelenmesinden veya vekili vasıtasıyla sözlü savunma yapılmasına kadar, 130. maddeden farklı olarak geniş bir savunma hakkı tanınmış bulunmaktadır. Yasa koyucu disiplin cezası bakımından ilgili açısından en ağır sonuçları doğuran Devlet memurluğundan çıkarma cezasının verilmesinde, bu şekilde bir savunma hakkının tanınmasını memur statüsü açısından önemli bir güvence olarak öngörmüştür

Anayasa ve 657 sayılı Kanun'un yukarıda alıntısı yapılan maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden; Devlet memurunun veya diğer kamu görevlilerinin görevine son verilmesi sonucunu doğuran disiplin cezalarının verilebilmesi için, söz konusu disiplin cezalarını vermeye yetkili merciler tarafından, ilgili kamu görevlisinin hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandığı delilleri, üzerine atılı fillerin hukuki nitelendirmesini ve önerilen disiplin cezasını öğrenmesi sağlanarak, savunma yapmasına imkan tanınmasının hukuken zorunlu olduğu anlaşılmaktadır... (Danıştay 12. D., 2016/8889 E., 2017/127 K., 02/02/2017 T.), <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, İET: 15/06/2020

¹⁸ Akyılmaz, Bahtiyar: “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2002, C. 6, S. 1-2, s.239.

yolunu kapayan yasal hükümler bulunmasına rağmen, savunma hakkının kullanılışı bakımından bu işlemlerin yargı denetimine tâbi olabileceğine karar vermiştir¹⁹.

Öte yandan kamu görevlisinin savunmaya mazeret bildirmeden katılmaması veya verilen sürede yazılı savunmasını ibraz etmemiş olması işlediği fiili kabul ettiği anlamına gelmez. Zira "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" ilkesi gereğince kamu görevlisinin savunmaya gelmediği durumlarda bile soruşturmacı elde ettiği diğer bilgi ve belgeler ışığında kamu görevlisine ceza verilmesine gerek olmadığı kanaatine varabilir. Ayrıca savunma vermeyen kamu görevlisi daha sonra idari itiraz veya iptal davası yoluyla disiplin cezasının ortadan kaldırılmasını talep edebilir²⁰.

Savunma alınmadan disiplin cezası verilmesi, savunma süresinin kısıtlanması suretiyle savunma alınması, tanık, bilirkişi, keşif gibi soruşturmaya esas olan işlemlerin hukuka aykırı hale gelmiş olması nedeniyle verilen disiplin cezasının idari yargı yoluyla iptal edilmesi halinde yeniden soruşturma açılması suretiyle tekrardan disiplin cezası tesis edilmesi halinde hukuki güvenlik ve hukuki kesinlik ilkelerinin de ihlali gündeme gelecektir²¹. Bu noktada yargı kararıyla bir disiplin cezası iptal edilmesi halinde, yeniden ceza verilip verilemeyeceğinin tayini iptal kararının gerekçesinde yeni bir disiplin cezası verilmesine imkan verilip verilmediğine ve "zamanaşımı süresine" göre belirlenmelidir. Eğer soruşturmaya konu eylemin işlendiği veya soruşturmaya başlandığı tarih ile iptal kararının verildiği tarih arasında geçen süre, soruşturma veya kovuşturma zamanaşımı sürelerini geçmişse artık ceza verilememelidir.

2-) Savunma İstem Yazısının Usulüne Uygun Olması

Disiplin soruşturmasında savunma hakkının etkin kullanılabilmesi bakımından savunması istenen kamu görevlisine suçlama konusunun, hakkındaki isnadın, buna ilişkin delillerin ne olduğunun açıkça bildirilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile ilgiliyi savunma vermeye davet eden savunma istem yazısının bu hususları barındırması bir zorunluluktur. Nitekim Danıştay, usulüne uygun olmayan savunma istem yazısına istinaden alınan ifadenin, savunma yerine geçmeyeceği, bunun sorgu tutanağı olduğundan bahisle bu belgeye dayanılarak verilen cezayı iptal etmiştir²².

Görüldüğü üzere Anayasa'nın 129/2. maddesinin de bir gereği olarak ilgisine gönderilen savunma istem yazısının usulüne uygun olarak düzenlenmiş olması, disipline konu fiilin ve fiilin sübutuna dair delillerin nelerden ibaret olduğunun açık ve ayrıntılı belirtilmesi zorunludur. Savunma istem yazısı savunma hakkının etkin olarak kullanılması bakımından bir güvence olmasından dolayı bu güvencenin, amacına uygun şekilde sağlanması için, ilgili hakkındaki iddiaların ve bu iddiaların dayandığı delillerin bildirilmesinin yanı sıra ilgilinin

¹⁹ Danıştay 8.D, 1995/2936 E., 1997/3826 K., 09.12.1997 T., <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, İET: 15/06/2020

²⁰ KAYA, s.82; BOZ, s.27.

²¹ BOZ, s.38.

²² "...Diğer yandan, soruşturmacı Başmüfettiş tarafından, soruşturma devam ederken, davacıya gönderilen yazı, soruşturma konusu olaylarla ilgili olarak davacının ifadesine başvurulması amacıyla hazırlanmış bir yazı niteliğinde olup bu yazıda, davacı hakkındaki iddialar, bu iddiaların dayandığı deliller, üzerine atılı fiillerin hukuki nitelendirmesi ve önerilen disiplin cezası belirtilmemiştir. Belirtilen niteliğiyle, söz konusu yazının bir savunma isteme yazısı ve yazıya verilen cevabın bir savunma olarak da kabulü hukuken mümkün değildir. Bu durumda, savunma alınmadan verildiği anlaşılan disiplin cezasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.(Danıştay İDDK., 2007/1846 E., 2011/66 K., 17/02/2011 T., www.mevzuatinyeri.com <https://www.mevzuatinyeri.com/disiplin-sorusturmasi/disiplin-sorusturmasinda-savunma-hakki-ornek-kararlar-h18413.html>, İET:20/07/2020.

üzerine atılı fiillerin hukuki nitelendirmesinin ve önerilen disiplin cezasının da bu istem yazısında bildirilmesi gerekir.

III-) HAKİM VE SAVCI SORUŞTURMALARINDA SAVUNMA HAKKI

A-) Yargı Mensuplarına İlişkin Temel Uluslararası Belge ve Raporlarda Hukuki Dinlenme Hakkı ve Savunmaya İlişkin İlke ve Esaslar

Hukuki dinlenme ve savunma hakkının cezai, hukuki ve disiplinler yargılamaların vazgeçilmez güvencelerinden biri olması nedeniyle her birey bakımından yapılacak soruşturmalarda önemli olduğu gibi hakim ve savcılar bakımından da vazgeçilmez güvence ve haklardadır. Bu nedenle hakim ve savcıların yargılanma esasları, sahip olması gereken güvenceleri ile temel haklarının ele alındığı birçok uluslararası belge ve raporda hakim ve savcılar hakkında yürütülecek disiplin soruşturmalarında hukuki dinlenme ve savunma hakkına vurgu yapılmıştır.

Hakimlerin disiplin ve yargılama süreçlerine ilişkin hükümler barındıran önemli uluslararası belgelerden biri olan 1983 tarihli **Yargı Bağımsızlığı Evrensel Bildirgesinde (Montreal Bildirgesi)**²³, yer alan esaslardan biri de hukuki dinlenme hakkı kapsamında etkin savunma hakkının kullanılmasıdır. Buna göre disiplin prosedürlerinde, tarafların tam olarak dinlenilmesi ve hakime soruşturmanın başından itibaren soruşturma konusuna ilişkin savunma ve görüşlerini sunma imkanının sağlanması gerektiği belirtilmiştir²⁴.

Hakimlerin disiplin süreçlerine ilişkin önemli hükümler içeren en eski tarihli uluslararası belgelerden biri olan **Adaletin Bağımsızlığı Evrensel Bildirgesinde de (Singhvi Deklarasyonu)**²⁵, hakimlerin disiplin süreçlerinde etkin savunma ve hukuki dinlenme hakkına vurgu yapılmıştır. Buna göre şikâyet üzerine disiplin sürecine tabi olan hakimin güvence altına alınması bakımından disiplin prosedürlerinde, tarafların tam olarak dinlenmesi ve hakkında soruşturma yürütülen hakimin, temsil edilme hakkına sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca hakime soruşturmanın ilk aşamasından itibaren, şikâyet hakkındaki savunmasını ve taleplerini sunma imkânı da tanınmalıdır. Özellikle disiplin prosedürlerinin, savunma hakkını tam olarak güvence altına alması gerektiği kabul edilmiştir²⁶.

²³ (Montreal Bildirgesi) 10 Haziran 1983 tarihinde Montreal’de (Quebec, Kanada) yapılan Birinci Dünya Yargı Bağımsızlığı Konferansı Genel Kurulunda oybirliği ile kabul edilmiştir. Adaletin, özgürlüğün temel dayanaklarından biri olarak kabul edildiği belgede hukukun üstünlüğünün sağlanması/teminat altına alınması için hakim ve mahkemelerin görevlerinde bağımsız olmaları ve yürütme ya da diğer organ ve kişilerin etkisinden uzak olmaları gerektiği vurgulanmıştır.

²⁴ Yargı Bağımsızlığı Evrensel Bildirgesi (Montreal Bildirgesi), Universal Declaration On The Independence of Justice, (Montreal Declaration), Md. 2.32; <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/02/Montreal-Declaration.pdf>, İET: 01/11/2019.

²⁵ Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyininin 1980/124/ sayılı kararına istinaden alt komisyondan yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı ile jüri üyeleri, görevli memurlar ile avukatların bağımsızlıkları konusunda rapor hazırlanması istenmiş ve alt komisyonda L.M. Singhvi’yi (Hindistan) görevlendirmiştir. Özel Rapor t6r tarafından hazırlanan ve alt komisyonun yaklaşık 40 toplantısından sonra bildirge nihai şeklini almış ve 1989/32 sayılı kararla kabul edilerek üye devletlerin bu ilkeleri dikkate almaları istenmiştir.

²⁶ Adalet Bağımsızlığı Evrensel Bildirgesi (Singhvi Deklarasyonu-1989) (Draft Universal Declaration on the Independence of Justice (“Singhvi Declaration”), Prg.26/a-28; <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/03/SR-Independence-of-Judges-and-Lawyers-Draft-universal-declaration-independence-justice-Singhvi-Declaration-instruments-1989-eng.pdf>, İET: 01/11/2019.

Benzer şekilde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin **“Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü”** hakkında üye devletlere yönelik R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı’nın²⁷ 6. ilkesinde hakimlerin görevlerini yerine getirmemesi veya disiplin cezasını gerektiren suçların işlenmesi halinde üye devletlerin başvuracağı işlemler ve adli bağımsızlığın muhafazası adına alınacak önlemlere ve savunma hakkına yer verilmiştir. Tavsiye kararına göre hakimlerin hakkındaki davaların makul bir şekilde sonuçlanması ve hakimlere gerekli savunma hakkının tanınması gerektiği belirtilmiştir²⁸.

Diğer taraftan Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (CCJE) yargı bağımsızlığı ve hakimlerin azledilmemesine ilişkin standartları ele aldığı **“Yargı Bağımsızlığı ve Hakimlerin Azledilmemesine İlişkin Standartlar”** konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin dikkatine sunduğu 1 (2001) sayılı Görüş’ünde savunma haklarını tam olarak teminat altına alan bağımsız bir mercinin müdahalesinin, disiplin konularında özel bir öneme sahip olduğu vurgulanmıştır. CCJE, disiplin soruşturmasında hakimlerin de en azından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin birinci fıkrası kapsamında belirtilenlerin muadili olan güvencelerden yararlanmaları gerektiği yönünde tavsiyede bulunmaktadır. Bu kapsamda CCJE, 1(2001) sayılı Görüş’ünde belirttiği üzere hakimlerin aleyhindeki disiplin süreçlerine ilişkin kararların, yalnızca, tüm savunma haklarına yönelik güvence sağlayan usulleri uygulayan bağımsız bir makam (ya da “kurul”) tarafından verilmesi gerektiği yönündeki görüşünü tekrar etmektedir.

Benzer nitelikte Avrupa Yargı Kurulları Ağı (AYKA/ENCJ) hakimlerin disiplin sorumluluğu ve yargı mensuplarına uygulanan disiplin işlemleri konusunda en az Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesinde sağlananlara eşdeğer korumalardan yararlanmalarını gerektiğini **“Disiplin Prosedürlerine İlişkin Asgari Standartlar ve Hakimlerin Sorumluluğu”** konulu Rapor’unda²⁹ (2014-2015) vurgulamaktadır. ENCJ’ye göre disiplin cezası, hakim açısından adaleti, tam olarak dinlenilmeyi ve savunma hakkını bütünüyle sağlayan ve önceden belirlenmiş prosedür kurallarına uygun olmalıdır. Disiplin prosedürleri ile bağlantılı olarak, disiplin prosedürlerinde, tarafların tam olarak dinlenilmesine riayet edilmeli ve bu kapsamda hakim, başlangıç/hazırlık aşamasında, şikâyet hakkındaki yorumlarını sunma imkânına da sahip olmalıdır. Prosedürler, savunma hakkını tam olarak güvence altına almalı ve disiplin organı veya komisyonunun kesin ve gerekçeli tasarruflarına tabi olmalıdırlar³⁰.

Hakim ve savcıların disiplin soruşturmasında hukuki dinlenilme ve savunma hakkına vurgu yapan bir diğer uluslararası belge de **“Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı**

²⁷ Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararı Bakanlar Komitesince, Bakan Vekillerinin 13 Ekim 1994 tarihli 518. toplantısında kabul edilmiştir.

²⁸ “Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararı”, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/563960a7-228e-407c-9894-d90ebd9419b0.pdf>, 11/11/2019.

²⁹ Avrupa Yargı Kurulları Ağı (ENCJ) hakimlerin ve mahkemelerin etkinliğini ve adalet sistemine olan güvenini temin etmek amacıyla, hakimlerin disiplin sorumluluğu ve yargı mensuplarına uygulanan disiplin işlemleri konusunda bir dizi asgari standardı ve ilgili göstergeleri geliştirmek ve ulusal yargı makamları, Yargı Kurulları veya diğer Devlet erklerinin mevcut disiplin sorumluluğu sistemlerini değerlendirirken veya bununla ilgili herhangi bir reformu planlarken kullanabilecekleri bir araç sağlamak amacıyla yürütülen proje kapsamında bu raporu hazırlamıştır.

³⁰ “Disiplin Prosedürlerine İlişkin Asgari Standartlar ve Hâkimlerin Sorumluluğu Konulu Rapor”, <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/ed311a9d-4ff3-408e-8399-3ff987def9da.pdf>, İET:26/11/2019.

Temel İlkeleri” isimli belgedir³¹. Birleşmiş Milletler Antlaşması kapsamında yargının bağımsızlığını temin ve teşvik etme görevlerinde üye devletleri desteklemek üzere oluşturulmuş olan bu temel ilkelerin, ulusal mevzuat çalışmaları ve uygulamalarda hükümetlerce dikkate alınması; buradaki esaslara riayet edilmesi ve hakimlerin, avukatların, yürütme ve yasama mensuplarının ve halkın genelinin dikkatine sunulması gerektiği Belge metninde vurgulanmıştır.

Toplam 20 temel ilkenin düzenlendiği Belge’de hakimlerin disiplin, uzaklaştırma, görevden alma ve dokunulmazlıklarına ilişkin hükümler Belgenin 15 ila 20. ilkeleri arasında düzenlenmiştir. Savunma hakkının ele alındığı 17. ilke uyarınca mesleki sıfatları nedeniyle bir hakim hakkında yapılan bir suç isnadı veya bir şikâyet, uygun bir usule göre hızlı ve adil bir biçimde takip edilir. Hakimler adil olarak yargılanma hakkına sahiptir. Hakim tarafından aksi talep edilmedikçe, incelemenin ilk aşaması gizli tutulur³².

Görüldüğü üzere Belge’de yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatının da bir gereği olarak hakim ve savcılar hakkındaki disiplin ve soruşturmalarının onları baskı altına alma ve yönlendirme aracı olmaktan çıkarılması adına bu işlem ve kararların yerleşik uygulamalar çerçevesinde adil yargılama ilkesine uygun olarak alınması gerektiği bu ilkelerde açıkça bir defa daha vurgulanmıştır.

Benzer hükümler içeren bir diğer önemli uluslararası belge ise Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin (CCJE) görüşleri, Avrupa Adaletlik Etkinliği Komisyonunun (CEPEJ) çalışmaları ve Avrupa Konseyi ile gerçekleştirilen çok taraflı görüşmeler çerçevesinde hazırlanan **Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı**’dır³³. Hakimlere ilişkin 7 temel ilkenin ele alındığı Belge’nin 5. ilkesinde hakimlerin cezai, hukuki ve disiplinler sorumluluğuna ilişkin ilke ve prensipler belirlenmiştir. Buna göre³⁴; bir hakimın yasadaki açıkça öngörülen görevlerinden birini ihmal etmesi durumunda, en az yarısının seçilmiş hakimlerden oluştuğu bir kurulun, ilgili hakimın kendisini temsil hakkı olduğu ve tüm tarafların dinlendiği bir ortamda, teklifi, önerisi veya uygun görüşünü takiben cezalandırılması mümkündür. Cezai tedbirlerin niteliğinin kanunda öngörülmesi ve hükmolunacak bu tedbirlerin orantılılık prensibine uygun olması gereklidir. Görüldüğü üzere hakimın disiplin soruşturmasını gerektiren bir eylemin varlığı halinde disiplin soruşturmalarının adil yargılanma hakkına uygun olarak taraflara temsil ve dinlenme hakkının kullanılması gerektiği belirtilmiştir.

Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporunda ise hakim ve savcıların disiplin ve yargılama süreçlerinde, usuli haklar da dâhil, özellikle masumiyet karinesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği, hukuki kesinlik, savunma hakkı, adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ve

³¹ Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri 26 Ağustos - 6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano’da yapılan BM Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi Yedinci Kongresinde kabul edilmiş, 29 Kasım 1985 tarih ve 40/32 sayılı ve 13 Aralık 1985 tarih ve 40/146 sayılı kararlarla BM Genel Kurulu tarafından tasdik edilmiştir.

³² “Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri”, <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf>, İET:09/11/2019.

³³ Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, Avrupa Konseyi tarafından Avrupa’daki hâkimlerle ilgili mevzuat üzerine 8-10 Temmuz 1998 tarihlerinde düzenlenen çok taraflı toplantı neticesinde kabul edilmiştir.

³⁴ “Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı”, md.5.1, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/6b93439f-7312-4e49-a52d-7e0e2790845a.pdf>, İET: 01/11/2019.

etkili itiraz hakkı gibi temel hakların tam olarak gözetilmesi noktasında gerekli düzenleme ve değişikliklerin yapılması gerektiği belirtilmiştir³⁵.

B-) Savunma Hakkını Düzenleyen Hükümler

1-) Savunma Alınmadan Ceza Verme Yasağına İlişkin Temel Mevzuat Hükümleri

Anayasa'nın 36 ve 129. maddelerindeki emredici hükümlerin bir gereği olarak hakim ve savcıların soruşturma işlemlerinde hukuki dinlenilme hakkına ilişkin 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda 2802 sayılı Kanun'un "**Savunma hakkı**" kenar başlıklı 71. maddesinde savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca kişinin savunma yapabilmesi bakımından savunma istemine konu olan hususlara ilişkin bütün soruşturma evrakının ilgilinin talebi halinde tebliği ve soruşturmanın niteliğine göre savunmayı hazırlayabilmesi bakımından makul bir sürenin verilmesi gerekir. Görüldüğü üzere "savunma hakkının" verilmiş olabilmesi bakımından kişiye anayasal ve yasal güvencelerin verilmesi ve temel haklarını kullanabilme imkanının tanınması gerekmektedir. Aynı şekilde 2802 sayılı Kanun'un "**Soruşturmada savunma**" kenar başlıklı 84. maddesi ve HSK'nın 30/04/2014 tarihli "**Hakim ve savcılar hakkındaki araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri**" konulu 2 No'lu Genelgesinin 6. bendindeki açık düzenlemede savunma hakkının kullanılma esasları belirlenmiştir.

Diğer taraftan Anayasa ve 2802 sayılı Kanun'daki savunma hakkına ilişkin temel esaslar 12.07.2017 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan "Hakimler ve Savcılar Kurulu Teftiş Kurulu Yönetmeliği"nde de ele alınmıştır. Teftiş Kurulunun hakim ve savcılar hakkında yapacakları araştırma ve gerektiğinde inceleme ve soruşturma yapılmasına ilişkin esasların yer aldığı Yönetmeliğin 40. maddesine göre hakim ve savcılar hakkındaki "**İnceleme ve soruşturma**" işlemlerinde aşağıdaki usul ve esaslar geçerlidir:

☐ İnceleme ve soruşturma, iddia ve savunma çerçevesinde gerekli görülen leh ve aleyhteki bütün deliller toplanarak sonuçlandırılır.

☐ Soruşturma olurlarına bağlanmış olarak intikal eden veya soruşturma oluru alınan hâllerde delil durumuna göre gerektiğinde ilgililerin savunmalarına başvurulur. Savunma **yedi günden az olmamak üzere** verilen süre içinde yazılı olarak istenir, ilgilinin talebi hâlinde savunması bizzat müfettiş tarafından sözlü olarak alınarak tutanağa geçirilir. Süresi içinde savunmasını yapmadığı takdirde bu hakkından vazgeçmiş sayılacağı hususu da ayrıca bildirilir, ilgilinin yazılı talebi ile savunma süresi makul ölçüde uzatılabilir.

☐ Savunma talebine ilişkin yazılı veya sözlü savunma alınması sırasında, ilgiliye, isnat edilen fiiller ile soruşturma konuları ayrı ayrı ve açık olarak, yer, zaman ve oluş biçimi gibi hususları içerecek şekilde bildirilir. Sadece disiplin cezasını gerektiren soruşturmalar hariç olmak üzere görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işlenen suçlara ilişkin savunmalarda 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şüpheliye tanınan haklar hatırlatılır.

Görüldüğü üzere Yönetmelikte, 2802 sayılı Kanun'un 71 ve 84. maddelerinde olan savunma için belirlenmiş olan alt süre olan 3 gün esas alınmamış ve lehe olarak 7 günlük bir süre esas alınmıştır.

Esasen Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun savunma yapılabilmesi için öngördüğü asgari süre Devlet Memurları Kanunu'ndaki düzenleme ile kıyaslandığında yetersiz olduğu

³⁵ Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporu, s.30, https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf, İET:21/07/2020

görülmektedir. Adil bir soruşturma sürecinin yürütülebilmesi bakımından savunma yapılacak asgari sürenin yüksek tutulması, hakim ve savcıya daha geniş bir savunma imkanı sağlayacaktır. Burada asgari sürenin müfettiş veya muhakkik ya da Kurulun takdirine bırakmayıp yasayla güvence altına alınması gerekir. Kaldı ki, uyarma cezası için tanınan asgari savunma süresi ile meslekten çıkarma gibi ağır bir disiplin cezası için tanınan asgari savunma süresinin aynı olması kendi içinde ciddi bir oransızlık ortaya çıkarmaktadır. Bu husus göz önüne alındığında yer değiştirme ve meslekten çıkarma gibi ağır disiplin cezası gerektiren eylemlerden dolayı yapılan soruşturmalarda, ilgili hakim ve savcıya diğerlerinden daha uzun bir asgari savunma süresi tanınması yerinde olacaktır³⁶.

Bu esaslar çerçevesinde soruşturmanın başladığı ve bu nedenle 2802 sayılı Kanun gereğince yazılı savunmasını bildirmesi hususu ilgiliye tebliğ edilecektir.

2-) Savunma Hakkının Kullanılma Esasları

a-) Aydınlatma Yükümlülüğüne Uyulması

Aydınlatma yükümlülüğü disiplin soruşturması sırasında, ilgilinin savunmasına esas olabilmesi bakımından disiplin soruşturmasına konu eylem ve bu eyleme dayanak olarak disiplin dosyasında bulunan bilgi, belge ve delillere ilişkin olarak ilgilinin bilgilendirilmesini ifade etmektedir. Bu yükümlülük, ithamın bildirilmesi, avukatla temsil hakkının bildirilmesi, susma hakkının bildirilmesi, soruşturulana somut delillerinin toplanmasını isteme hakkının sağlanması, ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında teknik imkanlardan yararlanılması gibi hususları içermektedir. Disiplin soruşturmalarında, ithamın bildirilmesi soruşturmaya başlanmasıyla birlikte doğan bir yükümlülük olup, bir kamu görevlisi aleyhine disiplin soruşturması açılması, soruşturmaya başlanması halinde bu yükümlülüğün yerine getirilmesi bir zorunluluktur³⁷.

Disiplin soruşturmalarında savunma hakkını düzenleyen anayasal ve yasal hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde savunma hakkının etkin kullanılması, savunmada belirtilen iddiaların araştırılması ve delillerin toplanmasını da kapsayan bir husustur. Mesele disiplin soruşturmasına tabi ilgilinin, olayla ilgili olduğunu düşündüğü kişinin tanık olarak dinlenmesini de talep edebilmelidir. Kişinin bu tip taleplerde bulunabilmesi için hakkındaki suçlamaları öğrenmesi ve dosyadaki delilleri inceleyebilmesine imkân sağlanması gerekmektedir. Ancak uygulamada soruşturma dosyasının gizli olduğu gerekçe gösterilerek dosyanın örneği istendiği zaman verilmekten kaçınılmakta, hatta kimi zaman dosyanın gösterilmediği durumlarla karşılaşmaktadır. Bütün bu savunma hakkının kısıtlanmasına yönelik müdahaleler adil yargılanma hakkının ihlalidir³⁸. Ayrıca etkin savunma için soruşturma konusunun ve ihlal edilen hükümlerin gerekçeli olarak ilgiliye bildirilmesi gerekmektedir. Savunma yapılabilmesi bakımından kişinin disiplin suçu oluşturan eylemlerinin neler olduğu ve hangi disiplin suçu bakımından savunma talep edildiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu esaslara uyulmadan muhakkik aşaması ve daire aşamasında sadece usulen yazılı savunma alınması halinde 2802 sayılı Kanun'un 71 ve 84. maddeleri çerçevesinde savunma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

³⁶ ERCAN, İsmail: Hâkim ve Savcıların Disiplin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s.71-72.

³⁷ FİŞ ÜSTÜN, Gül: Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Yıl: 2018., s.22-23.

³⁸ CANOĞLU, Veyssel Candan: Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat, TBB Dergisi, Sayı: 138, Yıl: 2018, s.246.

Danıştay kararlarında da eylemin ve hangi disiplin suçunun teşekkül ettiğinin tespit edilmesi gereği, aksi durumun savunma hakkını kısıtlayacağı ve hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir. Nitekim **Danıştay 12. Dairesi 2008/7024 Esas, 2011/1314 Karar ve 23.3.2011 Tarihli** kararında “*Disiplin cezasıyla cezalandırılması için hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin savunması alınırken disiplin suçunu oluşturan eylemi açık bir şekilde belirlenmeli, disiplin suçu oluşturan eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği ortaya konulmalıdır.*”

Bunun için de disiplin soruşturmasıyla ilgili tüm hukuki delillerin toplanması ve soruşturmanın tamamlanması gerekmektedir. Aksi durumda hangi disiplin suçunu, ne zaman ve ne şekilde işlediği tam olarak ortaya konulamayan ilgilinin Anayasa ile güvence altına alınan savunma hakkının kısıtlanacağı açıktır.” demek suretiyle kişinin savunma hakkını kullanabilmesi bakımından öncelikle;

- ☒ Disiplin suçunu oluşturan eylemin açık bir şekilde belirlenmesi,
- ☒ Disiplin suçu oluşturan eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiğinin ortaya konulması,
- ☒ Disiplin soruşturmasıyla ilgili tüm hukuki delillerin toplanması ve soruşturmanın tamamlanması

gerektiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğünün gereklerine aykırı davranılması halinde alınan ifade hukuka aykırı hale gelmiş olacaktır³⁹.

Görüldüğü üzere aydınlatma yükümlülüğü kapsamında savunma hakkının kullanılması amacıyla düzenlenen davet yazısında ilgiliye disiplin suçuna konu olan eylemin ne olduğu, zamanı ve yer bilgisi tam ve net olarak bildirilmelidir⁴⁰. Aynı şekilde kişi hakkındaki disiplin dosyasında muhakkik veya müfettiş tarafından istenen deliller toplanmaya başlamadan önce savunmanın alınması savunma hakkının ihlalidir.

Diğer taraftan Anayasa ve 2802 sayılı Kanun’daki savunma hakkına ilişkin temel esaslar 12.07.2017 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan “Hakimler ve Savcılar Kurulu Teftiş Kurulu Yönetmeliği”nde de ele alınmıştır. Teftiş Kurulunun hakim ve savcılar hakkında yapacakları araştırma ve gerektiğinde inceleme ve soruşturma yapılmasına ilişkin esasların yer aldığı Yönetmeliğin 40. maddesine göre hakim ve savcılar hakkındaki “**İnceleme ve soruşturma**” işlemlerinde aydınlatma yükümlülüğü kapsamında yapılacaklar ve savunmanın alınmasına ilişkin usul ve esaslar açıkça düzenlenmiştir.

b-) Yasak Sorgu ve İfade Yöntemlerinden Kaçınılması

Ceza yargılamasında olduğu gibi disiplin yargılamasında da ilgilinin savunmasının hukuka uygun yöntemlerle alınması gerekmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 148. maddesinde belirtilen ifade alma ve sorguda yasaklanan usuller disiplin yargılaması bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla disiplin soruşturmalarında, soruşturulan kamu görevlisinin veya ifade veren tanıkların, ifadelerinin alınması sırasında, soruşturmayı yürüten müfettiş veya muhakkik ya da disiplin konusunda karar verecek Kurul üyeleri⁴¹ tarafın-

³⁹ FİŞ ÜSTÜN, s.23.

⁴⁰ FİŞ ÜSTÜN, s.23.

⁴¹ Bu noktada OHAL döneminde ihraç edilen hakim ve savcılar hakkındaki soruşturmalara ilişkin “*İtirafçılığıyla faydası olan FETÖ’cileri yeniden hâkim ya da savcı yapabiliriz!*” şeklinde açıklama yapan HSK Başkanvekili Mehmet Yılmaz’ın, daha sonra “*Kurulumuz bu konuda kesin karardır. Bu açıklamayı tamamen itirafçılığı teşvik amacıyla yaptım ve çok da başarılı oldum*” açıklaması bu kapsamda hukuka aykırı yöntem niteliğindedir. Açıklama için bkz (HSYK Başkanvekili Yılmaz:

dan aldatıcı beyanlarda bulunulması, hukuka aykırı vaatlerde bulunulması, kötü davranışlar sergilenmesi, cebir ve tehdit teşkil edecek eylemlerde bulunulması veya sözler sarf edilmesi, ifadesi alınanlara ilaç verilmesi gibi hallerde alınan ifadeler hukuka aykırı hale gelecektir. İfade almada olduğu gibi soruşturmaya ilişkin delillerin toplanması sırasında da hukuka aykırı yöntem ve usullere baş vurulmaması gerekir⁴².

3-) Etkin Savunma İçin Dosyaya Erişim Hakkının Önemi

Hakim ve savcılarının haklarındaki disiplin soruşturması bakımından etkin bir savunmada bulunabilmeleri bakımından haklarındaki disiplin dosyası ve içeriğine ulaşabilmeleri önemlidir. Hakim ve savcı hakkında bir soruşturma olduğunu ancak soruşturma izni verilmesi ve bu soruşturma iznine istinaden savunmasının istenmesi aşamasında öğrenebilmektedir. 2802 sayılı Kanun'un 71. maddesinde savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği ve soruşturmayı yapanın veya Hakimler ve Savcılar Kurulunun üç günden az olmamak üzere, verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan ilgili, savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Maddede savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği açıkça belirtilmesine karşın savunma alınmadan önce disiplin dosyasındaki iddiaların ve buna ilişkin delillerin hakim ve savcıya tebliğ edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

HSK'nın "**Hakim ve savcılar hakkındaki araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri**" konulu 2 No'lu Genelgesinde "*Hakkında soruşturma izni verilen hakim, savcı veya diğer ilgilinin savunmasını eksiksiz yapabilmesi ve savunma hakkının kısıtlanmaması için soruşturma izin kararında yer alan kendisi ile ilgili iddiaların yazılı olarak aynen bildirilmesi, savunmada gösterilen tanıkların dinlenmesi ve ileri sürülen delillerin toplanması,*" gerektiği belirtilmek suretiyle savunma hakkı kapsamında yapılması gereken işlemler belirtilmiştir.

Hakimler ve Savcılar Kurulu Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin "**İnceleme ve soruşturma**" kenar başlıklı 40. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde "*Savunma talebine ilişkin yazılı veya sözlü savunma alınması sırasında, ilgiliye, isnat edilen fiiller ile soruşturma konuları ayrı ayrı ve açık olarak, yer, zaman ve oluş biçimi gibi hususları içerecek şekilde bildirilir. Sadece disiplin cezasını gerektiren soruşturmalar hariç olmak üzere görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işlenen suçlara ilişkin savunmalarda 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda şüpheliye tanınan haklar hatırlatılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Yönetmelikte hakim ve savcıya isnat edilen fiiller ile soruşturma konularının ayrı ayrı ve açık olarak, yer, zaman ve oluş biçimi gibi hususları içerecek şekilde bildirileceği açıkça belirtilmesine karşın buna ilişkin evrakların da bildirilmesine ilişkin burada da bir hüküm bulunmamaktadır.

Yukarıda da izah edildiği üzere 2802 sayılı Kanun, Teftiş Kurulu Yönetmeliği ve ilgili Genelgede dosyaya erişim hakkını tam ortaya koyan net düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak adil bir disiplin soruşturmasının yürütülebilmesi, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin gereklerinin yerine getirilebilmesi bakımından savunmaya dayanak yapılan suçlamalar kadar buna ilişkin bütün evrakların da ilgiliye tebliği gerekir. Bu noktada ilgili veya vekilinin talebi halinde bunların herhangi bir gerekçe gösterilmeden verilmesi gerekir.

İtirafçılığı teşvik etmek için o açıklamayı yaptım, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201612281026529306-hsyk-baskanvekili-itiraf-tesvik/>, İET:22/07/2020.

⁴² FİŞ ÜSTÜN, s.25.

Hakim veya savcının savunmasının müfettiş veya muhakkik vasıtasıyla istenmesi ya da Daire tarafından son savunmanın istenmesi aşamasında ilgili suçlamaya dayanak dosya içeriğinin kendisine tebliğini talep etmesi halinde ilgiliye savunması için bildirilen sürenin, bu tebliğ işleminden sonra başlaması gerekir. Savunma hakkının kullanılabilmesi için, hakkındaki suçlamanın öğrenilmesi ve dosyadaki delillerin incelenebilmesine imkân sağlanması gerekmektedir. Bu imkanlar tanınmadan savunma talep edilmesi ve bu kapsamda süre öngörülmesi savunma hakkının kısıtlanmasıdır.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi yapılan bir bireysel başvuruda savunma hakkının etkin kullanımı bakımından dosyaya erişim hakkı kapsamında dosyada yer alan bütün bilgi ve belgelerin ilgiliyle paylaşılmasını ihlal nedeni olarak değerlendirmiştir. Mahkeme Kararında⁴³ “...Başvuru konusu olayda başvuru, sözleşmeli subaylık ve muvazzaf astsubay temini sınavlarında başarılı olmasına rağmen güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğu gerekçesiyle işlemlerinin sonlandırılmasına ilişkin işlemlerin iptali talebiyle dava açmıştır. Başka bir deyişle dava konusu işlemin temelinde güvenlik soruşturmasının içeriği yer almaktadır. Başvurucunun güvenlik soruşturmasına ilişkin savunmalarını yapabilmek ve iddialarını ileri sürebilmek açısından güvenlik soruşturmasının içeriğinden haberdar olması büyük önem taşımaktadır. Aksi durumda başvuru İdarelerin güvenlik soruşturmasının içeriğine dayanarak tesis ettikleri işlem ve dosya içeriğindeki savunmaları karşısında zayıf ve dezavantajlı bir konuma düşeceği açıktır...” demek suretiyle dosyaya erişim hakkının kısıtlanmasının savunma hakkı üzerinde doğuracağı aleyhe duruma vurgu yapmıştır.

Nitekim Danıştay, soruşturma raporuyla, hakkında devlet memurluğundan çıkarılma cezası önerisi getirilen ve bu öneri uyarınca savunması istenen kamu görevlisine ve vekiline yapılacak savunmaya esas olmak üzere, soruşturma raporu ve eklerinden istenen belgelerin bir örneğinin verilmemesinin, savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğuna hükmetmiştir⁴⁴.

⁴³ “...Somut olayda Mahkemece davalı İdarelerden işlemlere esas alınan bilgi ve belgelerin gönderilmesinin talep edilmesine karar verilmesi üzerine başvuru hakkında gizli ibareli bilgi ve belgeler İdareler tarafından dava dosyasına sunulmuştur. Mahkeme de gizli ibareli olarak sunulan belgeleri esas almak suretiyle davanın reddine karar vermiştir. Dava dosyalarının Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden incelenmesi sonucunda davalı İdareler tarafından dava dosyasına sunulan gizli ibareli belgelerin başvurucaya bildirildiğine veya incelettilirime imkânı verildiğine dair herhangi bilgi ya da belgeye rastlanmamıştır. Mahkeme tarafından gizli ibareli bilgi ve belgelerin başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğinin korunması veya idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması ya da benzeri haklı görülebilecek hususlar nedeniyle başvurucaya verilmemesini gösterecek hiçbir argümanın ortaya konulmadığı değerlendirilmiştir. Ayrıca anılan belgelerin başvurucaya incelenmesine açılmayacağına ilişkin herhangi bir karar alınmadığı ve bu belgelerden başvurucaya haberdar edilmediği tespit edilmiştir. Belirtilen nedenlerle davalı İdareler tarafından sunulan ve mahkeme kararlarında hükme esas alınan gizli ibareli belgelere karşı başvurucaya savunma yapma imkânı verilmemesi nedeniyle başvurucaya silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır... (AYM Binyaman Uçar Kararı, Başvuru No: 2017/32004, K.T: 03/06/2020, Prg.43-45)

⁴⁴ “...Dosyanın incelenmesinden, amirleri hakkında yersiz iddialarda bulunmak ve iftira etmek iddiasıyla Hamza Kaçar hakkında yapılan disiplin soruşturması sonrasında düzenlenen ... günlü raporda, adı geçen hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 inci maddesinin (E-g) bendi uyarınca ve memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunduğundan bahisle Devlet memurluğundan çıkarılma cezası ile cezalandırılmasının önerildiği, bu öneri hakkında karar verilmek üzere dosyanın Yüksek Disiplin Kuruluna sevk edildiği, Kurulun 17.9.2007 günlü, 025374 sayılı yazısıyla adı geçenden savunmasını yedi gün içinde Kurula gönderilmesinin istendiği, bunun üzerine ... vekili Av. ...'nın 25.9.2007 günlü, 28699 sayılı dilekçesiyle savunma yapılabilmesi için yazılı belge ve diğer delillerin incelenmesi, inceleme sonrasında

4-) Çelişmeli Yargılanma İlkesi ve Etkin Savunma Hakkı

“Çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi”, “savunma hakkı” yönünden davanın tarafları arasındaki dengeyi bozacağından çelişmeli yargılama ilkesi “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” kararlarında “silahların eşitliği ilkesi” ile birbirini tamamlar nitelikte değerlendirilmektedir. Bununla birlikte silahların eşitliği ilkesine aykırı bir durum aynı zamanda çelişmeli yargılama ilkesine aykırı olmayabilir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Niderost-Huber/İsviçre kararında⁴⁵, ilk derece mahkemesinin federal mahkemeye gönderdiği kendi görüşünü içeren belgeyi davanın her iki tarafının da bilgisine sunmadığını gerekçe göstererek ilk derece mahkemesinin tarafsız olduğu ve taraflardan birinin de karşıtı konumunda olmadığı dikkate alınarak silahların eşitliği ilkesi açısından ihlal olmadığı kanaatine varılırken, çelişmeli yargılama ilkesi bakımından ihlal bulunduğuna karar vermiştir.

AİHM’ne göre, hakkında karar verilecek kişiye suçlamaların dayanağı olan tüm bilgi ve belgelerin, tam ve zamanında verilmesi AİHS’nin 6. maddenin gereklerinden birisidir. İlgilinin suçlandığı olaya ilişkin savunma hazırlayabilmesi için, gerekli olan bilgi ve belgelerin hiç verilmemesi, tam olarak verilmemesi ya da yanlış bilgi verilmesi gibi sebeplerle savunmanın istenildiği gibi hazırlanamaması, adil yargılanma hakkının ihlalidir⁴⁶.

Adil bir yargılamada hakkaniyete uygun bir karar verilebilmesi için, savunma hakkı üzerindeki her türlü kısıtlama ve eşitsizliğin kaldırılması gerekir. Savunmanın etkili bir şekilde yapılabilmesi açısından ulaşılmaması zorunlu olan bazı bilgi ve belgelerin; gizlilik, devlet sırrı, kurumların iç işleyişine dair belgeler, ekonomik ve ticari sır gibi gerekçelerle

belgeye ihtiyaç duyulması halinde belge örneklerinin kendilerine verilmesinin Kuruldan talep edildiği, Kurulun 26.9.2007 günlü, 026018 sayılı yazısıyla belirlenen tarih ve saatte ibarelerinde olmaları halinde soruşturma evrakının incelenebileceğini şikayetçi vekiline Bildirildiği, belirlenen günde soruşturma raporu ve eklerinin inceleyen şikayetçi vekilinin 28.9.2007 günlü dilekçesiyle soruşturma raporu ve 3500-4000 sayfaya yakın rapor eki belgenin taranmış örneklerinin yüklü olduğu CD’nin incelendiği, ancak belgelerin sayısal çokluğu ve konuların farklılığı nedeniyle anılan soruşturma raporu ve CD’nin örneği olmadan savunma yapılmasının mümkün olmadığından bahisle, 28.8.2007 günlü, 6 sayılı soruşturma raporu ve ekli belgeleri içeren CD ve raporun işleme konulmasına ilişkin 28.8.2007 günlü, 115 sayılı onayın bir örneğinin kendilerine verilmesinin Kuruldan istendiği, bu istem üzerine Personel Genel Müdürlüğünün Teftiş Kurulu Başkanlığı ile Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünden görüş istendiği, her iki birim tarafından Personel Genel Müdürlüğüne verilen görüş yazılarında, inceleme dışında belge örneklerinin verilmesinin zorunlu olmadığı hukuki görüşüne yer verildiği, bunun üzerine Yüksek Disiplin Kurulunun 31.10.2007 günlü, 028448 sayılı yazısıyla belgelerin verilmesinin mümkün olmadığını şikayetçi vekiline bildirildiği görülmekte olup, soruşturma raporuyla hakkında haklarında Devlet memurluğundan çıkarılma cezası önerisi getirilen ve bu öneri uyarınca savunması istenen kamu görevlisine ve vekiline yapılacak savunmaya esas olmak üzere soruşturma raporu ve eklerinden istenen belgelerin bir örneğinin verilmemesinin savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğu, bu nedenle ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu anlaşıldığından, itirazın kabulüyle, Maliye Bakanının 28.4.2008 günlü, 2170 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararının kaldırılmasına, dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer Örneğinin Maliye Bakanlığı ile itiraz eden vekiline gönderilmesine 27.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi... (Danıştay 1. D., 2008/721 E., 2008/800 K., 27/06/2008 T.) <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, İET: 15/06/2020.

⁴⁵ AİHM Niderost-Huber/İsviçre Kararı, Başvuru No: 18990/91, 18/02/1997, Prg-21-24.

⁴⁶ AİHM McGinley ve Egan/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 21825/93-23414/94, K.T: 09/06/1998, Prg.85.

verilmediği dosyalara yansıyan bir gerçektir⁴⁷. Nitekim Anayasa Mahkemesi davalı idareler tarafından dava dosyasına sunulan gizli ibareli belgelerin başvuruca bildirimemesini veya incelettilirmemesini ve gizli ibareli bilgi ve belgelerin başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğinin korunması veya idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması ya da benzeri haklı görülebilecek hususlar nedeniyle başvuruca verilmediğini gösterecek hiçbir argümanın ortaya konulmamasını silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlali olarak değerlendirmiştir⁴⁸.

Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılanmanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda, mahkemece tarafların dinlenilmemesi, delillere karşı çıkma imkânı verilmemesi, yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hale gelmesine neden olabilecektir⁴⁹. Bu bağlamda AİHM, bilirkişi raporunun hazırlanma sürecine başvuranların katılmaması ve başvuranlara delillerle ilgili görüş bildirmelerine fırsat verilmemesini çelişmeli yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁵⁰.

Çelişmeli yargılamanın bir gereği olarak, disiplin soruşturma sürecinde dosyaya sunulan delil, mütalaa ve görüşlerin tamamı hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma olanağı tanınmalıdır⁵¹. Diğer bir ifade ile bir uyumsuzlukta tarafların dosya içerisinde bulunan tüm delillere zamanında ulaşmasını, karşı tarafın delillerini inceleyip, gerekirse uzman kurumlarda orijinal olup olmadığını inceletebilmesini, tanıkları sorgulayabilmesini, tüm suçlamalara, delillere, raporlara ve tanık ifadelerine karşı beyanlarda bulunup, karşı tezlerini sunabilmesi ve bütün bunları yapabilmesi için yeterli sürenin verilmesi gerekmektedir⁵². Diğer bir ifade ile AİHM'e göre bilgi ve belgeye daha önce ulaşan tarafın kararı verecek kurulun kararını etkileme açısından diğer tarafa göre avantajlı konuma geleceğinden, disiplin soruşturmasında soruşturmayı yürüten müfettişin ulaşabildiği bilgi ve belgelere diğer tarafın zamanında ulaşamaması, adil yargılanma hakkının ihlalidir. Dolayısıyla kendisini savunması için yeterli zaman verilmeyen, delillere ulaşması imkânı tanınmayan, hakkındaki itham ve suçlamalar ile bunların dayandığı delil ve ifadeler konusunda bilgilendirilmeyen kişilerin, kendi soruşturmalarını etkili bir şekilde savunmaları mümkün olmadığından, tüm bu hususlar adil yargılanma hakkına aykırıdır⁵³.

AİHM'nin ceza yargılaması bakımından çelişmeli yargılama için belirlemiş olduğu kriterler disiplin yargılamaları için de geçerlidir. Zira çelişmeli yargılama Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında kişiye tanınmış bir güvencedir. Disiplin sürecini yürüten kurul veya merciin bu ilke çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda disiplin soruşturmasında savunmayı yapacak olan kişinin elinde olmayan bilgi ve belgeler üzerinden, tahmine dayalı olarak savunmasını yapması mümkün olmayacağından ulaşılabilen belgeler üzerinden savunma yapmak durumunda kalan bir kişinin, etkili ve yeterli bir savunma ile üzerindeki kuşkuvarı dağıtması mümkün değildir. İthamlara dayanak alınan, müfettiş tara-

⁴⁷ ŞEN, Mahmut: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hâkim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları, TBB Dergisi, Sayı: 121, Yıl: 2015, s.36.

⁴⁸ AYM Bünyamin Uçar Kararı, Başvuru No: 2017/32004, K.T: 03/06/2020, Prg.43-45.

⁴⁹ AİHM Ruiz-Mateos/İspanya Kararı, Başvuru No: 12952/87, KT:23/06/1993, Prg.63; Feldbrugge/Hollanda Kararı, Başvuru No: 8562/79, K.T:29/05/1986, Prg.44.

⁵⁰ AİHM Mantovanelli/Fransa Kararı Başvuru No: 21497/93, K.T: 18/3/1997, Prg. 33.

⁵¹ İNCEOĞLU, s. 243; ŞEN, s.37.

⁵² ŞEN, s.37; AİHM Yvon/Fransa Kararı, Başvuru No: 44962/98, K.T: 24/04/2003, Prg.31-32.

⁵³ ŞEN, s.37-38.

findan ulaşılabilen bazı bilgi ve belgelerin hakkında soruşturma yürütülen kişiye verilmesi hali, savunma hakkı açısından bir eksiklik olarak değerlendirilebilir⁵⁴.

AİHM İncal/Türkiye kararında, kural olarak ceza ve hukuk davalarındaki tarafların, hakimlerin verecekleri kararları etkilemek amacıyla bağımsız bir organ tarafından bile sunulmuş olsa, hakime sunulan tüm kanıt ve görüşleri öğrenmek ve bunları tartışmak olanağına sahip bulunmaları gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay'daki davalarda geçerli olan yargılama yöntemleri, Başsavcılık tebliğnamesinin onama ya da bozmaya yönelik etkinliği de göz önünde tutularak, çelişmeli bir yargının varlığından söz edebilmek için, ilgiliye yargılama bitmeden önce yanıtı hakının tanınması gerektiği üzerinde durulmuştur. Başvuru konusu olayda, yerel mahkemenin mahkumiyet kararının onanmasını isteyen Başsavcılık tebliğnamesine karşı sanığa savunmalarını sunma fırsatının verilmemesi, Sözleşmenin 6/1. maddesi ile güvence altına alınan ve adil yargılamanın temel öğelerinden olan karşıt komndakilerin eşit koşullarda çekişmesi ilkesine aykırı hareket edildiğine karar verilmiştir⁵⁵.

5-) Hakim ve Savcıların Savunmasının Ancak Soruşturma İzni Kararı Sonrası Alınması

Hakim ve savcı hakkında yapılan ihbar ve şikayetten ancak soruşturma izni verilmesi neticesinde müfettiş veya muhakkik vasıtasıyla savunması alınması mümkün değildir. Hakim ve savcılar hakkında yürütülen disiplin soruşturmalarının araştırma ve inceleme aşamalarında savunma alınması mümkün değildir. Bu bağlamda 2 No'lu Genelgenin sonuç kısmının 10. bendinde yer alan "Araştırma ve inceleme izni verilen hâllerde hakim ve savcının savunmasının alınmaması, soruşturma izni verilen hâllerde ise ilgilinin savunmasının 2802 sayılı Kanunun 84 üncü maddesi uyarınca alınması," düzenleme de dikkate alındığında inceleme ve soruşturma izni kararlarına göre dar kapsamlı bir tahkikatı esas alan araştırma veya inceleme kararı soruşturma kararına dönüşmedikçe ilgilinin savunması alınmaz.

6-) Son Savunmanın Alınması ve Sözlü Savunma Hakkı

Disiplin soruşturmasında verilen soruşturma izni üzerine verilebilecek kararlardan biri de kovuşturma yapılması veya disiplin cezası verilmesi kararıdır. Ancak verilen soruşturma izni neticesinde ilgili hakim ve savcı hakkında suç mahiyetinde görülen hususlardan dolayı "kovuşturma yapılması" ve "disiplin cezası uygulanması" ya da suç mahiyetinde görülmemeyen hususlarda, "disiplin cezası uygulanması" hallerinde Kurul İkinci Dairesi ilgili hakim ve savcı hakkında karar vermeden önce ilgilinin son savunmasını alacaktır. Zira 2802 sayılı Kanun'un "**Savunma hakkı**" kenar başlıklı 71. maddesi uyarınca hakim ve savcılar hakkında, savunmaları alınmadan disiplin cezası verilemez. Bu nedenle hakim ve savcının Dairenin üç günden az olmamak üzere, verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapması gerekir. Aksi takdirde savunma hakkından vazgeçmiş sayılır. Ancak savunma süresi dolmaksızın savunma hakkını kullanmaktan feragat ettiğini bildiren hakim ya da savcının feragatini geri almak istemesi halinde, bunun geçerli olması gerekmektedir. Aynı şekilde hakim veya savcının savunma yapmaktan feragat etmesi veya etmiş sayılması iddia edilen fiili işlediğinin ikrarı olarak kabul edilemez. Dolayısıyla savunma yapılmasa da

⁵⁴ ŞEN, s.36.

⁵⁵ AİHM İncal/Türkiye Kararı, Başvuru No: 41/1997/825/1031, K.T: 9/06/1998.

disiplin dosyasında disiplin cezası vermek için yeterli bir delil yoksa dosyanın işlemde kaldırılması kararı verilecektir⁵⁶.

Bu nedenle Daire dosyanın işlemde kaldırılması kararı vermeyeceği dosyalarda öncelikli olarak 2802 sayılı Kanun'un 71. maddesi uyarınca ilgili hakim ve savcıdan yazılı savunmasının istenmesine karar verecektir. Müfettiş veya muhakkike savunma verilmiş olması sonuca etkili değildir. Burada doğrudan daireye verilecek bir son savunma hakkı vardır.

Son savunma verilmesine ilişkin olarak uygulamada, Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından, savunma için 10 günlük süre verilmektedir. Kanun gereği ilgililerin, Dairede sözlü savunma yapma hakkı yoktur. Ancak, ilgili hakkında meslekten çıkarma kararı verilmiş ise Genel kurulda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla sözlü savunma hakkına sahiptir. Bunun yasal dayanağı ise 2802 sayılı Kanun'un 73. maddesini son fıkrasıdır.

AİHM'göre⁵⁷, silahların eşitliği ilkesi gereğince ilgili yargı mensubunun aleyhine olacak şekilde kısa bir savunma süresi tanınması ve disiplin cezaları bakımından duruşmada hazır bulunma ve hukuki dinlenme hakkı gereğince, sözlü olarak tez ve argümanlarını heyet huzurunda dile getirme yönündeki talebin karşılanması, Sözleşme'ye taraf olan devletin uyması gereken pozitif yükümlülükler arasındadır⁵⁸.

C-) AİHM'in Hukuki Dinlenme Hakkı ve Etkin Savunma İmkânı Tanınmasına İlişkin Bakış Açısı

1-) Genel Olarak Mahkemenin Savunma Hakkına Bakış Açısı

AİHS'nin 6. maddesinde yer alan hukuki dinlenme hakkı, taraflar açıkça feragat etmedikleri sürece, adil yargılanma hakkı kapsamında taraflara tanınması gereken bir haktır. Devletin pozitif yükümlülüklerinden olan duruşmada hazır bulunma ve sözlü olarak dinlenme hakkının bir gereği olarak ilgili tarafından sözlü savunma yapma ve karar oturumuna katılma talep edilmiş ise kararı verecek mercii tarafından bu talebin karşılanması için gerekli her türlü tedbirin alınması gerekmektedir⁵⁹. Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde hakkında bir suç isnadında bulunulan kişinin "*Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden ayrıntılı olarak haberdar edilmek*" hakkı, kişinin savunmasını hazırlayabilmesi için getirilmiş bir güvencedir. Ayrıca AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (a) bendi ile hakkında bir suç isnadında bulunulan kişinin "*Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak*" hakkına yer veren (b) bentlerinin birbiriyle bağlantılı olduğunu; suçlamanın nedeni ve niteliği hakkında bilgilendirilme hakkının, şüphelinin veya sanığın savunmasını hazırlama hakkı ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) "*hakkaniyete uygun yargılama*" kavramından hareket ederek adil yargılamanın zımnî gereklerini saptamıştır. Bu gereklerden en önemlisi Anayasa'nın 36. maddesinde de açıkça ifade edilmiş olan "*savunma hakkı*"dır. Ceza yargılamasında savunma haklarının güvence altına alınması demokratik toplumun temel gereklerindedir. Bu sebeple AİHM'e göre hakkaniyete uygun bir yargılamanın ger-

⁵⁶ BAŞ, Eylem: Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2016, s.302-303.

⁵⁷ AİHM Özpınar/Türkiye Kararı, Başvuru No: 20999/04, K.T:19/10/2010.

⁵⁸ ŞEN, s.58.

⁵⁹ İnceoğlu, s.244.

⁶⁰ AİHM Pélissier ve Sassi/Fransa Kararı, Başvuru No: 25444/94, K.T:25/3/1999, Prg. 51-54.

çekleştirilmesi için, yargılamanın yürütülmesi sırasında alınan önlemlerin, savunma hakkının yeterince ve tam olarak kullanılması ile uyumlu olması ve bu hakların teorik ve soyut değil, etkili ve pratik olacak şekilde yorumlanması gerekmektedir⁶¹. Ayrıca sanığın duruşmalarda kendini savunmaktan vazgeçmesi hususu çok açık bir şekilde tutanağa geçirilmelidir. Zira, savunma olgusunun adil yargılanma ilkesi içerisinde önemli dikkate alındığında, vazgeçme tereddüde mahal bırakmayacak açıklıkta kayda geçmelidir⁶².

2-) Disiplin Soruşturmalarında Savunma Hakkına Bakış Açısı

AİHM, hakkında bir disiplin yaptırımı uygulanan yargı mensuplarınınca yapılan başvuru dosyalarının kişinin savunmasını hazırlamak için yeterli süre ve imkâna sahip olup olmadığını denetlemektedir. Bu kapsamda disiplin sürecinde kişinin hazır bulunma ve hukuki dinlenme hakkına ilişkin olarak AİHM **Özpınar/Türkiye Kararında** önemli tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme, başvuranın müfettişe ve Kurul'a yazılı savunmasını sunabilmesine karşın, görevden alınma kararı verilmeden önce başvuranın savunmasının ne müfettiş, ne de HSYK tarafından bizzat kendisinden dinlenmemiş olmasını ve özellikle bu süreç sırasında gerçekleşen tek duruşma ve sözlü savunmasının, son safhada yani Kurul'un itirazları inceleme kurulunun toplantısı sırasında yapılmasını ciddi manada endişe verici olarak değerlendirmiştir. Mahkeme ilgili kişinin kendi bakış açısını dile getirebileceği nizalı bir yargılamadan yararlanabilmesi ve ilgili yetkililerin iddialarına karşı çıkabilmesinin adil yargılanma hakkının bir gereği olduğunu vurgulamıştır. AİHS'nin 6. maddesinin 3 (a), (b) ve (d) paragraflarına atıfta bulunan başvuran, ayrıca savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylığa sahip olamadığını, gizli olarak nitelendirilen dosyanın kendisine yasaklandığını ve Kurulun hangi suçlama, delil ya da ifadelere dayanarak karar verdiğini hâlâ bilmediğini, zira gerekçeli kararın kendisine tebliğ edilmediğini savunmakta ve nihayet delillerin toplanması aşamasında kendi lehine olan tanıklıkların dikkate alınıp alınmadığı konusunda şüphelerinin olduğunu beyan etmiştir. Mahkeme 6. madde kapsamındaki bu iddiaları 13. madde kapsamında değerlendirerek hak ihlali vermiştir⁶³.

AİHM, **Barbera, Messeque ve Jabardo/İspanya Kararında** hazırlık soruşturması sırasında toplanmış olan delillerin, sanığın şahsen yer aldığı bir oturumda tartışılmadan kabul edilmesini ihlal gerekçesi yapmıştır. Duruşmada hazır bulunma ve sözlü olarak dinlenme hakkı kapsamında ilgili tarafından sözlü savunma yapma ve karar oturumuna katılma talep edilmiş ise kararı verecek mercii tarafından bu talebin karşılanması için gerekli her türlü tedbirin alınması gerekmektedir⁶⁴.

D-) Hukuki Dinlenme ve Savunma Hakkı Kullandırılmadan Verilen İhraç Kararları

1-) OHAL Süreci ve Verilen İhraç Kararları

Kurul özellikle 2010 Anayasa değişikliği sonrasında disiplin soruşturmalarında yukarıda belirtilen esaslara riayet ederek karar vermekteydi. Ancak 15 Temmuz darbe girişimi sonrası OHAL kararnamelerini gerekçe göstererek savunma imkanı tanımadan yaklaşık

⁶¹ AİHM Ludi/İsviçre Kararı Başvuru No: 12433/86, K.T:15/6/1992 Prg. 49-50; Artico/İtalya Kararı Başvuru No: 6694/74, K.T:13/5/1980 Prg. 33.

⁶² AİHM Colozza/İtalya Kararı, Başvuru No: 9024/80, K.T:12/02/1985.

⁶³ AİHM Özpınar/Türkiye Kararı, Başvuru No: 20999/04, K.T:19/10/2010.

⁶⁴ AİHM Barbera, Messeque ve Jabardo/İspanya Kararı, Başvuru No: 10588/83; 10589/83; 10590/83, K.T:13/06/1994, Prg.61 vd.

4000 hakim ve savcının ihracına karar vermiştir. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulunca 22.7.2016 tarihinde kararlaştırılan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname 23.7.2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuş, "**Yargı mensupları ile bu meslekten sayılanlara ilişkin tedbirler**" başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasında, "**Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunca; Yargıtay daire başkanı ve üyeleri hakkında Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunca; Danıştay daire başkanı ve üyeleri hakkında Danıştay Başkanlık Kurulunca; hakim ve savcılar hakkında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulunca ve Sayıştay meslek mensupları hakkında Sayıştay Başkanının başkanlığında, başkan yardımcıları ile Sayıştay Başkanı tarafından belirlenecek bir daire başkanı ve bir üyeden oluşan komisyonca meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir.**" şeklinde düzenleme yapılmış ve bu Kanun Hükmünde Kararname, 29.10.2016 tarih ve 29872 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile kanunlaşmıştır.

Belirtilen OHAL KHK'sı kapsamında bu süreçte binlerce hakim ve savcının meslekten çıkarılmasına ilişkin karar verme yetkisi kanun yerine bir OHAL KHK'sı ile HSK'nın ilgili dairesinden alınarak HSK Genel Kuruluna verilmiştir. Yine disiplin suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin bir gereği olarak ancak kanunla belirlenebilecek bir disiplin suçu OHAL KHK'sı ile getirilmiştir. Ayrıca 667 sayılı KHK'nın 3. maddesinde savunma hakkını kısıtlayan bir içeriğe sahip olmamasına karşın binlerce yargı mensubu OHAL KHK'sı ile oluşturulan bir disiplin suçu kapsamında yine Kanunla belirlenmeyen bir merci tarafından ve savunma alınmadan ihraç edilmiştir. Burada Anayasa'daki hakim savcı teminatı ve azil yasağı ile bunun gereği olarak 2802 sayılı Kanunda öngörülen teminatlar yok sayılarak meslekten çıkarma kararı verilmiştir. Bu şekilde Anayasa'da yer alan hakim ve savcı teminatı ve azil yasağı ihlal edilmiştir.

OHAL döneminde⁶⁵ Anayasa'ya, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na ve ilgili mevzuata aykırı olarak usule ilişkin işlemlere riayet edilmediği, adil yargılanma hakkının korunmasına yönelik güvencelerin sağlanmadığı, savunma hakkının kullanılmadığı, açığa alma kararlarına yapılan itirazların karara bağlanmadığı, alınan gizlilik kararı ile soruşturma dosyasındaki bilgi ve belgeler paylaşılmadığı gibi disiplin dosyasındaki bilgi ve belgelere de erişime izin verilmediği, bu yöndeki taleplerin karşılıksız bırakıldığı yolundaki iddialar dava dosyalarına yansımıştır.

HSK bu ihraçlarla alakalı açılan davalarda davalı sıfatıyla vermiş olduğu savunmalarda⁶⁶ dava konusu kararların, yargı mensuplarına olağan dönemde uygulanan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ve 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu vb. mevzuat hükümlerine değil Anayasa'nın 120 ve 121. maddeleri ile 2935 sayılı Olağanüstü

⁶⁵ 15.7.2016 günü başlatılan darbe girişimi üzerine; kamu düzeni ve güvenliği açısından Anayasanın 120. maddesi ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu çerçevesinde; Milli Güvenlik Kurulunun Hükûmete olağanüstü hâl ilan edilmesi yönündeki 20.7.2016 tarihli ve 498 sayılı tavsiye kararına üzerine, toplanan Bakanlar Kurulu'nca ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiş, bu karar Türkiye Büyük Millet Meclisinde onaylanarak 21.7.2016 tarihli ve 29777 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁶⁶ Danıştay 5. D., 2016/58016 E., 2019/4157 K., 17/06/2019 T., <http://emsal.danistay.yap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, İET: 15/06/2020.

Hal Kanunu çerçevesinde yürürlüğe konulan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'ne dayanılarak tesis edildiği; bir disiplin cezası değil "göreve son verme" müessesesinin bir örneği olduğu ve bunun adil yargılanma hakkının gereklerine uygun şekilde uygulandığını; davacı hakkında tesis edilen karar ile ilgili olarak kişiselleştirmenin yapılmış olduğunu, hakim ve savcıların ihracı sonrası ihraç kararlarına yönelik yeniden inceleme taleplerinde savunma haklarını kullandıklarını ileri sürmüştür.

Anayasa ve yasalarda adli, idari ve cezai soruşturmalarda öngörülen savunma hakkı, kişinin ceza alamadan önce dosyada kendisine yönelik iddia ve delillere karşı kendi beyanlarını ve delillerini mahkeme veya kurul huzurunda dile getirmesini ifade etmektedir. Dolayısıyla idari veya adli bir karara karşı yapılmış bir itiraz ya da kanun yolu başvurusu savunma olarak kabul edilemez. Nitekim gerek Yargıtay ve gerekse Danıştay tarafından geçmiş uygulamalarında, savunma alınmaması nedeniyle verilen kararların hiç birinde temyiz yoluna yapılan başvurunun savunma yerine geçtiğine ilişkin bir karar verilmemiştir. Görüldüğü üzere "savunma hakkının" verilmiş olabilmesi bakımından kişiye anayasal ve yasal güvencelerin verilmesi ve temel haklarını kullanabilme imkanının tanınması gerekmektedir. Dolayısıyla 2802 sayılı Kanun'un 73 ve 6087 sayılı Kanun'un 33. maddeleri uyarınca yeniden inceleme talebinin savunma olarak kabulü mümkün olmadığı gibi idari işleme karşı kişinin başvurabileceği bir yasa yolunun bu şekilde amacı dışında yorumlanarak hukuksuz işleme gerekçe yapılması hukukun mümkün değildir. Bu noktada Danıştay'ın eski uygulamalarının aksine HSK'nın savunması çerçevesinde bu açık ihlalden dolayı meslekten çıkarma işlemini iptal etmemesi ise ayrı bir hukuki çıkmaz olmuştur.

Anayasa'nın 36 ve AİHS'nin 6. maddelerinde "savunma hakkının kutsallığı" düzenlenmiştir. Aynı hususlar 2802 sayılı Kanun'un disiplin ve soruşturma usulünü düzenleyen hükümlerinde de belirtilmiştir. 2802 sayılı Kanun'un 71. maddesinde belirtilen "**savunma hakkını**" kullandırmadan doğrudan meslekten çıkarma kararı verilemez. Bu noktada, HSK tarafından verilen meslekten çıkarma kararına karşı yapılan "yeni inceleme talebinin", "savunma" olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Aksinin kabulü, savunma hakkı verilmeden ceza verilen sanığın, temyiz talep hakkının bulunmasının ve bu kapsamda verdiği temyiz dilekçesinin savunma hakkını kullanmak olarak kabulü gerekir ki, böyle bir kabulün ne ulusal ne de evrensel hukukta yeri vardır. Ayrıca 667 sayılı OHAL KHK'sinin 3. maddesinde yalnızca meslekten çıkarma kararını verecek mercii belirlenmiş, ancak bu mercinin kararlarını verirken 2802 ve 6087 sayılı kanundaki usul ve esaslardan bağımsız ve keyfi hareket edeceğine dair bir hükme yer verilmemiştir.

Genel kabul ve uygulama bu olmasına karşın Danıştay 667 sayılı KHK kapsamında ihraç edilen bir yargı mensubuna ilişkin vermiş olduğu kararda geçmiş karar ve uygulamalarından vazgeçerek savunma alınmadan verilmiş olan ihraç kararını hukuka uygun kabul etmiştir. Danıştay 5. Dairesi ilgili Kararında "*...Hakimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu tarafından yargı mensuplarının meslekte kalmasının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmasına ilişkin kararlar tesis edilirken ilgililere haklarındaki tespitler bildirilmek suretiyle karşı beyanda bulunma imkânı tanınmamış ise de AİHS'nin 15. maddesi hükmü uyarınca ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikeye karşı ivedi şekilde tedbir almak zorunluluğu çerçevesinde durumun gerektirdiği ölçüde kabul edilebilecek nitelikte olan bu hususun, yargılama aşamasında, hakkındaki tespitler bildirilerek ilgililerin bu tespitlere karşı beyanlarının alınması suretiyle giderilmesinin mümkün olduğu değerlendirilmiştir...*"⁶⁷ şeklinde

⁶⁷ Danıştay 5. D., 2016/58016 E., 2019/4157 K., 17/06/2019 T., <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, İET: 15/06/2020.

gerekçeye yer vermiştir. Darbeyle alakası olmayan ve sadece örgüt üyeliği suçlamasıyla yargılanan bir yargı mensubu bakımından “ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikeye karşı ivedi şekilde tedbir almak zorunluluğu çerçevesinde” denilmek suretiyle adil yargılanma hakkının vazgeçilmez unsuru olan savunma hakkından yoksun bırakılmasının meşru gösterilmesi hukuken kabul edilebilecek bir durum değildir.

Yine ilgili kararda “...*Bu kapsamda, davalı idare tarafından dava konusu kararların gerekçesi olarak yargılama safahatında dava dosyasına sunulan tüm bilgi ve belgeler davacıya tebliğ edilmiş ve bu bilgi ve belgelere karşı etkin bir şekilde beyanda bulunma imkânı tanınmıştır...*” şeklindeki tespitte AİHS’nin 6. maddesi kapsamında hatalıdır. Zira Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında bilgi ve belgelere erişim hakkı kişinin etkin bir savunma yapabilmesi bakımından savunmasından önce kullandırılması gereken bir haktır. Ancak HSK dosya içeriğinde tebliğ ettiği belgeleri dava konusu meslekten çıkarma işleminden sonra göndermiş ve davacı bunları ancak dava aşamasında inceleyip beyanda bulunabilmiştir. Dolayısıyla Sözleşme’nin 6. maddesine aykırı olarak savunma hakkı tanınmadığı gibi savunmayı hazırlayacak bilgi ve belgeler de meslekten çıkarma kararına karşı idari dava açıldıktan sonra davacıya verilmiş olması nedeniyle Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği açıktır.

2-) Uluslararası Raporlarda Dile Getirilen Eleştiriler

667 sayılı KHK’nın 3. maddesinde ihraç konusunda HSK Genel Kuruluna yetki verilmiş olmasına ve savunma hakkını kısıtlayan bir içeriğe sahip olmamasına karşın binlerce yargı mensubunun bu hükme istinaden savunma alınmadan ihraç edilmesi nedeniyle HSK, ulusal ve uluslararası düzeyde eleştirilerin hedefi olmuştur.

Nitekim Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporunda, yargının işleyişini konu edindiği kısımda yargının işleyişine ilişkin ciddi bir gerileme yaşandığı vurgulanmıştır. Bu kapsamda 2016 darbe girişiminin ardından hakim ve savcıların % 30’unun ihraç edilmesi ve görevden el çektilmesi neticesinde Türk yargısının bağımsızlığının oldukça zarar gördüğü; söz konusu ihraçların, yargı genelinde caydırıcı bir etki yarattığı ve hakim ve savcılar arasında yaygın bir oto sansür riskini de beraberinde getirmiş olduğu; yargının bağımsızlığını temin eden yasal güvencelerin yeniden tesis edilmesine yönelik herhangi bir tedbir alınmamış olduğu belirtilmiştir. Disiplin prosedürlerine yönelik eleştirilerin ağırlık kazandığı Raporda 15 Temmuz darbe girişimi sonrası verilen ihraç kararlarında hakim ve savcılarının savunmalarının alınmamış olması eleştiri ve endişe sebebi olarak belirtilmiştir. Bu noktada söz konusu süreçlerde, usuli haklar da dâhil, özellikle masumiyet karinesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği, hukuki kesinlik, savunma hakkı, adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ve etkili itiraz hakkı gibi temel hakların tam olarak gözetilmesi noktasında gerekli düzenleme ve değişikliklerin yapılması gerektiği belirtilmiştir⁶⁸.

Venedik Komisyonu’ da “ 15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 ilâ 676 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükümünde Kararnameleri Hakkında Görüş” yazısında OHAL sürecinde 667 Sayılı Kanun Hükümünde Kararname’nin 3. maddesi kapsamında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay üyeleri ile ilk derece hakim ve savcılarının görevden alınması ve ihraç süreçlerinde işletilen yöntemi eleştiri ve endişe nedeni olarak belirtmiştir. Komisyona göre, bir hakimin görevden alınmasını emreden her bir kararın, bireye özgü alınması ve gerekçelendirilmesi, gerçekliği kanıtlanabilir delillere dayalı olması ve HSK nezdindeki prosedürde en azından asgari kanuni usullere uyulması gerekti-

⁶⁸ Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporu, s.30

ğine vurgu yapmak suretiyle savunma alınmadan yapılan ihraçlara yönelik ağır eleştiriler getirmiştir⁶⁹.

IV-) SONUÇ

Hakim ve savcı disiplin soruşturmalarının, yargının bağımsızlığına ve hakimlik teminatına zarar vermeden yürütülebilmesi bakımından bu esaslar üzerine kurulmuş olan Hakimler ve Savcılar Kurulunun bağımsız ve tarafsız hareket etmesi ve adil bir soruşturma süreci yürütmesi gerekmektedir. Adil bir soruşturma sürecinin temel gereklerinden biri de disiplin soruşturmasına tabi tutulan hakim ve savcının hukuki dinlenme ve savunma hakkına ve bu hakkın gerektirdiği güvencelere uygun hareket edilmesidir. Zaten disiplin sürecinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerektirdiği tüm usuli hak ve güvencelerin sağlanması gerektiğinden hukuki dinlenme ve savunma hakkının kullanılmış olması da AİHM'in disiplin soruşturmaları bakımından aradığı temel koşullardandır.

AİHM, hakkında bir disiplin yaptırımı uygulanan yargı mensuplarının yapılan başvuru dosyalarında hukuki dinlenme ve savunma hakkı kapsamında; yargı mensubunun; hakkındaki itham ve iddialar konusunda tam ve zamanında haberdar edilip edilmediği; savunmasını hazırlamak için yeterli süre ve imkâna sahip olup olmadığı; dosyaya erişim hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı; çelişmeli bir yargılamanın gerektirdiği; tanık dinletme, iddia makamının tanıklarını sorguya çekme, bilirkişi incelemesi talep etme gibi hakların tanınıp tanınmadığı gibi adil yargılanma hakkından kaynaklı kriterleri dikkate alarak inceleme ve değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Kişinin işlediği iddia edilen eylemlerinin karşılığında haklılığını ortaya koyabilecek disiplin suçunu işlemediğini kanıtlayacak, eylemlerinin karşılığında verilen cezaların eylemle örtüşmediğini ispatlayacak savunma hakkından yoksun bırakılmış olması adil yargılanma hakkının ihlali olacaktır. Dolayısıyla disiplin cezaları ile ilgili olarak savunma hakkı kullanılmadan disiplin cezası verilmesi hukuken olanaklı olmadığı gibi; savunma hakkının hukuka uygun şekilde kullanılabilmesi için de, ilgili kamu görevlisinin hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandığı delilleri, üzerine atılı fillerin hukuki nitelendirmesini ve önerilen disiplin cezasını bilmesi gerekmektedir. Bu nedenle savunma istem yazısının Danıştay kararlarında vurgulandığı üzere savunmayı etkin kullanmaya imkan verecek şekilde ayrıntılı ve açık olmalıdır. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğü kapsamında savunma hakkının kullanılması amacıyla düzenlenen davet yazısında ilgiliye disiplin suçuna konu olan eylemin ne olduğu, zamanı ve yer bilgisi ile bu eylemin sübutuna dair bütün bilgi, belge ve delillerin tam ve net olarak bildirilmesi gerekmektedir.

Adil yargılanma hakkına uygun bir savunma hakkının kullanılabilmesi bakımından savunma alınmadan önce disiplin soruşturmasıyla ilgili tüm hukuki delillerin toplanması ve soruşturmanın tamamlanması gerekmektedir. Hakim ve savcılar hakkında soruşturma izni verilmeden savunmaları alınmadığına göre soruşturma izni kararının verilebilmesi bakımından da iddia olunan eylemle ilişkin bütün delillerin bu karar öncesi toplanmış olması gerekmektedir. Soruşturma izni kararı sonrası hakim ve savcının savunmasını vermesinden sonra savunmasında belirttiği diğer delillerin de soruşturma sürecinde toplanması gerekir.

⁶⁹ “15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 ilâ 676 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Görüş”, <http://www.ankarabaru.org.tr/siteler/ankarabaru/tekmakale/2017-3/13.pdf>, İET: 24/11/2019

Aynı şekilde hakim ve savcının savunması alındıktan sonra dosyaya giren bilgi, belge ve raporlarında ilgisine tebliği ve buna ilişkin görüşlerinin alınması gerekir.

Ceza yargılamasında olduğu gibi disiplin yargılamasında da ilgilinin savunmasının hukuka uygun yöntemlerle alınması gerekmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesinde belirtilen ifade alma ve sorguda yasaklanan usuller disiplin yargılaması bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla disiplin soruşturmalarında, soruşturulan kamu görevlisinin veya ifade veren tanıkların, ifadelerinin alınması sırasında, soruşturmayı yürüten müfettiş veya muhakkik ya da disiplin konusunda karar verecek Kurul üyeleri tarafından aldatıcı beyanlarda bulunulması, hukuka aykırı vaatlerde bulunulması, kötü davranışlar sergilenmesi, cebir ve tehdit teşkil edecek eylemlerde bulunulması veya sözler sarf edilmesi, ifadesi alınanlara ilaç verilmesi gibi hallerde alınan ifadeler hukuka aykırı hale gelecektir. İfade almada olduğu gibi soruşturmaya ilişkin delillerin toplanması sırasında da hukuka aykırı yöntem ve usullere başvurulmaması gerekir.

Anayasa ve yasalarda adli, idari ve cezai soruşturmalarda öngörülen savunma hakkı, kişinin ceza alamadan önce dosyada kendisine yönelik iddia ve delillere karşı kendi beyanlarını ve delillerini mahkeme veya kurul huzurunda dile getirmesini ifade etmektedir. Görüldüğü üzere "savunma hakkının" verilmiş olabilmesi bakımından karar verilmeden önce kişiye anayasal ve yasal güvencelerin verilmesi ve temel haklarını kullanabilme imkanının tanınması gerekmektedir. Dolayısıyla 2802 sayılı Kanun'un 73 ve 6087 sayılı Kanun'un 33. maddeleri uyarınca yeniden inceleme talebinin savunma olarak kabulü mümkün olmadığı gibi idari işleme karşı kişinin başvurabileceği bir yasa yolunun bu şekilde amacı dışında yorumlanarak "savunma" olarak kabulü hukuken mümkün değildir. Bu noktada, Danıştay ve HSK tarafından OHAL sürecinde verilen meslekten çıkarma kararlarına karşı yapılan "yeniden inceleme talebinin", "savunma" olarak değerlendirilmesi hukuka aykırı bir uygulamadır.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin: Yönetim Önünde Savunma Hakları, TODAİE Yayınları, Ankara 1983.

BAŞ, Eylem: Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2016, s.265-360.

BOZ, Selman Sacit: Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017, s.15-41.

ÇEBİ BUĞDAYCI, Melike Özge: İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı, Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, Yıl:2016, s.25-46.

ERCAN, İsmail: Hâkim ve Savcılarının Disiplin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s.71-72.

FİŞ ÜSTÜN, Gül: Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Yıl: 2018, s.17-35.

GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2017.

İNCEOĞLU, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

KAYA, Cemil: Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 38, Sayı: 2, Yıl: 2005, s.15-41.

KURT, Hayrettin: İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, S. 1, s.131-178*.

MURATOĞLU, Tahir: Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 30-31, Yıl: 2014, s.77-147.

ŞEN, Mahmut: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hâkim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları, *TBB Dergisi*, Sayı: 121, Yıl: 2015, s.17-66.

TANRIVER, Suha: Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 53, Yıl: 2004, s.191-215.

ULUSOY, Ali D.: İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

^{4f}HUKUK FENOMENOLOJİSİ BAKIMINDAN APRİORİ TEMELLER SORUNU

(Adolf Reinach'ta Apriori Kavramı)

(THE PROBLEM OF APRIORI FOUNDATIONS IN TERMS OF LEGAL PHENOMENOLOGY
(The Concept of Apriori in Adolf Reinach))

Dr. Melike Belkıs AYDIN* **

ÖZ

Bir kriz dönemi felsefesi olarak Edmund Husserl fenomenolojisi “şeylerin kendisi”ne dönerek felsefeyi kesin bir bilim haline getirebileceğini düşünmektedir. Husserl düşüncesinin hukuktaki yansıması olarak Adolf Reinach hukuksal kavramları kendileri yapan apriorilerin izini sürmüştür. Fenomenolojik hukuk yaklaşımı, hukukun kendisinin ve hukuksal olguların özünü anlayarak hukukun neliğini tespit etmeye çabalamıştır. Temel sorun olarak da apriori ve öz kavramlarını almıştır. Reinach hukuksal apriorilerin insanların zihninde tanınma, bilinme gereksinimi olmadığını, hukukun bu yapıları yaratmadığını aksine ancak keşfettiğini ifade etmiştir. Hukukun apriorileri matematiksel kurallar gibi zorunlu olarak işlemektedirler. Hukuk fenomenolojisi hukukun zorunlu temellerini bulma arayışıyla hukukun genel teorisinden de Yeni Kantçılık'tan da doğal hukuk düşüncesinden de ayrılmaktadır. Fenomenolojik hukuk yaklaşımı hukuk düşüncesinde aprioriyi kavrayışı ve hukuku temellendirishi bakımından önemli bir yer tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Husserl, Reinach, fenomenolojik hukuk, hukukun apriori temelleri

ABSTRACT

As a crisis epoch philosopher, Edmund Husserl believes that phenomenology can turn into a definitive philosophy into a definitive science by turning to "things themselves". As a reflection of Husserl's thought in law, Adolf Reinach traced the apriori who made legal concepts themselves. The phenomenological approach to law has sought to determine what the law is by understanding the essence of the law itself and legal facts. He also took the concepts of apriori and essence as the main problem. Reinach stated that legal apriori do not need to be recognized or known in people's minds, and that the law does not create these structures, but rather discovers them. The apriorists of the law operate by necessity like mathematical rules. The phenomenology of law differs from the general theory of law, Neo-Kantianism and natural law thought in its quest to find the necessary foundations of law. The phenomenological approach to law should be remembered again in terms of his understanding of Apriori and foundation of law in legal thought.

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 16.04.2021 İlk hakem raporu tarihi: 26.04.2021 İkinci hakem raporu tarihi: 19.05.2021 Onaylanma tarihi: 20.05.2021

* Türkiye Felsefe Kurumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003- 3509-402X

Eserle Atıf Şekli: Melike Belkıs Aydın, "Hukuk Fenomenolojisi Bakımından Apriori Temeller Sorunu (Adolf Reinach'ta Apriori Kavramı)", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 1525-1538.

Keywords: Husserl, Reinach, phenomenological law, apriori foundations of law

I. GİRİŞ

Felsefede apriori meselesi öncelikle epistemolojiye ait bir meseledir. Bu sorun, felsefede özne ile nesnenin ilişkisinde nesnenin doğru bilgisinin nasıl edinileceği, nesnenin öznenin bilişini nasıl biçimlendireceği ile ilgili bir sorundur. Husserl fenomenolojisi ise apriorilere içerik de kazandıracak bir yöntem kurmaya çalışmaktadır. Doğru ve kesin bilgi sahibi olabilmek için nesnenin bizzat kendisine giderek ve felsefeyi de bu sayede bir kesin bilim düzeyine taşıyarak fenomenolojisini inşa etmiştir².

Apriori kavrama, insanda varlığın her çeşit kanunluluğunun bilgisine varmak olarak tanımlanmıştır³. İnsanın doğayla kurmuş olduğu bağdan edindiği bilme yetisi olarak apriori kavramayı deneyimden ayrı olarak değerlendirmek yanlış olacaktır. Çünkü bilen özne olarak insandan bildiği nesnenin bilgisi, nesne ile kurduğu ilişki anlamında deneyimden soyutlanamaz. Bilginin deneyimle biçimlenmesi ama zihinde oluşması onun salt bir akıl sorunu olmasından çok daha fazlasıdır. Dolayısıyla apriori bilginin ortaya çıkması sadece bir rasyo sorunu olarak ele alınırsa eksik kalır.

Aslında apriori bilgi meselesi, insanın dünya ile kurduğu ilişkisini sağlam bir temele oturtmak istemesi gibi son derece somut ve yalın bir ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır⁴. Tarihsel süreçte felsefe gündemi bağlamında apriori bilgi sorunu özne ile nesne arasındaki bilme ilişkisi olarak okunmalıdır. Kısaca ifade etmek gerekirse epistemoloji ile ontolojiyi aslında birlikte ilgilendiren bu sorunu modern felsefe açısından Descartes ile başlatmak yanlış olmayacaktır. Descartes bilen özne ile bilinen nesne arasında kesin bir ayrımı düşünen zihin üzerinden tanımlayarak kendisinden önce gelen tanrısal tözün nesnelere dünyasını insan için bilinir kıldığı ontoloji ve epistemolojiyi kökünden değiştirmiş, özne ile nesneyi birbirinden ayırmıştır⁵. Duyuları yanıltıcı olarak gördüğü için felsefesinin dışında bırakan Descartes bakımından bilginin edinilişi havada bırakılmaktadır⁶.

Kartezyen düşüncenin açtığı bu yarık nesnelere bilinebilirliğinin mümkün olup olmadığını tartışılır kılmıştır. Kant bu yarığı nomen ve fenomen ayrımı yaparak nesnelere bilinebilirliğini hem sağlayan hem de biçimlendirerek aslında bir yandan da kısıtlayan aklın kategorilerini tasnif ederek onarmaya çalışmıştır. Oysa bu pek mümkün olmamış, nesne ve özne arasındaki sorun bir yanıyla devam etmiştir. Bu bağlamda Edmund Husserl fenomenolojisi “şeylerin kendisine” (zu den Sachen selbst) şiarıyla nesnelere bize nasıl görünüyorsa öyle ele almayı ve bilinci ise nesnelere ve dünyayı anlamlandırmamızın bütünü olarak ele almayı önermiştir⁷. Fakat Husserl'in bu bağlamda Platoncu bir idealizmden ayrılan yanını belirtmek de gerekmektedir. Husserl'de nesnelere bilince içkinen Platon'da nesnelere bilin-

² HUSSERL Edmund, Kesin Bir Bilim Felsefe, Türkiye Felsefe Kurumu, (çev. Abdullah Kaygı), s. 11.

³ NUTKU Uluğ, Yeni Çağ Felsefesinde Apriori Problemi, Doğubatu, Ankara, 2016, s. 9.

⁴ SÖZER Önay: Felsefenin ABC'si, Say Yayınları, İstanbul, 2014, s. 53.

⁵ SÖZER, s. 70.

⁶ NUTKU, s. 21.

⁷ SÖZER, s. 72, elbette Husserl'in bu çabasını değerlendirirken hocası Frantz Brentano'nun bilincin daima bir şeyin bilinci olduğu ifadesini de anımsamak gerekmektedir; ÖZBİLGİN, Tarık. "Hukukun Fenomenolojisi" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 45.1-4 (1979): ss. 617-641, s. 634.

cin dışındadır. Husserl bilinçte ortaya çıkan nesnelerin bilgisinin ideal olarak belirışinden söz etmektedir⁸.

Bu çalışmada öncelikle Husserl fenomenolojisinin temel sorunu ve arayışı olarak apriori bilgi konusu değerlendirilecektir. Husserl fenomenolojisi, onu hukuk fenomenolojisine taşıyan kısmıyla ele alınacaktır. Yoksa bütünüyle Husserl'in bir değerlendirmesi bu makalenin sınırlarını fazlasıyla aşmaktadır. Makalede ardından Husserl'in takipçisi Adolf Reinach, Edith Stein gibi Alman düşün dünyasındaki hukuk fenomenologlarında apriori sorunu, hukuksal yapı kavramları ele alınacaktır. Fenomenolojik hukuk düşüncesi apriori sorunu odağında değerlendirilmeye girişileceğinden makalenin araştırma alanı da bu odakla kısıtlı tutulmuştur. Bütün bir fenomenoloji geleneği ele alınmadığı gibi hukuk fenomenolojisini de bütünüyle ele almak bir makalenin sınırlarını aşacaktır. Hukuk düşüncesindeki bugünün temel kavramlarını, tartışmalarını, krizlerini takip edebilmek için değişmez aslı bir öz arayışındaki fenomenoloji geleneğini anlayabilmek öznel yargılarımızla uyumuna da gereklidir. Kavramları anlamlandırmak için gerekirse değilleyerek de olsa düşünsel yaklaşımlarla hesaplaşmak zorunludur.

II. FELSEFEDE SAĞIN BİLGİ ARAYIŞI OLARAK HUSSERL FENOMENOLOJİSİ

20. yüzyıl felsefesini derinden etkileyen ve Heidegger, Gadamer gibi felsefecilerin hocalığını yapmış olan Edmund Husserl, fenomenolojiyi epistemoloji ve ontolojinin yeniden kurulmasında sağın bilgiyi tesis edecek bir yöntem olarak görmüştür. “Zu den Sachen Selbst” (şeylerin kendisine) dönerek şeylerin kesin ve sağın bilgisine ulaşmak Husserl için matematikteki gibi felsefe için de olanaklı hale getirilebilir. Bilindiği üzere matematikten felsefeye geçmiş olan Husserl, felsefenin de matematik gibi kesin ve sağın bilgiye ulaşmanın bir yolu olduğunu ortaya koymak istemektedir. Bu bağlamda Husserl'in temel kaygısının ve felsefe gündemini meşgul ettiğini düşündüğü sorunun felsefenin dönemin yükselen fen bilimleri karşısındaki geçerliliğini ve meşruiyetini yeniden tesis etmek, felsefenin bir tür içeriğinden arındırılmış söz sanatına dönüşme tehlikesine karşı çıkmak olduğu saptaması yerinde olacaktır. Bu çabayı felsefeye yitirmeye yüz tuttuğu itibarını geri kazandırma olarak tanımlamak onun fenomenolojideki ısrarını anlamakta yerinde olacaktır. Husserl'e göre felsefe, 20 yüzyılın eşliğinde, birçok işlevini yitireceği bir noktadadır, epistemoloji bakımından felsefenin görevini fen bilimleri çoktan devralmıştır⁹. Felsefe ise şeylerin ne olduklarının sağın bilgisine ulaşmaktan mahrum değildir. Husserl'e göre bu ancak fenomenolojik yöntem sayesinde mümkün olacaktır. Husserl'in fenomenolojisi “şeylerin kendisi”ne gidebilmenin yöntemini verili olanın bilgisine erişmek amacıyla ortaya koyarken “eşyanın tabiatı”na atıf vermektedir. Husserl düşüncesindeki bu “verililik” (Gegebenheit) daima aslında

⁸ SÖZER, s. 73.

⁹ HUSSERL, Edmund: Avrupa İnsanlığının Krizi ve Felsefe, (çev.) Ayça Sabuncuoğlu ve Önay Sözer, AFA Felsefe Yazarları Ansiklopedisi, İstanbul, 1994, s. 36; Felsefenin işlevi ve önemi konusunda refleksiyonu, yani kendisi üzerine düşünme anlamında meta felsefe birikimi 21. Yy.da da benzer sorularla ve sorunlarla muhatap olmaktadır; sözgelimi Richard Dawkins'in 2011 yılındaki The Grand Design'daki konuşmasında felsefenin bilimde ama özellikle de fizikteki gelişmeler dolayısıyla öldüğünü ilan etmiştir, dolayısıyla felsefede ontolojinin gerekliliği üzerine belki de Heidegger'in yıllar önce gündeme getirdiği soru anlam kazanmaktadır. Elbette felsefenin kendi geçmişi ve konumu üzerinde yeniden ve sürekli düşünmesi bu döneme özgü değildir, ancak Aristoteles felsefesinin ilgi alanlarının ve düşünürün sıfatlarının genişliği ile bugünkü felsefeye kalan ya da bırakılan pay karşılaştırılınca yeniden bir sorgulanma da yanlış olmayacaktır.

eşyanın tabiatı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla Husserl düşüncesi pozitivisttir, ancak kaba anlamda, yalnızca duyu ile algılanabilen, kavranabilen olguları konu edinmemektedir

Husserl'in sistemi, şeylerin kendilerine (zu den Sachen selbst) gidilerek şeylerin üzerinde onların bilgisini perdeleyen anlam yüklerinden arındırılmasını ve onların kesin bilgilerinin kavranabilmelerini amaçlamaktadır. Bu bakımdan da Husserl'in fenomenolojisi, bir zihin felsefesi olarak tanımlanmaktadır. Zihin felsefesi ile kast edilen Kantçı anlamda zihnin apriori kategorilerinin yapısını değil, şeylerin kendi özlerine inerek onların içeriklendirilmesini önermektedir. Sözgelimi bu nedenle takipçilerinin de kurdukları fenomenolojide öz (Wesen) araştırmasına girmiş olmaları tutarlı bir çabadır¹⁰. Yeni Kantçı yaklaşım bakımından gerçeklik, zihinsel dönüşümün belirli kriterlere göre biçimlendiği bir süreç olarak tanımlanmalıdır. Bu zihinsel dönüşümün temel şartları ise zihnin kendisinde bulunmaktadır. Bu bakımdan Kantçı ve onun takipçisi olarak Yeni Kantçı düşünceyi içeriklere değil, araçları konu edinen bir transendental felsefe olarak değerlendirmek doğru olacaktır¹¹.

Husserl için de fenomenoloji bir toplumsal yapıya ilişkin bir kriz ile gündeme gelmiştir, yani Husserl'in çabası ve niyeti sadece felsefenin kendi meşruiyetin yeniden tesis edebilmekle sınırlı değildir¹². Tin bilimlerinin kendi meşruiyetlerine ilişkin bunalımına güncel bir yanıt ararken aynı zamanda Avrupa'nın da içinde bulunduğu toplumsal krizlerin bu yordamla yeniden çözümlenebileceğini ummuştur. Her ne kadar felsefe gündemini kronolojik sıra içinde ya da güncel sorunlara reaktif yanıtlar olarak değerlendirilmemeliyse de Husserl fenomenolojisi yirminci yüzyıl başında çağın krizine karşılık gelen bir dönemde inşa edilmiştir¹³. Şu halde bir kriz dönemi felsefesi demek yanlış bir saptama olmayacaktır. Yirminci yüzyıl başı Birinci Dünya Savaşı sonrası Avrupa'da felsefenin gerekliliğinin, görevinin ve işlevinin insanlığın geleceği bakımından ciddi bir krizi ile yüz yüze gelinmiştir¹⁴. Avrupa'nın krizini en kaba tabirle, somut ve tarihsel koşullarıyla Birinci Dünya Savaşı'nın sonrasında ve İkinci Dünya Savaşı'nın eşliğinde bulunmak olarak anlamak mümkündür (Çalışmanın sınırlarını aşacağından ekonomi-politik ya da tarihsel analize girilmeyecek, konu felsefe bağlamında sürdürülecektir). Felsefi anlamda Husserl, Avrupa insanına eski Grek düşüncesine dek geri götürülebilecek rasyonalizm anlayışının, işaret ettiği krize neden olduğuna değinmektedir¹⁵.

Fenomenoloji Husserl'in tanımladığı biçimiyle "şeylerin kendisine" gitmek, zihnin şeyleri dışarıdaki çeşitli saptırmalardan, algı biçimlendirmelerinden arı bir biçimde "oldukları gibi" görmelerinin yöntemidir. Öyleyse Husserl fenomenolojisi, şeylerde değişmez bir bilinebilirlik olduğunu ve insanın da bunu bilebileceğini savunmaktadır. Dolayısıyla da bilginin olanaklılığının, bilinebilirliğinin kabul edilmesinden öte, şeylerin sabit kalan ve tarihsel bakımdan da değişmeyen bir kendiliklerinin, özlerinin olduğunu ve fenomenoloji ile bulunabileceğini ortaya koymaktadır. Husserl'in fenomenolojisi felsefede bir kesinlik ve sağlamlık arayışıdır. "Ayraca alma" da salt ve içkin yaşantının özgür bırakılması için gerçek

¹⁰ PURNHAGEN Kai P.: Grundlagen der Rechtsphänomenologie, JURA Heft 9/2009, s. 662.

¹¹ LARENZ, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin: Springer-Verlag, 1991, s. 114.

¹² HUSSERL, Avrupa, s. 32.

¹³ HUSSERL, Avrupa, s. 27.

¹⁴ HOŞGÖR, Kubilay: Davos Tartışması: Cassirer ve Heidegger, Felsefe Diyalogları, Sentez Yayınları, İstanbul, 2016, s. 289, Avrupa'nın yaşadığı krizin sorumlusunu Heidegger de Husserl gibi Aydınlanmacı akıl olarak görmüştür.

¹⁵ HOŞGÖR, s. 287, Avrupalılar iyimser bir istikrar düşüncesiyle yaklaşmakta olan savaşın işaretlerini görebilmekten mahrum kalmışlardır.

nesneyle ilgili yaşantının askıya alındığı bir yöntemsel işlemdir¹⁶. Ancak bu yöntem nesneye dışsal ve konuya dışarıdan uygulanan bir şey değildir¹⁷. Husserl'in felsefesi, genel niteliği bakımından bir zihin felsefesi olması bakımından *transcendental*, yani içerikleri değil araçları ele alan bir yöntem ortaya koymaktadır. Fakat bu *transcendental* olma hali Husserl'de Kant'takinden ayrı konumlandığı dikkatten kaçmamalıdır; şöyle ki Husserl şeylerin özlerinin aranişının öznel deneyimle doğrulanabilir yanlışılanabilir bir içeriklendirmeye tabi tutulabileceğini savunmaktadır¹⁸. Yani Husserl'in fenomenolojisinde kavramlar deneyime uygulanmamakta, bizzat deneyimin kendisinden kavramlar kazanılmaktadır¹⁹. Oysa Kant'ta *transcendental* bilincin oluşumunda apriori kategoriler zaten içerilmiş haldedir ve Kant şeylerin özlerini ortaya koymak çabasında değildir²⁰.

Husserl'in öğrencisi Heidegger, fenomenolojiyi "kendini gösteren şeyin kendisi aracılığıyla görünür hale getirilmesi" olarak tarif etmektedir. Bir ontolog olarak filozof da, kendilerini fenomenlerde açığa vuran varlığın özelliklerini ve evrensel yapılarını görmeye çalışmaktadır. Öyleyse fenomenoloji Heidegger için de Husserl için olduğu gibi birtakım değişmez sabitler, her krizde, savrulmada, çatışmada, tarihsel çalkalanmada, kültürel birikim ve değişimde aynı olacak sabit kalacak zihnin ilişki kurup anlayacağı bileceği bir değişmezlik, ve evrensellikler yani tarihsellikten, kültürelikten, dilden etkilenmeden kendini sunan yine bir değişmezlik, bir aprioriler bilgisi alanıdır.

Apriori ve aposteriori sorunu felsefede Kant ile açık biçimde tanımlanarak ortaya koyulmuştur. Apriorik bilgi zihinde deneyim ve duyu öncesinde oluşan hatta duyunun biçimlendirilmesini sağlayan mutlaklık, daimilik ve zorunluluk niteliklerine sahiptir. Husserl tarafından, indirgeme yöntemi ile varolanın gerçekliğinin ayraç içine alınarak bir öz ontolojisi kurulmaya çalışılmıştır²¹. Bu durumda ayraç dışında kalana da 'salt öz' denmektedir. Salt özün bulunduğu alan gerçekliğin dışarda tutulduğu bir öz alanıdır. Husserl'de özlere, biçim ve form sorununun ötesine geçerek bir içerik sorunu haline gelmektedir. Bu içeriğin elde edilmesi de indirgeme (reduktion) ile epoche (ayraca alma) yöntemleriyle gerçekleştirilmektedir. Husserl'in indirgeme yöntemi bir değil birden çoktur. Bu indirgeme yöntemleriyle bilgi alanına göre de bir bölgesel ontolojilere (regionale ontologie) önermiştir.

Husserl'in belirttiği gibi bilinç daima kendi dışındaki bir şeylerin bilincidir, bir şeye yönelir. Bu yaklaşım işte insan davranışının basit bir nedensellik içermediğine, nedenselliği aşan yönelimsellik anlamındaki niyetli eylemine işaret eder²². İnsanın eylemleri bilinçli

¹⁶ HUSSERL, Avrupa, s. 17, Önay Sözer çeviriye yazdığı son derece derinlikli ve aydınlatıcı önsözünde bu *reduktion*'u dünyanın uzamlı-zamanlı varlığının bilincin için alanına geri götürülmesi olarak tanımlamaktadır.

¹⁷ HUSSERL, Avrupa, s. 9.

¹⁸ PURNHAGEN, s. 663, yazarın sunduğu basit bir örnekle sözelimi, ağacın özünü bir köke sahip olması olarak tanımlarsak, o zaman bir lamba direğini ağaç sanan bir adamın sanısı lamba direğinin kökleri olmadığı için yanlışılanabilecektir.

¹⁹ ÖZLEM Doğan: Mantık, Notos Kitap, İstanbul, 2015, s. 372, Doğan Özlem de, Husserl'in daha sonra psikolijizme vardığını fark ettiği için vazgeçtiği tezini bu noktadan kalkarak inşa ettiğini, Husserl'in mantığın ilkelerinin de duyusal olarak bulunabildiğini ileri sürdüğüne değinmiştir. Husserl daha sonra bu tezini terk etmiştir.

²⁰ ÖZLEM, s. 373.

²¹ MENGÜŞOĞLU Takiyettin: Felsefeye Giriş, Doğubatu Yayınları, Ankara, 2013, s. 175, yazar Husserl ontolojisini eski ve yeni ontolojiden apayrı bir yere taşımaktadır.

²² ÖKTEM, Niyazi: Fenomenoloji ve Hukuk (Hukukun Özü Sorunu), Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1982, s. 30-31.

olduğu gibi amaca yöneliktir, niyetlidir²³. Bilinç bu bakımdan öznesinin kendisine yönelimiyle kurulmaktadır. Nesne ancak öznenin yönelimi dolayısıyla nesne haline gelebildiğinden Husserl fenomenolojisinde nesneye yönelen öznenin zihniyle sınırlanmışlık ve sübjektiflik riskini taşımaktadır. Nesnenin kendi hakikati kendisini görünür kılmamaktadır.

Oysa Husserl'in yönelimselliğe yüklediği kurucu işlev bakımından öğrencisi Heidegger ile karşılaştırılması daha doğru anlaşılmasını sağlayacaktır. Heidegger, için özne, nesnenin kendisini hermeneutik yoluyla açık etmesi sayesinde anlamaktadır²⁴.

III. HUKUKA FENOMENOLOJİK YAKLAŞIM

Fenomenolojinin hukuk felsefesi geleneğine kendi adıyla girişi Husserl'in öğrencisi hukuk felsefecisi Adolf Reinach'ın yapıtlarıyla olmuştur. Reinach, felsefe sürecinde Husserl düşüncesinden yoğun olarak etkilenmiştir, ayrıca fenomenoloji hareketinin kökeninde belirleyici etkisi olan Lipps çevresi içinde yer almıştır²⁵. Reinach'ın ardından hukuk fenomenolojisi alanında takip eden isimler olarak Edith Stein, Wilhelm Schapp, Dietrich von Hildebrand sayılmaktadır. Reinach, hukuk fenomenolojisini 1913 yılında yayınladığı "Apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts" adlı yapıtıyla ortaya koymuştur. Reinach fenomenoloji ile hukuku birlikte bir disiplin olarak ele alan ilk düşünürdür.

Hukuk fenomenolojisinin tartışmaya açtığı sorular, hukuk kavramının tanımı, hukukun geçerliliğinin gerekçesi, hukuk normlarının nereden neşet ettiği, hukuk normları ile başkaca sosyal normların ne ilişkisinin olduğu, hukuk ile adalet ilişkisinin anlamının ne olduğu gibi hukuk felsefesi ile kesişim kümesinde olan ortak sorulardır²⁶. Hukukun ne olduğu sorunu onu öteki fenomenlerden ayıran ve onun biricikliğini ortaya koyan niteliklerinin tanımlanmasını, hukukun *essentia* demek olan özünün, doğasının serimlenmesi demektir²⁷.

Fenomenolojik hukuk teorisinin temsilcileri, her hukuksal gerçekliğe özgü özlerin ve kendinde (an sich) hukuksal olguların fenomenolojik analiz sayesinde ortaya çıkarılabileceklerini savunmaktadır. Böylece de yalnızca fenomenolojik yöntemle hukuksal öz ilişkilere dair bir içgörü sağlayabileceklerdir. Poulantzas hukuk fenomenologlarını tanımlarken "... bir nesneye herhangi bir yaklaşım için önsel koşullar varsa; bir özne tarafından, öznenin kendi imkanlarında değil, nesnenin uygun, gerekli ve dolaysız yapılarında aranmalıdır²⁸" ifadesine yer vererek hukuk fenomenologlarının aslında nesnenin kendisinden kalkarak bir

²³ Ernest Hirs: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, (güncel dile uyarlayan Selçuk Baran), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Üçüncü Tıpkı Basım, Ankara 2001, s. 51, ilk yayım tarih olarak 1949 olan bu eserde Hirs'in Husserl'e atf vermese de insanın bilinçli ve yönelimli eyleminden söz etmesi dikkat çekicidir. Reinach'ın "Apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts" adlı eseri 1913 tarihlidir, Hirs'in Reinach'tan etkilenip etkilenmediği üzerinde düşünülmesi gereken bir soru olsa gerektir.

²⁴ HEIDEGGER, Martin: Varlık ve Zaman, (çev. Kaan Ökten), İstanbul, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2008, s. 36, Heidegger'in hermeneutüğü böylesi ontolojik bir işlev yüklemesi de hermeneutik yordamı 20. Yüzyıl felsefesinde tekrar dolaşıma sokmakta, ardılı ve öğrencisi Gadamer ile 20. Yüzyıl felsefesinin merkezi kavramlarından biri olmuştur.

²⁵ LÜTTENBERG Christoph J.: Über das Sein des Sollens, RW Heft, 2 2020, s. 95.

²⁶ LOIDOLT, Sophie, Einführung in die Rechtsphänomenologie eine historisch-systematische Darstellung, Mohr Siebeck 2010, s. 3.

²⁷ LOIDOLT, s. 5.

²⁸ Poulantzas "Notes sur la phfenomenologie et l'existentialisme juridiques" dan aktaran, Hruschka, s. 214.

apriori bilgiye erişme çabalarına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla hukuk fenomenologları, eşyanın tabiatına dair yasallıkları hukuksal ilişkiler, bir bölgesel ontoloji olarak kurmak çabasındadırlar²⁹. Fenomenolojiyi rasyonalizmden ayıran yan, Poulantzas'ın betimlemesinde açıktır, hukukun değişmeyen temellerinin bilgisi nesnenin kendisinden edinileceğine göre hukukun kendisinden edinilecektir. Yani özne kendi bildiğini, kendi aklını kabaca nesneye taşımamaktadır. Öyleyse nesnenin bilgisi, nesneye gidilerek edinileceğine göre, fenomenoloji nesnenin kendinde içkin ve durağan bilgisine erişmeyi amaçlamakta olduğundan nesnelliğin peşinde bir yöntem ortaya koymaktadır. Fakat elbette eklemek gerekir ki fenomenoloji bakımından deneyimleyen varlık olarak öznenin işlevi önemlidir.

Hukukun fenomenolojisi ile hukukun genel teorisinin de birbirine karıştırılmaması gerekmektedir³⁰. Çünkü hukukun genel teorisi var olan pozitif hukuk düzenlemelerini inceleme konusu edinerek çeşitli hukuk sistemlerinde ortak olan unsurları bulup çıkarma çabasındadır. Oysa bir hukuk fenomenolojisi ve apriori temellerin arayışının pozitif hukuk düzenlemeleri bir ilgisi yoktur. Çünkü apriori olan hukuk bakımından, bu özler bir düzenlemeye konu olsa da olmasa da ya da akıl onları bilse de bilmese de vardır. İlk bakışta ikisi de hukuka dair ortaklıkları tespit etme çabasıyla birbirlerine benzemektedir. Oysa hukukun fenomenolojisi, pozitif hukuk sistemlerindeki uygulama benzerliklerinin saptanması değil ontolojik hiyerarşide yüksek düzeyde karmaşık bir varlık olarak hukukun apriori temellerinin arayışındır.

Hukuk fenomenolojisi ile doğal hukuk düşüncesi arasındaki ilişki de yakınlık gösterdiği düşünülebilmektedir³¹. Rasyonalist doğal hukuk aklın yasalarından türetilen hukuk kuralları ararken hukuk fenomenolojisi rasyodan ayrı olarak nesnenin kendisindeki apriori zorunlu olan kuralı keşfetmek niyetindedir³². Ayrıca Reinach'a göre doğal hukuk düşüncelerindeki ortak hata hepsinin içeriksel olarak da değişmez ve ebedi bir geçerlilik getirmeye çalışması, geçerliliğini aldığı toplumsal olguların gereksinimlerini göz ardı ettiği³³. Ancak bu ayrıma rağmen, doğal hukuk düşüncesini de yekpare bir içerik olarak değerlendirmek yanlıştır³⁴.

Fenomenoloji aynı zamanda Kantçı düşünceye karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır³⁵. Kant'ın şeylerin kendindeliliğinin bilgisinin imkansızlığı, fenomenolojinin aşma iddiasının olduğu husustur³⁶. Bu noktada epistemolojide tanrısal tözün, şeylerin insana bildirilmesindeki aracılık rolünden tasfiyesinin yarattığı sorunu akılda tutmak gerekmektedir. Şeyler madem artık tanrısal töz vasıtasıyla insan için bilinir değildir ve madem ki şeylerde

²⁹ HRUSCHKA, s. 39.

³⁰ REINACH, Adolf: Apriori Foundations of The Civil Law, çev. John F. Crosby, Ontos Verlag, 2012, s. 133.

³¹ ÖKTEM s. 85, yazara göre fenomenolojik doğal hukuk düşüncesinin bir öz arayışı ve akıl anlamına gelen deneyüstücü bir öz fikrinin düşünceden doğması onun doğal hukukçu sayılması için yeterli bir işarettir. Var olan olayı aşan bir adalet düşüncesi kendi başına bir doğal hukuk demek olacaktır.

³² REINACH, s. 135.

³³ REINACH, s. 136.

³⁴ HRUSCHKA Elisabeth, Die phanemonologische Rechtslehre und das Naturrecht, dissertation an der Universität Schweiz, Universität Freiburg, 1967, s. 56.

³⁵ Poulantzas "Notes sur la phfenomenologie et l'existentialisme juridiques" s 214'ten aktaran HRUSCHKA, s. 11; REINACH, s. 139, yazar insan deneyiminden, insanın doğasının düzenlemesinden ve maddenin gelişiminden bağımsız bir saf özel hukuk temellerini bulmanın peşine düşmemiz gerektiğini söylerken Poulantzas'ın saptamasını anımsatmaktadır.

³⁶ Thomas, J. A. C. The Modern Law Review, vol. 19, no. 5, 1956, pp. 555–558. JSTOR, s. 556, www.jstor.org/stable/1091263. Accessed 16 Mar. 2021

tanrısal düzenin bir parçası olarak görünmemektedir o halde tanrısal tümelin bilgisine ulaşmanın imkansızlığı gibi insanın kendi duyumsadığının da onun bilgisinin zorunlu sınırı olduğunu düşünmek gerekir. Fenomenoloji, ise “şeylerin kendisine” (zu den Sachen selbst) ifadesiyle de şeylerin durağan, kendinde (an sich) maddi içeriklerini aklın kategorilerini de biçimlendirerek benimsemektedir. Zihnin bilme ediminde bir aracıya gereksinimi olmadan edindiği bilgi yine de bir tamlığa erişebilme imkanına sahiptir.

Fenomenolojik yöntemi eleştirirken Nicos Poulantzas, öncelikle hukuk fenomenologlarının apriorik özlere tanımlarının içeriklendirilmesini real olarak değil ancak nominal yani dilsel betimleme düzeyinde yapabildiklerini ve ikinci olarak da hukuk fenomenolojisinde şeyleri tanımlarken onların ayırt edici unsurlarını betimleyip, bu betimlemenin de şeyin kendisi sonucuna vardığı bir süreç izlediğini, yani hukuk fenomenolojisinin bir tür totolojiye düştüğünü ileri sürmüştür³⁷. Oysa hukuk fenomenologları, bu içeriklendirmeyi özsel temeller arayışında Poulantzas'ın ifade etiklerinin aksine real düzlemde geliştirdiklerini, fenomenolojik deneyimin doğrudan edinilse de ifade edilmesi ve anlaşılmasının dil dolayımı ile mümkün olabildiğini, bunun ise dilsel betim düzeyinde kalmak anlamına gelmediğini belirtmişlerdir³⁸.

1. Hukukta Apriori Sorunu

Hukukun fenomenolojisi, aslında bir hukukun apriorileri³⁹ sorunudur. Reinach, apriori kavramını mistik, gizemli karanlık bir olarak değil, her durumun koşullarının işleyişine göre genel ve zorunlu olarak ortaya çıkan anlamında kullandığını açıkça belirtmiştir. Öyleyse Reinach'ta apriori, hukuk fenomenolojisinde materyal – objektif bir “eşyanın tabiatı” arayışına dönüşmektedir⁴⁰. Yani, şeylerin ve geometrik formların arasındaki ilinti o şeylerin özlere doğru olmaktadır⁴¹. Tıpkı matematiğin kuralları gibi, hukukun da böylesi evrensel kuralları vardır. Bu kurallar da hukuksal yapıların içeriklerini doldurmaktadır⁴². Apriori temeller, eşyanın tabiatı bağlamında anlaşılınca mistik bir içeriği olmadığı görülür. Şeylerin durumlarının kendi oluş yasaları gereği olan özleri ve gereklilikleri düşüncesinde apriori nesnel bir içerik edinir.

Reinach fenomenolojisi bakımından hukuksal yapıları, insanlardan ayrı ve bağımsız bir varlığa sahiptirler. Reinach için pozitif hukuk apriori olanı ancak keşfedebilecektir. Pozitif hukukun, hukuksal aprioriyi kendisinin yaratması mümkün değildir⁴³. Buna örnek olarak ele aldığı hukuksal yapıların en başında mülkiyet ilişkisi gelmektedir. Reinach'a göre

³⁷ Poulantzas "Notes sur la phenomenologie et l'existentialisme juridiques" s 214'ten aktaran HRUSCHKA, s. 19-20, yazar Poulantzas'ın hukuk fenomenologlarının Fransa'daki en önemli eleştirmenlerinden biri olduğuna değinir.

³⁸ HRUSCHKA, s. 21.

³⁹ MENGÜŞOĞLU, s. 87, apriorinin hukuksal bakımdan tartışılması için öncelikle apriori kavramını doğru tanımlamak gerekeceğinden kısa bir tanım sunmak uygun görülmüştür. Apriori ontolojik bakımdan öznenin ve varlığın kategorilerinin arasındaki parçalı bir özdeşliktir. Apriori, bilinen nesneye egemen olmak için onun yasalarını bilmek zorundadır.

⁴⁰ REINACH, s. 5.

⁴¹ REINACH, s. 4.

⁴² REINACH, s. 6.

⁴³ DUXBERRY, Neil: The Legal Philosophy of Adolf Reinach, ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 1991, Vol. 77, No. 3 (1991), ss. 314-347, s. 317.

mülkiyet ilişkisi pozitif hukuk onu tanıdığı için korunmuş değildir⁴⁴. Aksine, pozitif hukuk mülkiyet ilişkisinin varlığını keşfettiği için onu korumasına almıştır⁴⁵. Dolayısıyla hukukun bir apriorisi olarak mülkiyet ilişkisi Reinach'a göre, daha küçük unsurlarına bölünemez, daha fazla indirgenemez olarak mutlaktır. Mülkiyet başka değişkenlere bağlı kalmadan hukukun apriorisi olarak mevcuttur.

Hukukun apriorisini içeriklendirmeye çalışmak yeni bir çabadır⁴⁶. Çünkü daha önce-sinde Yeni Kantçı çizgiyi izleyen hukuk öğretilerinde mutlak ve materyal içerikli apriorinin hukukta var olamayacağı savunulmaktadır. Gustav Radbruch ve Stammler gibi Yeni Kantçı düşüncenin temsilcisi hukuk felsefecileri için hukukun apriorisi olarak, doğal hukukun biçimsel genel geçerliliğinin varlığına değinmektedirler. Ancak bu biçimsel içeriğin tarihsel ve kültürel bağlamla değişen bir içerik edindiğine değinmektedirler. Biçimsel özleri belirleyici olarak sabit kalan ancak tarihsel olarak farklılaşabilen içerikli doğal hukuk ilkeleri formları ile doğal hukuk ilkeleri aslında evrensel geçerlilik tesis etmektedirler, ancak Radbruch ayrıca zamanda ve mekanda içeriği değişmez bir doğal hukuk düşüncesinin önünde eşyanın tabiatı kavramının engel olduğunu savunmaktadır. Bu bakımdan da içeriği değiştirilen bu doğal hukuk düşüncesine "kültür hukuku" adını vermektedir. Radbruch'a göre, doğru olan hukuk, kategorik olarak evrensel geçerlik taşımaktadır, fakat somut pratikler bakımından evrensel bir geçerlik ise söz konusu olmamaktadır⁴⁷.

Oysa Reinach'ın inşa ettiği hukuk fenomenolojisi bunun karşıtıdır. Reinach, hukuk ontolojisinin bir parçası olarak maddi anlamda bir adalet düşüncesini eşyanın tabiatı olarak yerleştirmeye çalışmaktadır⁴⁸. Dolayısıyla Reinach, adaleti de aslında içeriklendirmek çabasıdır, çünkü üzerinde yargı yürütülen olguların içerikleri de bizzat aprioriktir.

Pozitif hukuktan bağımsız, zamansız bir hukuk düşüncesinin varlığı düşüncesinin sonucunda varılacak olan apriorik bir hukuk varsayımı olacaktır. Bunu, Descartes düşüncesine benzetmek mümkündür. Çünkü Descartes da zihinden bağımsız ve onun tarafından icat edilmemiş öz kavramına değinmektedir⁴⁹. Kartezyen epistemolojide özne ve nesnenin mutlak ayrımının öznenin nesnenin bilgisini kurmadığı, onu keşfettiği anlamına geldiğini söylemek yerinde olacaktır. Öyleyse nesnenin özünün bilgisi özneye bağımlı olmaksızın mutlak olarak var olmaktadır.

Reinach'ın düşüncesinden etkilenen fenomenolojik yaklaşımcılardan Stein da, hukukta apriori sorununu, pozitif hukuk ile kendi deyimiyle "saf" (reines Recht) hukuk ilişkisini, tıpkı özler (Wesen) ve olgular (Faktum) arasındaki ilişkiye benzetmektedir⁵⁰. Apriorik ya da saf olan hukuk ebediyen geçerlidir. Buna karşın pozitif hukuk, yasa koyucu bir irade edimi tarafından yapılmaktadır, ve bu nedenle de zamansal ve mekânsal olarak belli bir sınır

⁴⁴ ÇATALOLUK Gökçe: Hukuk Sistemi ve Autopoeiesis, XII Levha, İstanbul 2012, s. 96, aksine sistem kuramı bağlamında mülkiyet, hukukun ekonomiyle kesişim kümesinde tarihsel süreç içinde ortaya çıkmış bir hukuksal kurgu olarak değerlendirilmiştir.

⁴⁵ REINACH, s. 55.

⁴⁶ İŞIKTAÇ, s. 348, fenomenoloji nötr bir yöntem olarak adlandırılmaktadır.

⁴⁷ RADBRUCH, Gustav: Rechtsphilosophie (1932), Ralf Dreier, Stanley Paulson (Hrsg.), Heidelberg 2003, s. 30.

⁴⁸ LÜTTENBERG, s. 98.

⁴⁹ DUXBERRY, s. 320.

⁵⁰ SCHUHMANN Karl, Edith Stein und Adolf Reinach, Phänomenologische Forschungen, 1993, Vol. 26/27, Studien zur Philosophie von Edith Stein: Internationales Edith-Stein-Symposium Eichstätt 1991 (1993), ss. 53-88, s. 76.

içinde geçerlidir⁵¹. Stein'a göre, "saf" olan hukukun böylesi bir kişiselleştirilmiş bir ifadesi öncelikle mutlaka bir somut kişiyi gereksinecektir⁵². Öyleyse de söz konusu "saf" hukuk, pozitif hukuka bürünecek ve bir grup insanı ilgilendirerek onlar için geçerli olacaktır.

2. Hukukun Temelleri Olarak Hukuksal Yapılar (Rechtliche Gebilde)

Fenomenolojinin şeyleri algılama yöntemi aslında sanki bireylerce gerçekleştirilen bir algılama yöntemidir. Algılama içeriğinin sınılanması da algılanan tikelin özellikleriyle genel olarak sayılabilen özelliklerin kıyaslanması sayesinde mümkün olabilmektedir⁵³. Öyleyse de hukuk fenomenolojisi bakımından da hukuka dair genel özler, zamansız var olan aprioriler Reinach'a göre hukuksal yapılardan çıkarılabilecektir⁵⁴. Reinach zamansız geçerli olana örnek olarak sayıları göstermektedir⁵⁵.

Reinach'a göre hukuksal yapılar, yasa tarafından özel olarak betimlenmiş olan dava, borç ve mülkiyet gibi şeylerdir⁵⁶. Reinach hukuksal yapıları, hukuksal kavramlar olarak adlandırmıştır. Reinach'a göre pozitif hukukun üstünde bir öze sahip olan bu kavramlar hukukun da temelidirler⁵⁷. Bu yapılar fiziksel ve psikolojik oluşumlardan ayrı, zamana bağlı olması bakımından da doğal nesnelere, doğanın zorunluluklarından ayrılmış şeylerdir⁵⁸. Reinach bu hukuksal yapılar arasında mülkiyet, borç ve alacak, temsil gibi kavramları saymıştır.

Şu halde de hukuksal yapıların bilgisi önceki edimlerden edinilerek bir kendiliğinden verili hukuksal yapıların temeli oluşturulmuş olunur. Ancak bunun için hukuksal yapıların kendiliğinden verililiğinin bir toplumsal edim dolayısıyla ortaya çıkması gerekmektedir. Yani hiçbir hukuksal yapı kendisinin başlangıç ya da sonlanışının gerekli bir nedeni olmaksızın ortaya çıkamaz ya da ortadan kaybolamaz⁵⁹. Dolayısıyla hukuksal aprioriden ayrı olarak hukuksal yapılarda toplumsal gerçekliklerin etkisi de söz konusudur⁶⁰. Hukuksal yapıların kendi zorunluluk halleri doğadaki doğrudan nedensellikte karıştırılmamalıdır. Hukuksal yapılar doğanın nedensellik yasalarından ayrılmaktadır.

Reinach'ın hukukun fenomenolojisine dayalı apriorik temelleri ideal düzen ilkelelerinden ya da hukukun biçimsel görünümünden, sözgelimi "saf hukuk olgularından" ayrıştırmaktadır. Bu noktada apriorinin tanımı, Radbruch'taki gibi hukuktaki formal olanla özdeşleşmiş değildir. Yani hukuki görünimleri önemli yapılar olarak tasarlanmakta ve hukukun fenomenolojik apriorilerini materyal olarak içeriklendirerek anlamaya başlanmıştır⁶¹.

⁵¹ İŞIKTAÇ, Yasemin, Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 348, zamansızlığın doğurduğu bir sorun hukukun muhatapları olarak insanların hukukla karşılanan gereksinimlerine yabancılaşmaları olacaktır.

⁵² SCHUHMAN, s. 77, yazar Stein'in bu yaklaşımıyla Reinach'ın öğretisini genişlettiğini ifade etmektedir.

⁵³ PURNHAGEN s. 663.

⁵⁴ REINACH, s. 5.

⁵⁵ REINACH, s. 4; HRUSCHKA, s. 15.

⁵⁶ REINACH, s. 134, medeni hukuk için geçerli olan aprioriler kamu hukuku için geçerli görülemeyecektir ama elbette ki kamu hukukunun da apriorileri vardır, fakat Reinach'a göre bunlar basitçe uluslararası sözleşmelerden çıkarılabilecek olan ilkeler olmasa gerektir.

⁵⁷ ÖKTEM, s. 92.

⁵⁸ REINACH, s. 7.

⁵⁹ REINACH, s. 7.

⁶⁰ ÖKTEM, s. 93.

⁶¹ PURNHAGEN, s. 668.

Hukuksal apriorilerin anlaşılması bakımından toplumsal edimler dolayımıyla verililik kavramının içeriklendirilmesi de önemlidir. Çünkü, klasik fenomenoloji bakımından özün bilgisine ulaşmakta verililik belirleyici rol oynamaktadır. Reinach'a göre hukuksal yapılar toplumsal edimlerin ifası ile ortaya çıkacağından duyumsanabilir olan edimlerin hukuksal ve toplumsal bağlamda bir gerçeklikleri olacaktır⁶². Borç, alacak, vaat, temsil gibi edimler örneğiyle bu varsayım Reinach tarafından açıklanmaya çalışılmıştır. Bir hukuksal yapı, tıpkı klasik fenomenolojideki olgu gibi ele alınacak ve alımlayıcı tarafından genel hukuksal yapının özel yasalarına uygunluğu biçiminden kıyaslanacaktır. Bu kıyas ile de toplumsal edimlerin hukuksal yapı odağında yürütülüp yürütülmediği ortaya konmuş olacaktır⁶³. Bunun yolu da edimin yöneldiği muhatabın kendisine yönelen önermeyi içselleştirmesi ile olmaktadır. Dolayısıyla bu içselleştirmeyi gerçekleştirecek öznenin varlığı önem kazanmaktadır.

Bu duruma bir borç ve alacak ilişkisi örnek olarak gösterilebilir. Borç ve alacak ilişkisinin kurulması için bir vaat gerekli olmaktadır. Bu vaat, bir muhataba yönelecek ve onun tarafından algılanıp içselleştirilecektir. Borçlanan, borcun türü ne olursa olsun bir vaatte bulunmaktadır. Alacaklıya karşı borçlanmış konumdadır. Alacak ve borç ebediyen sürmez, yüklenilen borcun ifasıyla borç sonlanır. Borç ve alacağın gerçekleşmesi için ayrıca bir taşıyıcı özne gereklidir⁶⁴. Borcun ve alacağın özsel yapısı itibarıyla de zaman içinde yok olmaları gerekmektedir⁶⁵. Borcun kendi özsel kurallarında bir borç vaadinde bulunan bir de borçlanan kimse olduğu gibi, yine özsel kuralları uyarınca da sonlanması söz konusudur. Bu durumda borcun özel yasalarının varlığı onun apriorik kurallarını ortaya koymaktadır. Yoksa özü gereği sonlanacak olması onun varlığının kararsızlığına işaret etmez.

Bir sözün ilgiliye ulaşması ve onun ilgilisi tarafından içselleştirilmesi bakımından temsil kavramı da üzerinde durulması gereken bir husustur⁶⁶. Bir apriorik temel olarak temsilin, hukukun yalnızca iradi süreçler olduklarına dair bir açıklama dikkate alındığında anlaşılması mümkün olmayacaktır. Oysa, toplumsal edimler Reinach'a göre başkaları adına da ifa edilebilirler, temsil böylesi bir durumdur. İçselleştirmenin bizzat özne tarafından icra edilmesi zorunlu olmayabilir⁶⁷. Kişisel temsilin ötesinde toplumun temsili de fenomenoloji bakımından değerlendirilmelidir. Öyleyse, hukuku belirleme ve usulüne uygun yasa çıkarma yetkisine sahip olarak devletin işlevine değinmek de gerekmektedir. Çünkü devletin işlevi de temsil edimiyle meşruiyet arayışı içindedir ve yasa yapmak bir temsil düşüncesine dayanmaktadır⁶⁸. Reinach'ın çalışmalarından etkilenen bir fenomenolog olan Edith Stein, devlet görevlilerin temsil sorununu ele almaktadır. Stein'a göre temsil bakımından istençli ya da kendiliğinden edimler incelendiğinde devlet görevlilerinin rolünün tartışılması gerekmektedir, çünkü devletin kendisi kendiliğinden edimleri yerine getiren özneler anlamında gerçek bir kişi değildir. Devlette de yurttaşlar adına bir temsil ilişkisi vuku bulmaktadır.

⁶² PURNHAGEN, s. 664.

⁶³ PURNHAGEN, s. 665.

⁶⁴ REINACH, s. 11.

⁶⁵ REINACH, s. 47.

⁶⁶ REINACH, s. 82, temsil kavramını sorunsallaştırırken de Reinach, temsilin bir teorisini değil onu bir apriori olarak mümkün kılan temel yasaları ortaya koymayı amaçlamaktadır.

⁶⁷ REINACH, s. 83.

⁶⁸ ÖZDEMİR Ali Murat, Temsil Kurumu, Cumhuriyet Projeleri ve Anayasa Bağlamında Başkanlık Sistemleri, (iç.) Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm, Ali Murat Özdemir ve Muammer Ketizmen (haz.), İmge Kitabevi, Ankara, 2014, s. 49, devletlerin bu bir yurttaşlar toplumuna ait çıkarların bir temsilini icra ettiği iddiası, iktidarın doğrudan değil dolaylı olarak kullanıldığı ve yöneticinin bir tür emanetçi olarak konumlandırıldığı sistemler için geçerlidir.

Stein da bu durumda şöyle bir çözüm önermektedir, ancak bütünü temsil iddiasıyla bu kişiler adına işlem yapma edimini birleştirebilmeleri koşuluyla geçerli olacağını ifade etmektedir⁶⁹. Böylece de bir yandan hukuki davranışları gerçekleştirebilecek olan kişiler anlamında gerçek kişiler var olacaktır; bir yandan da bu gerçek kişiler tüm devletin temsilcileri olarak görevlerini yerine getirecektir. Böylece bu, devletlerin ancak gerçek kişiler tarafından temsil edilmesi sayesinde hukuku belirleyebilecekleri anlamına gelmektedir⁷⁰.

Reinach belli hukuksal yapıların kendi apriori kurallarını keşfetme arayışındayken hukukun da apriori yapısını ortaya koymaya çalışmıştır. Hukuksal yapıların, mülkiyet, borç, alacak, temsil gibi genel geçerliklerini onların içerikli yasalarını toplumsal edimler içinde tanımlayarak göstermek çabasıdır. Reinach, hukuk fenomenolojisindeki zorunluluk yasasını açıklarken onu matematikten ayıran zorunluluk içeriğini edindiren toplumsal edimleri koymuştur. Matematiğin zorunluğuna benzer ama ondan ayrı apriori özler öznenin deneyimiyle edinilse de şeyin kendisinden doğru var olacağından değişken değil, nesnel bir geçerliğe sahip olacaktır. Hukuksal yapılar ile hukukun fenomenolojik bağlamda, hukuk fenomenologları tarafından nesnel temeller ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Ancak bu sadece biçimsel değil içeriksel bir temellendirme çabası olduğundan düşünsel olarak zenginleştiricidir.

Sonuç

Felsefede epistemolojik bir sorun olarak numen-fenomen ayrımı ve nesne bilinse de nesnel bilinemezlik sorununa yeni bir yanıt getirmeye çalışan Edmund Husserl fenomenolojisine göre şeylerin kendisine giderek ve algılardan kalkarak özlerin bilgisine erişilebilmektedir. Öyleyse de felsefenin kesin ve sağlam bir bilim olarak yeniden kurulması mümkün olacaktır. Husserl'den etkilenen fenomenolojik hukuk yaklaşımı, hukukun kendisini tanımlayan, kendisini kendisi yapan özellikleri öz (Wesen) olarak sınıflandırıp bunları tanımlamanın çabasına girişmiştir. Reinach bakımından hukuksal bir yapı olarak hukukun olmazsa olmaz bir parçası mülkiyet de hukuk tarafından yaratılmamış ancak hukuk tarafından keşfedilmiştir. Öyleyse mülkiyet Reinach için hukukun varlık nedenlerindedir denilebilecektir. Mülkiyet gibi bir hukuksal apriori zorunluluğun olmadığı bir yerde Reinach için hukukun varlığı zaten mümkün değildir. Mülkiyetin özünden gelen zorunlu özellikler olarak bölünemezlik, aktarılabilirlik onun apriorik karakterini de göstermektedir. Borç ve alacak gibi kavramlar da Reinach'ın hukuk fenomenolojisine göre hukuku var eden böylesi apriori zorunluluklardır.

Hukukun apriorik temellerini saptamak çabasında olan Reinach bunu ancak medeni hukuk bakımından içeriklendirmektedir. Genel bir hukuk teorisine girmeyeceğini başından belirtmiş de olsa apriorik temeller ortaya koyma iddiasında hukuku özel ve kamu ayırımına tabi tutmak da onu parçalı ele almak bakımından apriori arayışında bir çelişki teşkil edilecektir.

Apriori temeller arayışı, üzerinde çalışılıp içeriklendirilecek kavrama dair değişmez, onu biçimlendiren ve içeriklendiren temellerin arayışı anlamına gelmektedir. Hukuka ilişkin refleksiyonlu düşünmede de fenomenolojinin bu temellendirme çabasından yararlanmak önemlidir. Şeylerin kendi oluş kuralları anlamındaki zorunlulukları betimlemek dünyayı kavrama çabasının önemli bir parçasıdır. Bu bakımdan fenomenoloji şeyleri kavramada

⁶⁹ SCHUHMANN, s. 79.

⁷⁰ SCHUHMANN, s. 78.

zamanlar üstü içerikler üretme çabasındaki gediğini giderse de gideremese de, bizzat bu çabanın kendisindeki zihinsel faaliyetin kendisi zenginleştiricidir.

Hukuk fenomenolojisi, nesnenin kendi yasasını zihnin bilebilmesi olanağını yeniden anımsatması ve bunu da özenin nesneye yönelmesine çağırması, temsilcileri bakımından yekpare bir felsefi bütünlük arz etmese de şeylerin özne tarafından dayatılmayan, aksine şeylerin kendilerindeki öz ya da apriorilerinin bulunması iddiası nesnellüğün bir boyutu olarak önemlidir. Evrensel ya da zamanlarüstü geçerlilik iddiasından ziyade, fenomenolojik düşüncenin “nesnenin kendisine” şiarıyla keyfiliğe varabilecek öznelğin karşısında konumlanabilecek düşünsel imkanları göz önünde bulundurulabilir. Bir tür bölgesel ontoloji olarak hukuk düşüncesi gibi, kavramların kendi özleri ve nesnel gerekliliklerini ortaya koyabilme çabası kavramların içeriklendirilmesinde önemli bir yer teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

- ÇATALOLUK Gökçe: Hukuk Sistemi ve Autopoeiesis, XII Levha, İstanbul 2012.
- DUXBERRY, Neil: The Legal Philosophy of Adolf Reinach, ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 1991, Vol. 77, No. 3 (1991), ss. 314-347.
- HEIDEGGER, Martin: Varlık ve Zaman, çev. Kaan Ökten, İstanbul, Agora kitaplığı, 2006.
- HİRŞ, Ernest: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, (güncel dile uyarlayan Selçuk Baran), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara Üçüncü Tıpkı Basım, Ankara 2001.
- HOŞGÖR, Kubilay: Davos Tartışması Cassirer ve Heidegger, Felsefe Diyalogları, (haz. Eray Yağanak), Sentez 2016, ss 283-300.
- HRUSCHKA, Elisabeth: Die phänomenologische Rechtslehre und das Naturrecht, Dissertation an der Universität Schweiz, Universität Freiburg, 1967.
- HUSSERL, Edmund: Kesin Bir Bilim Olarak Felsefe, (çev. Abdullah Kaygı), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2014.
- HUSSERL, Edmund: Avrupa İnsanlığının Krizi ve Felsefe, çev. Ayça Sabuncuoğlu ve Önay Sözer, AFA Felsefe Yazarları Ansiklopedisi, 1994.
- IŞIKTAÇ, Yasemin: Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- LARENZ, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer-Verlag, Berlin, 1991.
- LOIDOLT, Sophie: Einführung in die Rechtsphänomenologie eine historisch-systematische Darstellung, Mohr Siebeck, 2010.
- LÜTTENBERG Christoph J.: Über das Sein des Sollens, RW Heft, 2, 2020.
- MENGÜŞOĞLU Takiyettin: Felsefeye Giriş, Doğubatı Yayınları, Ankara, 2013.
- NUTKU Uluğ: Yeni Çağ Felsefesinde Apriori Problemi, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2016.
- ÖKTEM, Niyazi: Fenomenoloji ve Hukuk (Hukukun Özü Sorunu), Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1982.
- ÖZBİLGİN, Tarık: "Hukukun Fenomenolojisi." İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 45.1-4 (1979): 617-641.
- ÖZDEMİR Ali Murat: Temsil Kurumu, Cumhuriyet Projeleri ve Anayasa Bağlamında Başkanlık Sistemleri, (iç.) Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm, Ali Murat Özdemir ve Muammer Ketizmen (haz.), İmge Kitabevi, Ankara, 2014.

ÖZLEM, Doğan: Mantık, Notos Kitap, İstanbul, 2015.

PURNHAGEN, Kai P.: Grundlagen der Rechtsphänomenologie, JURA Heft 9/2009, ss. 661-668.

RADBRUCH, Gustav: Rechtsphilosophie (1932), Ralf Dreier, Stanley Paulson (haz.), Heidelberg, 2003.

REINACH, Adolf: Apriori Foundations of The Civil Law, (çev.) John F. Crosby, Ontos Verlag, 2012.

SCHUHMAN, Karl: Edith Stein und Adolf Reinach, Phänomenologische Forschungen, 1993, Vol. 26/27, Studien zur Philosophie von Edith Stein: Internationales Edith-Stein-Symposion Eichstätt 1991 (1993), ss. 53-88.

SÖZER, Önay: Felsefenin ABC'si, Say yayınları, İstanbul, 2014.

THOMAS, J. A. C.: The Modern Law Review, vol. 19, no. 5, 1956, pp. 555-558. JSTOR, www.jstor.org/stable/1091263. Accessed 16 Mar. 2021.

[¶] SALGIN HASTALIKLARIN TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKINA ETKİSİ

(THE EFFECT OF EPIDEMICS ON THE RIGHT TO HOLD MEETINGS AND
DEMONSTRATION MARCHES)

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Mert DUYGUN* **

ÖZ

Tüm dünyayı 2019 Aralık ayından beri etkileyen COVID-19 pandemisi; çok sayıda temel hakkın kullanımına müdahale edilmesine yol açmış, temel haklar rejimine ilişkin tüm tartışmalara yeni bir boyut getirmiştir. Salgının etkilediği temel hakların başında, kullanımı bulaş riskini yüksek derecede artıran toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı gelmektedir. Ancak salgının süresinin sanılandan uzun sürmesi, yaşam hakkı ve genel sağlığın korunması amaçları için dahi olsa demokratik toplumun yapıtaşı olan bu hakkın kullanımının ne ölçüde sınırlandırılabileceğinin daha detaylı bir şekilde irdelenmesini zorunlu kılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Toplanma özgürlüğü, çevrimiçi toplanmalar, ölçülülük, pandemi.

ABSTRACT

The COVID 19 pandemic, which has been affecting the whole world since December 2019, has caused to restriction many of fundamental rights and freedoms and thus, it has brought a new dimension to discussions on the regime of fundamental rights. One of this fundamental rights concerningly affected by the pandemic is the right to assembly and demonstration, the which is thought to use it can increase the risk of infection to a high level. However, the fact that the duration of the epidemic lasted longer than expected made it necessary to examine in more detail the conditions for limiting the use of this right, which is one of the essentials of a democratic society, even for the purposes of protecting the right to life and public health.

Keywords: Rights to assembly, virtual assemblies, proportionality, pandemic.

A. Giriş

COVID-19 pandemisinin de ortaya koyduğu üzere tehlikeli salgın hastalıklar, seyahat özgürlüğünden özel girişim özgürlüğüne, eğitim hakkından vücut bütünlüğü hakkına kadar çok sayıda hakka müdahale edilmesine yol açmıştır. Bu müdahalelerin en önemli

[¶] Eserin Dergimize geliş tarihi: 30.05.2021. İlk hakem raporu tarihi: 01.06.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 02.06.2021. Onaylanma tarihi: 02.06.2021.

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7519-6170.

Esere Atıf Şekli: Ahmet Mert Duygun, "Salgın Hastalıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Etkisi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1539-1557.

öznesi olan idarenin ise pandemi kapsamında almış olduğu birçok tedbirin anayasallığı tartışma konusu olmuştur. Pandeminin başlarında yaşam hakkına atfedilen¹ “mutlak, sınırlandırılmaz hak” vurgusu; pandeminin beklenenden uzun sürmesi, tüm dünya kamuoyunda demokratik rejimlerin salgın hastalık sebebiyle aşınacağı kaygıları sebebiyle oldukça zayıflamıştır. Bu bağlamda salgın hastalıklar nedeniyle sınırlandırılması en çok tartışılan hakların başında toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü gelmektedir.

İşte bu çalışmada toplantı ve gösteri yürüyüşüne ilişkin müdahalelerin anayasal meşruluğu, tehlikeli salgın hastalıklar özelinde ele alınacaktır. Bu noktada temel hak ve özgürlükler rejiminin genel sistematiği uyarınca ilgili hakkın koruma alanı, müdahalenin mevcudiyeti ve müdahalenin anayasal meşruluğu unsurları tartışılacak; ancak söz konusu hakka dair temel haklar tüm boyutuyla değil, COVID-19 pandemisinin ortaya koyduğu bazı özgün tartışmalar (örneğin çevrimiçi toplantılar, maske takma zorunluluğu vb.) ışığında sınırlı olarak ifade edilecektir. Bu çerçevede ortaya konulduktan sonra çalışmanın sonunda karşılaştırmalı hukukta yargı organlarının toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne ilişkin COVID-19 pandemisi sırasında vermiş oldukları bazı kararlar ele alınacaktır.

B. Pandemi Işığında Toplanma Özgürlüğünün Koruma Alanının Belirlenmesi, Bu Alana Müdahale Edilmesi ve Müdahalenin Anayasal Meşruluğu

a. Koruma Alanı

1) Genel Olarak Toplantı ve Gösteri Yürüyüşünün Koruma Alanı

Bir temel hakkın koruma alanı, bir temel hak ile korunan yaşam alanını ifade etmektedir.² Bir temel hakkın geçerliliğinin belirlenmesi için geniş norm anlayışının kabul edilmesi ve böylece bu koruma alanının soyut biçimde belirlenerek sürekli değişkenlik göstermesinin önüne geçilmelidir.³

Siyasal yaşama ilişkin en önemli olan kolektif haklardan biri olan toplantı ve özgürlüğü hakkı, 1982 Anayasasının 34. maddesinde herkesin⁴, önceden izin almaksızın silahsız⁵ ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına sahip olduğu şeklinde düzenlenmiştir. Yabancılar açısından ise 1982 Anayasasının 16. maddesi göz önünde bulundurularak, izin sistemi gibi farklı usullerin öngörülmesi anayasaya doğrudan aykırılık oluşturmamaktadır.⁶

¹ Her ne kadar pandemi gibi dönemlerde yaşama hakkının “en yüksek değer” olarak diğer haklara kıyasla daha yüksek bir anayasal değere sahip olduğu yanlışlığı yaygın olsa da, temel haklar arasında bir hiyerarşinin olduğu ileri sürülemez; nitekim birçok anayasal sistemde bu sebeple yaşama hakkı ile kişinin maddi-manevi varlığını geliştirme hakkı arasındaki çatışmalı birçok alanda (kürtaj, ötenazi vb.) yaşama hakkının mutlak korunaklı bir alana sahip olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Thorsten Kingreen, *Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie*, Juristische Ausbildung 2020(10), s. 1028.

² Zafer Gören, *Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:19 Sayı:38 Yaz 2020/2, s. 1.

³ Osman Korkut Kanadoğlu, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 8.

⁴ Belirtmek gerekir ki herkes kavramının içine çocuk ve sınırlı ehliyetliler de girmektedir. Bu durum özellikle 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesinin 15. maddesinde özellikle belirtilmiş, Türkiye de uluslararası sözleşmenin bu hükmüne hiçbir çekince koymamıştır. Bkz. Gözde Türkeli, *Toplanma Hakkı Bağlamında Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Suçu*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 58-59.

⁵ Silahsızlık kavramına ilişkin bkz. Tolga Şirin, *30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 40.

⁶ Ahmet Mert Duygun, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Kullanılmasında Bir Bilinmeyen: Spontane ve Acele Eylemler*, *Anayasa Hukuku Dergisi - Cilt: 3 / Sayı:6 / Yıl:2014*, s.136. Nitekim

Toplantı ve gösteri yürüyüşünün koruma alanının mekansal ve zamansal boyutları da bulunup bu hususlara ilişkin tartışmalara aşağıda detaylıca değinilecektir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının koruma alanına ilişkin genel hususlar bu şekilde ortaya konduktan sonra bu koruma alanına ilişkin bazı tartışmalar salgın hastalıklar ışığında aşağıda ele alınacaktır.

2) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğünün Koruma Alanına İlişkin Yeni Bir Tartışma: Çevrimiçi (Online) Toplantılar

COVID-19 tedbirlerinin ilk akla getirdiği tartışmalardan biri çevrimiçi yapılan toplantı ve gösterilerin, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının koruma alanında yer alıp almadığı hususudur. Toplumsal hareketlerin dijital platformlarda örgütlenmesi esasında COVID-19 salgınına has bir durum değildir. 1990’larda internetin yaygınlaşmaya başlamasının ardından çevrimiçi imza hareketleri ile başlayan bu yeni eylem biçimi, 2011 yılından itibaren gerek Arap Baharı olmak üzere Afrika kıtasında, gerek Wall Street eylemleri üzerinden Amerika kıtasında ve gerekse Avrupa’da yeni başlayan protest siyaset akımlar (örneğin İspanya’daki Indignados-İsimler) hareketi açısından sıklıkla görünmeye başlamıştır.⁷

Ancak pandeminin başlamasından itibaren birçok yerde sokağa çıkma yasakları, seyahat yasakları başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklere ilişkin çok sayıda kısıtlamanın getirilmesinin ardından bu durum toplanma özgürlüğünü de etkilemiştir ve bu nedenle çok sayıda toplantının mecburi olarak çevrimiçi yürütüldüğü gözlenmektedir. Örneğin „Fridays for Future“ hareketi 24 Nisan 2020 tarihinde Youtube üzerinden bir araya gelmiş ve bu toplantıya 19.000 kişi katılmıştır.⁸ Yine Türkiye’de yakın zamanda sokağa çıkma yasakları sırasında yapılan bazı eylemlerin çevrimiçi platformlar üzerinden yapılmaya başlandığını görmek mümkündür.⁹

Tüm bu gelişmeler, toplantı ve gösteri yürüyüşünün mekansal koruma alanı açısından çevrimiçi toplantıların da toplantı ve gösteri yürüyüşüne dahil edilip edilemeyeceği sorusunu akla getirmektedir.

Bu noktada toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün fiziki bir mevcudiyeti şart koşup koşmadığı hususunda iki anlayışın çatıştığını söylemek mümkündür: Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünü dilekçe hakkının bir uzantısı olarak sadece kamu otoritelerini etkilemekle, baskı altında tutmakla sınırlı gören¹⁰ Anglo-Sakson anlayışı çerçevesinde bakarsak, bu tür toplantıların da toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün koruma alanında

2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrasına göre yabancıların toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemeleri İçişleri Bakanlığı’nın iznine tabidir. Bu husus AIHM’in Piernont v. Fransa kararında (Başvuru No: 15773/89) detaylıca tartışılmış olup, bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmanın izne tabi kılınmasından yola çıkarak 11. maddenin ihlali sonucuna varılmayacağını ileri sürmektedir. Farklı yönde bkz. Şirin, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, s. 52.

⁷ Duygu Şimşek Aktaş, Bilişim Teknolojilerindeki Gelişmelerin Anayasal Fonksiyonlar Üzerindeki Dönüştürücü Etkisi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 168 vd.

⁸ Rike Sinder, Versammlungsfreiheit unter Pandemiebedingungen-Zeit, Zahl und Zurechnung als Schlüsselkategorien praktischer Konkordanz, NVwZ 2021, s. 103.

⁹ Boğaziçi Üniversitesi’ndeki rektörlük atamasını her gün rektörlük binası içinde durarak protesto eden öğretim üyelerinin, 30 Mayıs - 17 Mayıs 2021 arasında uygulanan „tam kapanma“ sürecinde bu protestolarını „Zoom“ programı üzerinden devam ettirdikleri gözlenmektedir. Bkz. <https://www.gazeteduvar.com.tr/bogazici-akademisyenleri-nobeti-cevrimici-surduruyor-haber-1520890> (Erişim tarihi:23.05.2021).

¹⁰ Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının tarihsel boyutuna ilişkin bkz. Türkeli, s.48-55.

yer aldığını söylemek mümkündür.¹¹ Ancak toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün negatif bir statü hakkı olduğunu belirten ve bu hakkın devletin toplantıya katılanlara uğrayacağı baskılara (tutuklanma, kuşatma, cezalandırma) karşı koruma getirmesini şart koşan Fransız doktrini başta olmak üzere Kıta Avrupası sistemi, toplantıda katılımcıların fiziki bir mevcudiyetini de şart koşturmaktadır.¹²

Türk hukuku açısından ise öncelikle şunu belirtmek gerekmektedir: Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne ilişkin sınırlamaları ihtiva eden 2911 Sayılı Kanun, bu hakkın kullanılmasını sağlamaktan öte; bu hakkın kullanılmasını olanaksız hale getirecek denli anayasaya aykırı düzenlemeler öngörmektedir.¹³ Bir başka husus ise günümüzde internette atılan her adımın, tıklanan her bir sayfanın iz bıraktığı gerçeği karşısında, çevrimiçi yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin onu kriminalleştirmek isteyen yahut toplantıya katılanların verilerini ele geçirmek isteyenlerin işini daha kolaylaştırdığı gerçeğidir.¹⁴

Dolayısıyla Türk hukuku açısından çevrimiçi yapılan toplantıların, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün hem mekan ve kişisel açıdan hem de pratik açıdan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün koruma alanında olmadığını, bunların ifade özgürlüğünün koruma alanında yer aldığını belirtmek daha pratiktir.

Doktrindeki ağırlıklı olan görüş fiziki olarak belirli bir mekanda toplanılan toplantı ve gösteriler ile çevrimiçi yapılan gösterilerin toplantı ve gösteri hakkı açısından bir tutulamayacağı yönündedir.¹⁵ Buna göre gelişen teknolojilere rağmen fiziksel olarak ortak bir yerde bulunma unsuru gerek toplantının mekanı gerekse toplantıya katılanların tespiti açısından halen vazgeçilebilir bir unsur değildir.¹⁶

Ancak bu hakim görüşün aksine çevrimiçi (*virtuell*) toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin artık toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün koruma alanında olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır.¹⁷ Buna göre teknik bilgi çağında „(*technisierte Informationsgesellschaft*)“ dijitalleşmeyi esas alan yeni siyasal katılım araçları gelişmekte¹⁸ ve anayasalar düzenlerini de bu siyasal katılım araçlarına uyumlu kılınması gerekmektedir; çünkü anayasalar dinamik metinler olup değişen siyasal ve teknik değişimlere uyum sağlamayı amaçlar.¹⁹ Bu görüş, toplantı ve gösterinin ne olduğuna ilişkin tanımın sadece „belirli bir amaç için insanların bir araya gelmesini“ yeterli gördüğünü; fiziki bir mevcudiyeti aramadığını ifade etmektedir.²⁰ Özellikle ulusal yahut evrensel boyutlara ulaşmış protesto gösterilerinde veya

¹¹ Sinder, s. 104.

¹² Sinder, s. 104.

¹³ Bu tespit için bkz. Şirin, 30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, s. 30.

¹⁴ Bkz. Ben Wagner/ Kilian Weith/ Digitalisierung und Menschenrechte, <https://www.bpb.de/internationales/weltweit/menschenrechte/232190/digitalisierung> (Erişim tarihi:23.05.2021)

¹⁵ Bkz. Sinder, s. 103.

¹⁶ Türkeli s. 16.

¹⁷ Tobias Welzel, Virtuelle Versammlungsfreiheit in Zeiten der Pandemie-Warum Art. 8 GG auch virtuelle Versammlungen schützt, MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (2021) s. 220.

¹⁸ Siyasal katılıma ilişkin dijitalleşme sadece toplanma özgürlüğünde değil; diğer siyasal haklar boyutuyla da gözlenmektedir. Öyle ki çağımızda bir tür olarak doğrudan internet üzerinden kurulan elektronik siyasi partiler dahi tartışma konusudur. Bu tartışmaya ilişkin bkz. Sezen Kama Işık/Alper Işık, Yeni Bir Siyasal Parti Türü Olarak Elektronik Siyasal Partiler, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (2), s. 1-26.

¹⁹ Stephan Pötters/Christoph Werkmeister, Neue Problemkreise des Versammlungsrechts, ZJS 3/2011, s.226.

²⁰ Bkz. Fiete Kalscheuer, Kommt jetzt die virtuelle Versammlungsfreiheit?, <https://community.beck.de/2020/04/28/kommt-jetzt-die-virtuelle-versammlungsfreiheit> (Erişim tarihi:23.05.2021).

kamuoyu sağlamak adına gerçekleştirilen faaliyetlerde ortak bir amaç etrafında aynı anda; ancak farklı mekânlarda meydana gelen toplanmaların da toplanma özgürlüğünün koruma alanından faydalandığı düşünüldüğünde benzer bir tespiti, çevrimiçi toplantı ve gösteri yürüyüşleri için yapmak mümkündür.²¹ Burada mekan unsurunun tamamen birbirinden bağımsız ayrı yerler olarak değil; aynı toplantının mekânsal farklılık gösteren bileşenleri olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.²²

Bununla birlikte bir toplanmanın, toplantı ve gösteri yürüşü olarak tanımlanmasında, bu görüşün esas aldığı unsur kişi ve amaç unsurudur.²³ Buna göre aynı kişilerin belirli bir amaç ile aynı zaman diliminde çevrimiçi ortamda toplanmış olmaları, bu toplantının toplantı ve gösteri yürüyüşünün koruma alanından faydalanması için yeterlidir.²⁴ Bu görüş ayrıca toplantı ve gösteri yürüyüşünün etkisi açısından da günümüzde bir gösterinin, protestonun asıl etkisinin ister çevrimiçi ister fiziki olsun meydana aktarması ile gerçekleşebileceğini; dolayısıyla fiziki mevcudiyetin toplantı için belirleyici olmadığı kanaatindedir.²⁵

Şüphesiz toplantı ve gösteri yürüyüşünün mekânsal²⁶ koruma alanının bu şekilde genişletilmesinin en önemli etkilerinden biri de toplantı ve gösteri yürüyüşünün koruma alanına yapılacak müdahalelerin meşruluğuna yönelik olacaktır. Örneğin karşılaştırmalı hukukta Federal Alman Anayasası'nın 8. maddesinde açık havada yapılacak toplantıların ancak kanunla yahut kanuna dayanarak sınırlandırılabilceğini öngörülmüşken, kapalı toplantılar açısından bu şekilde bir sınırlama sebebi içermemektedir.²⁷

Bu tartışmaya ilişkin bu makalenin yazarınca savunulan görüşü de belirtmek gerekmektedir:

Anayasaların gelişen toplumsal ve teknolojik gelişmelere ayak uydurması, anayasal düzenin sürekliliği için olmazsa olmazdır. Bu nedenle anayasa metni ve bu metnin içerdiği temel hakların koruma alanları toplumsal, teknolojik ve iktisadi değişimler dikkate alınarak;

²¹ Seda Özkan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Toplanma Özgürlüğü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2016), s. 41.

²² Özkan, s. 41.

²³ Welzel, s. 221. Yazar bu noktada öncelikle lafzi yoruma başvurmakta ve bu yorumun hiçbir suretle “çevrimiçi toplantıları dışlamadığını” ifade etmektedir. Yazar, özellikle “toplanma” kavramının kullanıldığı diğer kanunlar olan şirketler kanununun da çevrimiçi genel kurulu (toplantıyı) vb. dışlamadığını ifade etmektedir. Nitekim Almanya’da 27 Mart 2020 tarihinde yürürlüğe giren COVID-19 İle Mücadele Yasası (*COVID-19 Maßnahmenengesetz*) dernekler, vakıflar, şirketlerin toplantılarının çevrimiçi yapılabilmesine cevaz vermektedir. Toplantı ve gösteri hakkına ilişkin anayasal düzenlemelerin çoğu düzenlemenin ise internet öncesi dönemde yapıldığı dikkate alındığında, tarihsel ve genetik yorumun da bu görüşü dışlamadığı ifade edilmektedir.

²⁴ Welzel, s. 224. Yazar, çevrimiçi toplantılarda çoğunlukla katılımcıların anonim hesaplar olmasının da sorun yaratmayacağı görüşündedir; çünkü halihazırda birçok toplantı ve gösteri yürüyüşünde katılımcılar yüzlerini maske vb. araçlarla gizlemekte ve bu katılımcıların kimlikleri saptanamamaktadır. Bu hususa aşağıda daha detaylı olarak değinilecektir.

²⁵ Welzel, s. 224.

²⁶ Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün mekânsal koruma alanına ilişkin bkz. Berke Özenç, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları, İÜHFMD C. LXXIII, S. 2, s. 87-134.

²⁷ Şüphesiz bu durumda hakkın hiçbir şekilde sınırlanamaz olduğu anlamına gelmemektedir. Bir temel hak ve özgürlük için sınırlama sebebi öngörülmemesi durumunda devreye “çatışan anayasal haklar doktrini(*kollidierendes Verfassungsrecht*)” girecek ve ilgili temel hakkın sınırlamı başka bir temel hak yahut anayasal değer oluşturacaktır. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün sınırlamı somut olaya göre genel davranış özgürlüğü, mülkiyet hakkı yahut çalışma hakkı oluşturabilecektir. Bkz. Kanadoğlu, s. 98.

zamanın gereksinimleri doğrultusunda yorumlanmalıdır.²⁸ Bu nedenle toplantı ve gösteri hakkının kullanılması için fiziki bir mekanın yahut katılımcıların fiziksel mevcudiyetini, hakkın koruma alanı açısından olmazsa olmaz (*sine qua non*) olarak aramak, anayasal yorum yöntemlerinden biri olan „dinamik yorum“ anlayışıyla da bağdaşmamaktadır; bununla birlikte bu kabul şu tehlikeyi de beraberinde getirmektedir: Toplanma ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü siyasi bir katılma hakkı olarak sadece belirli bir düşüncenin kolektif olarak ifade edilmesini sağlamamakta; aynı zamanda kamusal mekanları bir foruma çevirmekte²⁹ ve bu mekanlarda (yollar, parklar, meydanlar vb.) öne sürülen ifadelerle toplumun dikkatinin bir yöne çekilmesi yahut öne sürülen görüşe kendiliğinden başka destekçiler bulunabilmesini sağlamaktadır. Oysa ki çoğunlukla belirli bir hedef kitleye hitap eden ve sadece internet kullanıcılarına açık olan çevrimiçi toplantılar bu kamusal forum özelliğini tam olarak yerine getiremeyebilecektir. Meselenin bir başka yönü ise özellikle toplantı ve gösteri yürüyüşünün bu şekilde çevrimiçi düzenlenmesinin kabulü durumunda siyasi iktidarlar da özellikle izin/bildirim koşuluna bağlı³⁰ toplantı ve gösteri yürüyüşlerini kısıtlama konusunda artan bir eğilim gösterecek ve katılımcıları „kamusal“ niteliği daha az basan ve görünürlüğü daha az olan çevrimiçi toplantılara yönlendirebilecektir. Nitekim her ne kadar sağlığın korunması meşru amacına dayansa da dinsel toplanma özgürlüğü (topluluk ibadet özgürlüğü) açısından ABD Yüksek Mahkemesi'nin benzer bir yaklaşımı şimdiden benimsediği bir örneğe rastlamak mümkündür: *Elim Romanian Pentecostal Church & Logos Baptist Ministers* başvurusunda ABD Yüksek Mahkemesi, kilisede şarkı söyleyerek toplu ibadet yapmanın yasaklanmasının niçin ölçüsüz bir müdahale olmadığını belirlerken; halihazırda yasak kararına imza atmış olan eyalet valiliğinin çevrimiçi ve arabalı hizmetlerle de dini ibadetlerin yapılmasına açıkça izin verdiğini ve başvuru sahiplerinin pandemiden önce de bazı çevrimiçi platformları kullanarak bu özgürlüğü kullandığını belirtmiş ve davayı reddetmiştir.³¹

Son olarak belirtmek gerekir ki çevrimiçi toplantıların da toplantı-gösteri yürüyüşü hakkından faydalanabilmesi için barışçıl (friedlich) olma koşulunu yerine getirmesi gerekmektedir. Bu noktada çevrimiçi yürütülen bir toplantının nasıl barışçıl ya da silahlı olabileceği sorusu akla gelecektir. Öğretide internet sitelerinin hacking ile çökertilmesini ihtiva eden (*Online-Blockaden*) online protestoların cebir (şiddet) unsuru içerip içermediği hususu tartışılmaktadır.³² Buna göre bir görüş burada şiddet kavramı için bedensel güç kullanımını aramaktayken; diğer bir görüş ise ilgili *hack* işleminin muhatabı olan sayfanın finansal - psikolojik olarak zarar göreceğinden burada cebir aracı olan ağır kötülük tehdidinin var olduğunu ve bunun da bu çevrimiçi toplantıyı barışçıl olmayan bir kategoriye sokmakta olduğunu ileri sürmektedir.³³

²⁸ Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakındoğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Lefkoşa 2013, s. 47.

²⁹ Özenç, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları, s. 90.

³⁰ Toplantı ve gösteri yürüyüşünde bildirim koşuluna ilişkin bkz. Bezar Eylem Ekinci, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Bakımından Bildirim Usulünün Kapsamı, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 2019-68(4), s. 753-794.

³¹ Bu kararın özeti ve değerlendirilmesi için bkz. Akasya Kansu Karadağ, COVID-19 Pandemisi Döneminde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının Kullanılması ve Sınırlandırılması, in: COVID-19 Küresel Salgının Küresel Hukuktaki Yansımaları (ed: Kemal Şenocak), Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 884 vd.

³² Bu tartışma için bkz. Erdem İzzet Külçür, Kriminoloji ve Ceza Hukuku Boyutuyla Çevreci Terörizm, Hukuk Akademisi, İstanbul 2020, s. 326.

³³ Külçür, s. 326.

b. Müdahalenin Mevcudiyeti

Temel hakka müdahale en basit ifadeyle bir temel hakkın koruma alanına yapılan ve onu zorlaştıran yahut onu olanaksız hale getiren her türlü kamu gücü eylemi, işlemi hatta zaman zaman eylemsizliğidir. Klasik temel hak öğretisi, bir müdahalenin mevcudiyeti için temel hakkın kullanılmasını zorlaştıran bir sonuç, emredicilik ve doğrudanlık ve kamu gücünün hukuki işlemi unsurlarının bir arada olmasını aramaktadır.³⁴ Klasik müdahale kavramının oldukça dar olduğunu ve temel hakları korumak açısından zayıf olduğunu düşünen modern öğreti ise temel haklara müdahalenin mevcudiyeti için devlete her türlü atfedilebilir davranışın³⁵ yeterli olduğunu; ortada bir sonuç aranması ve bunun da öngörülebilir olmasının temel hak açısından zarar oluşturabileceğini ve doğrudan olmayan (dolaylı) etkinin de bir müdahaleyi oluşturabileceğini ve kamu gücü ile hukuki işlem biçiminde ortaya çıkmaya dahi kamu gücünün eylemi olan davranışların da müdahaleye yol açacağını belirtmektedir.³⁶ Bu öğretiye göre emrediliğin yerini ise temel hakka müdahalenin yoğunluğu (*Eingriffintensität*) almaktadır.

Bir müdahalenin en sık görülen biçimi, bir temel hakkın koruma alanı kapsamına giren bir davranışın devlet tarafından yasaklanmasında ortaya çıkmaktadır.³⁷ Toplantı ve gösteri yürüyüşü açısından müdahalenin en yoğun olduğu kamu gücü eylemleri olarak bir toplantı ve gösterinin yasaklanması ya da halihazırda icra edilen bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün dağıtılması akla gelecektir.³⁸ Ancak bunun dışında bir toplantı ve gösterinin izin ya da bildirim usulüne bağlanması yahut toplantı ve gösteri yürüyüşüne katıldığı için katılımcıların hukuki birtakım yaptırımlara maruz kalması³⁹ toplantı ve gösteri yürüyüşüne yapılabilecek bir diğer müdahaledir.⁴⁰

Toplantı-gösteri yürüyüşüne özgü bu müdahale biçimlerinden COVID-19 pandemi-sinde en çok görülen biçim ise toplantı ve gösterinin mekansal koruma alanına salgın hastalık sebebiyle müdahale edilmesidir. İdare; burada toplantı ve gösteri özgürlüğüne en sert müdahale biçimi olan yasaklama yerine toplantı ve gösterinin mekanını enfeksiyon sebebiyle değiştiriyor yahut engelliyorsa, burada yine müdahalenin varlığından söz edilebilir.⁴¹

Bunun dışında yarışan haklar (*Grundrechtskonkurrenz*)⁴² açısından da temel hakka yönelik müdahaleler gerçekleştirilebilir. Burada kamu gücü, yapmış olduğu bir işlem yahut eylem ile birden fazla temel hakkın koruma alanına müdahalede bulunmuş olabilir. Nitekim tehlikeli salgın hastalıklarla mücadele açısından alınan bir sokağa çıkma yasaklaması yahut seyahat özgürlüğü; toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne doğrudan yukarıda sayılan müdahale türlerinden biri mevcut olmasa dahi sınırlama getirdiğinden, burada birden fazla

³⁴ Volker Epping, *Grundrechte*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 2010, s. 162.

³⁵ Bu davranışlara temel hakları yatay etkisi sonucu devlete atfedilebilir olan kamu gücü eylemleri de dahildir.

³⁶ Epping, s. 164.

³⁷ Gören, s. 3.

³⁸ Theoder Maunz/ Günter Dürig/ Otto Depenheuer, *Grundgesetz -Kommentar*, Art. 8., EL. Oktober 2020, Art. 8 Rn. 162.

³⁹ Örneğin Anayasa Mahkemesi'ne göre toplantıya katıldıkları gerekçesiyle haklarında uyarma cezasına hükmedilen öğretmenlerin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarına yönelik bir müdahale olduğu açıktır. Bkz. AYM, Gülistan Atasoy ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/15845, Knr. 42.

⁴⁰ Epping, s. 16.

⁴¹ Theoder Maunz/ Günter Dürig/ Otto Depenheuer, *Grundgesetz -Kommentar*, Art. 8., EL. Oktober 2020, Art. 8 Rn. 163.

⁴² Bkz. Epping, s. 109.

temel hakkın koruma alanına müdahale edilmiş olacaktır. Burada belirtmek gerekir ki yarışan temel haklardan birinin ihlal edilmiş olması, müdahalenin anayasal meşruluğunun ortadan kalkması için yeterli olacaktır.⁴³

c. Müdahalenin Anayasal Meşruluğu

Toplantı ve gösteri yürüyüşü, haiz olduğu önem sebebiyle sınırlanması, demokratik yaşama en çok etki doğuracak hakların başında gelmektedir. Öyle ki Birleşmiş Milletler raportörleri⁴⁴, terörle mücadeleyle ilişkin raporlarında toplanma özgürlüğünün hiçbir zaman yasaklanmaması gerektiğini; hatta olağanüstü hal koşullarında bile askıya alınmaması (de-roge edilmemesi) gerektiğini ifade etmişlerdir. Yine de tüm bu haiz olduğu öneme rağmen toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü diğer tüm özgürlükler gibi sınırsız (*schrakenlos*) bir hak değildir. Özellikle COVID-19 gibi bulaşıcı hastalıkların, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde yayılmak için oldukça uygun bir zemin bulacağı düşünüldüğünde, halk sağlığının toplantılara yapılacak sınırlama için kamu otoritelerinin takdir marjını oldukça yükselteceği kuşkusuzdur.⁴⁵

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu kanaatte olup genel sağlık sebebiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün kısıtlanabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, *Cisse v. Fransa*⁴⁶ kararında göçmenlik başvurularının incelenmesinde zorluklar çıkartıldığını iddia eden 200 kadar mültecinin, St. Bernard's Kilisesi'nin önünde 2 ayı aşkın süredir süren ve sonunda açlık grevi eylemine dönüşen protestosuna ilişkin başvuruda, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü ile genel sağlık arasındaki tartımı ortaya koyma fırsatını bulmuştur. Söz konusu başvuruda Fransız polisi, oldukça kötü sağlık koşulları ve ciddi oranda yüksek güvenlik ve sağlık riskini gerekçe göstererek eylemcilere müdahale etmiş ve onları hastahaneye götürmek üzere kiliseden tahliye etmiştir. Başvurucu hakkında ise dava açılmış ve başvurusunun iki ay tecilli ceza (*suspended sentence*) çarptırılmasına karar verilmiştir. İç hukuk yolları tükedildikten sonra Mahkeme'nin önüne gelen başvuruda, AİHM kamu düzeninin sağlanması meşru amacına hizmet ettiğini tespit ettiği müdahalenin, başvurusunun toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını ihlal etmediğini belirtmiştir. Mahkeme buna gerekçe olarak eylemin süresini de göz önünde bulundurarak eylemcilerin yapmış olduğu açlık grevinin, onların sağlıklarını oldukça kötüleştirdiğini ve kilisedeki kötü sağlık koşullarının müdahaleyi meşru kılmış olmasını göstermiştir. Mahkeme'nin bu kararı, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü hakkının „sağlık“ söz konusu olduğunda idarece sınırlandırılabilceğini göstermiş olması açısından kayda değerdir.

Nitekim 1982 Anayasası'nın 34. maddesi de genel sağlığın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını bir sınırlama sebebi olarak düzenlemiştir. Benzer biçimde AİHS'nin toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesi de genel sağlık ve başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının bu özgürlük için sınırlama sebebi olabileceğini ifade etmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki; toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin tamamen yasaklanması, toplumsal ve siyasal muhalefetin susturulmasına gerekçe olacaktır. Çünkü toplantı ve gösteri yürüyüşleri, ideolojik açıdan da çıkarlarını ve güçlerini korumak amacı güden iktidarların en korktukları eylem pratiklerinden biridir ve dolayısıyla da top-

⁴³ Epping, s. 110.

⁴⁴ Bu tepitleri içeren Birleşmiş Milletler'in Terörle Mücadelede İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması Başlıklı 16 Ağustos 2006 tarihli raporu için bkz. <https://undocs.org/en/A/61/267>, s. 6.

⁴⁵ Tolga Şirin, Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş, *Anayasa Hukuku Dergisi* - Cilt: 9/Sayı:17/Yıl:2020, s. 106.

⁴⁶ AİHM, *Cisse v. Fransa*, Başvuru No: 51346/99.

lantı ve gösteri yürüyüşleri idarenin en çok sınırlama eğiliminde olduğu hakların başında gelmektedir.⁴⁷ Dolayısıyla demokratik bir toplumda toplantı ve gösteri özgürlüğüne yapılacak müdahalenin mutlaka anayasal açıdan meşru olması gerekmektedir. Müdahalenin anayasal açıdan meşruluğunun koşullarından bir tanesi ise müdahalenin kanuniliğidir. Aşağıda öncelikle salgın hastalık döneminde toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yapılacak müdahalenin kanuni olup olmadığı incelenmiştir.

1) Müdahalenin Kanuniliği

Belirtmek gerekir ki 1982 Anayasası'nın 13. maddesi uyarınca bir temel hakka yapılacak olan müdahalenin kanuniliği yani müdahalenin şekli anlamda parlamento ürünü olan bir kanunla yapılması şarttır. Üstelik temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli olmamakta; aynı zamanda bu kanunların niteliği de incelenmelidir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanarak yürütme organınca alınacak önlemler objektif nitelik taşımali ve idarenin keyfi uygulamalarına sebep olacak geniş takdir yetkisi vermemelidir.⁴⁸ Çünkü kanunlar herkes için geçerli genel kurallar koymalı ve kanunda yer alan kurallar ile getirilecek olan sınırlamaların, idarenin temel hakka ilişkin yapması muhtemel bir müdahalede objektifliğinin sağlanması gerekmektedir. Bu sayede temel haklara ilişkin müdahalede belli bir grup, zümre ya da topluluğun hedef tutulması ya da kayırılması ihtimali ortadan kalkacaktır.⁴⁹

Bu noktada akla ilk olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün sınırlandırılması için 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Kanunu gelmektedir. Nitekim Anayasa'nın 34. maddesindeki sınırlama sebepleri ile uyumlu olarak 2911 Sayılı Kanun'un 17. ve 19. maddeleri mülki amirlere (bölge valisi, vali, kaymakam) genel sağlığını veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı yahut il ve ilçelerdeki bütün toplantıları bir ayı geçmemek üzere yasaklama hususunda yetkilendirmiştir. Salgın hastalıklarla ilgili toplantılara yapılacak müdahale konusunda idareye yetki veren bir başka düzenleme ise Umumi Hıfzıssahha Kanunu'nun 77. maddesidir. Buna göre bulaşıcı ve salgın hastalıklardan birinin hüküm sürdüğü veya tehdit ettiği yerlerde Sağlık Bakanlığı'nın onayıyla bütün genel yerlerde gerçekleştirilecek toplanmalar ertelenebilir veya yasaklanabilir.⁵⁰ Her kadar örneğin doktrinde *Şirin'in*⁵¹ de haklı olarak belirttiği üzere Umumi

⁴⁷ Türkeli, s. 33.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin bu yöndeki tespitleri için bkz. AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, Prg. 89.

⁴⁹ Kansu Karadağ, s. 871. Bu konudaki sivil toplum örgütlerinin raporlarına göre uygulamada sınırlandırmanın kanuniliği ilkesi ile güdülen bu amaca toplantı ve gösteri yürüyüşleri açısından riayet edildiğini söylemek epvey güçtür. Bkz. <https://www.esihaklar.org/2021/01/podcast-yasaksiz-meydan-5-2020-degerlendirmesi-alara-sert/> (Erişim tarihi:24.05.2021).

⁵⁰ Kanunda yer alan düzenleme tam olarak şu şekildedir: " *Sarı ve salgın hastalıklardan birinin hüküm sürdüğü veya tehdit ettiği mahallerde Sihat ve İçtimai Muavenet Vekaletinin tasvibiyle bütün umumi mahallerde vuku bulacak içtimalar tahdit veya menolunabilir. Bundan başka hastalarla hastalığı şüpheli olanların ve hastalığın sirayet ve neşrine vasıta olabilecek eşyanın fenni tathirata mahzur ve mazarratı izale edilmeksizin nakillerine ve bütün kara ve deniz ve hava nakil vasıtalarının fenni tathir ve tephire tabi tutulmadan seyrüseferlerine mümaneat edilir.* " Vurgulamak gerekir ki madde metni sadece toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının koruma alanında olan siyasal nitelikli toplanmalara değil, bilimsel-kültürel de dahil olmak üzere ve kapalı ortamda da yapılabilecek her türlü toplantıya (eğlence, konferans, spor karşılaşması b.) uygulanacak niteliktedir. Aynı yönde bkz. Çiğdem Sever, COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku- Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme, Anayasa Hukuku Dergisi - Cilt: 9/Sayı:17/Yıl:2020, s. 210.

⁵¹ Şirin, Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş, s. 106.

Hıfzıssahha Kanunundaki bu düzenlemenin özel bir hüküm niteliği taşıdığı ve normal şartlarda mülki amirlerin kullanacağı yetkinin salgın hastalıklar açısından Sağlık Bakanlığı'nın onayına tabi kılındığı söylene de uygulamada görülen mülki amirlerin tamamen 2911 Sayılı Kanun kapsamında toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne müdahale ettiği⁵².

Pandemi ile mücadele kapsamında toplantı ve gösteri yürüyüşüne yapılan müdahalelerin kanuniliğine ilişkin tartışmanın başka bir yönü ise salgın ile mücadele için alınan ve esasında başka haklara yönelmiş olan müdahalelerin dolaylı olarak toplanma özgürlüğünü de etkilemesi açısından yapılmalıdır. Örneğin idarenin salgın ile mücadele için sokağa çıkma yasağı kararı alması, belirli bir toplantının katılımcısının karantinaya alınması yahut belirli iller veya ilçeler arasında seyahatin yasaklanması gibi tedbirlere başvurma durumunda, bundan hiç şüphesiz toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünü kullanmak isteyen hak sahipleri de etkilenecektir.⁵³ Bu durumda ise toplantı ve gösteri yürüyüşüne yapılacak müdahalenin kanuniliği kadar bu "yarışan haklara" yapılan müdahalenin de kanuniliğini incelemek gerekmektedir.

Uygulamada bakıldığında ise idarenin kabul edildiği yıl (1930) itibariyle COVID-19 ile ilgili bir hüküm içermeyen Umumi Hıfzıssahha Kanunu kapsamında, kolluk mevzuatına dair hükümler üzerinden ve İçişleri Bakanlığı tarafından düzenlenen genelgeler ile hareket edildiğini ve bu genelgeler ile başta seyahat özgürlüğü olmak üzere çalışma hakkı, genel davranış özgürlüğü vb. birçok temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalelerde bulunduğu gözlenmektedir. Belirtmek gerekir ki bu genelgelere⁵⁴ dayanak olarak gösterilen (örneğin sokağa çıkma yasakları açısından İl Özel İdaresi Kanunu'nun 11-c maddesi⁵⁵) ile Umumi Hıfzıssahha Kanunu'nun 27.⁵⁶, ve 72.⁵⁷ maddeleri, COVID-19 salgını sebebiyle İçişleri

⁵² Aynı yönde bkz. Nuray Özdoğan, İfade Özgürlüğünün Kullanılmasında Sosyal Mesafe, Hukuk Defterleri Dergisi, Sayı 26-27, s. 46. Nitekim Sever de özellikle 703 Sayılı KHK ile valilerin "buldukları illerde Cumhurbaşkanına sorumlu" olduklarının düzenlendiğini hatırlatmış ve Umumi Hıfzıssahha Kanunundaki bu hükümler ile valilerin, sorumlu olmadıkları bir makamdan emir almaları gibi idare hukuku açısından hiç alışık olunmayan bir hukuki düzenin ortaya konulduğunu belirtmektedir. Bkz. Sever, s. 221. Pandemi döneminde genelgeler ile ortaya konan hukuki düzenin eleştirisi için ise bkz., Kemal Gözler, Genelge Devleti: Hukukta Şeklin Önemi Üzerine, (www.anayasa.gen.tr/genelge-devleti.htm) (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021).

⁵³ Benzer şekilde geceleri yapılan sokağa çıkma yasaklarının istisnası açısından toplanma özgürlüğü ve ibadet özgürlüğünün oluşturup oluşturamayacağı hususundaki tartışma için bkz. Andrea Kießling, Infektionsschutzgesetz- Kommentar, 2. Auflage, München 2021, §28a.

⁵⁴ Bu genelgelerin hukuki niteliği, duyurulmaları ve bağlayıcılıkları hakkındaki sorunlar hakkında bkz. Sever, s. 219 vd.

⁵⁵ "İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır. Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlayabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve mermimin taşınması ve naklini yasaklayabilir. Bu fıkra kapsamında alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır."

⁵⁶ Umumi Hıfzıssahha Kanunu'nun 27. maddesi şu şekildedir: "Umumi hıfzıssahha meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin ıslahına ve mevcut mahzurların ızalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve

Bakanlığınca sokağa çıkma tedbiri alınmasının yasal dayanağını oluşturamazlar.⁵⁸ Bu hükümlerden İl Özel İdaresi Kanunu'nun 11.-c hükmü ancak “*kamu düzeni ya da kamu güvenliğinin bozabileceği şüphesi bulunan kişiler*”⁵⁹ için valinin 15 günü geçmemek kaydıyla ildeki belirli yerlere girişlerinin yahut dolaşmalarının yasaklanabileceğini belirtmekteyken, Umumi Hıfzıssahha Kanunu'nun 72. maddesinin referans verdiği 57. madde idarenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalede bulunmak için sebep olarak ortaya koyacağı hastalıkları sınırlı olarak saymaktadır. Kanun'un 64. maddesi ise her ne kadar sayılanlar dışındaki hastalıklar bakımından da kanunda belirtilen tüm tedbirlerin uygulanabileceğini belirtmekteyse de ne 27. madde ne de 57. madde ne de 72. Madde, genel bir sokağa çıkma kısıtlamasına yasal dayanak oluşturacak belirli bir kanun hükmünü ihtiva etmemekte, sadece hastalar, hasta olduğundan şüphelenilenler ve hastalığı genel olarak yaydığı bilimsel inceleme ile tespit edilen kişiler için geçerli olmaktadır.⁶⁰ Dolayısıyla idarenin toplantı ve gösteri yürüyüşüne doğrudan müdahale etmemekle beraber, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapabilmeyi olanaksız kılacak şekilde sokağa çıkma yasağı yahut seyahat yasakları koyması durumunda da bu temel haklara ilişkin yapılan müdahaleler kanuni olmadığından⁶¹ yarışan bir hak olarak toplantı ve gösteri yürüyüşüne yapılacak müdahale için de kanunilik koşulu yerine getirilmemiş olacaktır.⁶²

İçtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faydeleri hakkında halkı tenvir ve bir sari-hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler.”

⁵⁷ Umumi Hıfzıssahha Kanunu'nun 72. maddesi ise şu şekildedir: “*57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur: 1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşri tamim eylediği tetkikati fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı. 2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki. 3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri. 4 - Hastalık neşreden hayşarat ve hayvanatın itlafi. 5 - Memleket dâhilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri. 6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men'i. 7 - Dâhilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi.”*

⁵⁸ Aynı yönde bkz. Volkan Aslan, COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu, İstanbul Hukuk Mecmuası 78/2, s. 824 vd.

⁵⁹ Sever'in de haklı olarak belirttiği üzere ilgili madde tamamen güvenlik perspektifi ile yazılmış olup bu maddenin sağlık sebebiyle “tüm yurttaşlar” için uygulanabilir bir norm olmadığı açıktır. Bkz. Sever, s. 225.

⁶⁰ Aslan, s. 827.

⁶¹ Pandemi döneminde alınan tedbirlerin bazıları sadece kanuna dayanma (*intra legem*) koşulunu yerine getirmemekle kalmamakta; aynı zamanda bazı kanunların açık hükmüne de aykırılık (*contra legem*) oluşturmaktadır. Örneğin Avukatlık Kanununun ilgili hükümleri gereğince Ekim ayının sonunda baro genel kurulları yapılması gerekirken, bu genel kurullar evvela Yüksek Seçim Kurulu'nun 02.10.2020 tarihinde T.C. Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı, daha sonra ise İçişleri Bakanlığının Koronavirüs Ek Tedbirleri konulu 02.10.2020 tarihli, 1630 sayılı genelgesi ile ertelenmiştir. Bkz. Kansu Karadağ, s. 872. Bu makalenin yazıldığı sırada halen birçok ilin barosu genel kurullarını yapabilmemiş değildir.

⁶² Bu noktada halihazırda 2911 Sayılı Kanun'un zaten bildirim usulüne dayandığı ve zaten sokağa çıkma yasağı olan günler açısından toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleyecek “düzenleme kurulunun” sokağa çıkma yasağı olan günler için böyle bir bildirimde bulunmayacağı düşünülebilir. Ancak kanunilik koşulunu yerine getirmeyen sokağa çıkma yasakları sebebiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü yasağının da dolaylı olarak etkilenmesi, özellikle “bir olaya ilişkin ani bir refleks ile birçok kişinin toplanarak kendini ifade etmesi yahut görüşlerini açıklaması olarak tanımlanan” spontan toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ihlali durumunda gözlenecektir. Bkz. Ahmet Mert Duygun, Toplantı

2) Müdahalenin Hakkın Özüne Dokunup Dokunmadığı ve Ölçülülüğü

Müdahalenin kanuniliğine ilişkin tartışmaları ortaya koyduktan sonra ele alınması gereken salgın hastalık zamanında toplantı ve gösteri yürüyüşlerine yapan müdahalelerin hakkın özüne dokunup dokunmadığıdır. Toplantı-gösteri özgürlüğü açısından herhangi bir konuda, mekanda, zamanda yapılmak istenen toplantı veya gösteriyi açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz biçime koyan yahut ciddi surette onun yapılmasını güçleştirici olan yahut o toplantının amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikte müdahaleler hakkın özüne dokunacaktır.⁶³

Hakkın özü açısından ilk akla gelen toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün zamanıdır. Konusu itibariyle daha sonra yapılmasında büyük sakınca olmayan toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin aksine ertelendiği takdirde güncel bir konuya ilişkin ifade açıklamalarının kolektif biçimde yapılmasını olanaksız hale getiren toplantıların yasaklanması ya da ertelenmesi hakkın özüne dokunacaktır. Bu noktada özellikle COVID-19 tedbirlerine karşı yapılan ya da COVID-19 salgının doğurduğu ekonomik sorunlara ilişkin düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ertelenmesi ilk akla gelen örneklerden biridir. Hakkın özü açısından diğer önemli tartışma ise toplantı ve gösteri yürüyüşü açısından önemli bir sembolü ifade eden mekan yerine başka bir mekanda toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılmaya zorlanması durumudur. Çünkü toplantı ve gösterinin mekanı, toplantının amacı ve anlamıyla bazen yoğun bir ilişki içerisindedir; öyle ki bazı durumlarda o toplantının sadece o mekanda yapılması gerekmektedir.⁶⁴ Bu nedenle son çare olmadıkça toplantının konusu açısından olmazsa olmaz bir öneme sahip olan toplantı mekanının salgın hastalıklar nedeniyle değiştirilmesi, somut olayda o toplantı açısından hakkın özüne dokunabilecektir. Tüm bu gerekçelerle toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne ilişkin idarenin somut olayda demokratik toplumdaki yana kullanılacak takdir yetkisini sıfırlayacak kategorik yasaklardan kaçınılmalıdır.⁶⁵

Hakkın özüne ilişkin bu tespitlerin ardından toplantı ve gösteri yürüyüşlerine tehlikeli salgın hastalık döneminde yapılacak müdahalenin ölçülülüğü sorununa değinmek gerekmektedir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşünün ölçülülüğüne ilişkin yapılacak denetimde ise öncelikle elverişlilik unsuru açısından yapılacak incelemede pandemi döneminde toplantı ve gösteri hakkına yapılan müdahalelerin yaşama hakkının korunması, genel sağlığın korunması meşru amaçlarına hizmet eden araçlar olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte yapılan müdahalelerin ölçülülüğü konusunda belirleyici olan esas unsur gereklilik ve orantılılık (dar anlamda ölçülülük) unsurlarıdır.

Bu noktada özellikle yaşama hakkı, genel sağlığın korunması ve toplantı gösteri yürüyüşü hakkı arasındaki hak çatışmalarında herhangi birini tamamen korunmasız hale geti-

ve Gösteri Yürüyüşü Hakkınının Kullanılmasında Bir Bilinmeyen: Spontane ve Acele Eylemler, Anayasa Hukuku Dergisi - Cilt: 3 / Sayı:6 / Yıl:2014, s. 139 vd.

⁶³ Özenç, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları, s.120.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. Ulaş Karan, Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

El Kitapları Serisi – 3, Avrupa Konseyi, Ankara 2018, s. 62. Örneğin Taksim Meydanı, 1 Mayıs Emek ve Dayanışma Bayramı açısından böyle bir öneme haizdir. Bu hususa tali olarak olsa da değinen bir karar için bkz. AIHM, DİSK& KESK v.Türkiye, Başvuru No: 38676/08.

⁶⁵ Martini/ Ganter, s. 934.

rerek bir sonuca varılmaması ve ilgili haklar arasında pratik uyum sağlanarak tüm hakların optimal düzeyde geçerliliklerini koruduğu bir çözüm bulunması gerekmektedir.⁶⁶

Bu noktada idarece toplantının kategorik olarak yasaklanması yerine daha yumuşak tedbirlere başvurulması gereklilik unsuru açısından olmazsa olmazdır.⁶⁷ Bu yumuşak tedbirlere örnek olarak toplantılarda maske zorunluluğunun getirilmesi⁶⁸, toplantının açık havada daha geniş bir yüzölçümünde yapılmasının belirlenmesi, katılımcılar arasında fiziki mesafe kuralının şart koşulması⁶⁹ gösterilebilir. Yine daha yumuşak bir tedbir olarak kamu otoritelerinin halk sağlığına ilişkin pozitif yükümlülüklerini sağlamak adına toplantı ve gösteri yürüyüşleri için „önceden bildirim“ yapma zorunluluğu getirmesi mümkündür.⁷⁰

Orantılılık ya da dar anlamıyla ölçülülük unsuru açısından ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç (devletin yaşama hakkı ve genel sağlığa ilişkin pozitif yükümlülüklerinin sağlanması) ile başvuru sınırlama tedbiri (toplantının yasaklanması yahut ertelenmesi vb.) arasında aşırı bir dengesizlik bulunmaması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin de

⁶⁶ Sinder, s. 103.

⁶⁷ Aynı yönde bkz. Holger Schmitz/ Carl-Wendelin Neubert, Praktische Konkordanz in der Covid-Krise: Vorübergehende Zulässigkeit schwerster Grundrechtseingriffe zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts am Beispiel von Covid-19-Schutzmaßnahmen, NVwZ 2020, s. 668.

⁶⁸ Konuya ilişkin bkz. Wolfgang Hecker, Versammlungsfreiheit und Maskenpflicht, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-und-maskenpflicht/> (Erişim tarihi:30.05.2021).

Bu hususta tartışmalı olan bir husus kamuoyunda “İç Güvenlik Paketi” olarak bilinen 6638 Sayılı Kanun ile toplantı ve gösteri yürüyüşüne “silahlı katılanlar” tanımına kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örterek katılanlar eklenmiş ve bu kişilerin iki yıl altı aydan dört yıla kadar cezalandırılması öngörülmüştür. İç Güvenlik Paketi'nin bu hükmü kanun yapma tekniği ve Türk Ceza Kanununun 6. maddesindeki açık silah tanımı göz önünde bulundularak suç ve cezalarda kanunilik açısından doktrinde eleştirilmekle beraber, Anayasa Mahkemesi (AYM, E: 2015/41 K: 2017/98, Knr.116vd.) tarafından toplantı ve gösterinin barışçılığını sağlama yönüne yönelik ölçülü bir müdahale olarak nitelendirilmiştir. Doktrindeki eleştiri için bkz. Abdullah Bathan Baytaç, 6638 Sayılı Kanun ile PVSK ve CMK'da Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İÜHFMD C. LXXIII, S. 2, s. 45.

Şüphesiz burada yüzünü kapatan herkes bu suçun faili olamayacaktır; örneğin katılan bir eylemde gaz ve sudan korunmak amacıyla yüze takılacak gereçler; yahut bulaşıcı hastalıkları bertaraf etmek için takılan maskeler bu suçun konusunu oluşturmamaktadır. Aynı yönde bkz. Şirin, 30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, s. 40.

Nitekim karşılaştırmalı hukukta Alman yargısının içtihadı bu yödedir; örneğin Dortmund Eyalet Mahkemesi, güneş gözlüğü, bere ve kapüşon takan göstericinin kimliğinin tespit imkanı tamamen ortadan kaldırılmadığı için beraatine hükmetmiştir. Bu tartışmalar için bkz. Berke Özenç, Güvenlik Reformunun Mantığı: Almanya'nın Polisini Alalım, Yargısını Almayalım <https://m.bianet.org/bianet/hukuk/159345-guvenlik-reformunun-mantigi-almanya-nin-polisini-alalim-yargisini-almayalım> (Erişim tarihi:29.05.2020). Özetle COVID-19 salgını süresince yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılarak maske takan kişiler, 6638 sayılı Kanun ile genişletilen suç kapsamında sorumlu tutulamazlar.

⁶⁹ Şüphesiz bu fiziki mesafe kurallarının sağlanması gerekliliği sadece toplantı ve gösterinin yürütülmesi değil; toplantı yerine varış ve ayrılma sırasında da geçerlidir. Bu husustaki sorumluluk ise düzenleme kuruluna ve kolluk kuvvetlerine aittir. Bkz. Sinder, s. 103 vd. Devletin koruma yükümlülüğünün, düzenleme kurulu olsa dahi gerçek kişilere yüklenmeyeceğine ilişkin bkz. Hecker, Versammlungsfreiheit und Maskenpflicht, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-und-maskenpflicht/>.

⁷⁰ Türk hukukunda 2911 Sayılı Kanun halihazırda toplantı ve gösteri hakkını bildirim usulüne bağlamış durumdadır. Ancak COVID-19 salgını ile birlikte örneğin Almanya'daki birçok eyalet yönetiminde görüldüğü üzere toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek için izin usulünün de getirildiği gözlenmektedir. Bkz. Sinder, s. 103 vd.

toplantı ve gösteri yürüyüşüne ilişkin içtihadında⁷¹ belirttiği üzere, kamu gücünü kullanan organların toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahale ederken toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan, korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir. Bu noktada salgın hastalıklarla mücadele için temel haklara idare tarafından yapılacak müdahale için inzidans⁷² oranları oldukça önem kazanmaktadır.

Eğer idare, toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılacağı bölgede bulaşıcılık oranının yüksek olduğuna ilişkin emarelerin varlığını ortaya koyamıyorsa, temel hakka ilişkin yapacağı müdahaleler orantısız olacaktır.⁷³ Bu sebeple idarenin almış olduğu tedbirlerin orantılığını düzenli olarak gözden geçirme yükümlülüğü bulunmaktadır.⁷⁴

Toplanma özgürlüğüne ilişkin bu çıkarımları kolektif olarak kullanılan diğer bazı haklar için de yapmak mümkündür. Bunların başında ise ibadet özgürlüğü gelmektedir. İbadetlerin toplu değil tekil yapılmaya zorlanması ilk bakışta oldukça ölçülü ve meşru bir sınırlama aracı olarak gündeme gelse de toplu olarak yapılmak zorunda olan bazı ibadetler bakımından idarenin takdir marjı oldukça daraltılmalıdır.⁷⁵ Benzer tespitleri spor müsabakaları için de, cenazeler için de yapmak mümkündür. Özellikle kapalı yerlerde yapılacağı için yasaklanması sağlık hakkının korunması açısından oldukça ölçülü olarak nitelendirilebilecek bir müdahalenin, bulaşma riskinin daha az olduğu açık havada sürdürülmesi, müdahaleyi ölçsüz kılabilecektir.

Sonuç olarak toplantı ve gösteri yürüyüşlerine yapılacak müdahalenin kanuniliği kadar yapılacak müdahalenin hakkın özüne dokunup dokunmayacağı ve ölçülülüğü de oldukça tartışmalı olup; zamansal, mekansal ve konusal açıdan kategorik yasaklardan kaçınıp, somut olaydaki şartları önceleyen „terzi dikimi bir yaklaşımı“⁷⁶ esas almak gerekmektedir.

C. Karşılaştırmalı Hukukta Yargı Kararları

Pandeminin başladığı ilk dönemlerde toplantı ve gösteri yürüyüşlerine karşı yargı makamları daha kısıtlayıcı bir tutum almışlardır.⁷⁷ Örneğin Federal Alman Anayasa Mahkemesi, pandeminin başlarında karşıt gösterilerin de olabileceği ve bunun enfeksiyon tehlikesini artırabileceğine vurgu yapmış; virüse karşı bağışıklık sağlayacak aşının bulunmamış olmasını da gerekçe göstererek yapılan başvurulardaki tedbir taleplerinin reddine karar vermiştir.⁷⁸ Ancak pandeminin uzun süreceğinin belli olmasıyla, yargı organlarının da kararlarında temel hak ve özgürlükleri önceleyen yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bu noktada özellikle 2 ölçüt ağır basmaktadır: Enfeksiyon hukukuna özgü sorunlar (mekan, maske

⁷¹ Bkz. AYM, Yasin Agin ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No:2017/325/34, Knr.55; aynı yönde bkz. AYM, Dilan Ögüz Canan, Başvurusu, Başvuru No: 2014/20411, Knr. 33.

⁷² Sağlık Bakanlığına göre inzidans, risk altındaki sağlam bireylerin belirli sürede, belirli bir hastalığa yakalanma olasılığını gösteren ölçütü ifade etmektedir. İnzidans, belirli bir toplumda belirli bir sürede saptanan yeni vaka sayısının o toplumun yıl ortasındaki nüfusuna veya risk altındaki kişi sayısına bölünmesi ile elde edilir. Tanım için bkz. <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66475/insidans.html> (Erişim tarihi:28.05.2021).

⁷³ Kingreen, s. 1029.

⁷⁴ Münih Eyalet Mahkemesi'nin 2020 senesinde pandemiyle ilişkili kararlarında belirtmiş olduğu bu husus için bkz. Schmitz/Neubert, s. 669.

⁷⁵ Şirin, Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş, s. 108.

⁷⁶ Nitelendirme için bkz. Şirin, Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş, s. 108.

⁷⁷ Sinder, s. 103.

⁷⁸ Benzer yönde bkz. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020.

zorunluluğu ve katılımcı sayısı) ile yasakların somut ve birel bir değerlendirmeye dayanmaksızın kategorik olarak alınıp alınmadığıdır.

Nitekim FAYM daha sonra içtihadını değiştirmiş ve 15 Nisan 2020 tarihinde geçici tedbir başvurusunda vermiş olduğu karar ile aynı hanede bulunmayan iki kişiden daha fazla kişinin sokakta toplanmasını yasaklayan ve bu sebeple toplantı yasağı getiren Gießen Şehir Yönetimi'nin kategorik olarak toplanma özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle, toplantı ve gösteriş yürüyüşü özgürlüğü ihlaline yol açtığı tespitinde bulunmuştur.⁷⁹ Mahkeme daha sonra 29 Nisan 2020 tarihinde Aşağı Saksonya Eyaleti'nde alınan ve tüm kilise, sinagog ve camiler için geçerli olan toplu ibadet yasağının hiçbir istisnaya yer vermeyecek şekilde kategorik bir sınırlamayı içermesi sebebiyle din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.⁸⁰

FAYM'nin bu kararlarında ortaya koyduğu tutumu diğer uzman mahkeme kararları da izlemektedir.

Örneğin Berlin Eyalet Mahkemesi, 28 Ağustos 2020 tarihinde verdiği karar ile belirli koşullar altında toplantı ve gösteri yapılabilmesine cevaz vermiş; bu alandaki yasakları iptal etmiştir.⁸¹ Buna göre toplantı düzenleyenler, gerekli fiziki mesafe kurallarına riayet etmeli ve konuşmaların yapılacağı sahneyi güvenlik çiti ile çevreleyip, mekan ve sahne arasında bir mesafeye yer vermelidirler. Mahkeme bu kararında özellikle sağlık ve kamu düzeni ile ifade özgürlüğünün kolektif kullanımı arasındaki çatışmada hangi değer ağır bastığı hususunda bir şüphe varsa mutlaka ifade özgürlüğüne ağırlık verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Frankfurt İdare Mahkemesi ise 18 Kasım 2020 tarihli kararı⁸² ile Almanya'nın silahlanma politikasını protesto etmek isteyen göstericilerin talebinin, hiçbir öznel değerlendirme yapılmaksızın salgın hastalıkla mücadele tedbirleri gösterilerek reddedilmesinin toplantı ve gösteri yürüyüşünü ihlal ettiğini belirtmiştir.

Bu noktada şunu da belirtmek gerekmektedir ki Federal Alman Cumhuriyeti'nde toplantıların yasaklanmasının yasal dayanağı, Enfeksiyon Yasasının 28. maddesinin 1. paragrafıdır. Burada dahi yürütmeye yasak konusunda bir „açık çek (*Blankoverfügung*)“⁸³ verilmediği, bu yasaklama yetkisinin ancak içerik (toplamanın yasak ya da ertelenmesi), amaç (bulaşıcı hastalıklardan korunma) ve ölçülülük ilkesinin gerekleri ile sınırlandırıldığı⁸⁴ belirtilmesi gerekmektedir.⁸⁵ Yine Alman doktrininde, iki kişiden fazla kişinin toplanmasını (*Ansammlung*) yasaklayan maddenin her türlü toplanmayı mı ihtiva ettiği yoksa toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün (*Versammlungsfreiheit*) kısıtlanması için daha açık bir düzenleme mi yapılması gerektiği tartışmalıdır. Ancak ağırlıklı olarak bunun redaksiyonel bir sorun olduğu, toplantı ve gösterilerin de her türlü toplanma kavramının altına denk düştüğü ifade edilmektedir.⁸⁴ Yine kanun maddesinde belirtilen⁸⁵ hastalar, hastalığı yaymakla sınırlı olanlar⁸⁶ kavramının da geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir; çünkü COVID-19 virüsünü taşıma rizikosunu taşıyan kişilerin tespiti kolaylıkla yapılmamaktadır.⁸⁵

⁷⁹ Bkz. BVerfG Beschluss vom 15. April 2020 1 BvR 828/20.

⁸⁰ BVerfG, Beschluss vom 29.04.2020 - 1 BvQ 44/20.

⁸¹ Berlin Eyalet Mahkemesi'nin kararı için bkz. Beschluss der 1. Kammer vom 28. August 2020 (VG 1 L 296/20).

⁸² Bkz. VG Frankfurt a. M. Gerichtsbescheid v. 18.11.2020 – 5 K 1124/20.F, BeckRS 2020, 32405.

⁸³ Martini/Thiessen/Ganter, s. 931.

⁸⁴ Martini/Thiessen/Ganter, s. 931.

⁸⁵ Martini/Thiessen/Ganter, s. 932.

Pandeminin başlarında yapılan bu tespitin şu açıdan güncellenmesi de gerekmektedir; pandeminin sonlanmasını sağlayacak olan kitle bağışıklığını sağlayacak şimdilik yegane yol olan aşının bulunması ve uygulanmasıyla aşılanmış olan kişilerim artık bu tanıma denk düşmeyeceği kuşkusuzdur. Nitekim karşılaştırmalı hukukta Federal Alman Hükümeti başka ülkelerin aksine⁸⁶, COVID-19 aşısını iki doz olarak alan kişilerin COVID-19 pandemisi kapsamında uygulanan temel hak sınırlamalarından muaf olacağını ilan etmiştir.⁸⁷

Aynı şekilde Paris'te 28 Kasım 2020 cumartesi günü 14.00-16.00 saatleri arasında temel hak ve özgürlüklere ağır tehditler getiren güvenlik yasasına karşı düzenlenmesi planlanan bir gösteri için Paris Emniyet Müdürlüğü, 25 Kasım tarihinde, yürüyüşün yasak olduğuna ve yalnızca République Meydanı'nda durağan eyleme izin verileceğine dair bir karar almış⁸⁸; ancak Paris İdare Mahkemesi, bölgedeki gösterilerle ilgili alınan 9 Kasım 2020 tarihli önlemlere göre, eylemlerde iki kişinin arasında en az bir metre olmasının gerektiği belirtildiğini, bu kurala uyulduğu sürece durağan eylem ya da yürüyüş yapılmasının bir önemi olmadığını ve bu nedenlerle yürüyüş için kortej halinde bulunmasının, kamu düzenini bozacak veya sağlığı tehlikeye atacak bir aykırılığa neden olmadığını; halihazırda yürüyüş organizatörlerinin sağlık için gerekli önlemlerini zaten aldığını kararında açıkça vurgulamıştır.⁸⁹ Bu nedenlerle karara imza atan idara mahkemesi yargıcı, yasak kararını ölçüsüz bularak yürütmesini durdurmuştur.

Buna karşılık Black Lives Matter gösterilerine ilişkin Avusturya yargı organlarının, halk sağlığını önceleyen kararlarının olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Yüksek Mahkeme, toplantı ve gösteri yürüyüşü ve ifade özgürlüğüyle çatışan anayasal değer olarak terazinin diğer kefesine kamu sağlığını koymuş ve toplantıya katılanların diğer vatandaşların sağlığını etkilemesi riski karşısında toplantının yasaklanması kararını hukuka uygun bulmuştur.⁹⁰

⁸⁶ Örneğin Fransız Danıştay, COVID-19'a karşı iki doz aşılanmış kişilerin sokağa çıkma yasağı tedbirinden muaf tutulmasına yönelik yapılan başvuruyu reddetmiştir. Bkz. <https://publicisteturc.org/covid-19a-karsi-asilananlarin-sokaga-cikma-yasagi-tedbirinden-muaf-tutulmasına-yonelik-yapilan-basvuru-fransiz-danistayi-tarafindan-reddedildi/> (Erişim tarihi:24.05.2021)

⁸⁷ Bu ayırım Alman doktrininde önemli tartışmalara yol açmıştır. Bu durumun temel hak sınırları için ayrımcı bir uygulama olduğunu savunanlar olsa da esas olarak eşitlik ilkesi ve bununla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının aynı hukuki statüde olanlar için eşit muameleyi gerektirdiği; oysa ki aşılanmış bir kişi bulaş riskine sahip olmadığı gerekçesiyle artık başka bir hukuki olgu içerisinde olduğu ve bunun hukuk sonuçları da farklı olmalı gerektiği kabul edilmektedir.

Bu tartışmalar ve "muafiyet" tezinin savunusu için bkz. Josef Franz Lindner, „Privilegien“ für einige oder Lockdown für alle? Coronaimpfung – offene Verfassungsrechtsfragen, VerfBlog, 2020/12/29, <https://verfassungsblog.de/privilegien-oder-lockdown> (Erişim tarihi:24.05.2021) Aynı yönde bkz. Lamia Amhaouach/ Stefan Huster: Gleiche Unfreiheit?, VerfBlog, 2020/12/31, <https://verfassungsblog.de/gleiche-unfreiheit/> (Erişim tarihi:24.05.2021).

⁸⁸ Bkz. <https://publicisteturc.org/guncel-paris-idare-mahkemesi-yuruyusu-yasaklayip-yalnizca-duragan-eyleme-izin-veren-karari-olcululuk-ilkesine-aykiri-buldu1/> (Erişim tarihi: 29.05.2020). Bu kararda adı geçen eylemin rotası oldukça önemlidir; zira bu rota ile tüm Paris şehri yürünerek herkesin eylem konusuna dikkatinin çekilmesi sağlanmaktadır.

⁸⁹ <https://publicisteturc.org/guncel-paris-idare-mahkemesi-yuruyusu-yasaklayip-yalnizca-duragan-eyleme-izin-veren-karari-olcululuk-ilkesine-aykiri-buldu1/> (Erişim tarihi: 29.05.2020).

⁹⁰ Bu kararın ve Avustralya'da kamu sağlığını önceleyen diğer kararların özeti için Kansu Karadağ, s. 881 vd.

Yunanistan Danıştayı (Devlet Konseyi) ise 15-18 Kasım 2020 arasında tüm toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin kamu sağlığı gerekçe gösterilerek kategorik olarak yasaklanmasını hukuka uygun bulmuştur.⁹¹

Benzer biçimde Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'ne yapılan *Elim Romanian Pentecostal Church, Logos Baptist Ministers* başvurusunda Yüksek Mahkeme, bölgedeki insiziden kararlarını örnek olarak ve idarenin sadece kilisedeki toplanmaları değil tüm laik toplantıları da yasakladığına vurgu yaparak toplanma özgürlüğünün ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir.⁹² Mahkeme ayrıca 10 kişiden az ya da araba içinde olan şarkı söyleme ibadetlerine izin verildiğini ve bu eylemlerin çevrimiçi olarak da pandemi evvelinde de yapıldığına vurgu yapmıştır. Bir başka kararında (*South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*) ise Yüksek Mahkeme, California eyalet valisinin, ibadetlerin ancak toplam kapasitenin % 25'i ile ve 10 kişiyi aşmamak kaydıyla yapılabileceğini öngören yönergesinin (*state guideleneess*) ibadet özgürlüğünü ihlal etmediğini tespit etmiştir.⁹³ Mahkeme Başkanının belirleyici oyu (*swing vote*)⁹⁴ ile çıkan kararda, Mahkeme kısıtlamaların sadece dini nitelikte olan toplanmalar açısından değil; okul, tiyatro, sinema gibi yerler açısından daha katı bir şekilde uygulandığını ifade etmiştir.⁹⁵ Mahkeme, bu içtihadında ortaya koyduğu esasları, pandemi sırasında ibadet özgürlüğü ve kamu sağlığının çatıştığı benzer uyumsuzluklarda da sürdürmüştür.⁹⁶

SONUÇ

Toplantı ve yürüyüşü özgürlüğüne yapılacak müdahaleler, sadece bu hakkın sùjeleri açısından değil; genel olarak bütün bir demokratik toplumun varlığı açısından büyük bir anlam taşır.⁹⁷ Bu hakka ilişkin yapılan müdahaleler, kanuna dayanmanın dışında mutlaka meşru bir amaca dayanmalı ve son çare olarak demokratik toplum düzenini etkisizleştirme-yecek biçimde gündeme gelmeli, ölçülülük ilkesini ihlal etmemelidir.

İdarenin toplantı ve gösteri yürüyüşüne yapacağı müdahalelerdeki takdir marjının tehlikeli salgın hastalıklar sırasında artacağı kabul edilse dahi, bu takdir marjının da sınırsız olmadığı belirtilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki idarenin başka sebeplerle (örneğin siyasi saiklerle) yasaklamak istediği bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü, salgın hastalıkları gerekçe göstere-

⁹¹ Bu yasağın arkasında ise Yunanistan'daki Albaylar Cuntasına karşı 17 Kasım 1973 yılında yapılan öğrenci direnişinin yıldönümünün kutlanmasını engellemek yatmaktadır. Bkz. *Evangelia Romanou, The right to protest in the COVID-19 era: The case of Greece*, <https://www.humanrightshere.com/post/the-right-to-protest-in-the-covid-19-era-the-case-of-greece#continue> (Erişim tarihi:29.05.2020)

⁹² Kansu Karadağ, s. 883 vd.

⁹³ Bu kararın özeti ve değerlendirilmesi için bkz. Türker Ertaş, *Amerikan Anayasal Düzeninde İbadet Özgürlüğünün Genel Çerçevesi ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin South Bay United Pentecostal Church v. Newsom Kararı Işığında Kamu Sağlığının Korunması Amacıyla İbadet Özgürlüğünün Sınırlandırılması*, in: *COVID 19 ve Hukuk Sempozyumu* (Ed: Melda Sur/Mine Kasapoğlu Turhan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 461-488.

⁹⁴ Benzer bir düzenleme Türk anayasa hukukunda 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun 65. maddesinde bulunmaktadır. Buna göre oyların eşitliği durumunda başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilir.

⁹⁵ Ertaş, s. 475.

⁹⁶ Ertaş, s. 477.

⁹⁷ Schmitz/Neubert, s. 666.

rek yasaklaması hali ise idare hukuku açısından “yetki saptırması” olup hukuka aykırı olacaktır.⁹⁸

KAYNAKÇA

Amhaouach, Lamia / Huster, Stefan, Gleiche Unfreiheit?, VerfBlog, 2020/12/31, <https://verfassungsblog.de/gleiche-unfreiheit/> (Erişim tarihi:24.05.2021).

Aslan, Volkan, COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası’na Uygunluğu, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (2), s. 809-835.

Baytaz, Abdullah Batuhan, 6638 Sayılı Kanun ile PVSK ve CMK’da Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İÜHFMD C. LXXIII, S. 29-45.

Duygun, Ahmet Mert, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkınının Kullanılmasında Bir Bilinmeyen: Spontane ve Acele Eylemler, Anayasa Hukuku Dergisi - Cilt: 3 / Sayı:6 / Yıl:2014, s.133-161.

Ekinci, Bezar Eylem, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Bakımından Bildirim Usulünün Kapsamı, s. Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 2019-68(4), s. 753-794.

Epping, Volker, Grundrechte, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 2010.

Ertaş, Türker, Amerikan Anayasal Düzeninde İbadet Özgürlüğünün Genel Çerçevesi ve Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin South Bay United Pentecostal Church v. Newsom Kararı Işığında Kamu Sağlığının Korunması Amacıyla İbadet Özgürlüğünün Sınırlandırılması, in: COVID 19 ve Hukuk Sempozyumu (Ed: Melda Sur/Mine Kasapoğlu Turhan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.461-488.

Gören, Zafer Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:19 Sayı:38 Yaz 2020/2, s. 1-12.

Gözler, Kemal, Genelge Devleti: Hukukta Şeklin Önemi Üzerine, (www.anayasa.gen.tr/genelge-devleti.htm) (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021).

Hecker, Wolfgang, Versammlungsfreiheit und Maskenpflicht, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-und-maskenpflicht/> (Erişim tarihi:30.05.2021)

Kama Işık, Sezen /Işık, Alper; Yeni Bir Siyasi Parti Türü Olarak Elektronik Siyasi Partiler, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (2), s. 1-26.

Kanadoğlu, Osman Korkut, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.

Kalscheuer, Fiete, Kommt jetzt die virtuelle Versammlungsfreiheit?, <https://community.beck.de/2020/04/28/kommt-jetzt-die-virtuelle-versammlungsfreiheit> (Erişim tarihi:23.05.2021)

Kansu Karadağ, Akasya, COVID-19 Pandemisi Döneminde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının Kullanılması ve Sınırlandırılması, in: COVID-19 Küresel Salgının Küresel Hukuktaki Yansımaları (ed: Kemal Şenocak), Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.863-893.

Karan, Ulaş, Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 3, Avrupa Konseyi, Ankara 2018.

Kießling, Andrea, Infektionsschutzgesetz- Kommentar, 2. Auflage, München 2021.

Kingreen, Thorsten, Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie, Juristische Ausbildung 2020(10), s.1019-1035.

Külçür, Erdem İzzet, Kriminoloji ve Ceza Hukuku Boyutuyla Çevreci Terörizm, Hukuk Akademisi, İstanbul 2020.

⁹⁸ Bkz. Ali Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 421-422.

Lindner, Josef Franz, „Privilegien“ für einige oder Lockdown für alle?: Coronaimpfung offene Verfassungsrechtsfragen, VerfBlog, 2020/12/29, <https://verfassungsblog.de/privilegien-oder-lockdown> (Erişim tarihi:24.05.2021).

Martini, Mario/ Ganter, Jonas, Zwischen Vermummungsverbot und Maskengebot: Die Versammlungsfreiheit in Zeiten der Corona-Pandemie, NJOZ 2020, s. 929-935.

Maunz, Theoder/ Dürig, Günter / Depenheuer, Otto, Grundgesetz -Kommentar, Art. 8., EL. Oktober 2020, Art. 8 Rn. 162.

Özdoğan, Nuray, İfade Özgürlüğünün Kullanılmasında Sosyal Mesafe, Hukuk Defterleri Dergisi, Sayı 26-27, s.46-48.

Özenç, Berke, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları, İÜHFMC. LXXIII, S. 2, s. 87-134.

Özenç, Berke, Güvenlik Reformunun Mantığı: Almanya'nın Polisini Alalım, Yargısını Almayalım <https://m.bianet.org/bianet/hukuk/159345-guvenlik-reformunun-mantigi-almanya-nin-polisini-alalim-yargisini-almayalim> (Erişim tarihi:29.05.2020)

Özkan, Seda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Toplanma Özgürlüğü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi(2016).

Türkeli, Gözde, Toplanma Hakkı Bağlamında Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Suçu, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020.

Pötters, Stephan /Werkmeister, Christoph; Neue Problemkreise des Versammlungsrechts, ZJS 3/2011, s.222-228.

Romanou, Evangelia, The right to protest in the COVID-19 era: The case of Greece, <https://www.humanrightshere.com/post/the-right-to-protest-in-the-covid-19-era-the-case-of-greece#continue> (Erişim tarihi:29.05.2020)

Sağlam, Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakındoğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Lefkoşa 2013.

Schmitz, Holger/ Neubert, Carl-Wendelin; Praktische Konkordanz in der Covid-Krise: Vorübergehende Zulässigkeit schwerster Grundrechtseingriffe zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts am Beispiel von Covid-19-Schutzmaßnahmen, NVwZ 2020, s. 666-671.

Sever, Çiğdem, COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku- Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme, Anayasa Hukuku Dergisi - Cilt: 9/Sayı:17/Yıl:2020, s. 177-237.

Sinder, Rike, Versammlungsfreiheit unter Pandemiebedingungen-Zeit, Zahl und Zurechnung als Schlüsselkategorien praktischer Konkordanz, NVwZ 2021, s.103-108.

Şirin, Tolga, 30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013.

Şirin, Tolga, Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş, Anayasa Hukuku Dergisi - Cilt: 9/Sayı:17/Yıl:2020, s. 43-146.

Ulusoy, Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019.

Wagner, Ben/ Kilian Weith/ Digitalisierung und Menschenrechte, <https://www.bpb.de/internationales/weltweit/menschenrechte/232190/digitalisierung> (Erişim tarihi:23.05.2021)

Welzel, Tobias, Virtuelle Versammlungsfreiheit in Zeiten der Pandemie-Warum Art.8 GG auch virtuelle Versammlungen schützt, MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (2021), s.220-225.

^{4f} ELEKTRİK DAĞITIM FAALİYETİYLE İLGİLİ UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İDARİ DAVALARDA HUSUMET KAVRAMINI YENİDEN DÜŞÜNMEK

(RE-THINKING THE CONCEPT OF HOSTILITY IN ADMINISTRATIVE CASES IN THE FRAMEWORK OF THE COURT OF DISPUTES DECISIONS RELATED TO ELECTRICITY DISTRIBUTION ACTIVITY)

Dr. Öğr. Üyesi Onur KAPLAN**

ÖZ

İdari yargılama hukukunda ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklar yönünden kural olarak idari makamların, davalı konumda olacağı kabul edilmektedir. Bir hukuki uyuşmazlıkta davalı tarafın kim olacağını ifade eden husumet kavramı, idari davalarda ilk inceleme aşamasında dikkate alınan bu nedenle de idari yargılama hukuku yönünden önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla bağlantılı biçimde Uyuşmazlık Mahkemesinin vermiş olduğu kararlara bakıldığında; genel olarak organik kriterin ön planda tutulduğu ve bu doğrultuda uyuşmazlığın çözümünün idari yargının görev alanına girmesi için hasım olarak gösterilen bir kamu kurum ya da kuruluşunun bulunması gerektiği ifade edilebilir. Uyuşmazlık Mahkemesinin yakın zamanda, elektrik dağıtım şirketleri tarafından yürütülen faaliyetler kapsamında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların çözümünde de bu çerçevede adli yargının görevli olduğuna karar verdiği görülmektedir. Ancak, bu kararlarda özellikle özel hukuk kişilerinin de idari fonksiyon yerine getirebileceği ve bu nedenle tesis ettiği işlem ve eylemlerinden ötürü bireylerin temel hak ve hürriyetlerini etkileyebileceği hususu dikkate alınmamıştır. Bununla birlikte Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet yaptığını belirtmesine rağmen; ilgili elektrik dağıtım şirketinin özel hukuk kişisi olmasına vurgu yaparak mutlak bir yaklaşım biçimi ortaya koymuştur. Bu sebeple, idari yargının görev alanının belirlenmesinde ortaya konulan ölçütlerle bağlantılı olarak husumet kavramını yeniden düşünmek gereksinimi doğmuştur. Bu doğrultuda çalışmada, idari yargılama hukukunda özel hukuk kişilerinin davalı olup olamayacağı sorunu ortaya konularak, Uyuşmazlık Mahkemesinin bu konudaki yaklaşımının sonuçları irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Uyuşmazlık Mahkemesi, İdari Dava, Husumet, Elektrik, Kamu Hizmeti.

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi:24.03.2021 İlk hakem raporu tarihi: 07.04.2021 İkinci hakem raporu tarihi: 22.04.2021 Onaylanma tarihi: 07.05.2021

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-1252-6352.

Eser Atf Şekli: Onur Kaplan, "Elektrik Dağıtım Faaliyetiyle İlgili Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Çerçevesinde İdari Davalarda Husumet Kavramını Yeniden Düşünmek", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1559-1576.

ABSTRACT

As a rule, it is accepted that the administrative authorities will be defendants in terms of legal disputes arising in the administrative procedure law. The concept of hostility is taken into account at the first examination stage of administrative cases, therefore it appears as an important issue in terms of administrative procedure law. Considering the decisions of the Court of Disputes; in general, it can be stated that the organic criteria is prioritized and accordingly, a public institution or organization must be found in order to the resolution of the dispute to be considered within the jurisdiction of the administrative judiciary. It is seen that the Court of Disputes has recently decided that the judicial order is responsible for the settlement of legal disputes arising within the scope of the activities carried out by the electricity distribution companies. However, in these decisions, it is not taken into consideration that especially private law persons can also perform administrative functions and therefore affect the fundamental rights and freedoms of individuals due to their acts and actions. Nevertheless, the Court of Disputes has adopted an absolute approach, emphasizing that the relevant electricity distribution company is a private law person, despite the fact that it has stated that it is carrying out an activity in the nature of a public service. For this reason, it is necessary to rethink the concept of hostility in connection with the criteria set out in determining the jurisdiction of the administrative judiciary. In this regard, the study will examine the results of the approach of the Court of Disputes on this issue by putting forward the problem of whether private law persons can be defendants in administrative procedure law.

Keywords: *The Court of Disputes, Administrative Case, Hostility, Electricity, Public Service.*

I. Giriş

Genel olarak idari yargının konusu, idari makamların idari faaliyetleri icra ederken yapmış oldukları hukuki tasarruflardan kaynaklanan uyuşmazlıkları çözümlemek noktasında toplanmaktadır². 1982 Anayasası (“AY”) md.125/1, md.155 ve md.158/1 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde idari yargının anayasada kendine özgü bir görev alanının bulunduğu ifade edilebilir³. Bu doğrultuda, idari faaliyeti yerine getirirken kamu gücü kullanma imtiyazına sahip olan idari makamların⁴ hukuki tasarruflarından doğacak hukuki uyuşmaz-

² Kaplan, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s.41.

³ AY md.125/1 “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır (...)”. AY md.125/3 “İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar”. AY md.155 “Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı mercii bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar (...) Danıştayın, kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usulleri, idari yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir”. AY md.158/1 “Uyuşmazlık Mahkemesi adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir”.

⁴ İdari işlemlerin, kamu gücü kullanma yetkisine sahip olan hukuki sùjeler tarafından yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte, gerçekleştirdiği faaliyetleri idare nam ve hesabına yapan diğerkişiler bakımından da “kamu gücü” kullanma ve bu çerçevede tek yanlı irade beyanımla hukuki etki ve sonuçlar doğurabilme imkanı söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle idari işlemleri yapan sùjelerden

lıklar bakımından bireylerin açacağı davalar idari yargının görev alanına girmektedir⁵. Bu çerçevede hukuki uyumsuzluk idarenin hukuki tasarruflarından kaynaklandığından; bireylerce açılacak idari davalarda, kural olarak “*idari makamlar*” davalı konumda olacaktır⁶. Dolayısıyla idari davalarda husumet konusu irdelenirken; idari makamların davalı konumda olması tabii bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır⁷. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (“İYUK”) md.14 hükmüne bakıldığında husumetin bir ilk inceleme aşaması olarak ele alındığı, bu yönüyle de yargılama sürecinin devamı bakımından önem arz ettiği görülmektedir⁸. Bu çerçevede, idari uyumsuzluğun varlığı halinde husumetin doğru biçimde gösterilmemesi; ilk inceleme üzerine verilecek karar bakımından “*kanuna aykırı bir durumun varlığına*” sebep olacaktır⁹. Keza, bu hususta var olan hukuka aykırı durumun ilk derece mahkemesi tarafından tespit edilmemesi, kanun yollarına başvurulduğunda; o mahkeme kararının usulen bozulmasına yol açabilir¹⁰. O halde, idari davalar bakımından uyumsuzluğun doğmasına neden olan işlemi kesin surette tesis eden “*idari makamın*” davalı olarak gösterilmesi icap eder¹¹. Bununla birlikte, “*kamu kurum veya kuruluşu*” olup olmadığı tartışma konusu olan sùjeler bakımından nasıl bir yol izlenmesi gerektiğinin de ortaya konulması gerekir. Zira yukarıda zikredilen kural çerçevesinde, ilgili kuruluşun bu niteliğii haiz olma-

bahsederken “*idari makam*” ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır. Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.303, aynı yönde; Arat, Nilay, “İdari Uyumsuzlukların Alternatif Uyumsuzluk Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. İl Han Özya’ Armağan), Cilt:69, Sayı:1-2, 2011, s.893. Doktrinde, özel hukuk kişilerinin kamu gücünü mutlak surette kullanamayacağı gerekçesiyle, aksi yönde görüşlere rastlamak mümkündür. Bkz. Bilgen, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.14.

⁵ Günday, Metin, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı:14, 1997, s.354. Ayrıca bkz. Güzel, Oğuzhan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt:17, Sayı:1-2, 2013, s.494.

⁶ Çırakman, Erol, “Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 1982, s.103.

⁷ Zabunoğlu, Y. Kazım, İdare Hukuku-II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.500; Özdemir, H. Eyüp, İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.71.

⁸ İYUK md.14/3 “*Dilekçeler, Danıştayda daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından: a) Görev ve yetki, b) İdari merci tecavüzü, c) Ehliyet, d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, e) Süre aşımı, f) Husumet, g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları, Yönlerinden sırasıyla incelenir*”. İdari davaların doğru hasma yöneltilmek suretiyle açılmasının “ *savunma hakkı*”, “ *adil yargılanma hakkı*” gibi temel hak ve hürriyetlerle de ilintili olduğu yönünde bkz. Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.371.

⁹ İYUK md.15 “*Danıştay veya idare ve vergi mahkemelerince yukarıdaki maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hususlarda kanuna aykırılık görülürse, 14 üncü maddenin; (...) c) 3/f bendine göre, davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine (...) karar verilir*”.

¹⁰ İYUK md.45/4 “*Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir (...)*”. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. D5D. E.2008/4258, K.2009/4489, T.10.07.2009, Danıştay Dergisi (DD.), Sayı:122, s.289.

¹¹ Gündüz, F. Ebru, İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.235. İdari yargının görev alanına giren davalar bakımından davalının gösterilmesinin önemi ve gerekçeleri hakkında ayrıca bkz. Derdiman, R. Cengiz, İdari Yargının Genel Esasları, 3. Baskı, Aktüel Yayıncılık, Bursa, 2014, s.173.

ması halinde davalı konumda olması düşünülemezdir. Bununla birlikte, kuruluşun davalı konumda olup olmaması; esasen yaptığı hukuki tasarrufun idari niteliğinin bir sonucudur¹². Yani, bir kuruluşun idari işlemi tesis ettiği ifade edilebiliyorsa; bu doğrultuda uyuşmazlık o kuruluşun hukuki tasarrufundan ileri geldiğinden, açılacak idari davada onun davalı olarak gösterilmesi gerekir¹³. Şayet yapılan tasarruf “*idari*” niteliği haiz değilse; bu doğrultuda ortada idari uyuşmazlığın varlığın ya da davalı idarenin varlığından bahsedilemeyecektir¹⁴. Bu kapsamda uyuşmazlıkta davalı olarak hangi öznenin gösterilmesi gerektiği hususu, idari yargının görev alanını ilgilendiren bir konu olarak da tartışılmaktadır. Bu doğrultuda çalışmanın devamında, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarından hareketle husumet kavramı ile idari yargının görev alanı arasındaki ilişki ve bu konuda ölçütlerin neler olduğu incelenerek, Uyuşmazlık Mahkemesinin bu konudaki yaklaşımı ve bunun sonuçları örnek kararlar üzerinden açıklanacaktır.

II. İdari Davalarda Husumetin İdari Makamlara Yöneltilmesi Prensibi

İdari yargılama hukukunda idari davadan bahsedildiğinde; kaide olarak idari makam tarafından gerçekleştirilen hukuki tasarruftan doğan bir uyuşmazlığın varlığı söz konusu olmaktadır¹⁵. Bu bağlamda, idari yargı düzeninde Karahanoğulları'nın ifade ettiği üzere, “*bir uyuşmazlığın giderilmesinden ziyade, idarenin hukuka aykırı faaliyetlerinin hukuk düzeninde ve bireyler üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesi*”¹⁶ söz konusudur. Bu çerçevede genel anlamda ilgili hukuki tasarrufun ürettiği etkilere bağlı olarak özel hukuk kişileri tarafından açılan idari davalarda idari makamlar davalı olarak gösterilmekte olup, idari makamların birbirine karşı dava açabileceği ihtimali de gündeme gelebilmektedir¹⁷. Başka bir ifadeyle, idari davalarda idari makamlar da idare işlevi kapsamında tesis ettiği hukuki tasarruflar nedeniyle yerine göre davacı konumunda olabilir de kural olarak özel hukuk kişilerininin davalı olması düşünülemezdir.

Gerçekten AY md.6/3 hükmü uyarınca kimse, kaynağını anayasadan almayan bir yetki kullanamaz¹⁸. O halde, kural olarak özel hukuk kişilerininin kamu gücü kullanmak suretiyle bireylerin temel hak ve hürriyetlerini etkileyecek hukuki tasarruflarda bulunması söz konusu değildir¹⁹. Bununla birlikte, öyle haller vardır ki; özel hukuk kişileri de kamu gücü kullanımı gerektiren bir idari faaliyeti icra edebilir. İdare, pozitif hukuki dayanağı bulunmak kaydıyla belirli mal ve hizmet sunumlarını gerçekleştirmek amacıyla özel hukuk

¹² Derdiman, s.172.

¹³ Ergen, Cafer, İdari Yargı Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.135.

¹⁴ Bu kapsamda idari davaya konu olan hukuki tasarrufun idare işlevine yönelik olma hali, idari yargının görev alanının belirlenmesi noktasında önemli bir hale gelmektedir. Bkz. D11D. E.1979/2183, K.1979/2366, T.05.06.1979, DD. Sayı:36-37, s.612; UM. E.1980/2, K.1980/3, T.07.07.1980, DD. Sayı:42-43, s.368; D12D. E.1976/1659, K.1977/1574, T.20.06.1977, DD. Sayı:28-29, s.659.

¹⁵ Yıldırım, Turan, “İdari Yargı”, İdare Hukuku (Ed. Yıldırım, Turan), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.634.

¹⁶ Karahanoğulları, Onur, Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.13.

¹⁷ Altay, Evren, “Danıştay’ın İdari Görevleri ve Kararları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:18, Sayı:56, 2005, s.192; Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.486.

¹⁸ AY md.6/3 “*Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*”.

¹⁹ Ayaydın, Cem, İdare Hukukuna Giriş (II), Yenilik Yayınevi, İstanbul, 2008, s.393.

kişilerini yetkilendirebilmektedir²⁰. Bu kapsamda özel hukuk kişinin her ne kadar doğrudan anayasa ya da ilgili kanundan kaynaklanan bir kamu gücü kullanımı söz konusu olmasa da yürüttüğü idari faaliyet kapsamında bireylerin temel hak ve hürriyetlerini tek yanlı olarak etkilemesi mümkündür²¹. Dolayısıyla bu ihtimalde idarenin idari faaliyetin icrası yönünden kullandığı kamu gücü ayrıcalıklarının özel hukuk kişileri tarafından da kullanılabilirdiği ve bu kapsamda idari işlem yahut eylemde bulunabileceği ifade edilebilir²². Böyle bir yaklaşım tarzı benimsendiğinde; ortaya çıkan uyumsuzluklar yönünden husumetin kime yöneltileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Belirtmek gerekirse, idari dava türleri arasında sayılan iptal davaları ve tam yargı davaları yönünden husumetin hangi idari makama yöneltilmesi gerektiği, ayrı ayrı incelemeye tabi tutulmaktadır²³. Genel olarak iptal davalarında, o idari işlemi yapan idari makamın; tam yargı davalarında ise, tazmin yükümlülüğü bakımından sorumlu olan idari makamın davalı konumunda gösterileceği ifade edilebilir²⁴. Bu kapsamda açılacak davada husumetin yöneltileceği tarafın “*hukuken tanınan bir kişi olması ya da bu kişiyi temsil edebilme yeteneğine sahip olması*” gerekmektedir²⁵. Bununla birlikte, özel hukuk kişilerinin davalı olarak gösterilip gösterilemeyeceği meselesi yönünden; dava türlerinin farklı özelliklerinden hareketle açıklama yapılması yetersiz olacaktır. Zira tartışılan husus; özel hukuk kişilerinin idari yargılama hukuku bakımından davalı olup olamayacağı hususundan ileri gelmektedir. O halde, kural-istisna diyalektiğinde; özel hukuk kişilerinin idari davalarda davalı olup olamayacağını açıklamak gerekecektir.

Bu bağlamda örneğin imtiyaz sözleşmesi kapsamında bir faaliyeti yerine getiren özel hukuk kişinin açılacak idari davada davalı konumda olabileceğinden bahsedilebilir²⁶. Gerçekten, imtiyaz sözleşmelerinde özel hukuk kişileri, belirli hususları üstlenmesi neticesinde o faaliyeti yürütmekte ve bu kapsamda sorumluluğu doğabilmektedir²⁷. Keza Görelî’ye göre, “*idari davalarda hasmın bir idari makam olması zaruriyeti vardır. Müstesna olarak yalnız idari kaza mercilerinden sadır olan kazai kararların temyizi suretiyle idari*

²⁰ Bkz. Karahanoğulları, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.322 vd. Ayrıca bkz. Braconnier, Stéphane, Droits des services publics, 2. Baskı, PUF, Paris, 2007, s.164.

²¹ Erkut, Celal, İptal Davasının Konusu Oluşturması Açısından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s.15; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.303.

²² Yaşar, H. Nuri, İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2014, s.257; İnanç, Mehmet, Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.47.

²³ Yenice, Kazım/Esin, Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s.500 vd. Kaplan, Gürsel, “Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. İl Han Özey’a Armağan), Cilt:69, Sayı:1-2, 2011, s.359; Ulusoy, Ali D., İdari Yargılama Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.173.

²⁴ Ulusoy, s.173; Karahanoğulları, Onur, İdari Yargı İdarenin Hukukla Zorlanması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.398.

²⁵ Ulusoy, s.174.

²⁶ Karahanoğulları, s.397; Ayaydın, s.629. Bununla birlikte doktrinde idari davalar bakımından davalı olarak “*kesinlikle*” idarenin olması gerektiği de ileri sürülmektedir. Coşkun, Sabri/Karyağdı, Müjgan, İdari Yargılama Usulü Örnek İçtihatlar-Yorumlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s.109.

²⁷ Bkz. Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, İdare Hukuku Cilt-II: İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.794. Bu yaklaşımın doğru olmadığı yönünde; Kaya, Cemil, “İdari Yargıda Husumet”, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.26.

makamlar tarafından açılacak davalarda husumet fertlere tevcih edilebilir²⁸. Ayrıca doktrinde, Fransız hukuku bakımından özel hukuk kişilerinin bir kamu hizmetinin görülmesi dahilinde kamusal yetki kullanımı neticesinde gerçekleştirdiği işlemlerin idari işlem sayılarak dava konusu edildiği ifade edilmektedir²⁹. Buna koşut biçimde Türk hukuku açısından da önceki dönemde organize sanayi bölgelerinin yaptığı kamulaştırma işlemlerinin³⁰ iptali için idari yargıda açılan davalarda; organize sanayi bölgeleri –kanun koyucu tarafından özel hukuk kişisi olarak nitelendirilmesine rağmen– davalı olarak kabul edilmiştir³¹.

Nihayet, özel hukuk kişisi olduğu ifade edilmeyen ve fakat kamu tüzelkişiliğini haiz olmayan tüzelkişiler bakımından nasıl bir yöntemin izlenmesi gerektiği de açıklanmalıdır. Nitekim bu kuruluşların idari makam sıfatını haiz olup olmadığı, pozitif hukuk metinlerinde kendisine verilen görev ve yetkilerin özellikleri göz önüne alınacak belirlenmekte ve bunun neticesinde bazı hukuki sonuçlar doğmaktadır. Şayet özel hukuk kişilerinin yahut kamu tüzelkişiliğini haiz olmayan tüzelkişiliklerin de idari işlem ya da eylem yapabildiğinden bahsedilebiliyorsa, bu hukuki tasarruflardan doğan uyuşmazlıkların çözümünün de kural olarak idari yargının görev alanına girdiği ifade edilebilmelidir³². O halde idari yargılama hukukunda idari faaliyet yürüten özel hukuk kişilerinin tesis ettiği işlem veya eylem neticesinde davalı olup olamayacağı sorusu akla gelmektedir³³. Esasen, çalışmada bu husus üzerinde durulacak ve Uyuşmazlık Mahkemesinin konuya bakış açısı çeşitli kararlarından hareketle ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bunun öncesinde “*husumet*” kavramının idari yargılama usulünde taşıdığı önemin ve yanlış kişiyi davalı olarak göstermenin sonucunun ne olduğunun irdelenmesi, konuya derinlik kazandıracığından öncelikle, bu hususun değerlendirilmesine geçilecektir.

III. İdari Yargılama Hukukunda Husumetin Kamu Düzeninden Oluşu ve Hukuki Sonuçları

İdari rejimi benimseyen ülkelerde, idari makamların idari işlev kapsamında tesis ettiği hukuki tasarrufların yargısal denetimini gerçekleştirecek özgün idari yargılama düzeninin oluşturulması, bazı özellikleri nedeniyle adli yargıdan ayrılma halini de gündeme getirmiştir³⁴. Bu kapsamda idari yargılama hukukunun bazı özellikleri adli yargı düzeninden

²⁸ Görelî, İ. Hakkı, Devlet Şûrası, Yeni Matbaa, Ankara, 1953, s.258.

²⁹ Tan, Turgut, İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.720.

³⁰ AYM'nin organize sanayi bölgelerinin kamulaştırma yapma yetkisinin anayasaya aykırı olduğunu belirterek ilgili yasal kuralı iptal ettiği kararına göre; “(...) OSB'nin bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu açıkça kurala bağlandığından OSB'ye kamulaştırma yetkisi tanınması, özel mülkiyetteki bir taşınmaz kamulaştırılmasına yönelik olarak Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırılık teşkil etmektedir”. AYM. E.2013/49, K.2013/25, T.31.10.2013, RG.28.12.2013-28865.

³¹ Yıldırım/Çınarlı, s.224-225; İnanç, s.109.

³² Bu halde, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlıkta özel hukuk kişilerinin davalı konumda gösterilmesi halinde izlenecek usulden bahsedilmesi gerekmektedir. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.391 vd.

³³ Bkz. Ulusoy, s.176; Yıldırım, Ramazan/Çınarlı, Serkan, Türk İdari Yargılama Hukukunun Dersleri, Astana Yayıncılık, Ankara, 2018, s.223.

³⁴ Bkz. Freedeman, Charles E., Modern Fransa'da Danıştay (çev. Gökten, Işık), Danıştay Yayınları, Ankara, 1971, s.10-11; Burdeau, François, Histoire du droit administratif, PUF, Paris, 1995, s.115 vd.; ayrıca bkz. Gözübüyük, A. Şeref, Amerika ve Türkiye'de İdarenin Kazaî Denetlenmesi, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1961, s.11; Derbil, Süheyy, İdare Hukuku Cilt-I, 4. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1974, s.151; Crozat, B., Fransız Devlet Şurasının Son Temayülleri, Cezaevi Matbaası, Ankara, 1937, s.5.

farklılık arz etmektedir. İdari yargılama hukukunda husumetin kamu düzeninden olması hali de bunlardan biridir³⁵. Diğer yargı düzenlerinden ayrıık biçimde idari yargı düzeninde hasmın yanlış gösterilmesi, davanın reddedilmesi sonucunu doğurmaz³⁶. Bununla birlikte, İYUK md.14/1 hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde husumet kavramının ilk inceleme aşamasında değerlendirilen bir unsur olduğunu, idari davada hasmın gösterilmesi gerektiğini ve bu yönüyle davanın doğru kişiye yöneltilmemesi halinin usulî açıdan bazı hukuki sonuçlar doğurabileceğini söylemek mümkündür³⁷. Bireylerin mahkemeye erişim hakkı da gözetilerek davalı tarafı yanlış göstermesi halinde –husumet kavramı kamu düzeninden olduğundan– bunun yargı mercii tarafından kendiliğinden düzeltilbileceği de ifade edilmelidir³⁸. Yani, bireylerin idari davada hangi özneyi davalı olarak gösterebileceğini bilemeyeceği öngörülerek, bu endişenin “*hasım düzeltme*” yoluyla yargı mercii tarafından giderildiğinden bahsedilebilir³⁹. Keza, belirli hallerde idari makamların kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kaldırılması, isminin değiştirilmesi gibi durumlar da ortaya çıkabildiğinden; davalının yanlış gösterildiği hallerde hasım düzeltme kararı verilmesinin hak kaybını önlediği ileri sürülebilecektir⁴⁰. Bu sayede ilgili kuruluş, hasım düzeltme kararının verilmesi neticesinde açılan idari davaya taraf olma sıfatını kazanacaktır. Bu kapsamda idari davayı açan davacının doğru hasmı göstererek yeniden dava açması yerine usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde, davanın görümüne devam edilmesinin daha isabetli olduğu da ifade edilebilir⁴¹.

Belirtilecek olursa, bu durumda hasım düzeltme kararı yargılamaya konu uyuşmazlığı nihai biçimde çözümlenmeyen “*ara karar*” niteliğinde olduğundan, bu karara karşı ayrıca doğrudan kanun yoluna başvurulması gibi bir ihtimalden de bahsedilemeyecektir⁴². Bu kapsamda yargı mercii tarafından davayı açan kişilerin iradesine karşın bir düzeltme hali söz konusu olmaktadır. Başka bir deyişle, davayı açan kişinin davalı öznenin kim olarak gösterileceği konusundaki iradesi ne yönde olursa olsun; yargı mercii tarafından ilgili kuruluş tespit edilerek, davalı konumda gösterilecektir⁴³. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesi tarafından bu husus gözden kaçırılmışsa; kanun yoluna başvurulduğunda bunun tespit edilmesi, kararın bozulmasına neden olacaktır⁴⁴. Bu yönüyle, idari yargılama hukukunda yanlış gösterilmesi halinde resen düzeltilen ve bu yönüyle de “*doğru olacağı varsayılan*” bir husus olarak husumet konusunun fazlaca üzerinde durulmadığını ve ehliyet kavramıyla bir arada değerlendirildiğini söylemek gerekecektir⁴⁵.

³⁵ Zabunoğlu, s.501; Burtan, Ç. Burak, İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s.146.

³⁶ Yıldırım/Çınarlı, s.222.

³⁷ Zabunoğlu, s.500; Özdemir, s.72; Gündüz, s.222.

³⁸ Ulusoy, s.175.

³⁹ Ulusoy, s.175.

⁴⁰ Zabunoğlu, s.502-503.

⁴¹ Bkz. Berk, Kahraman, “İdare Hukukuna ve İdari Yargıya İlişkin Değerlendirmeler-I”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:65, Sayı:2, 2007, s.46; Burtan, s.147.

⁴² Kara, Seyfettin, “İdari Yargılamaya Usulünde İslah”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:10, 2017, s.439; Işıklar, Celal, “İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usûlü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:1, Sayı:6, 2011, s.104.

⁴³ Tosun, Mehmet/Tan, Emre, “İdari Yargıda Davaya Müdahale (Uygulama ve Teori Açısından İnceleme)”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:5, 2015, s.833.

⁴⁴ Kaya, s.26.

⁴⁵ Bkz. Çelikkol, Hüseyin, “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, Adalet Dergisi, Yıl:76, Sayı:3, Ankara, 1985, s.749 vd. İdari yargılama usulü bakımından İYUK’ta davacı ehliyetinden bahsedilmekle birlikte, davalı ehliyetinden bahsedilmediği hakkında bkz. Özdemir, s.71.

Ancak, husumet kavramı aynı zamanda idari yargının görev alanını ilgilendirmektedir. Özellikle, idari yargı düzeninde davalı konumunda mutlaka kamu kurum ya da kuruluşunun yer alması gerektiği düşüncesi, belirli hallerde uyuşmazlığın çözümünün hangi yargı düzenine girdiği sorusunun cevabında ele alınan tek ölçüt olarak belirginleşmektedir. Bu doğrultuda, organik kritere verilecek önem çerçevesinde idari yargının görev alanının husumet kavramından etkilenebileceği vurgulanmalıdır. Örneğin, kural olarak idari yargılama hukukunda özel hukuk kişileri doğrudan davalı sıfatıyla gösterilemeyeceğinden; bir kamu görevlisine karşı dava açılması halinde davanın görev yönünden reddedilmesi hali söz konusu olacaktır⁴⁶. Dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesinin, ilgili uyuşmazlıkta husumetin hangi özneye yöneltildiğinden hareketle görev alanını belirlemesine karşın; idari davalarda davalı öznenin kimler olabileceği ve idari işlev çerçevesinde hareket eden özel hukuk kişilerinin durumu önem arz etmektedir. Bu doğrultuda Uyuşmazlık Mahkemesinin konu hakkında vermiş olduğu kararlar ele alınarak, yakın tarihli kararlarında izlediği yaklaşım irdelenmektedir.

IV. Uyuşmazlık Mahkemesinin Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlemleri Bağlamındaki Nitelermeleri

İdari yargının görev alanının anayasada ayrıca düzenlenmesi, adli yargıdan farklı birtakım özelliklerinin bulunması; bu yargı düzenleri arasında uyuşmazlığın çözümünde kimin görevli olacağı meselesinin halledilmesi gereksinimini doğurmuştur⁴⁷. Bu kapsamda idari rejimi benimseyen ülkelerde idari yargı düzeninin görev alanının korunması ve bunun için de Uyuşmazlık Mahkemesinin yargılama faaliyetini icra etmesi gerekmektedir⁴⁸. Bu doğrultuda, aksine özel nitelikte bir kanun hükmü bulunmadığı sürece; idari işlem, eylem ya da sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından idari yargı merciinin görevli olduğu ifade edilebilecektir⁴⁹. Bu kapsamda, idari davaların varlığından bahsederken uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki tasarrufun nitelmesi (=idari nitelikte olup olmadığı değerlendirmesi) yapılmaktadır⁵⁰. Ne var ki, bu nitelme yapılırken; o hukuki tasarrufun kim tarafından yapıldığı da önem arz etmektedir. Gerçekten maddi kriterin yanında organik kriter, günümüzde ortaya çıkan bu gibi meseleleri tek başına çözümlenmek bakımından yetersiz kalsa da ele alınan ve değerlendirilen bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır⁵¹.

Bu noktada şöyle bir çıkarım yapılabilir: idari makam yoksa, organik kriter uygulandığında idari uyuşmazlığın varlığından da bahsedilemeyeceğinden ilgili uyuşmazlığın çözümünde adli yargı görevli olacaktır. Yani, idari makam tarafından gerçekleştirilen bir idari tasarruf yoksa; idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın varlığından da bahsedilemeyecektir. Bu yaklaşım tarzı organik kriteri ön planda tutan ve fakat maddi kriter

⁴⁶ Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, s.202.

⁴⁷ Duran, Lütfi, “Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatlarına Göre Selbi Vazife İhtilafı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:16, Sayı:3-4, 1950, s.690.

⁴⁸ Günday, s.355; Yayla, Yıldızhan, “Uyuşmazlık Mahkemesi ve Geleceği Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:34, Sayı:1-4, 1968, s.202.

⁴⁹ Özay, İl Han, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 1982, s.28.

⁵⁰ Günday, Metin, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay Sempozyumu 133. Yıl, Danıştay Yayınları, Ankara, 2001, s.79.

⁵¹ Bu kriterin ele alınış biçimi açısından bkz. CE. 6 décembre 1907, Compagnie des chemins de fer de l’Est et autres, aktaran; Lachaume, Jean-François, Droit administratif, PUF, Paris, 1983, s.231.

çerçevesinde özel hukuk kişilerinin de belirli hallerde idari tasarruf tesis edebileceği ihtimalini atlayan yapıdadır⁵². Zira idari makamlar her zaman idare işlevi çerçevesinde faaliyette bulunmadığı gibi, özel hukuk kişilerinin gördüğü idari faaliyetler nedeniyle kamu gücü usullerinden yararlanması ihtimali de ortaya çıkabilmektedir⁵³. Bu nedenle özel hukuk kişilerinin yerine getirdiği idari faaliyetler bakımından ortaya çıkabilecek hukuki uyumsuzlukların çözümü, bu yaklaşım biçimine göre “organik ölçüt engelini aşamayarak⁵⁴” adli yargının görev alanında bırakılmaktadır⁵⁵.

Bu yaklaşım biçiminin ortaya çıkarabileceği olumsuz neticelerin önlenmesi adına Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından belirli kavramlardan yola çıkarak farklı bir yaklaşım tarzı benimsenmeye çalışılmıştır. Özellikle idari makam olup olmadığı konusunda tereddüde düşülen kuruluşlar bakımından; “*kamu kurumu niteliği ağır basan*”, “*kamu tüzelkişiliğine yaklaşan*” ifadeleri kullanılmak suretiyle uyumsuzluğun idari yargının görev alanında bırakılması söz konusu olmuştur⁵⁶. Bu sayede uyumsuzluğun idari uyumsuzluk olduğu vurgusu yapılarak, bu kuruluşların açılacak idari davalarda davalı olarak gösterilebilmesinin önü açılmıştır. Öyle ki, bu kuruluşlar “*kamu tüzelkişiliğine yaklaşan*” nitelik arz ettiklerinden ötürü davalı olarak da gösterilebilecektir⁵⁷. Bu gibi hallerde Uyuşmazlık Mahkemesinin, uyumsuzluğun vasfını irdelerken maddi kriteri kullandığı ve bu doğrultuda organik kriterin de bütünlüğün sağlanması amacıyla ele aldığı görülmektedir⁵⁸.

Çoğu halde mantıksal yürütüm; hukuki tasarrufun temel hak ve hürriyetleri etkileme potansiyelinden ve işlevinden hareketle nitelendirilmesi (=hukuki tasarrufun idari nitelik taşıması) ve bu kapsamda bu tasarrufu tesis eden kuruluşun sonrasında organik yönden değerlendirilmesi şeklinde olmuştur. Yani, ilgili kuruluş; çoğu kez, ilgili uyumsuzluğa konu olay çerçevesinde kamu gücü usullerinden yararlanıp yararlanmadığı ve temel hak ve hürriyetler üzerinde etki üretip üretmediği sorularına verilen cevaplara göre nitelendirilmiştir⁵⁹. Bu sayede (=bazı özel hukuk kişilerinin kamu tüzelkişisi olarak sayılması⁶⁰) teorideki olası kopukluklar da giderilmiş olmaktadır. Zira bu yaklaşım biçimi benimsendiğinde; uyumsuzluğu doğuran hukuki tasarrufu yapan özne idari makam olarak nitelendirildiğinden; davalı olarak yine idari makam gösterilmekte ve uyumsuzluğun çözümü idari yargının görev alanına girmiş olmaktadır⁶¹. Uyuşmazlık Mahkemesinin çeşitli kararlarında da bu yaklaşım biçimi açıkça görülebilmektedir. Örneğin, Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararına göre,

⁵² Esasen bu husus, idari yargı düzeninin görev alanının belirlenmesi noktasında oldukça önemlidir. Bkz. İnanç, s.79.

⁵³ Fransız hukukunda bu yaklaşımın kabul edildiği görülmektedir. Bkz. CE Ass. 31 juillet 1942, Monpeurt, aktaran; Long, Marceau/Weil, Prosper/Braibant, Guy vd., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20. Baskı, Dalloz, Paris, 2015, s.301; CE. 17 février 1992, Textron c/Afnor, aktaran; Turinetti, Alice, La Normalisation: Etude en droit économique, Éditions Connaissances et Savoirs, 2018, s.132.

⁵⁴ İnanç, s.79.

⁵⁵ Bkz. Gündüz, s.240.

⁵⁶ Gözler, Kemal, İdare Hukuku Cilt-I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.245.

⁵⁷ Doktrinde Gözler, isabetli biçimde özel hukuk kişilerinin de kamu hizmeti faaliyeti yürütebildiğini ifade etmekte ve Uyuşmazlık Mahkemesinin bu gibi nitelendirmelerini “*talihsizlik*” olarak yorumlamaktadır. Gözler, s.245.

⁵⁸ Aktaş, Gülsüm, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir Mi?)”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:5, 2015, s.6.

⁵⁹ Yıldırım, Turan, “İdari İşlemler”, İdare Hukuku (Ed. Yıldırım, Turan), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.332.

⁶⁰ Kaya, s.31.

⁶¹ Özdemir, s.68.

“Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının, kurucuları ile organlarının tümüyle kamu görevlilerinden oluştuğu ve genel bütçeli idare bütçesinde yer alan kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla kurulduğu dikkate alındığında, yapısı ve işlevleri yönünden nitelik itibarıyla kamusal alana taşması; bu Vakıftan yararlananlar ile sözleşme ilişkisi kurulmadan önce ya da olayımızda olduğu gibi kurulmuş bulunan sözleşmeden bağımsız şekilde, lojman tahsisi konusunda Vakıf Konut Yönetmeliğinde belirtilen yetkili komisyonlarca tesis edilen işlemlerin, adalet hizmetiyle birlikte yürüyen ve ona bitişik idari nitelik taşıması karşısında, davacının oturmakta olduğu lojmanın tahsis şeklinin değiştirilmesi yolundaki başvurusunun Vakıf Yönetim Kurulunca reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde, idari yargı yeri görevli bulunmaktadır⁶²”. Bir başka kararında ise Uyuşmazlık Mahkemesi, “Yarıştta kazanan atları belirleyen Komiserler Kurulu kararının iptali ile altılı ganyan ödülünün kendisine verilmesi istemiyle açılan davanın, idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği(ne)⁶³” hükmetmiştir.

Bununla birlikte, Uyuşmazlık Mahkemesinin bu yaklaşım biçimi karşısında şu sorular da akla gelmektedir: Bir hukuki tasarrufun temel hak ve hürriyetleri etkilediği ve idari işlev çerçevesinde yapıldığı hallerde, o kuruluşun özel hukuk kişisi olarak nitelendirilmesi halinde, uyuşmazlığın çözümü hangi yargı düzeninde olacaktır? Özellikle, idari davalarda davalı sıfatında bir idari makamın bulunması prensibi karşısında; bir özel hukuk kişisini davalı taraf olarak ele almak mümkün olabilir mi? Şayet, idari yargılama hukukunda husumet kavramının ele alınış biçimine mutlak değer verilirse; özel hukuk kişiliği formunda olan bir kuruluşun davalı taraf olacağından bahsedilemeyeceğinden; uyuşmazlığın çözümünde idari yargının görevli olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir⁶⁴. Uyuşmazlık Mahkemesi, esasen bazı uyuşmazlıkları o kuruluşun “*kamu kurumu niteliğinin ağır basması*” ya da “*kamu tüzelkişiliğine yaklaşması*” gibi belirsiz kavramlarla niteleyerek çözüme bağlasa da yakın tarihli bazı kararlarında “*kamu hizmeti olduğunu belirttiği faaliyet kapsamında*” yapılan hukuki tasarrufun niteliğini dahi değerlendirmeden; organik kriterden hareketle uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevli olduğuna hükmetmiştir. Bu doğrultuda çalışmanın devamında, Uyuşmazlık Mahkemesinin bu yaklaşım biçimini nasıl olduğu somutlaştırılacak; sonrasında bu yaklaşım biçiminin yaratacağı sakıncalar ifade edilecektir.

V. Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımının Somutlaştırılması

Uyuşmazlık Mahkemesinin bir hukuki uyuşmazlığın çözümünde kullandığı kriterlerden biri olan organik kriter çoğu halde mutlak anlam atfedilmediği, maddi kriter ele alınmadan verilecek kararların yetersiz kalacağı ifade edilebilir⁶⁵. Bununla birlikte, Uyuşmazlık Mahkemesi çalışma konusunu teşkil eden elektrik dağıtım faaliyetleriyle ilgili kararlarında organik kriterle mutlak anlam verilerek; uyuşmazlığın çözümünde görevli yargı düzeninin idari yargı olabilmesi için, kamu kuruluşunun bulunması gerektiği sonucuna

⁶² UM. E.1999/1, K.1999/11, T.03.05.1999, (kararlar.uysuzmazlik.gov.tr, UM. İçtihat Bilgi Bankası), Erişim T.02.03.2021.

⁶³ UM. E.1995/2, K.1995/1, T.13.02.1995, RG.20.03.1995-22233.

⁶⁴ Aktaş, Batuhan/Seyhan, Serkan, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:144, 2019, s.122. Bununla birlikte Danıştay’ın, idari sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık kapsamında “*özel hukuk kişisinin*” davalı olarak gösterildiği bir davanın esasını incelediği ifade edilmektedir. Bkz. Özdemir, s.71.

⁶⁵ Karaman, Ebru, Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı (Fransız İdari Yargısı ile Karşılaştırılmalı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.54-55; Aktaş/Seyhan, s.122.

vardığı görülmektedir⁶⁶. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından, bir şirketin lisanssız enerji üretimi için yapmış olduğu başvurunun reddine ilişkin Meram Elektrik Dağıtım Anonim Şirketinin (“MEDAŞ”) işleminin iptali istemiyle açılan davada, “davanın açıldığı tarihte davalı konumunda kamu kuruluşu niteliği taşımayan MEDAŞ olması karşısında idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir idari dava bulunduğundan söz etmenin olanaksız olduğu” ifade edilerek uyuşmazlığın çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğuna karar verilmiştir⁶⁷. Benzer biçimde başvuru şirketin ilgili bölgede lisanssız güneş enerjisi santrali bağlantısı için yaptığı başvurunun MEDAŞ tarafından reddedilmesi işleminin iptali istemiyle açılan davada Uyuşmazlık Mahkemesinin aynı gerekçeyle uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevli olduğuna karar verdiği görülmektedir⁶⁸. Yine, bir elektrik dağıtım şirketinin ilgili şirket hakkında “EBYS yetkili elektrikçi giriş sistemine girişinin kapatılmasına ilişkin işlemi⁶⁹” sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde –o işlemin hukuki niteliği incelenmeksizin; yalnızca işlemi tesis eden kuruluşun kamu kuruluşu olmadığından ötürü (“BEDAŞ”)– Uyuşmazlık Mahkemesince adli yargının görevli olduğuna karar verilmiştir. Bunun yanında, bir çocuğun evinin önündeki bahçede oynarken yüksek gerilim hattının koparak yaralanmasına ve engelli olmasına sebep olduğu olay bakımından; faaliyetin hukuki niteliği yapılmaksızın dağıtım şirketinin (“Enerjisa Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.”) özel hukuk kişisi olduğundan ve bu kapsamda davalı konumda idari makamın bulunmadığından hareketle uyuşmazlığın çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğuna karar verilmiştir⁷⁰.

Bununla birlikte Uyuşmazlık Mahkemesi, başka bir karara konu olayda “üstün ayrıcalıklara sahip olan ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan, sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davalı Türkiye Elektrik Dağıtım AŞ. Genel Müdürlüğü (TEDAŞ) ile davacı şirket arasında (...) alıntılanan mevzuat çerçevesinde verilen yetkinin kullanımı sırasında kamu gücüne dayalı, re’sen ve tek yanlı olarak tesis edilen proje onay bedelinin iadesi davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu sonucuna⁷¹” varmıştır. Bu kapsamda Uyuşmazlık Mahkemesi konuyla ilgili kararlarında “elektrik dağıtım faaliyetinin kamu hizmeti niteliğine” de vurgu yapmıştır⁷². Burada Uyuşmazlık Mahkemesinin nitel kamu hizmetinin varlığından bahsettiği ve bu çerçevede karar verdiği de ifade

⁶⁶ Oysa bu konuda Danıştay’ın görüşü farklılık arz etmektedir. Nitekim Ulusoy’un belirttiği üzere; Danıştay, “ruhsat usulü ile elektrik dağıtım hizmeti yürüten özel kişiye karşı, hizmetten yararlanan kişinin açtığı iptal davasını kabul etmiş ve davalı olarak özel kişinin gösterilmesi uygun bulunmuştur”. Ulusoy, s.177. Bu görüşün idari yargının görev alanının belirlenmesi açısından uygulamada yararlı bir ölçüt olduğu yönünde; Kalabalık, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.113.

⁶⁷ UM. E.2019/811, K.2020/21, T.27.01.2020, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021; UM. E.2020/544, K.2020/579, T.26.10.2020, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021.

⁶⁸ UM. E.2020/39, K.2020/47, T.27.01.2020, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021.

⁶⁹ UM. E.2020/343, K.2020/406, T.22.06.2020, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021.

⁷⁰ UM. E.2019/526, K.2019/839, T.23.12.2019, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021.

⁷¹ UM. E.2020/604, K.2020/711, T.23.11.2020, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021.

⁷² Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından yapılan bu nitelemenin pek çok kararda yer aldığı görülmektedir. Bkz. UM. E.2019/907, K.2020/192, T.27.04.2020, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021; UM. E.2019/906, K.2020/190, T.27.04.2020, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021. Elektrik dağıtım faaliyetlerinin “kamu hizmeti niteliğini” taşıdığı yönünde ayrıca bkz. Gönen, Yakup, “Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:14, Sayı:2, 2010, s.367; Kızıl Voyvoda, Özlem/Voyvoda, Ebru, “Türkiye’de Enerji Sektörünün Yeniden Yapılandırılması Sürecinde Hukuk Düzenlemeleri”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı:2019/1, 2019, s.148.

edilmelidir⁷³. Zira benzer “güneş elektrik santrali geçici kabul bedelinin yasal faiziyle beraber istenmesi” örneklerinde, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında bu vurgunun yapıldığı görülmektedir⁷⁴. Aslında bu yaklaşım tarzına göre özel hukuk kişilerinin özel hukuk hükümlerine göre bir idari faaliyeti sunması; onun kamusal niteliğini etkilememektedir⁷⁵. Bunun sonucu olarak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun asli ve olağan sorumluluğu devam edecektir⁷⁶. Bununla birlikte, Uyuşmazlık Mahkemesinin benimsediği şekliyle “*kamu hizmeti niteliği taşıyan elektrik dağıtım faaliyetinin*”; kamu kurumu niteliğindeki TEDAŞ tarafından yürütülmesinden ve bu çerçevede üstün ayrıcalıkların kullanılarak⁷⁷ tek yanlı işlem tesis edilmesinden doğan uyuşmazlığın çözümü idari yargının görev alanına girmekte ancak; bu konuda diğer dağıtım şirketleri tarafından yapılan işlemler ya da eylemlerden doğan uyuşmazlıklar doğrudan adli yargının görev alanına girmiş olmaktadır.

Esasen elektrik dağıtım faaliyeti bakımından görevli kuruluş olarak Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketinin (“*TEDAŞ*”) bir iktisadi devlet teşekkülü ve bu kapsamda kamu kuruluşu olduğu ifade edilmektedir⁷⁸. Bununla birlikte, elektrik dağıtım bölgeleri açısından hisselerin blok olarak satış yönteminin uygulanmasına karar verilmiş ve bu bölgelerin özelleştirilmesi söz konusu olmuştur⁷⁹. Ancak, söz konusu dağıtım bölgesindeki altyapının ve benzeri varlıkların işletme hakkı devrine bağlı olarak mülkiyeti TEDAŞ bünyesinde kalmaya devam etmekte olup; bağlantı başvuruları hakkında karar verme yetkisi ise yatırımcı olarak ilgili şirketin yetkisinde kalmaktadır⁸⁰. Dağıtım faaliyeti yürüten şirketler, kamu hizmetinin unsurları açısından değerlendirildiğinde; bağlantı hizmetini eşit ve tarafsız biçimde sunmakla yükümlüdür⁸¹. Belirtmek gerekirse, ilgili dağıtım bölgesinde tekel olarak faaliyet gösterecek⁸² bu şirketler bakımından başvurunun reddi işlemin yapılması; ilgili bağlantıyı yapmak isteyen başvuruçular yönünden başta AY md.48 kapsamında güvence

⁷³ Niteliği gereği kamu hizmeti kavramı hakkında bkz. Tan, s.359.

⁷⁴ UM. E.2012/129, K.2013/621, T.13.05.2013, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021.

⁷⁵ Özcan, E. Elvin, İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.23. Ayrıca bkz. Lamarque, Jean, Recherches sur l’application du droit privé aux services publics administratifs, LGDJ, Paris, 1960, s.37.

⁷⁶ Özcan, s.23.

⁷⁷ UM. E.2019/697, K.2020/332, T.28.05.2020, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021; UM. E.2020/58, K.2020/68, T.27.01.2020, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021; UM. E.2020/304, K.2020/346, T.28.05.2020, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021.

⁷⁸ UM. E.2019/435, K.2019/860, T.23.12.2019, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021.

⁷⁹ Elektrik dağıtım faaliyetlerinin özelleştirilmesi hakkında bkz. Çavuşoğlu, G. Filiz, “Elektrik Dağıtım Hizmetlerinin Özelleştirmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:10, Sayı:109, 2018, s.37; Kaya, Yağmur, “Türkiye’de Özelleştirmelerin İstihdam Etkileri: Elektrik Dağıtım Şirketleri Üzerine Bir İnceleme”, Kayseri Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, 2020, s.8-9; Cengiz, Sibel, “Türkiye’nin Elektrik Enerjisi Piyasasında Yeniden Yapılanma”, Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt:4, Sayı:1, 2006, s.146.

⁸⁰ Elektrik dağıtım faaliyetini yürüten kişilerin ayrıcalıklarının olduğu hakkında bkz. Çınar, H. Yusuf, Elektrik Piyasasında Dağıtım Faaliyetine İlişkin Lisanslama Rejimi ve Denetim, Astana Yayınları, Ankara, 2018, s.37.

⁸¹ Ergün, Ç. Evrim, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010, s.61.

⁸² Atiyas, İzak/Oder, Burak, Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, TEPAV Yayınları, Ankara, 2008, s.23; Gönen, s.364; Ergün, s.143-144; Kır, Atif, Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.191.

altına alınan sözleşme kurma ve çalışma hürriyeti⁸³ olmak üzere mülkiyet hakkı gibi çeşitli temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliği arz etmektedir. Keza, yüksek gerilim hattının bakımından meydana gelen ihmal neticesinde ortaya çıkan zararın abonelik ilişkisi çerçevesinde olduğu ileri sürmek mümkün değildir⁸⁴. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi, uyuşmazlığa neden olan elektrik dağıtım şirketlerinin işlem ve eylemlerinin hukuki niteliğini irdelemeksizin; kuruluşun “*özel hukuk kişisi*” olması nedeniyle davalı konumda gösterilemeyeceğini ve idari yargının görevli olamayacağına karar vermiştir⁸⁵.

Önceki kararlarından farklı olarak Uyuşmazlık Mahkemesinin bu gibi kuruluşlar yönünden “*kamu kurumu niteliği ağır basan*” ya da “*kamu tüzelkişiliğine yaklaşan*” ifadelerini kullanmadığı, faaliyet esnasında yapılan işlemin ya da eylemin temel hak ve hürriyetlere etkisini irdelemediği, idari yargının görev alanını belirlerken kullanılan kamu hizmeti kavramıyla⁸⁶ “*ilgili bağın*” kurulmadığı; bu kapsamda maddi kriter özelinde herhangi bir değerlendirme yapmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Dolayısıyla bu açıklamalardan hareket edildiğinde; idari davaya konu olabilecek uyuşmazlığın nitelendirilmesinden ziyade davalı konumda olabilecek idari makamın bulunup bulunmaması meselesinin önem kazandığı görülmektedir⁸⁷. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesinin bu sonuca varırken dayandığı hukuki gerekçe, “*kural olarak, idari yargıda ancak Devlete ve kamu tüzel kişilerine karşı açılan davalara bakılabilir(eceği)*⁸⁸” şeklinde somutlaştırılmıştır. Bu kapsamda bölgede tek el niteliğinde faaliyet icra etse dahi; özelleştirildiğinden hareketle, artık idari makamın bulunmadığı neticesinde varılarak uyuşmazlığın çözümü adli yargıya bırakılmış olmaktadır⁸⁹.

Halbuki, “*sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetinden*” bahsedildiğinde; idari yargının görevli olacağını ifade etmek gerekecektir⁹⁰. Nitekim doktrinde Ulusoy, idari yargı düzeninde özel hukuk kişilerinin davalı olarak gösterilebilmesi açısından “*idare adına kamu hizmeti yürüten özel kişiye karşı, söz konusu hizmetten yararlanan üçüncü kişilerin hizmetin*

⁸³ AY md.48 “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır*”.

⁸⁴ UM. E.2019/526, K.2019/839, T.23.12.2019, Karşı oy görüşü. UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021.

⁸⁵ Bu yaklaşımın izlerine Uyuşmazlık Mahkemesi kararının bazı kararlarında rastlamak mümkündür. Bkz. UM. E.2014/627, K.2014/625, T.02.06.2014, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021; UM. E.2014/204, K.2014/624, T.02.06.2014, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021. Oysa Danıştay’ın vermiş olduğu bazı kararlarda davalının özel hukuk kişisi olarak gösterilmesi durumunun mutlak bir değerlendirmeye tabi tutulmadığı, bu doğrultuda davalı olarak özel hukuk kişisi gösterilse dahi davanın görev alanına girebileceğine karar verildiği görülmektedir. Bkz. D7D. E.2007/5384, K.2009/4019, T.07.10.2009, DD. Sayı:122, s.344. Ayrıca bkz. Tan, s.722-723.

⁸⁶ Bkz. Chapus, René, L’administration et son juge, PUF, Paris, 1999, s.57.

⁸⁷ UM. E.2014/661, K.2014/701, T.02.06.2014, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021; UM. E.2014/354, K.2014/394, T.01.04.2014, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021 UM. E.2010/81, K.2010/193, T.04.10.2010, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021.

⁸⁸ UM. E.2020/47, K.2020/314, T.28.05.2020, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021.

⁸⁹ UM. E.2017/144, K.2017/514, T.25.09.2017, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021; UM. E.2019/575, K.2019/768, T.25.11.2019, UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021.

⁹⁰ Bkz. UM. E.2020/544, K.2020/579, T.26.10.2020, Karşı oy görüşü. UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.02.03.2021. Bu noktada ilgili uyuşmazlar bakımından şayet böyle bir sonuca varılacaksa; Uyuşmazlık Mahkemesinin elektrik dağıtım faaliyetinin “*kamu hizmeti faaliyeti olmadığını*” ya da elektrik dağıtım şirketlerinin yürüttüğü faaliyetin “*idari işleve yönelmediğini*” gerekçeli olarak belirtmesinin varılan sonuç yönünden daha tutarlı olacağı kanaatindeyiz.

yürütülmesine dair kamusal özellikler taşıyan işlemler hakkında dava açabileceğini⁹¹ ifade etmektedir. Bu kapsamda Ulusoy'un vurguladığı üzere; elektrik dağıtım hizmeti yürüten özel hukuk kişisine karşı hizmetten yararlanan sıfatıyla dava açılabilmesi, Danıştay tarafından kabul edilmiştir⁹². Bununla birlikte, bir an için Uyuşmazlık Mahkemesinin bu yöndeki kararlarına karşın Danıştayın elektrik dağıtım hizmeti yürüten özel hukuk kişisine karşı açılan başka davalarda farklı yönde anlayış benimsemesi, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun⁹³ md.28/2 kapsamında “*ilgili yargı mercileri ile bütün makam, kuruluş ve kişiler; mahkeme kararlarına uymak, geciktirmeksizin onları uygulamakla ödevlidirler*” hükmüne aykırılık teşkil ettiği biçiminde yorumlanabilir⁹⁴. Ancak, burada Uyuşmazlık Mahkemesinin bu yönde ortaya koyduğu kesin nitelikteki kararına uymama halinden ziyade, idari yargı düzeninin görev alanının belirlenmesi noktasında kullanılan ölçütlerde farklılaşma hali söz konusudur⁹⁵. Gerçekten, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından ilgili kararlarda ortaya konulan yaklaşım çerçevesinde, özel hukuk kişilerinin kamusal yetki ve ayrıcalıklar kullanmak suretiyle –özel hukuk rejimini aşan nitelikte⁹⁶– yaptığı hukuki tasarruflardan kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü idari yargının görev alanına girecektir; “*organik olarak idari makamın ya da kamu kurumuna benzer veya kamu tüzelkişiliğine yaklaşan nitelikte bir kuruluşun bulunmaması*”, o uyuşmazlığın adli yargıda çözümlenmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. O halde, idari yargılama hukukunda husumet kavramının idari yargı düzeni içinde usulî boyutunun yanında görev alanının belirlenmesi yönünden yegâne kriter olarak önem arz ettiğinden (=ölçüt değeri) bahsedilmesi gerekmektedir. Bu yönüyle, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında hukuki tasarrufun idari niteliğinden hareketle kuruluşun niteliğinin ve uyuşmazlığın çözümleneceği yargı düzeninin belirlenmesi mantıksal yürütümünde de bir konuş söz konusu olmuştur.

VI. Sonuç

İdari yargılama hukukunda, açılan davada davalı tarafın idari makam olması gerektiği kuralı; husumet kavramı çerçevesinde önemli bir hukuki mesele teşkil etmektedir. Zira davalı tarafın idari makam olmadığı bir uyuşmazlığın çözümünde kural olarak idari yargının görevli olduğundan da söz edilemeyecektir. Esasen Uyuşmazlık Mahkemesinin organik kriteri ön planda tuttuğu ifade edilebilirse de maddi kriteri de belirli hallerde gözetildiği söylenebilir. Bu sebeptendir ki, Uyuşmazlık Mahkemesi; bazı kararlarında maddi olarak idari işlem ya da eylem formundaki hukuki tasarruflardan ileri gelen hukuki uyuşmazlıkların çözümünde idari yargının görevli olduğuna karar verirken “*kamu tüzelkişiliğine yaklaşan*”

⁹¹ Ulusoy, s.177. Benzer biçimde doktrinde Güran, Türk idare hukuku sisteminde özel hukuk tüzel kişilerinin “*idari ilişkinin aktörü olmak kaydıyla*” davalı konumda yer alabileceğini ifade etmektedir. Güran, Sait, “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:12, Sayı:1, 1979, s.58.

⁹² D13D. E.2012/1871, T.06.02.2013, aktaran; Ulusoy, s.177.

⁹³ RG.22.06.1979-16674.

⁹⁴ Çelik, Taşkın, “Uyuşmazlık Mahkemesine Başvurulmasında ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar”, Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Görev Uyuşmazlıkları ve Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu, Ankara, 2013, s.10.

⁹⁵ Kaldı ki, Uyuşmazlık Mahkemesinin bir hukuki uyuşmazlığın hangi görevli yargı yerinde çözümleneceği konusunda vereceği kararı, o somut uyuşmazlık bakımından bağlayıcı nitelikte bir sonuç ifade etse de benzer diğer uyuşmazlıklar yönünden bu kararın bağlayıcılığı söz konusu değildir. Yeniay, Lokman, “Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Yargı Ayrılığı Sistemi Üzerine Bir İnceleme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:26, Sayı:1, 2020, s.173.

⁹⁶ Braconnier, s.157.

ya da “*kamu kuruluşu niteliği ağır basan*” ibarelerini kullanmıştır. Bu bağlamda, idari yargılama hukukunda husumet kavramı çerçevesinde organik kriterin kimi hallerde farklı biçimde yorumlanabildiği ve mutlak anlamıyla kullanılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte Uyuşmazlık Mahkemesinin son yıllarda vermiş olduğu bazı kararlarda organik kriterin mutlak anlamıyla kullanıldığı ve idari makamın davalı olmadığı bir davanın idari yargının görev alanına girmeyeceğinin kabul edildiği görülmektedir. Bu çalışmada ayrıntılı olarak irdelenen Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında; özel hukuk kişisi formundaki elektrik dağıtım şirketleri tarafından yerine getirilen faaliyetin “*kamu hizmeti*” olarak nitelendirilmekle birlikte, bu şirketlerin sırf özel hukuk kişisi olduklarından ötürü davalı olmayacağı ve bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevli olduğuna hükmedildiği görülmektedir. Yani bu kararlarda, elektrik dağıtım faaliyetini gerçekleştiren özel hukuk kişilerinin hukuki niteliğine vurgu yapılarak, ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde organik kritere ağırlık verilmesi görüşü benimsenmiş durumdadır. Bu yaklaşım biçimi, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan maddi kriterin işlevini de azaltmaktadır. Zira bakıldığında, ilgili kararlarda gerçekleştirilen faaliyetin kamu hizmeti olduğu ve hukuki uyuşmazlığın bu faaliyetin icrasından kaynaklandığı kabul edilmiş durumdadır. Dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesinin, öncesinde bu hukuki sorunları aşmak amacıyla kullanmış olduğu kavramların da işlevsiz hale getirildiği sonucuna varılabilir. Bu nedenle, söz konusu kararların bir arada değerlendirilmesi neticesinde; idari yargının görev alanının belirlenmesinde artık “*kamu hizmeti ölçütü*” yerine hasım sıfatıyla “*kamu kurum ya da kuruluşunun*” bulunup bulunmadığı sorusunun değer kazandığı vurgulanmalıdır.

KAYNAKÇA

Aktaş, Batuhan/Seyhan, Serkan, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:144, 2019, (ss.105-172).

Aktaş, Gülsüm, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir Mi?)”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:5, 2015, (ss.1-35).

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

Altay, Evren, “Danıştay’ın İdari Görevleri ve Kararları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:18, Sayı:56, 2005, (ss.189-238).

Arat, Nilay, “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan), Cilt:69, Sayı:1-2, 2011, (ss.891-906).

Atiyas, İzak/Oder, Burak, Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, TEPAV Yayınları, Ankara, 2008.

Ayaydın, Cem, İdare Hukukuna Giriş (II), Yenilik Yayınevi, İstanbul, 2008.

Berk, Kahraman, “İdare Hukukuna ve İdari Yargıya İlişkin Değerlendirmeler-I”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:65, Sayı:2, 2007, (ss.35-48).

Bilgen, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.

Braconnier, Stéphane, Droits des services publics, 2. Baskı, PUF, Paris, 2007.

Burtan, Ç. Burak, İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet, Der Yayınları, İstanbul, 2018.

Cengiz, Sibel, “Türkiye’nin Elektrik Enerjisi Piyasasında Yeniden Yapılanma”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt:4, Sayı:1, 2006, (ss.117-134).

Chapus, René, *L’administration et son juge*, PUF, Paris, 1999.

Coşkun, Sabri/Karyağdı, Müjgan, *İdari Yargılama Usulü Örnek İçtihatlar-Yorumlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

Crozat, B., *Fransız Devlet Şurasının Son Temayülleri*, Cezaevi Matbaası, Ankara, 1937.

Çavuşoğlu, G. Filiz, “Elektrik Dağıtım Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt:10, Sayı:109, 2018, (ss.34-41).

Çelik, Taşkın, “Uyuşmazlık Mahkemesine Başvurulmasında ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar”, *Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Görev Uyuşmazlıkları ve Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu*, Ankara, 2013, (ss.1-17).

Çelikkol, Hüseyin, “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, *Adalet Dergisi*, Yıl:76, Sayı:3, Ankara, 1985, (ss.749-770).

Çınar, H. Yusuf, *Elektrik Piyasasında Dağıtım Faaliyetine İlişkin Lisanslama Rejimi ve Denetim*, Astana Yayınları, Ankara, 2018.

Çırakman, Erol, “Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Danıştay Yayınları, Ankara, 1982, (ss.102-112).

Derdiman, R. Cengiz, *İdari Yargının Genel Esasları*, 3. Baskı, Aktüel Yayıncılık, Bursa, 2014.

Duran, Lütfi, “Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatlarına Göre Selbi Vazife İhtilafi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:16, Sayı:3-4, 1950, (ss.688-717).

Ergen, Cafer, *İdari Yargı Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Ergün, Ç. Evrim, *Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti*, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010.

Erkut, Celal, *İptal Davasının Konusu Oluşturması Açısından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.

Freedeman, Charles E., *Modern Fransa’da Danıştay* (çev. Gökten, Işık), Danıştay Yayınları, Ankara, 1971.

Gönen, Yakup, “Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:14, Sayı:2, 2010, (ss.359-386).

Görelî, İ. Hakkı, *Devlet Şûrası*, Yeni Matbaa, Ankara, 1953.

Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku Cilt-II: İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Günday, Metin, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay Sempozyumu* 133. Yıl, Danıştay Yayınları, Ankara, 2001, (ss.79-86).

Günday, Metin, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı:14, 1997, (ss.347-358).

Gündüz, F. Ebru, *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Güran, Sait, “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt:12, Sayı:1, 1979, (ss.55-62).

Güzel, Oğuzhan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarî Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt:17, Sayı:1-2, 2013, (ss.1483-1524).

Işıklar, Celal, “İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usûlü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:1, Sayı:6, 2011, (ss.69-140).

İnanç, Mehmet, Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Kaplan, Gürsel, “Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan), Cilt:69, Sayı:1-2, 2011, (ss.349-390).

Kaplan, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.

Kara, Seyfettin, “İdari Yargılama Usulünde Islah”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:10, 2017, (ss.409-443).

Karahanoğulları, Onur, Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Karahanoğulları, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Karahanoğulları, Onur, İdari Yargı İdarenin Hukukla Zorlanması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Karaman, Ebru, Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı (Fransız İdari Yargısı ile Karşılaştırmalı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Kaya, Cemil, “İdari Yargıda Husumet”, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (ss.24-34).

Kaya, Yağmur, “Türkiye’de Özelleştirmelerin İstihdam Etkileri: Elektrik Dağıtım Şirketleri Üzerine Bir İnceleme”, Kayseri Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, 2020, (ss.1-23).

Kır, Atıf, Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.

Kızıl Voyvoda, Özlem/Voyvoda, Ebru, “Türkiye’de Enerji Sektörünün Yeniden Yapılandırılması Sürecinde Hukuk Düzenlemeleri”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı:2019/1, 2019, (ss.127-154).

Lachaume, Jean-François, Droit administratif, PUF, Paris, 1983.

Lamarque, Jean, Recherches sur l’application du droit privé aux services publics administratifs, LGDJ, Paris, 1960.

Long, Marceau/Weil, Prosper/Braibant, Guy/Delvolvé, Pierre/Genevois, Bruno, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20. Baskı, Dalloz, Paris, 2015.

Özay, İl Han, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 1982, (ss.1-30).

Özcan, E. Elvin, İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Özdemir, H. Eyüp, İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Tan, Turgut, İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Tosun, Mehmet/Tan, Emre, “İdari Yargıda Davaya Müdahale (Uygulama ve Teori Açısından İnceleme)”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:5, 2015, (ss.827-877).

Turinetti, Alice, La Normalisation: Etude en droit économique, Éditions Connaissances et Savoirs, 2018.

Ulusoy, Ali D., İdari Yargılama Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Yaşar, H. Nuri, İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2014.

Yayla, Yıldızhan, “Uyuşmazlık Mahkemesi ve Geleceği Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:34, Sayı:1-4, 1968, (ss.201-209).

Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Yeniay, Lokman, “Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Yargı Ayrılığı Sistemi Üzerine Bir İnceleme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:26, Sayı:1, 2020, (ss.161-189).

Yenice, Kazım/Esin, Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.

Yıldırım, Ramazan/Çımarlı, Serkan, Türk İdari Yargılama Hukukunun Dersleri, Astana Yayıncılık, Ankara, 2018.

Yıldırım, Turan, “İdari İşlemler”, İdare Hukuku (Ed. Yıldırım, Turan), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, (ss.293-408).

Yıldırım, Turan, “İdari Yargı”, İdare Hukuku (Ed. Yıldırım, Turan), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, (ss.625-822).

Zabunoğlu, Y. Kazım, İdare Hukuku-II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

**^{4f}TÜRK GÖÇ HUKUKUNU TWAIL ÜZERİNDEN DEĞERLENDİRMEK:
DÜNYA BEŞ'TEN NE KADAR BÜYÜK?**
(*EVALUATING TURKISH MIGRATION LAW THROUGH TWAIL: HOW BIGGER IS THE
WORLD THAN FIVE?*)

**Dr. Öğr. Üyesi Şahin Eray KIRDIM* **
Arş. Gör. Atahan DEMİRKOL*** ******

ÖZ

Bu çalışma, Türkiye'nin göç hukukunu Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları (Third World Approaches to International Law - TWAIL) temel argümanları üzerinden değerlendirmekte ve dış politikasında benimsediği Üçüncü Dünyacı söylemin ulusal göç hukukunda bir karşılığı olup olmadığını incelemektedir. Uluslararası hukukun eleştirel yaklaşımlarından biri olan TWAIL, bugün Üçüncü Dünya'nın dezavantajına olan sömürgeci uluslararası sistemin yaratılmasında Avrupa merkezli uluslararası hukukun bir araç olarak kullanıldığını ileri sürmektedir. TWAIL literatüründe üzerinde durulan konulardan birisi de uluslararası göç hukuku sisteminin Birinci Dünya'nın girişimleri ile Üçüncü Dünya halkları aleyhine kurulmuş olmasıdır. Birinci Dünya ve Üçüncü Dünya arasında bir bağlantı noktası olarak göç hareketlerinin merkezinde bulunan Türkiye, uluslararası göç hukukunun önemli bir aktörü olmakla TWAIL'in de inceleme alanına girmektedir. Birinci bölümde, TWAIL'in temel varsayımları üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde uluslararası göç hukuku ana hatlarıyla ve yine TWAIL perspektifinden ele alındıktan sonra, üçüncü bölümde Türk göç hukuku incelenmiştir. Çalışmada, Türkiye'nin göç hukukunda özellikle Geri Kabul Anlaşması ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu gibi düzenlemelerle Üçüncü Dünyacı yaklaşımdan uzaklaştığı ve dış politikasında TWAIL ile örtüşen söylemleri göç hukukuna yansıtmadığı ileri sürülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Türk Göç Hukuku, TWAIL, Geri Kabul Anlaşması, Dünya Beş'ten Büyüktür.

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi:23.02.2021 İlk hakem raporu tarihi: 16.03.2021 İkinci hakem raporu tarihi: 20.04.2021 Onaylanma tarihi: 25.05.2021.

* Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4207-6559.

*** Afyon Kocatepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Kentleşme Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

**** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7185-5781.

Esere Atıf Şekli: Şahin Eray Kırdım, Atahan Demirkol, "Türk Göç Hukukunu TWAIL Üzerinden Değerlendirmek Dünya Beş'ten Ne Kadar Büyük", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1577-1613.

ABSTRACT

This study evaluates Turkish migration law through the main arguments of Third World Approaches to International Law (TWAIL) and examines whether the Third Worldist discourse adopted in its foreign policy has a reflection in its national migration law. TWAIL, one of the critical approaches to international law, claims that Eurocentric international law is used as a tool in the creation of the colonial international system, which is today to the disadvantage of the Third World. One of the issues emphasized in TWAIL literature is that the international migration law system has been established against the Third World peoples with the initiatives of the First World. As a connection point between the First World and the Third World, Turkey locates in the center of migration movements, thus being an important actor in international migration law, falls within the TWAIL's area of study. The first chapter of this study focuses on the main assumptions of TWAIL. The second chapter discusses the international migration law through the TWAIL perspective, and the last chapter examines the Turkish migration law. This study asserts that Turkey has diverged from the Third Worldist approach with the Readmission Agreement and the Law on Foreigners and International Protection, and that could not reflect its pro-TWAIL discourse in its foreign policy to the migration law.

Keywords: *International Law, Turkish Migration Law, TWAIL, Readmission Agreement, The World Is Bigger Than Five.*

GİRİŞ

2010'lu yılların başlarından itibaren Türk dış politikası giderek Üçüncü Dünyacı bir yaklaşım üzerinde inşa edilmeye başlamıştır.³ Bu Üçüncü Dünyacılık hem dış politika yapıcılarının istikrarlı söylemlerinde izlenen hem de Türk kamuoyunca paylaşılan bir olgu haline gelmiştir. Güncel Türk siyasal hayatının en önemli figürlerinden biri olan Recep Tayyip Erdoğan'ın sıklıkla dile getirdiği üzere Türkiye, “tüm mazlum ve mağdurların uluslararası alandaki sesi olmayı” kendine şiar edinerek açıkça Üçüncü Dünyacı bir söylem benimsemiştir.⁴ Bu konu üzerine dış politika yapıcılarının söylemindeki bir başka önemli vurgu, Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı/Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın 2013 yılından itibaren sıklıkla kullandığı “Dünya Beş'ten Büyüktür” mottosunda en görünür halini almıştır. 2015 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nun 69'uncu oturumunda yaptığı konuşma-

³ Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. **Bayram**, Mürsel: “Türk Dış Politikasının Değişim Parametresi Olarak Afrika Açılımı ve İnsanî Diplomasi Faaliyetleri”: in (ed. Erman Akıllı), Türkiye’de ve Dünyada Dış Yardımlar, Nobel, 2016, s.402-421; **Bilgin**, Mustafa Sıtkı/**Karaman**, Gökhan: “Apartheid Sonrası Güney Afrika Cumhuriyeti Dış Politikasında Güney Afrika-Türkiye İlişkileri”, Bölgesel Araştırmalar Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, 2020, ss.254-287.

⁴ **Bayram** (2016), s.410 (“Yani Türkiye, ‘kimliğine, etnik kökenine ve mezhebine’ bakmaksızın dünyanın bütün mazlumlarına yardım elini uzatarak... ‘ahlakî bir duruş’ sergilemektedir”); **Bilgin/Karaman** (2020), s.272 (Cumhurbaşkanı Erdoğan Güney Afrika ziyareti sırasında, Pretorya Türk Büyükelçiliği hizmet binası açılış konuşmasında “binanın sadece Türklere değil; tüm mazlumlara ve mağdurlara hizmet edecek bir bina olduğunu” ifade etmiştir); **Coşkun**, Nurettin: “Cumhurbaşkanı Erdoğan’dan Dünya Mülteciler Günü Paylaşımı”, Anadolu Ajansı, 20.06.2020, İnternet Kaynak: <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/cumhurbaskani-erdogandan-dunya-multeciler-gunu-paylasimi/1884116>, Erişim Tarihi: 27.08.2020 (“Cumhurbaşkanı Erdoğan, ‘Türkiye olarak inancına, diline, kökenine bakmadan tüm mazlum ve mağdurlara sahip çıkmayı, uluslararası alandaki sesi olmayı sürdüreceğiz’ ifadelerini kullandı”).

da, veto yetkilerine istinaden örgütün birkaç güçlü devletin tahakkümü altında olduğunu belirten Erdoğan'a göre, "BM Güvenlik Konseyi daimî üyesi beş ülkenin dünya gerçekleriyle bağdaşmayacak şekilde BM'yi etkisiz hale getirmesi küresel vicdanın kabul edebileceği bir durum değildir."⁵ Erdoğan iki yıl sonra, bu sefer BM Genel Kurulu'nun 71'inci oturumunda "uluslararası barış ve güvenliğin temininden sorumlu ana organ olan Güvenlik Konseyi reforme edilmedikçe, bu çabaların tam manasıyla amacına ulaşamayacağı" düşüncesini ifade ederek Güvenlik Konseyi'nin reform çağrılarını katılmıştır.⁶ Erdoğan liderliğindeki dış politika yapımında, Güvenlik Konseyi'ne yönelik açık eleştiri ve reform çağrılarını bilinçli bir şekilde yapmış ve on yıllık sürede dış politikanın temellerinden biri haline gelmiştir.⁷ "Batı artık dünyanın tek merkezi değildir"⁸ düşüncesini açık şekilde dile getiren Erdoğan ile TWAIL'in aşağıda ifade edilen merkezi argümanlarından en önemli ikisi (Avrupa-merkezciliğe karşı olmak ve neo-sömürgeciliğin uluslararası kuruluşlar üzerinden sürdürüldüğü iddiası) arasında açık bir paralellik bulunmaktadır.

Bu paralellik Türk kamuoyunun özellikle ekonomik alanda faaliyet gösteren uluslararası kuruluşlara bakışı ve Avrupa Birliği (AB) algısında da açık şekilde gözlenmektedir. Örneğin Türk halkının yaklaşık yüzde yetmiş, COVID-19 salgınının yaratmış olduğu ekonomik etkilerin ağır şekilde hissedildiği bir ortamda bile Uluslararası Para Fonu'ndan (IMF) borç alınmasına karşı çıkmaktadır.⁹ Benzer şekilde, Türk halkının AB'ye olan bakışında da yıllar içerisinde olumsuz bir değişim gözlemek mümkündür. 2019 yılında yapılan bir araştırmada, 2008'den 2017'ye kadar geçen sürede kamuoyunda Türkiye'nin AB'ye tam üyelik sürecine olan desteğinin önemli ölçüde azaldığı ve Türkiye'nin AB'ye üye olabileceğine dair inancın da zayıfladığı gösterilmiştir.¹⁰

Bu çalışmada sıklıkla geçen "Üçüncü Dünya" kavramı bir dizi farklı kullanıma sahiptir. Salt betimleyici anlamıyla Üçüncü Dünya, sıklıkla "daha az gelişmiş", "gelişmekte olan" veya "az gelişmiş" ülkeler ve giderek artan şekilde de "Güney" gibi terimlerle birbirlerinin yerine dönüşümlü olarak kullanılmaktadır. Bununla referans edilen şey, geleneksel olarak ekonomik büyüme ve ekonomik refah göstergeleri açısından "Batı", "Kuzey", "Birinci Dünya" veya "gelişmiş ülkeler" grubunun gerisinde olarak sınıflandırılan Afrika, Asya ve Latin Amerika ülkeleridir.¹¹

⁵ **Keleş**, Mustafa: "BM Suriye Krizine Çözüm Bulamadı", Anadolu Ajansı, 29.12.2014, İnternet Kaynak: <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/bm-suriye-krizine-cozum-bulamadi/88722>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

⁶ **Güder**, İlkay/**Kaplan**, Enes: "Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın Görevdeki 'Üçüncü' Yılı", Anadolu Ajansı, 27.08.2017, İnternet Kaynak: <https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/cumhurbaskani-erdoganin-gorevdeki-ucuncu-yili/894791>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

⁷ **Erdoğan**, R. Tayyip: Yeni Türkiye Vizyonu: Dünya 5'ten Büyüktür-2, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara 2018.

⁸ **Bayraktar**, Bora: "Erdoğan: Batı artık dünyanın tek merkezi değildir", Euronews, 13.10.2012, İnternet Kaynak: <https://tr.euronews.com/2012/10/13/erdogan-bati-artik-dunyanin-tek-merkezi-degildir>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

⁹ **Tokyay**, Menekşe: "Türkiye'de Halkın Yaklaşık Yüzde 70'i İçin IMF'den Borçlanma 'Zehirli Bir Sözcük'", Euronews, 06.05.2020, İnternet Kaynak: <https://tr.euronews.com/2020/05/06/turkiye-de-halk-n-yaklas-k-yuzde-70-i-icin-imf-den-borclanma-zehirli-bir-sozcuk-arast-rma>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

¹⁰ **Sağlam**, Hakan: "Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerine Dair Kamuoyunun Tutumu ile Medyanın Genel Yayın Politikası Arasındaki İlişki: 2008'den 2017'ye Bir Karşılaştırma", Erciyes İletişim Dergisi, Cilt:6, Sayı:2, 2019, ss.1269-1290.

¹¹ Kavramın farklı kullanımları hakkında detaylı bir çalışma için bkz. **Mickelson**, Karin: "Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse", Wisconsin International Law Journal,

Uluslararası sistemin Soğuk Savaş olgusu ve dekolonizasyon süreci ile meşgul olduğu bir dönemde ortaya çıkan Üçüncü Dünya kavramı¹² geniş anlamda, sanayileşmiş (Birinci Dünya) ve komünist/sosyalist Doğu Avrupa (İkinci Dünya) dışında kalan devletler grubunu kapsar şekilde kullanılmaktadır. Kavram, Dyrness'in belirttiği gibi bazıları tarafından az gelişmişlik, geri kalmışlık ve illikliği temsil eden ülkeler grubunu tarif eder şekilde küçümseyici olarak anlaşılmakta ise de¹³ çalışmada da anlamından ziyade, yukarıda tasvir edilen anlamlara yakın ancak ilaveten uluslararası sistem içinde tarihsel olarak oluşmuş/oluşturulmuş, sisteme alternatif ve karşıt bir tavır manasında kullanılmaktadır. Soğuk Savaş'ın sona ermesi ile birlikte uluslararası sistemde birçok değişiklik meydana geldiği ve sonuç olarak Üçüncü Dünya'nın artık anlamını yitirdiği konusundaki tartışmaların varlığına rağmen,¹⁴ Üçüncü Dünya'yı daha evvelden meşgul eden ve hem pratik hem de teorik uluslararası hukuk yaklaşımları kaynaklı -ayrıntılı olarak aşağıda ifade edilen- sorunların çoğunun devam ettiği, bu çalışmanın ileri sürdüğü iddialardan birisidir.¹⁵

En basit şekliyle "uluslararası hukuka olan itirazın geniş diyalektiği" olarak ifade edilen¹⁶ Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları (Third World Approaches to International Law - TWAIL), bu sorunları uluslararası hukukun gündemine Üçüncü Dünya'ya karşı zararlı olan belirli bir olguyu ifşa etmeyi, bu olguya saldırmayı ya da en azından onu çözümlenmiş olmayı amaçlayan bir yapı-sökümcü bir perspektiften taşımaktadır. TWAIL, teorilerin yanı sıra bazı araştırma metotları da sunmaktadır ve adından da anlaşılacağı üzere, belki de en uygun ifadesiyle bir yaklaşım¹⁷ veya TWAIL literatürünün heterojen yapısı nedeniyle daha çok çeşitli yaklaşımlardan oluşan bir spektrum¹⁸ olarak tanımlanabilir. TWAIL, özütü uluslararası hukuk ve sömürgecilik tarihinden çıkarılan bir yaklaşımdır. Buna göre, uluslararası hukukun kritik alanlarındaki (örneğin toprak edinimi, tanınma,

Cilt:16, Sayı:2, 1997, ss. s.353-419, ss.355-362. Kavramı siyasi bir koalisyon olarak değerlendiren Mortimer (**Mortimer**, Robert: *The Third World Coaliton in International Politics*, 2. Baskı, Avalon Publishing, New York 1984, ve bir toplumsal hareket biçimi olarak gören Rothstein (**Rothstein**, Robert L.: "Limits and Possibilities of Weak Theory: Interpreting North-South", *Journal of International Affairs*, Cilt:44, Sayı:1, 1990, ss. 159-181, s.159) da not edilmelidir.

¹² Kavramın ilk kez 1952 yılında Alfred Sauvy tarafından kullanıldığına ilişkin görüşler vardır. Bkz. **Solarz**, Marcin W.: "Third World": The 60th Anniversary of a Concept that Changed History", *Third World Quarterly*, Cilt:33, Sayı:9, 2012, ss. 1561-1573, s.1561.

¹³ **Dyrness**, William: *Learning about Theology from the Third World*, Zondervan 1990, s.7.

¹⁴ Bkz. **Harris**, Nigel: *The End of the Third World: Newly Industrializing Countries and the Decline of an Ideology*, (Penguin) London (1987); **Berger**, Mark T.: "The End of the Third World", *Third World Quarterly*, Cilt:15, Sayı:2, 1994, ss. 257-275, s.257; **Berger**, Mark T.: "After the Third World? History, Destiny and the Fate of Third Worldism", *Third World Quarterly*, Cilt:25, Sayı:1, 2004, ss. 9-39, s.9.

¹⁵ **Chimni**, B. S.: "Capitalism, Imperialism, and International Law in the Twenty-First Century", *Oregon Review of International Law*, Cilt:14, Sayı:1, 2012, ss. 17-46, s. 18 ("Gelişmiş kapitalist ülkeler ile Üçüncü Dünya ülkeleri arasındaki asimetrik ilişki devam eden bir gerçekliktir").

¹⁶ **Mutua**, Makau: "What is TWAIL?", *Proceedings of the 94th Annual Meeting (American Society of International Law*, Cilt:94, 2000a, ss. 31-38, s. 31.

¹⁷ **Okafor**, Obiora C.: "Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?", *International Community Law Review*, Cilt:10, Sayı:4, 2008, ss. 371-378, s. 377.

¹⁸ **Gathii**, James T.: "Alternative and Critical: The Contribution of Research and Scholarship on Developing Countries to International Legal Theory", *Harvard International Law Journal*, Cilt:41, Sayı:2, 2000a, ss. 263-275, s. 273.

devletin sorumluluğu ve halefiyet gibi) kurallar sömürgeciliğin gereklilikleriyle şekillenmiştir.¹⁹

Uluslararası hukuk hakkında farklı bir düşünce biçimi sunan TWAIL, akademik çalışmalar yoluyla Üçüncü Dünya ülkelerini Birinci Dünya'nın açık sömürgeleştirme çabalarına karşın bilinçlendiren ve az gelişmiş Üçüncü Dünya'nın dezavantajlarını ortadan kaldırmaya çalışan tarihsel bir farkındalık yaklaşımıdır. TWAIL akademisyenleri, Birinci Dünya devletlerinin eylemlerini meşrulaştırır ve desteklerken, Üçüncü Dünya'daki muadillerinin eylemlerini suç sayan iki katmanlı bir "uluslararası" hukuk sistemine işaret etmektedir.²⁰ Bu haliyle TWAIL'in merkezinde "haksız küresel düzene muhalefet" konusundaki birlik düşüncesi vardır.²¹

TWAIL literatüründe üzerinde durulan merkezi konulardan birisi de uluslararası göç hukukunun Kuzey'in girişimleri ile Üçüncü Dünya halkları aleyhine kurulmuş olmasıdır.²² Dahası Kuzey, tarihsel olarak bir Üçüncü Dünya ülkesi olan veya kendisini böyle konumlandıran Üçüncü Dünyacı ülkeleri, bu asimetrik ilişkinin öznelere haline getirmektedir. Göç tarihi boyunca önemli göç güzergahlarından biri üzerinde bulunan ve dünya üzerinde en fazla sayıda mülteciye ev sahipliği yapan²³ Türkiye ise bu özneleştirme atağının zaman zaman tarafı olmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere Türkiye, 2010'lu yılların başından itibaren dış politikasında Üçüncü Dünyacı bir yaklaşım benimsemiş olsa da ulusal göç hukukunu AB üyeliği sürecinde Avrupa-merkezci bir zemin üzerine inşa etmiştir.

Bu anlamda çalışma, Türkiye'nin göç hukukunu TWAIL'in temel ilkeleri üzerinden değerlendirmekte ve dış politikasında benimsediği Üçüncü Dünyacı yaklaşımın ulusal göç hukukunda bir karşılığı olup olmadığını incelemektedir. Bu itibarla çalışma üç ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde, TWAIL'in -literatürdeki heterojen yapıya karşın- temel varsayımları üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde uluslararası göç hukuku ana hatlarıyla ve yine TWAIL perspektifinden ele alındıktan sonra, üçüncü bölümde Türk göç hukuku üzerinde durulmuştur. Çalışmada Türkiye'nin göç hukukunu Üçüncü Dünya'yı dışlar şekilde Avrupa-merkezci olarak uyarladığı ve dış politikasında sürdürmeye çalıştığı Üçüncü Dünyacılığı göç hukukuna yansıtamadığı ileri sürülmektedir.

I. TWAIL'İN TEMEL VARSAYIMLARI

TWAIL literatürü fazlasıyla heterojen yapısıyla dikkat çekmektedir. Literatürün heterojen doğasıyla ilgili olarak Eslava ve Pahuja, TWAIL düşünürleri arasında tek bir teorik yaklaşım olmamasına rağmen hem ortak hassasiyetler hem de politik bir yönelimin payla-

¹⁹ **Anghie**, Antony: *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, s.98-99, s.209-210.

²⁰ **Shetty**, Vikrant D.: "Why TWAIL Must Not Fail: Origins and Applications of Third World Approaches to International Law", *King's Student Law Review*, Cilt:3, Sayı:2, 2012, ss. 68-82, s.71-72; **Gathii**, James T.: "TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography", *Trade Law and Development*, Cilt:3, Sayı:1, 2011, ss. 26-64, s. 30.

²¹ **Mutua** (2000a), s.36. Ayrıca bkz. **Gathii**, James T.: "Rejoinder: Twailing International Law", *Michigan Law Review*, Cilt:98, Sayı:6, 2000b, ss. 2066-2071, s. 2067.

²² **Chimni**, B. S.: "The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South", *Journal of Refugee Studies*, Cilt:11, Sayı:4, 1998, ss.350-374; **Woldemariam**, Samuel B./**Maguire**, Amy/**von Meding**, Jason: "Forced Human Displacement, the Third World and International Law: A Twail Perspective", *Melbourne Journal of International Law*, Cilt:20, Sayı:1, 2019, ss. 248-276.

²³ BMMYK'ya göre 18 Haziran 2020 tarihi itibarıyla Türkiye, 3,6 milyon mülteciye ev sahipliği yapmaktadır. **United Nations High Commissioner for Refugees**: "Figures at Glance", İnternet Kaynak: www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html, Erişim Tarihi: 25.08.2020.

şıldığını vurgulamaktadır.²⁴ Bu anlamda TWAIL yazarlarının yaklaşıma yönelik olarak benimsediği üç ortak hassasiyet bulunduğu kabul edilmelidir. Birinci olarak, uluslararası hukukun Avrupalı olmayanları Avrupalılara tabi kılan uluslararası normların ve kurumların ırksal bir hiyerarşisinin yaratılması ve sürdürülmesi için bir araç olarak kullanıldığı açık şekilde kabul edilmektedir.²⁵ İkincisi, TWAIL uluslararası yönetim için gerekli olan alternatif bir normatif yasal yapı oluşturmayı amaçlamaktadır.²⁶ Son olarak TWAIL, Üçüncü Dünya'daki az gelişmişlik koşullarını ortadan kaldırmak için politika üretmeye ve siyasi iktidarları etkilemeye çalışan akademik bir disiplindir.²⁷

TWAIL yazarları uluslararası hukuku gerekli ve önemli görse de²⁸ uluslararası hukukun Avrupa merkezli oluşundan duydukları rahatsızlık nedeniyle modern uluslararası hukuka karşı ciddi bir muhalefeti bulunmaktadır. Öyle ki bu karşıtlık yaklaşımın önde gelenleri tarafından uluslararası hukuku "gayri meşru" ilan edecek kadar büyük bir noktaya varmıştır.²⁹ Buna göre uluslararası hukuk, Avrupa tarihi ve tecrübesinin bir sonucu olarak Avrupa'da şekillenmiş ve oluşumunda herhangi bir katılımı bulunmasa da Avrupa dışı dünyaya aktarılan bazı ilke ve doktrinlerden başka bir şey değildir.³⁰ Verzijl'in ileri sürdüğü gibi uluslararası hukuk "Avrupa zihninin bilinçli faaliyetlerinin bir ürünü olmakla kalmaz, aynı zamanda yaşamsal özünü ortak bir inanç kaynağından çeker ve bu yönlerin her ikisinde de çoğunlukla Batı Avrupa kökenlidir."³¹ Dahası uluslararası hukuku bir Hristiyan uygarlığı

²⁴ **Eslava, Luiz/Pahuja, Sundhya**: "Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law", *Trade, Law and Development*, Cilt: 3, Sayı:1, 2011, ss. 103-130, s. 104.

²⁵ **Mutua**, Makau: "Critical Race Theory and International Law: The View of an Insider-Outsider", *Villanova Law Review*, Cilt:45, Sayı:5, 2000b, ss. 841-853, s. 850 ("Dünyanın son beş yüzyılda tanık olduğu şey, Avrupa'ya özgü olan ve evrensel adalet arayışında değil de dünyada Avrupa ve Amerikan hakimiyetini kuran, koruyan ve kucaklayan uluslararası bir yasal düzen arayışında olan bir uluslararası hukukun evrenselleşmesidir").

²⁶ **Al Attar, Mohsen/Thompson, Rebekah**: "How the Multi-Level Democratisation of International Law-Making Can Effect Popular Aspirations Towards Self-Determination", *Trade, Law and Development*, Cilt:3, Sayı:1, 2011, ss. 65-102, s. 67 ("TWAIL, uluslararası hukuk aygıtında hâkim olan tahakküm ve itaat gerçekliklerine karşı geliştirilen uluslararası hukukun alternatif bir anlatısıdır").

²⁷ **Chimni, B. S.**: "The Past, Present and Future of International Law: A Critical Third World Approach", *Melbourne Journal of International Law*, Cilt:8, Sayı:2, 2007, ss. 499-516, s. 500 (TWAIL'in "[b]irincil hedefi, Üçüncü Dünya yoksulları ve ezilenleri için onurlu bir hayat sunan bir uluslararası hukukun şekillenmesidir").

²⁸ **Eslava, Luiz/Pahuja, Sundhya**: "Beyond the (Post) Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law", *Journal of Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, Cilt:45, Sayı:2, 2012, ss. 195-221, s. 206 ("TWAIL yazını, büyük ölçüde mevcut kurumsal yapılara dayanan uluslararası normatif bir rejim fikrine bağlı kalırken, onun yerine yeni bir şey koymaktan ziyade uluslararası hukukun sorunlarının üstesinden gelmekle daha fazla ilgilenmektedir").

²⁹ **Mutua** (2000a), s. 31.

³⁰ **Anghie, Antony**: "The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities", *Third World Quarterly*, C:27, S:5, 2006, ss. 739-753, s. 740; **Okafor, Obiora C.**: "Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A TWAIL Perspective", *Osgoode Hall Law Journal*, Cilt:43, Sayı:1/2, 2005, ss. 171-191, s. 177; **Bedjaoui, Mohammed**: "General Introduction": in (ed. Bedjaoui, Mohammed), *International Law: Achievements and Prospects*, Martinus Nijhoff, Leiden 1991, ss. 1-18, s. 5.

³¹ **Verzijl, J.H.W.**: *International Law in Historical Perspective Volume I*, AW Sijthoff, Leiden 1968, ss. 435-436.

ürünü olarak görmek de pek tabii mümkündür.³² Bu anlamda TWAIL, her şeyden önce uluslararası hukukun Avrupa merkezçiliğine yönelik bir çeşit başkaldırıdır.³³

TWAIL yazarlarının üzerinde durdukları bir nokta da Üçüncü Dünya'nın yeniden kolonileştirilmesi sürecidir.³⁴ Chimni, yeniden kolonileştirilme sürecinde dört temel uygulama alanından bahsetmektedir. Birincisi, uluslararası hukuk, Üçüncü Dünya devletlerinin özerkliğini zayıflatacak ve Üçüncü Dünya halklarının dezavantajlarına olacak şekilde yeniden kurgulanmaktadır. İkincisi, gelirleri ve kaynakları yeniden dağıtma gücüne sahip olmasalar da Üçüncü Dünya devletleri uluslararası mülkiyet haklarına uymaya zorlanmaktadır. Üçüncü olarak, Üçüncü Dünya devletleri egemenlik haklarını nadiren uluslararası ticaret ve finans kurumlarında etkin şekilde yansıtmaya yeteneğine sahip olduklarından, uluslararası ekonomideki egemenlik hakları anlamsızlaşmaktadır. Son olarak, Üçüncü Dünya devletleri, Birinci Dünya'nın yıkıcı ideolojik ve askeri kaynaklarına itaat etmeyi reddedemeyecek kadar zayıftırlar.³⁵

TWAIL'in önemli iddialarından biri de kapitalizm, emperyalizm ve uluslararası hukuk arasında, Üçüncü Dünya halklarının her zaman dezavantajlı olmasına neden olan yakın bir ilişkinin varlığıdır.³⁶ Uluslararası hukuk tarihsel olarak, yalnızca "fethedilen halkların boyun eğdirilmesi, servetlerine el konulması, topraklarının istimlak edilmesi ve hatta köle ticareti gibi uygulamalar konusunda bir yasallık pelerini" sağlamıştır.³⁷ Grovogui de uluslararası hukuku "sömürgeciliği doğuran yasal sistem" olarak nitelendirmektedir.³⁸ Kuzey, kendisinin evrensel bir insani yönetim becerisine sahip olduğu, buna karşın Üçüncü Dünya halklarının kendilerini yönetmekten aciz oldukları klişesini empoze ederek, emperyalizm fikrine bir nevi suni teneffüs yapmaya çalışmaktadır.³⁹ Dün olduğu gibi bugün de sömürgecilik, Birinci Dünya'nın "medenileştirme misyonu" gibi insani argümanlar temelinde meş-

³² Örneğin, en seçkin uluslararası hukukçulardan Lassa Oppenheim, uluslararası hukukun "köken olarak esasen Hristiyan uygarlığının bir ürünü olduğunu" yazmaktadır. **Oppenheim**, Lassa: International Law: A Treatise Volume I, Longmans, Harlow 1905, s. 3-4. Uluslararası Adalet Divanı'nın Cezayirli yargıci Mohamed Bedjaoui'nin geleneksel uluslararası hukuka ilişkin yaklaşımı da çarpıcıdır: "Klasik uluslararası hukuk coğrafi bir önyargı (bir Avrupa yasası), dini-etik bir istek (bir Hristiyan yasası), ekonomik bir motivasyon (merkantilizm) ve politik amaçlar (emperyalist bir yasa) içeren bir dizi kuraldan ibarettir." **Bedjaoui**, Mohamed: "Poverty of the International Order": in (ed Falk, Richard/Kratochwil, Friedrich/Mendlovitz, Saul), International Law: A Contemporary Perspective, Westview Press, Colorado 1985, s. 153. Ayrıca bkz. **Smith**, Herbert A.: Great Britain and the Law of Nations Volume I, P. S. King & Son, Ltd., London 1932, s. 12.

³³ "Uluslararası hukuk, insan uygarlığının zirvesi olarak sunulan Avrupa merkezçiliğin yayılmasında belki de en önemli silah olmuştur." **Mutua** (2000a), s. 36. Ayrıca bkz. **Gathii** (2011), ss. 38-39.

³⁴ **Sornarajah**, M.: (2006) "Power and Justice: Third World Resistance in International Law", Singapore Year Book of International Law, Cilt:10, 2006, ss. 19-57, s. 27; **Chimni** (2012), s. 18. ("Küreselleşme döneminde emperyalizm yeni bir biçim almaktadır.")

³⁵ **Chimni**, B.S.: "Third World Approaches to International Law: A Manifesto", International Community Law Review, Cilt: 8, Sayı:1, 2006, ss. 3-27, s. 3.

³⁶ **Chimni** (2012), s. 17.

³⁷ **Weeramantry**, Christopher G.: Universalising International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2004), s. 4.

³⁸ **Grovogui**, Siba N'Zatioula: Sovereigns, Quasi Sovereigns, and Africans, University of Minnesota Press, Minnesota 1996, s. 3.

³⁹ **Furedi**, F.: "The Moral Condemnation of the South": in (ed. Thomas, Caroline/Wilkin, Peter), Globalization and the South, Macmillan, New York 1997, s. 79; **Pahuja**, Sundhya: "The Postcoloniality of International Law", Harvard International Law Journal, Cilt:46, Sayı:2, 2005, ss. 459-469, s.464-465; **Anghie** (2000), s. 6-7.

rulaştırılmaktadır.⁴⁰ Post-kolonyal süreçte ise, sömürge uluslararası hukuku, evrensel uluslararası hukuk olarak pazarlanmaktadır.⁴¹

TWAIL literatürünün odaklandığı merkezi meselelerden birisi de klasik egemenlik kavramı ve bunun Avrupa tarafından yaratılıp sömürgeciliğin gerekçesi olarak kullanıldığı iddiasıdır.⁴² Uluslararası hukukta “[e]gemenlik ve devlet olma durumu, Avrupa dışı toplumları dışlayacak veya tabii kılacak şekilde tanımlanmaktadır.”⁴³ Çoğunlukla olmasa da genellikle, klasik egemenlik kavramının, tüm egemen devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde eşit konumda oldukları ve bu devletlerin de kendi toprakları üzerinde mutlak bir güce sahip olduğu kabulüne dayanan 1648 Vestfalya Antlaşması’yla ortaya çıktığı kabul edilir.⁴⁴ Sömürgecilik yoluyla Vestfalya modeli egemenlik anlayışı yerel farklılıkları dikkate alınmadan Avrupa dışı dünyaya ithal edilirken sömürgeciliğe meşruiyet kazandırılmıştır.⁴⁵ “Bu [sömürgeci] karşılaşma, egemen devletin, egemen olmayan ve dolayısıyla da herhangi bir yasal iddiayı öne sürebilecek bir tüzel kişiliğe sahip bulunmayan devlete dilediğini yapabileceğini savunarak konuyu temelden çözen pozitivist hukuk düşüncesi için hiçbir kavramsal zorluk yaratmamıştır.”⁴⁶

Uluslararası hukukun tüm alanlarının muhtemelen en çok kabul edileni olan uluslararası insan hakları hukuku bile Avrupa merkeziliğin evrenselleşmesi üzerine kuruludur.⁴⁷ “Soğuk Savaş’ın sonu ve büyüyen Kuzey-Güney ayrımının damgasını vurduğu küreselleşme çağında insancılık (*humanitarianism*), hegemon devletlerin ideolojisi haline gelmiştir.”⁴⁸ Güçlü devletler, insan hakları alanı başta olmak üzere Üçüncü Dünya devletlerinin iç meselelerine müdahale etmek için iç hukuklarına uluslararası bir boyut kazandırmaktadırlar. “Birden çok (ya da eşzamanlı) ve ülke sınırlarını aşan yargı yetkisinin öncesinden çok daha fazla ortaya çıkmasına neden olan bir yetki alanı keşişimi” bulunmaktadır.⁴⁹ Her ne kadar küçük çaplı müdahaleler Üçüncü Dünya devletlerinde ilerici etkiler yaratma potansiyeline sahip olsa da bunların Üçüncü Dünya liderlerini ve halklarını tehdit etmeye ve kolayca

⁴⁰ **Gathii**, James T.: “Good Governance as a Counter-Insurgency Agenda to Oppositional and Transformative Social Projects in International Law”, *Buffalo Human Rights Law Review*, Cilt:5, 1999, ss. 107-174, s. 107 (“Klasik uluslararası hukuk, beyaz Avrupalı halkların Avrupalı olmayanlar üzerindeki üstünlüğüne ve birincisinin ikincisini medenileştirme ve kontrol etme ‘misyonuna’ dayanıyordu”). **Mutua** (2000a), s. 36; **Anghie** (2006), s. 742; **Anghie**, Antony/**Chimni**, B.S.: “Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts”, *Chinese Journal of International Law*, Cilt:2, Sayı:1, 2003, ss. 77-103, s. 85.

⁴¹ **Chimni** (2007), s. 502. TWAIL terimi, uluslararası hukuka post-kolonyal bir yaklaşımı savunan tüm çalışmaları ifade eder şekilde geniş bir yaklaşım olarak benimsenmiştir. “Post-kolonyal” ifadesindeki “post”, “sömürgecilik dönemi sonrası” veya “sömürgeciliğe karşı kazanılmış bir zafer” anlamında değil; “sömürgeciliğin önceden sömürgeleştirilmiş halkların bilincinde ve sömürgeleştirme sürecinde dayatılan kurumlarda devami” anlamında kullanılmaktadır. Bkz. **Pahuja** (2005), s. 469.

⁴² **Anghie** (2006), s. 741.

⁴³ **Mutua** (2000b), s. 850.

⁴⁴ **Abiew**, Francis K.: *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, Martinus Nijhoff, Leiden 1999, s. 28 (“Egemenlerin kendi aralarında eşit kabul edilerek yönetilen Avrupa toprakları modeli [1648 Vestfalya Barışı ile] onaylanmıştır”).

⁴⁵ **Anghie/Chimni** (2003), s. 80; **Chimni** (2007), s. 501.

⁴⁶ **Anghie**, Antony: “Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law”, *Harvard International Law Journal*, Cilt:40, Sayı:1, 1999, ss. 1-71, s. 3.

⁴⁷ **Mutua** (2000b), s. 850.

⁴⁸ **Chimni**, B. S.: “Globalization, Humanitarianism and the Erosion of Refugee Protection” *Journal of Refugee Studies*, Cilt:13, Sayı:3, 2000, ss. 243-263, s. 244; **Okafor** (2005), s. 179.

⁴⁹ **Chimni** (2006), s. 12.

istismar edilebilecek uygulamalar olduklarına inanmamak için hiçbir neden bulunmamaktadır. Bu anlamda uluslararası hukuk, esasında Üçüncü Dünya ulus-devletleri içindeki demokratik değerleri derinleştirmek yerine, ilgili düzenlemeleri ile uluslararası sermayenin özgürce hareket edebileceği koşulları yaratmak gibi bir amaca sahiptir.⁵⁰

Küreselleşme süreci, zaten büyümekte olan Kuzey-Güney ayrımını daha da genişletmiş ve bu asimetride uluslararası hukuk, eşitsiz yapıları meşrulaştırmak için yardımcı bir rol üstlenmiştir.⁵¹ Uluslararası hukuk ayrıca halihazırda kırılgan olan siyasi ve ekonomik temelleri, Birinci Dünya'nın yarattığı uluslararası normlar ve egemen olduğu uluslararası finans enstitüleri ile daha da zayıflatmaktadır.⁵² Uluslararası hukuk ayrıca Üçüncü Dünya devletlerini -bundan nadiren bir yarar görseler de- uluslararası mülkiyet haklarına ilişkin yasal önlemlere saygı göstermeye zorlamaktadır.⁵³ Diğer bir ifadeyle uluslararası hukuk, zenginlerin daha fazla zenginleştiği ve yoksulların da daha fazla yoksullaştığı statükonun yorulmaz bir koruyucusudur.

Hülasa, TWAIL'e göre modern uluslararası hukuk Birinci Dünya'nın Üçüncü Dünya üzerindeki hegemonyasını sürdürmesinin kullanışlı bir aracı olmuştur. "[TWAIL literatürünün ortak] kaygısı, geleneksel olarak 'uluslararası hukukun diğerleri' olarak konumlandırılmış olan yerleri ve kişileri uluslararası hukukun işleyişine uyumlu hale getirmektir."⁵⁴ TWAIL'in bu çabasına karşın, uluslararası göç hukuku insanların, malların ve hizmetlerin artan dolaşım hızının kısıtlanmaması temelinde işleyen mevcut küreselleşme çağında aşağıda açıklanan nedenlerle anakronik kalmaktadır.

II. ULUSLARARASI GÖÇ HUKUKUNU TWAIL ÜZERİNDEN ANLAMAK

Göçle ilgili hemen her Türkçe yayında bulunabilecek olan 'insanlık tarihi kadar eski olan göç olgusu' ifadesi,⁵⁵ aslında bir klişe haline gelmekle eleştiri konusu olsa da TWAIL açısından önemli bir odak noktasıdır. Göç, binlerce yıl geriye gidildiğinde dahi incelenilebilecek olsaydı, insanların en doğal refleksi ve gereksinimi olarak gözlemlenebilirdi. En temelde bir hayatta kalma dürtüsü olarak ortaya çıkan göç, yemek, barınma, kendini koruma ihtiyaçları dahilinde insanlığın devamını sağlayan en temel davranış biçimidir ve tarih boyunca doğal yasalar tarafından enformel bir düzene tabi olmuştur. 20. yüzyıl sonrasında yaşanan gelişmeler ise, bu düzenin değişimine en otoriter ve tek taraflı müdahalelerin yaşandığı dönem olarak ortaya çıkmıştır.

Bu anlamda TWAIL açısından uluslararası göç hukukunun neden eleştiri konusu olduğuna dair bir fikir edinmek zor olmayacaktır. Kuzey, "insanlık tarihi kadar eski olan" göç, yer değiştirme ve seyahat etme fiilleri karşısında kendi koruyucu duvarını örerek, 20.

⁵⁰ Anghie (2006), s. 749.

⁵¹ Chimni (2006), s. 3.

⁵² Ibid. s.3; Anghie (2006), s. 749.

⁵³ Chimni (2006), s.8; Chimni (2012). s. 29.

⁵⁴ Eslava/Pahuja (2011), s. 104.

⁵⁵ Bu konuda birkaç örnek için bkz. Yılmaz, Recep: "Göçmen Bir Yönetmenin Objektifinden Sıla Olgusu: Fatih Akın Sineması Üzerine Bağlamsal Bir İnceleme", Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, 2012, ss. 1-11, s. 103; Arı, Bülent/Türkan, H. Kürşat: "Karacaoğlan'da Göç", Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi, Cilt:39, Sayı:39, 2018, ss. 30-45, s. 30, 32; Özcan, E. Deniz Ela (2016) "Çağdaş Göç Teorileri Üzerine Bir Değerlendirme", İş ve Hayat, Cilt:2, Sayı:4, s. 183, 185; Görgün, Melih: "Küreselleşme Sürecinde Göçmen İlişkileri Ağının Önemi", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:22, Sayı:Özel Sayı, 2017, ss. 1317-1327, s. 1317; Erol, Murat/Ersever, Oya G: "Göç Krizi ve Göç Krizine Müdahale", KHO Bilim Dergisi, Cilt:24, Sayı:1, 2014, ss. 47-68, s. 47.

yüzyılda mevcut tahakküm araçlarına bir yenisini daha eklemiştir. Chimni'nin de vurguladığı gibi Kuzey, yaptığı düzenlemelerle Güney'den yönelen göç akınlara karşı, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında bir duvar örerek,⁵⁶ kavramsal kökeni 17. yüzyıla dayanan mültecilik ve iltica kurumlarına zarar vermiştir.⁵⁷ Bu yönüyle aşağıda incelenecek olan uluslararası göç hukuku, Mutua'nın ifadesiyle “gayri meşru” olan uluslararası hukukun⁵⁸ bir diğer uzantısıdır.

Uluslararası göç hukuku, uluslararası hukukun tahakküm alanının BM ve AB gibi uluslararası kurumlar ve bunların dayatmacı sözleşmeleri ile genişletilmesinin somut bir örneğini oluşturmaktadır. Bu anlamda uluslararası göç hukuku, Kuzey'in Güney üzerindeki hegemonyasını meşrulaştırmasının bir diğer aracı olması sebebiyle TWAIL perspektifinden tekrar değerlendirilmesi gereken bir alandır.⁵⁹ Yahudi Soykırımı gibi olaylar sonrasında bir refleks olarak ortaya çıkan kapsamlı uluslararası hukuk belgeleri bulunmasına rağmen, zorla yerinden edilmiş milyonlarca insanın varlığı dahi tarih boyunca neredeyse hiçbir zaman gerçek anlamda kapsayıcı ve proaktif uluslararası göç düzenlemelerine sebep olamamıştır.⁶⁰ Zira bu düzenlemeler, büyük göç olayları ile mücadele aracı olarak kurgulanmıştır. Örneğin, aşağıda da ele alınan 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan geniş çaplı mülteci hareketlerine yönelik bir önlem ve çözüm olarak dizayn edilmiştir.

Dahası uluslararası göç hukuku, ülkelerin ırkçı göç politikalarına kaynaklık etmesi ve son yıllarda “göçün güvenikleştirilmesi” gibi kavramlarla tekrar ayrımcı ve yabancı karşıtı bir aygıt haline gelmesi yönüyle de TWAIL tarafından eleştirilmektedir.⁶¹ Göç yönetiminin günümüzde güvenlik teması üzerine oturtulması ve bunun etrafında şekillendiriliyor olması,⁶² Kuzey'in göçü bir tehdit olarak lanse etmesinin somut sonucu olarak insanlığın karşısına çıkmaktadır. Artık göç yönetimi anlayışı, Lee tarafından kavramsallaştırılan itme-çekme faktörleri bağlamında,⁶³ odak noktasını kaynak ülkelerdeki itici faktörleri ortadan kaldırmaktan çok, varış ülkelerindeki çekici faktörleri kısıtlayıcı şekilde göçmenler ve

⁵⁶ **Chimni** (1998), s.350–374; **Chimni** (2006), s. 26.

⁵⁷ Mülteci terimi ilk olarak Fransa'da 17. Yüzyılda sürgüne gönderilen Protestanları (Kalvinist/Huguenotlar) ifade etmek için kullanılmıştır. Bu bağlamda mülteci terimi o günkü anlamında ülkesindeki zulümden kaçmış insanlara yardım etmeyi ve onları koruma altına almayı ifade etmektedir (**Mathieu**, Jean-Luc: *Migrants et réfugiés*, Presses Universitaires De France, 1911 s. 11'den aktaran **Yardım**, Müşerref: “Göçmen Algısından Mülteci Fobyasına: Avrupa Tecrübesi”, *Sosyoloji Divanı*, Cilt:6, Sayı:3, ss. 129-147, s. 135). Yaklaşık 100 yıl sonra ise, bu terim İngiliz dilinde Fransa'dan İngiltere'ye kaçmış olan Kalvinistler için kullanılmıştır (**Robert**, Paul: *Le Petit Robert*, *Societe du Nouveau Littre* 1978, s. 1641 ve **Oxford**: *Oxford English Dictionary*, OUP 1971, s. 2648'den aktaran **Zolberg**, Aristide R./**Suhrke**, Astri/**Aguayo**, Sergio: *Escape From Violence: Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World*, OUP, 1989, s. 5.

⁵⁸ **Mutua** (2000), s. 31.

⁵⁹ **Mutua** (2000), s. 34.

⁶⁰ **Woldemariam/Maguire/von Meding** (2019), ss. 255-256.

⁶¹ **Choudhury**, Cyra A.: “Reflections on the Christchurch Massacre: Incorporating a Critique of Islamophobia and TWAIL”, *TWAIL: Reflections*, Cilt:9, 2019, ss.1-10, s. 10.

⁶² **Smith**, Adrian A.: “Migration, Development and Security within Racialised Global Capitalism: Refusing the Balance Game”, *Third World Quarterly*, Cilt:3, Sayı:11, 2016, ss. 2119-2138, s. 2119.

⁶³ **Lee**, Everett S.: “A Theory of Migration”, *Demography*, Cilt: 3, Sayı:1, 1966, ss. 47-57, s. 47. Lee tarafından ifade edilen itme-çekme faktörleri, göçe sebep olan motivasyonlar ile göçü başlatmaya yönelik dinamikleri açıklamaya çalışmaktadır (**Kunz**, Egon F.: “The Refugee in Flight: Kinetic Models and Forms of Displacement”, *The International Migration Review*, Cilt:7, Sayı:2, 1973, ss. 125-146, s. 131).

mülteciler için engeller, olumsuz yaşam şartları ve düşük refah düzenlemelerine kaymaktadır.⁶⁴

TWAIL literatürü en çok zorla yerinden edilme ve iltica gibi konulara odaklanmıştır.⁶⁵ AB'nin ana düşüncesi olan Avrupa Kalesi örneğinde olduğu gibi, Kuzey ülkeleri kendilerini bir kale misali saran sınırlar, uluslararası sözleşmeler ve vize uygulamaları⁶⁶ benzeri yasal düzenlemelerle dışa kapalı ve seçkin hale gelmiştir. Bu dışlayıcılığın en belirgin göstergesi de küreselleşen dünyada mal ve hizmetlerin artan dolaşım hızına karşın insanların fiziken dolaşım hızının aynı oranda artmamasıdır.⁶⁷ Bu yönüyle Avrupa Kalesi düşüncesi, küreselleşen dünya ekonomisinde mallar ve hizmetlerin ulus ötesi dolaşımına ayak uyduramamaktadır. Nitekim Jünemann, Fromm ve Scherer'in de ifade ettiği gibi, "yasal engellemeler ve tel örgülerle çevrili bir Avrupa Kalesi inşa etmek [...] küreselleşen dünyada anakronik olmaktadır."⁶⁸

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Başkanı Donald Trump ve Cumhuriyetçi Parti tarafından savunulan ve sahiplenilen Meksika sınır duvarı, Türkiye-Suriye sınırında inşaatı tamamlanmış olan güvenli duvar, ABD'de geçtiğimiz yıl gündeme gelen Müslüman ve bazı diğer toplulukların göçmenlik hakkının Başkanlık Kararnamesi ile kısıtlanması ve Avrupa'nın sınırlarını Suriyelilere kapatması olayları, ülkelerin sözde uluslararası ancak özünde Birinci Dünya ülkeleri arasında işlevsel olan hukuki belgelere dayanarak kendilerini dışarıya kapatmalarına güncel örnekler olarak alınmalıdır. Aksi görüşler olsa da,⁶⁹ Andrew W. Neal'ın ifade ettiği gibi 11 Eylül saldırılarıyla gündeme gelen "göçün güvenlikleştirilmesi" şeklindeki göç yönetimi modeli, AB ve diğer gelişmiş ülkelerin göç konusunda daha esnek ve insani bir bakış açısından, korumacı, tedbirli ve göçmenleri potansiyel olarak

⁶⁴ Pratikteki bu uygulamanın aksini savunan, yani zorunlu göçün önüne geçilmesi için kırılğan durumda olan göç veren ülkelerdeki kırılğanlıkların azaltılması yönünde politikalar uygulanmasını ifade eden akademik çalışmalar ve görüşler mevcuttur. Bunların en bilineni için bkz. **Betts, Alexander/Collier, Paul**: *Refugee: Transforming a Broken Refugee System*, Penguin, London (2017). Ayrıca göçü kaynak ülkede durdurmanın Avrupa ülkelerinin ekonomilerine daha ciddi zararlar verdiğini ortaya koyan çalışmalar da mevcuttur. Daha fazla bilgi için bkz. **Appiagyei-Atua, Kwadwo**: "Ethical Dimensions of Third-World Approaches to International Law (TWAIL): A Critical Review", *African Journal of Legal Studies*, Cilt:8, Sayı:3-4, 2015, ss. 209-235, s. 233.

⁶⁵ **Woldemariam/Maguire/von Meding** (2019); **Chimni** (1998).

⁶⁶ Ülkelerin vize uygulamaları, bu çalışmanın konusu olmamakla birlikte, TWAIL açısından incelenebilecek bir diğer mesele olarak not edilmelidir. Ülkelerin pasaportlarının vize muafiyetleri üzerinden yapılan çalışmalarda görülebileceği gibi, küresel kuzey ülkeleri ve gelişmiş ülkelerin pasaportları ayrıcalıklı bir konumda kalırken, Üçüncü Dünya ülkeleri üzerinde uygulanan vize kısıtlamaları seyahat ve dolaşım konusunda zaten ekonomik olarak dezavantajlı olan halkların önünde bir de hukukun kısıtlayıcı/zorlayıcı bir engel olarak çıkmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. **Altundal, Uğur/Zarpli, Ömer**: *Global Citizenship Review*, "Trends in Travel Freedom: The Effect of Travel Freedom on Economic Growth and Democracy", 07.01.2019, İnternet Kaynak: <https://globecit.com/trends-in-travel-freedom-the-effect-of-travel-freedom-on-economic-growth-and-democracy-2/> Erişim Tarihi: 20.08.2020.

⁶⁷ **Chimni** (2012), s. 31.

⁶⁸ **Jünemann, Annette/Fromm, Nicolas/Scherer, Nikolas**: "The Kaleidoscope of Migration: Theoretical Perspectives and Conceptual Considerations": in (ed. Jünemann, Annette/Fromm, Nicolas/Scherer, Nikolas), *Fortress Europe? Challenges and Failures of Migration and Asylum Policies*, SpringerVS, Wiesbaden 2017, ss. 1-7, s. 1.

⁶⁹ AB ve göçün güvenlikleştirilmesi konusunda eleştirel bir makale için bkz. **Boswell, Christina**: "Migration Control in Europe After 9/11: Explaining the Absence of Securitization", *Journal of Common Market Studies*, Cilt:45, Sayı:3, 2007, ss. 589-610, s. 589.

kriminalize eden bir bakış açısına evrilmesine yol açmıştır.⁷⁰ Bu bakış açısı, söylemsel olarak Kuzey Amerika ve Avrupa ülkeleri tarafından tehdit altında olma ve teröre karşı başlattıkları savaşın göçe karşı da yürütüleceğini ifade etme noktasına gitmiştir.⁷¹ 15 Mart 2019'da Yeni Zelanda'da yaşanan Christchurch silahlı katliamı sonrasında da Kuzey ülkelerinin güvenikleştirme adı altında belirli ırktan insanlar ile etnik ve dini toplulukları tehdit olarak algılama ve algılatma yönündeki çabalarının, bu grupların göçünü engelleyecek baskıcı düzenlemelere yol açtığı da gündeme gelmiştir.⁷²

Gelişmiş ülkeler, yıllar boyunca yerli halklara ait toprakları göç dalgaları ile işgal ve ilhak ederek kendi egemenlikleri altına almış, bu topraklardaki tüm değerleri sömürmüş ve yerel halklara kan ve ıstıraptan öte bir kazanım bırakmamıştır. Bugünkü güçlerini ancak bu sömürüye borçlu olan gelişmiş ülkelerin, şimdi kendi düzenlerine yönelik gördükleri en ufak göç tehdidinde göçün güvenikleştirilmesi gerektiğini öne sürmesi ve buna kaynaklık edecek uluslararası hukuk belgeleri düzenlemesi, TWAIL'in meseleye ne kadar anlamlı bir noktadan baktığını göstermektedir.

Uluslararası göç hukuku, ülkeler özelinde bulunan, belirli bölgeleri kapsayan veya belirli bir duruma odaklanan düzenlemeler hariç bırakıldığında üç temel dokumana dayanmaktadır: İnsan Hakları Evrensel Beyanname (1948),⁷³ Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme (1951) ve Mültecilerin Statüsüne İlişkin Protokol (1967). Çalışmanın bu bölümü, uluslararası göç hukukunun üç temel sac ayağını oluşturan bu düzenlemeleri TWAIL üzerinden okumakta ve değerlendirmesini yapmaktadır. Dolayısıyla bu bölüm, uluslararası göç hukukunun temel belgelerinde Avrupa merkezci ve Üçüncü Dünya'yı ötekileştiren yönleri ortaya koyacaktır.

A. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ

Çeşitli açılardan sosyal hareketlilik,⁷⁴ kolektif hareket⁷⁵ veya yerleşim yeri değişikliği⁷⁶ gibi tanımlamalarla açıklanabilecek göç olgusunun⁷⁷ akademik literatürde incelenmeye

⁷⁰ Neal, bu makalesinde FRONTEX'in güvenikleştirme uygulamalarının bir sonucu olmadığını tartışırken, 11 Eylül saldırıları sonrasında AB ülkeleri içerisinde güvenikleştirme, göçü ve göçmenleri kriminalize etme ve teröre ilişkilendirme gibi uygulamaların olduğundan bahsetmektedir. **Neal**, Andrew W.: "Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of FRONTEX", *Journal of Common Market Studies*, Cilt:47, Sayı:2, 2009, ss. 333-356, s. 338; **Archer**, Toby: "Welcome to the Umma: The British State and its Muslim Citizens Since 9/11" *Cooperation and Conflict*, Cilt:44, Sayı:3, 2009, ss. 329-347, s. 334; **Ajala**, Imene: "Muslims in France and Great Britain: Issues of Securitization, Identities and Loyalties Post 9/11", *Journal of Muslim Minority Affairs*, Cilt:34, Sayı:2, 2014, ss. 123-133, s. 132-133.

⁷¹ **Akçapar Köşer**, Şebnem "Uluslararası Göç Alanında Güvenlik Algılamaları ve Göçün İnsani Boyutu": in (ed. İhlamur-Öner, S. Gülfer/Şirin Öner, N. Aslı), *Küreselleşme Çağında Göç: Kavramlar, Tartışmalar*, 3. Baskı, İletişim, İstanbul 2016, s. 565-567.

⁷² **Choudhury** (2019), s. 9.

⁷³ **The Universal Declaration of Human Rights (UDHR)**, UN General Assembly Resolution 217 A, Paris 10 December 1948.

⁷⁴ **Çağlayan**, Savaş: "Suriye Savaşı ve Suriyeli Göçmenler: Teorik ve Kavramsal Anlama Çabası", *Sosyoloji Divanı*, Cilt:3, Sayı:6, 2015, ss. 193-209, s. 193.

⁷⁵ **Castles**, Stephen/**Miller**, Mark J.: *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, 2. Baskı, Macmillan, New York 1998, s. 19.

⁷⁶ **Öberg**, Sture: *Spatial and Economic Factors in Future South-North Migration*: in (ed. Lutz, Wolfgang) *The Future Population of the World: What Can We Assume Today*, Earthscan, London 1994, ss. 336-358, s.336-337; **Lee** (1966), s. 49.

başlanması ancak 18. yüzyılda olabilmektedir.⁷⁸ Öberg'in aktardığı şekliyle, Kryger'in 1764 yılında yaptığı uluslararası göç üzerinde otoritelerin etkisini inceleyen ve göçün sebeplerini araştıran çalışması bu anlamda bilinen ilk çalışmalardandır.⁷⁹ Henüz göç, göçmen, mülteci ve iltica gibi kurumların haklarını ve yükümlülüklerini tanımlayacak bir yasal düzenleme oluşmamışken, 1885 yılında E. G. Ravenstein tarafından yazılan "The Laws of Migration"⁸⁰ isimli çalışma ise adının da vurguladığı şekilde "göçün evrensel normlarını belirlemeye çalışması"⁸¹ sebebiyle alanda bilinen önemli çalışmalardandır.⁸²

Uluslararası göç hukukunun temelleri ise, bilinen ve genel kabul gören şekli ile 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi Beyannamesi (İHEB)'nde atılmıştır. Bu belge, göç ile ilgili çok dar bir pencereden sadece zorunlu göç ve yerinden edilme kavramlarıyla ilişkilendirilebilecek bir içeriğe sahip olsa da daha sonraki uluslararası hukuk düzenlemelelerine zemin hazırlayacak bir bakış açısı sunduğu değerlendirilebilir.

BM Genel Kurulu'nda kabul edilen İHEB, önsözünde "İnsanlık topluluğunun bütün fertleriyle uzuvlarının bu beyannameyi daima göz önünde tutarak [...] bütün halklar ve milletler için ulaşılacak ortak ideal olarak işbu İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni ilan eder"⁸³ diyerek beyannamenin kapsayıcılığı, ayırım gözetmemesi ve eşit uygulanırlığını vurgulamaktadır. Bu başlangıçla İHEB, 14'üncü maddesinde "Herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı vardır" diyerek de Kuzey tarafından ilerleyen yıllarda uluslararası göç hukukuna temel dayanak alınan fikri ortaya koymuştur.

Buraya kadarki ifadesiyle İHEB'in eşitlikçi, küresel ve dayatmacı/hegemonyacı olmayan bir perspektifle uluslararası göç ve sığınmaya baktığı ileri sürülebilir. Ancak TWAIL üzerinden bunun aksine bir iddia, 14'üncü maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak yapılabilecektir: "Gerçekten siyasi nitelik taşımayan suçlardan kaynaklanan ya da [BM]'nin amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden kaynaklanan kovuşturma durumunda, bu hak ileri sürülemez." Kuzey, böylelikle zulümden kaçma hakkını tanımladıktan sonra, hakkın kullanımını kendi tarafından tanımlı yapılacak sebeplere ve şartlara bağlamaktadır. Dünyanın genelinde, Üçüncü Dünya ülkeleri düşünüldüğünde siyasi ve siyasi olmayan sebeplerle ülkelerinde zulüm ve baskı gören ve hayatları tehlike altında bulunan insanların ne kadarının Kuzey'de ne kadarının Üçüncü Dünya ülkelerinde bulunduğu, bu şartın gelişmiş ülkelerin kendi ürettikleri sözde uluslararası, eşitlikçi ve adil bir düzenleme ile kendilerini nasıl koruma altında tutmak istediklerine bir gösterge olmaktadır. Dünya üzerinde 2019 sonu itibariyle bulunan 79.5 milyon zorla yerinden edilmiş kişinin 26 milyonunu mülteciler, 4.2 milyonunu sığınmacılar ve 3.6 milyonunu vatanlarından edilmiş Venezuelalılar oluşturmaktadır. Dahası,

⁷⁷ Bu konuda göç (migration) kavramı yerine hareketlilik (mobility) kavramını tartışmaya açan bir çalışma için bkz. **Sirkeci**, İbrahim/**Cohen**, Jeffrey H., Cities of Migration, "Not Migrants and Immigration, but Mobility and Movement", Cities of Migration, 31.07.2013 İnternet Kaynak: http://citiesofmigration.ca/ezone_stories/not-migrants-and-immigration-but-mobility-and-movement/, Erişim Tarihi: 25.07.2020.

⁷⁸ **Öberg** (1994), s. 365.

⁷⁹ *Ibid.* s. 365.

⁸⁰ **Ravenstein**, Ernst Georg: "The Laws of Migration", Journal of the Statistical Society of London, Cilt:48, Sayı:2, 1885, ss. 167-235, s. 167.

⁸¹ **Dil**, Kemal: "Göç Olgusuna Göçmenlerin Deneyimleri Üzerinden Bakmak", İdealkent, Cilt:6, Sayı:15, 2015, ss. 149-171, s. 151.

⁸² **Deniz**, A. Çağlar/**Ekinci**, Yusuf/**Hülür**, A. Banu: Bizim Müstakbel Hep Harap Oldu, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s. 19.

⁸³ **The Universal Declaration of Human Rights (UDHR)**

79.5 milyon zorla yerinden edilmiş kişinin yüzde sekseni gıda güvenliği bulunmayan ve yetersiz beslenme gibi temel insan hakkı yoksunluğunun bulunduğu ülkelerden gelmekteyken, bu insanların yüzde seksen beşi gelişmekte olan ülkelerde (gelişmiş ülkelerde değil) geçici veya uzun süreli “misafir” edilmektedir.⁸⁴

TWAIL açısından İHEB'e yönelik bir eleştiri ise, İHEB'in emperyalist ve kolonyal bir bakış açısıyla oluşturularak, özgürlük ve hak kavramlarının Kuzey tarafından sınırlandırılmasının görünür bir belgesi olduğudur.⁸⁵ Buna göre Beyanname, emperyalist uluslararası hukuk düzeninin bir parçasıdır ve Beyanname'nin hazırlayıcıları Üçüncü Dünya'nın kendi kaderlerini tayin etme hakkını umursamamaktadır. Dahası Beyanname'nin kendisi, “ırkçı kapitalizmin” etkisinde bir küresel özgürlük algısı oluşturmaya çalışmakta ve bireylerin özgürlük ve hak algısını da bu doğrultuda şekillendirmekte, yani kısıtlamaktadır.⁸⁶

Ayrıca, Beyanname'nin ortaya çıkışının, savaşçı kazanan devletlerin “uluslararası alanda yeni bir diplomatik düzen oluşturmak” saikine dayandığı ve bu süreçte özellikle savaş sonrasında milyonlarca kişinin yerinden edilmiş olmasından kaynaklanan “zorunlu nüfus hareketlerinin açtığı sorunları çözmeye çalışmak” olduğu da ifade edilmektedir.⁸⁷ Bu bağlamda uluslararası göç hukukuna kaynaklık eden İHEB'in, bir bütün olarak değerlendirildiğinde TWAIL ile tamamen bağdaştığını söylemek mümkün olmayacaktır.

B. MÜLTECİLERİN HUKUKİ DURUMUNA DAİR SÖZLEŞME (1951) VE MÜLTECİLERİN STATÜSÜNE İLİŞKİN 1967 PROTOKOLÜ

1948'de imzalanan İHEB'de tanınan sığınma hakkının uygulanması ve düzenlenmesi gerekliliğine inanan Kuzey ülkeleri, küresel düzene ‘armağan’ ettikleri bu hakkın yine kendi denetim ve kontrollerinde olacak bir uluslararası kurum aracılığıyla kullanılmasına yönelik olarak, 1950 yılında BM Genel Kurulu vasıtasıyla Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK) kurulmasını sağlamışlardır.⁸⁸ İlk başta yalnızca üç yıl için görev yapması planlanan bu kurumun gelecekteki göç akınları karşısında kontrol sağlamaya yönelik olarak BM ve AB için eşi bulunmayacak bir aygıt olacağı zamanla anlaşılmış olacak ki halen varlığını ve göç yönetim sistemi üzerindeki egemenliğini devam ettirmektedir. BMMYK'nın göç ve mültecilik sistemi içerisinde yürüteceği görevler için hukuki zemini oluşturabilmek adına ise, İHEB'den daha kapsamlı bir düzenleme gerekmektedir. Bu düzenleme, “mülteci hukukunun anayasası” olarak bilinen, bugün hala yürürlükte olan ve ilk defa hukuken mülteci tanımını yapan ve mültecileri tanıyan⁸⁹ 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'dir.⁹⁰

⁸⁴ **United Nations High Commissioner for Refugees:** “Figures at Glance”, İnternet Kaynak: www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html, Erişim Tarihi: 25.08.2020.

⁸⁵ **Shah, Jeena:** “UDHR: Our North Star for Global Social Justice or an Imperial and Settler-Colonial Tool to Limit our Conception of Freedom?”, *Pace International Law Review*, Cilt:31, Sayı:2, 2019, ss. 569-576, s. 569.

⁸⁶ **Jeena** (2019), s. 571.

⁸⁷ **Hazan, Jacob Ceki:** “Geçmişten Geleceğe Zorunlu Göç: Mülteciler ve Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişiler”: in (ed. İhlamur-Öner, S. Gülfer/Şirin Öner, N. Aslı), *Küreselleşme Çağında Göç: Kavramlar, Tartışmalar*, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2016, ss. 183-198, s. 186-87.

⁸⁸ **Hazan** (2016), s. 187.

⁸⁹ **Ateş, Selahattin:** “Türkiye ve Mülteciler” in (ed. Çelebi, Özlen/Özçürümez, Saime/Türkay, Şirin), *İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika*, BMMYK Yayınları, Ankara 2011 s. 310.

⁹⁰ Sözleşme, 14 Aralık 1950 tarihli BM Genel Kurulu toplantısında kabul edilmiş, 28 Temmuz 1951'de Cenevre'de imzalanmış ve 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme 19 ülke

Sözleşmenin meşhur 1'inci maddesinin (A) fıkrasında mülteci statüsü için "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır" denilerek, mülteci tanımlaması hukuken yapılmıştır.

Sözleşmenin bu maddesinden yola çıkıldığında ilk göze çarpan husus mülteci tanımındaki milattır. Sözleşme, imzaya açıldığı 1951 tarihinden sonraki durumları kapsayacak bir mülteci tanımı yapmaktan çekinmiştir. Bu çekince, yukarıda daha önce bahsedildiği şekliyle göç ve mülteciliğe yönelik Kuzey tarafından yapılan düzenlemelerin asıl amacının İkinci Dünya Savaşı sonrasında artan ve kendileri için tehdit olarak algıladıkları nüfus hareketlerinin önlenmesi, kontrol edilmesi ve düzenleme altına alınmasından kaynaklandığı fikri⁹¹ düşünüldüğünde anlam kazanmaktadır. Dahası, aynı sözleşmenin aynı maddesinin (B) fıkrasında mülteci tanımına ilişkin zaman kısıtına bir de coğrafi kısıt eklenmiş, imzacı ülkelere mültecilik tanımını "Avrupa'da meydana gelen olaylar" sonucunda statü talep eden kişilere veya "Avrupa'da ve başka bir yerde meydana gelen olaylar" sonucunda statü talep eden kişilere uygulamak üzere seçimlik bir hak tanımıştır.⁹²

Evrensel bir iyiye ulaşma ve küresel bir sığınma hakkı tanımlamayı amaç edinmiş gözükse de bu düzenlemenin mültecilik tanımı ve dolayısıyla hakkı için ortaya koyduğu zaman ve coğrafi kısıtlamalar, TWAIL perspektifinden bakıldığında uluslararası göç hukukunun Avrupa merkezci ve Üçüncü Dünya'yı göz ardı edici karakterini ortaya çıkarmaktadır. Nitekim, tam da buna kanıt olacak şekilde bazı bölgesel örgütler kendi mülteci tanımlarını yapmak yoluna gitmiştir.⁹³ Afrika Birliği ülkeleri tarafından bu düzenlemenin kendi bölgeleri için yeterli ve anlamlı olmadığı gerekçesiyle Afrika Sözleşmesi⁹⁴ hazırlanarak, bölgesel dinamikler ve gerçekler çerçevesinde bir mülteci tanımı ve düzenlemesi getirilmiştir. Ancak yine de bu sözleşme, 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolünü tanıdığını ifade etmeden geçmemiştir. Benzer şekilde 1984'de Orta Amerika'daki Mültecileri Uluslararası Koruma Kolokiyumu tarafından imzalanan Cartagena Mülteciler Bildirisi de BMMYK ve 1951 Sözleşmesi ile 1967 Protokolünü tanıdığını ifade etmekle birlikte, kendi mülteci tanımını yapmıştır.⁹⁵

tarafından imzalanmış, 146 ülke ise sözleşmeye taraf olmuştur. Türkiye'nin bu sözleşmeye ilişkin tutumu ve süreci ilerleyen bölümde değerlendirilecektir. **Convention Relating to the Status of Refugees**, United Nations General Assembly Resolution 429 (V) of 14 December 1950. RG. 05.09.1961-10898.

⁹¹ Hazan (2016), s. 186-187.

⁹² **Kamu Denetçiliği Kurumu**, "Türkiye'deki Suriyeliler Özel Raporu", 2018 İnternet Kaynak: https://www.ombudsman.gov.tr/suriyeliler/ozel_rapor.pdf Erişim Tarihi: 10.07.2020, s. 70

⁹³ Ibid. s.188.

⁹⁴ **Organization of African Unity (OAU)**, Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa ("OAU Convention"), 1001 U.N.T.S. 45, art. I, İnternet Kaynak: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36018.html> Erişim Tarihi: 18.07.2020. Bu sözleşme, Etiyopya'da 10 Eylül 1969'da imzalanmış ve 20 Haziran 1974'te yürürlüğe girmiştir.

⁹⁵ **Regional Refugee Instruments & Related, Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama**, art. III, İnternet Kaynak: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html> Erişim Tarihi: 18.07.2020. Bu sözleşme 20 Kasım 1984'te yürürlüğe girmiştir.

1967 Protokolü ise⁹⁶, nihayet mülteci tanımındaki zaman ve coğrafi kısıtı ortadan kaldırmak üzere ülkelerin imzasına açılmış, ancak seçimlik bir hak olarak imzacı ülkelerin takdirine bırakılmıştır. Böylelikle mülteci tanımı, ülkelerinden silahlı bir kargaşa hali veya zulümden kaçan ve kendi ülkesine dönemeyecek olan/dönemeyen veya kendi rızası dışında başka bir ülkeye sürülen kişileri kapsayacak şekilde genişlemiştir.⁹⁷ Ancak bugün halen 1967 Protokolü'ne çekince koyarak, mülteci tanımlamasındaki coğrafi kısıtlamayı devam ettiren dört ülke bulunmaktadır: Kongo, Monako, Madagaskar ve Türkiye.⁹⁸

İlerleyen yıllarda yapılan düzenlemeler ve kurumsallaşmalara rağmen, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında başlayan göç rejimindeki kurumsallaşma ve uluslararası hukuk normları üretme çabasının sonucu olan⁹⁹ 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü, halen mülteci rejiminde küresel anlamda kabul edilen en geçerli belgeler olma özelliğini korumakta, ancak mevcut kısıtlamalar ve limitlerden kurtulamamaktadır.¹⁰⁰

III. TÜRKİYE'NİN GÖÇ HUKUKU ÜÇÜNCÜ DÜNYACI MIDIR?

Türkiye coğrafyasının büyük bir kısmını oluşturan Anadolu, Osmanlı İmparatorluğu'nun kuruluşunun öncesi, sonrası ve Türkiye Cumhuriyeti'nin ilanından sonra da dahil olmak üzere tarihin her evresinde göçlere konu olmuştur. Bu durum tarih boyunca Anadolu'nun göçler için bir varış noktası veya geçiş güzergahı olmasıyla ortaya çıkmıştır.¹⁰¹ Bu sebeple de göç çalışmaları açısından Türkiye ve Osmanlı tarihi “göçler tarihi” olarak adlandırılmaktadır.¹⁰² Osmanlı'nın çöküşü, dağılma süreci ve Birinci Dünya Savaşı, Türkiye'yi kuruluş yıllarından itibaren göç dalgaları açısından etkilemiştir.¹⁰³ Bu bağlamda, Türkiye'nin göç hukuku tarihçesinin de erken cumhuriyet dönemi olan 1930'lara dayanmasının arkasındaki hikâyeyi anlamak güç olmayacaktır. Yüzyıllar boyu göçler güzergahında ve hedefinde olan bu coğrafyada yeni kurulan bir cumhuriyetin kısa vadedeki faaliyetlerinden

⁹⁶ **Protocol Relating to the Status of Refugees**, United Nations General Assembly resolution 2198 (XXI) of 16 December 1967. RG. 05.08.1968-12968.

⁹⁷ **Edwards**, Adrian: “UNHCR Viewpoint: Refugee Or Migrant – Which Is Right?”, UNHCR, İnternet Kaynak: <http://www.unhcr.org/news/latest/2016/7/55df0e556/unhcr-viewpoint-refugee-migrant-right.html> Erişim Tarihi: 05.08.2020; **Kunz** (1973), s.130; **Turton**, David: UNHCR, “Refugees, Forced Resettlers and “Other Forced Migrants”: Towards a Unitary Study of Forced Migration”, Working Paper No. 94, 2003, s.2. İnternet Kaynak: <https://www.unhcr.org/research/working/3f818a4d4/refugees-forced-resettlers-other-forced-migrants-towards-unitary-study.html> Erişim Tarihi: 18.07.2020.

⁹⁸ **Kamu Denetçiliği Kurumu** (2018), s. 71.

⁹⁹ **Ihlamur-Öner, S. Gülfer**: “Küresel Bir Göç ve Mülteci Rejimine Doğru”: in (ed. Ihlamur-Öner, S. Gülfer/Şirin Öner, N. Aslı), Küreselleşme Çağında Göç: Kavramlar, Tartışmalar, 3. Baskı, İletişim, 2016, s. 578.

¹⁰⁰ **Woldemariam/Maguire/von Meding** (2019), s.256.

¹⁰¹ **Erdoğan, M. Murat/Kaya, Ayhan**: Türkiye'nin Göç Tarihi: 14. Yüzyıldan 21. Yüzyıla Türkiye'ye Göçler, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015

¹⁰² **Gökçen, Sinan**: “Anadolu ve Balkanlar'a Romanların Göçü”: in (ed. Erdoğan, M. Murat/Kaya, Ayhan), Türkiye'nin Göç Tarihi: 14. Yüzyıldan 21. Yüzyıla Türkiye'ye Göçler, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s.37.

¹⁰³ Bu yıllarda görülen bazı göç dalgalarına 1926 Yunanistan-Türkiye Nüfus Mübadelesi, 1930'larda Romanya-Bulgaristan-Türkiye arası Nüfus Mübadelesi, 1950'lerde Yugoslavya'dan gelen göç dalgası, 1990'larda Bosna, Kosova, Rodos ve Kuzey Irak'tan gelen göçler ve Azerbaycan, Afrika, Suriye'den yaşanan nüfus hareketleri örnek olarak verilebilir (**Erdoğan ve Kaya** (2015); **Karpat, Kemal**: “Önsöz”: in (ed. Erdoğan, M. Murat/Kaya, Ayhan), Türkiye'nin Göç Tarihi: 14. Yüzyıldan 21. Yüzyıla Türkiye'ye Göçler, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. xxxiii, xxxiv).

biri de göç hukukuna ilişkin yapılan düzenlemeler olmuştur. Ancak Türkiye'nin göç hukuku tarihindeki temel dönüm noktası 2000'lerdeki AB uyum süreçleri kapsamında gerçekleşmiştir.

A. TÜRKİYE'DE GÖÇ HUKUKUNUN KISA TARİHİ

Türkiye Cumhuriyeti'nin göçe ilişkin ilk kanunu, 1934 tarihli İskân Kanunu'dur.¹⁰⁴ Bu düzenleme, göçmenler ve mülteciler hakkında bazı tanımlamalara ve şartlara yer vermekle birlikte, yine bu kişilere yönelik barınma, aynı yardım gibi kısa vadeli destek politikalarını içermektedir. Ancak bu düzenleme, dönemin şartlarının da göz önünde bulundurulmasıyla bugünkü anlamda modern ve sistematik bir göç yönetimi anlayışını ve kurumsallaşmasını içermemektedir. Bu sebeptendir ki Türkiye göç tarihinde 1994'e kadar olan dönem¹⁰⁵ "cehalet dönemi" olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁶

İskân Kanunu'nda öne çıkan bir düzenleme, göçmenlerin "muhacir" ve "mülteci" olarak etnik kökene dayalı bir şekilde sınıflandırılmasıdır. Muhacirler, Türk kültürüne bağlı ve Türk soyundan gelen, Türkiye'de yerleşme niyeti olan kişilerdir (m 3/1). Ancak bu kişilerin muhacir sayılabilmeleri için kanun tarafından anaerist, ajan, çingene veya sürgünde olmama şartları getirilmiştir (m 4). Buna karşılık mülteciler ise Türkiye'de yerleşme niyeti olmayan ancak bir zorunluluk sebebiyle geçici koruma arayan kişiler olarak tanımlanmaktadır (m 3/2). Her ne kadar bu kanunda bir göç yönetimi modeli bulunmasa da mültecilere hükümet tarafından bir yıl süreyle ulaşım için maddi destek, gıda yardımı, tıbbi destek, yakacak desteği ve barınma yardımı sağlanması gibi politikalar içermektedir (m 15). Kanun, 2006'da kapsamlı bir değişikliğe uğramıştır.¹⁰⁷ Bu kapsamda kanunda muhacirler aynı tanım korunarak "göçmen" adı altında tanımlanmış, 1934'teki kanunda bulunan mülteci tanımı kaldırılmıştır. Bu anlamda 2006 yılında yürürlüğe giren yeni İskân Kanunu, muhacir ve mülteci kavramlarını eleyerek sadece göçmen kavramına yer vermiş, bunu da eski kanundaki tanımla aynı şekilde "Türk kültürüne bağlı ve Türk soyundan gelen" olarak etnik bir temelde yapmaya devam etmiştir (m 3/D).

1994 yılında ise, Körfez Savaşı sonrasındaki şartlardan dolayı Irak'tan Türkiye'ye başlamış olan sığınmacı akını Türkiye göç hukukunda yeni bir düzenlemeye ihtiyaç doğurmuştur.¹⁰⁸ Bu belge, mülteci ve sığınmacı akınlarına yönelik düzenli bir sistem öneren ilk Türk göç hukuku dokümanıdır. Kısa adıyla İltica ve Mülteci Yönetmeliği¹⁰⁹ olarak bilinen bu düzenleme sayesinde ilk defa Avrupa dışından gelen sığınmacıların geçici korunması, iltica süreçleri ve aşamaları ile bu süreçteki aktörler tanımlanmıştır. Bu dokümanda "sığınmacı", 1951 Sözleşmesi'ndeki mülteci tanımı üzerinden ve coğrafi kısıt bulunmadan yapıl-

¹⁰⁴ **İskân Kanunu**, Kanun Numarası: 2510, Kabul Tarihi: 14.06.1934, RG 21.06.1934/2733.

¹⁰⁵ Aşağıda değinileceği üzere 1994 tarihi, Türkiye'de ikinci göç düzenlemesinin yürürlüğe girdiği tarihtir. Bu düzenleme "Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"tir.

¹⁰⁶ **İçduygu**, Ahmet/**Aksel**, Damla B.: Türkiye'de Düzensiz Göç, Uluslararası Göç Örgütü, Cenevre 2012, s. 40.

¹⁰⁷ **İskân Kanunu**, Kanun Numarası: 5543, Kabul Tarihi: 19.09.2006, RG 26.09.2006/26301.

¹⁰⁸ **İçduygu ve Aksel** (2012), s. 40.

¹⁰⁹ Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Kabul Tarihi: 14.09.1994, RG 30.11.1994/22127.

maktadır (m 3). Yönetmelik, iltica ve ikamet konularında temel aktör ve karar verici olarak Valilikler ve İçişleri Bakanlığı'nı işaret etmektedir (m 6). Bu şekilde 1994'e kadar Avrupa dışından gelenlerin sığınma taleplerinde temel aktör ve karar verici olan BMMYK'nın rolü, Valilikler ve İçişleri Bakanlığı'na devredilmiştir.¹¹⁰ Bu yönetmeliğe göre, toplu akınlar halinde ülkeye gelen mülteci ve sığınmacılar devletin gözetimi ve koruması altında olacaklardır (m 1 ve 2). Ayrıca iltica talepleri veya ikamet izni talepleri karara bağlanana kadar kamplarda tutulacaklardır (m 9).

2000'lere kadar Türkiye'de göç hukuku düzenlemeleri bu temel iki belge etrafında ve nitelikli olmayan bir sistem etrafında şekillenmiştir. 2001 yılında AB uyum süreci kapsamında Türkiye göç hukukunda düzenlemeler yapılmaya başlansa da bu dönüşümün hukuki belgelere yansımaları neredeyse on beş yıl gibi bir süre almıştır.¹¹¹ 2011 yılında yapılan bir çalışmada o dönemki göç hukuku düzenlemeleri ile kurumsal yapıların kitlesel bir mülteci ve sığınmacı akınına hazır seviyede olmadığı vurgulanmıştır.¹¹²

Türkiye'nin göç politikaları ve stratejilerinin oluşturulmasında AB uyum sürecinin önemli bir yer tuttuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Öyle ki bu uyum süreciyle birlikte Avrupa Komisyonu tarafından 2001, 2003, 2006 ve 2008 yıllarında hazırlanan Katılım Ortaklığı Belgeleri'nin (KOB) tamamında göç hususunda vurgulamalar bulunmaktadır.¹¹³ Özellikle KOB'ların "Adalet, Özgürlük ve Güvenlik" başlıklı bölümlerinde ısrarlı bir şekilde Türkiye'nin 1951 Sözleşmesi'ndeki mülteci tanımına koyduğu coğrafi çekince eleştirilmekte, ayrıca daha kapsamlı bir iltica hukukuna olan ihtiyaç vurgulanmaktadır.¹¹⁴ 2005 yılında kabul edilen İltica ve Göçe İlişkin Ulusal Eylem Planı'nda¹¹⁵ ulusal bir göç hukukuna ilişkin taslak metnin hazırlandığı ifade edilmişse de bu bahsedilen taslağın kanunlaşması ancak 2013 yılında olabilmıştır. 2013 yılında, Türkiye'nin artık göç konusunda bir geçiş ülkesi olmaktan ziyade hedef ülke haline gelmesi, modern, kapsamlı, insan haklarına saygılı ve kurumsal olarak sağlam bir göç sistemine ihtiyaç duyulması gibi sebeplerle¹¹⁶ 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)¹¹⁷ yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin göç hukukundaki en önemli düzenlemesi olarak nitelendirilebilecek bu düzenlemeyle, Türkiye göç hukuku ve göç yönetiminde yeni bir dönemin perdesi aralanmıştır.

¹¹⁰ **Biner**, Özge: Türkiye'de Mültecilik İltica, Geçicilik ve Yasallık 'Van Uydu Şehir Örneği', Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s. 91.

¹¹¹ **Biner** (2016), s. 92.

¹¹² **Acer**, Yücel/**Kaya**, İbrahim/**Gümüş**, Mahir: "Türkiye İçin Yeni Bir İltica Stratejisi Üzerine Gözlemler" in (ed. Çelebi, Özlen/Özçürümez, Saime/Türkay, Şirin) İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika, BMMYK, Ankara 2011.

¹¹³ Bu belgelerin tam metinleri için bkz. **T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı**, "Katılım Ortaklığı Belgeleri", İnternet Kaynak: https://www.ab.gov.tr/katilim-ortakligi-belgeleri_46226.html Erişim Tarihi: 16.08.2020.

¹¹⁴ Bu coğrafi çekince sadece AB belgelerinde değil, birçok uluslararası belge ve akademik çalışmada da eleştirilmiştir. 2005 yılında kabul edilen "İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı" bu çekincenin 2012 yılında kaldırılacağı öngörülse de bu durum asla gerçekleşmemiştir.

¹¹⁵ İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı, 25 Mart 2005 tarihinde kabul edilmiştir. Belgenin tam metni için bkz. İnternet Kaynak: <https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/yonetmelikler/Temel-Belgeler/Iltica-Ve-Goc-Ulusal-Eylem-Plani.pdf>Erişim Tarihi: 15.08.2020.

¹¹⁶ **T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü**, "Hakkımızda", İnternet Kaynak: <https://www.goc.gov.tr/hakkimizda> Erişim Tarihi 17.08.2020.

¹¹⁷ **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu**, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG 11.04.2013/28615.

B. KURUMSAL BİR GÖÇ YÖNETİM SİSTEMİNE DOĞRU: YUKK VE GÖÇ İDARESİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ

Uzak geçmişte Anadolu coğrafyasında yaşanmış tarihsel göçler ve 20. yüzyıl başlarındaki nüfus mübadeleleri dışında, yakın tarihe bakıldığında Türkiye aslında göç veren bir ülke olarak bilinmekteydi. Bunun en büyük sebebi ise 1961 Anayasası ile Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının temel bir hak olarak “ülkeden özgürce ayrılma ve seyahat etme” hakkını kazanmalarıydı.¹¹⁸ Bunu takiben 1960’lı ve 1970’li yıllarda Avrupa’ya ve özellikle Batı Almanya’ya yapılan işçi göçleri, Türkiye’nin dışa göçünü ivmelendiren fenomenler olmuştur.¹¹⁹ Ancak bunun aksine, 1980’li yıllardan itibaren Türkiye’nin göç sistematığının değiştiğini söylemek mümkündür.¹²⁰ Bu sistematik değişikliği, özellikle Orta Doğu ülkelerinden doğrudan Türkiye’ye göç dalgaları olarak ortaya çıkmış veya Avrupa’ya yönelik göçlerin güzergahında olması sebebiyle Türkiye’yi transit göç noktası haline getirmiştir. Bu doğrultuda Türkiye, artık 2000’li yıllardan itibaren göç veren değil, göç alan bir ülke olarak anılmaya başlanmıştır¹²¹ ve bu transit göç sisteminde Türkiye çok farklı göçmen gruplarla karşılaşmıştır.¹²² İçduygu ve Keyman’ın da belirttiği gibi, “Türkiye [o yıllara kadar] kendisini ‘göç alan’ bir ülke olarak görmediğinden, hiçbir zaman etkin göç politikaları geliştirmeyi denememişti.”¹²³

1. Yeni Türkiye’nin Yeni Göç Mevzuatı: YUKK

Uzun yıllar KOB’larda da eleştirildiği ifade edilmiş olan Türkiye, bu yeni durum karşısında ve özellikle 2011 yılında Suriye’deki iç savaşla başlayan “Suriye Acil Durumu”nun¹²⁴ yarattığı mülteci krizi ve akınının bir sonucu olarak, 2013 yılında nihayet 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nu (YUKK) hazırlamış ve 2014’te yürürlüğe sokmuştur.¹²⁵ Böylece, Türkiye’nin göç hukuku tarihinde en sistemli göç mevzuatına kavuşulmasının ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (GİGM) ile de kurumsal göç yönetimine geçilmesinin adımları atılmıştır. Ancak, YUKK ve 2000’lerden itibaren yapılan göçe ilişkin

¹¹⁸ **Abadan-Unat**, Nermin: Bitmeyen Göç / Konuk İşçilikten Ulus-Ötesi Yurttaşlığa, 3. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017, s. 80-81.

¹¹⁹ **İçduygu**, Ahmet/**Kirişçi**, Kemal: “Introduction: Turkey’s International Migration Transition”: in (ed. İçduygu, Ahmet/Kirişçi, Kemal) Land of Diverse Migrations, Challenges of Emigration and Immigration in Turkey, Bilgi University Press, İstanbul 2009, ss. 1-26, s. 1.

¹²⁰ **İçduygu**, Ahmet/**Aksel**, Damla B.: “Turkish Migration Policies: A Critical Historical Retrospective”, PERCEPTIONS: Journal of International Affairs, Cilt: 18, Sayı:3, 2013, ss. 167-190, s. 174.

¹²¹ **Kirişçi**, Kemal: Migration Policy Institute, “Turkey: A Transformation from Emigration to Immigration”, 2003, İnternet Kaynak: <https://www.migrationpolicy.org/article/turkey-transformation-emigration-immigration> Erişim Tarihi: 25.07.2020.

¹²² **İçduygu**, Ahmet: “Turkey’s Evolving Migration Policies: A Mediterranean Transit Stop at the Doors of the EU”, IAW Working Papers, Cilt:15, Sayı:31, 2015, ss. 1-17, s. 4.

¹²³ **İçduygu**, Ahmet/**Keyman**, E. Fuat: “Globalization, Security, and Migration: The Case of Turkey”, Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations, Cilt:6, Sayı:3, 2000, ss. 383-398, s. 385.

¹²⁴ Suriye mülteci akını, UNHCR tarafından Suriye Acil Durumu olarak raporlanmaktadır. **UNHCR**, “Suriye Acil Durumu”, İnternet Kaynak: <https://www.unhcr.org/tr/suriye-acil-durumu> Erişim Tarihi: 12.08.2020.

¹²⁵ YUKK’un yapımına kaynaklık eden ihtiyaçlara yönelik GİGM ilk Genel Müdürü Atilla Toros’un açıklamaları için bkz. **Toros**, Atilla: “Taksim”, Göç Araştırmaları Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2015, ss. 7-8. s. 7-8.

düzenlemelerin, Türkiye'nin coğrafi konumunun AB'nin göç politikasındaki önemi¹²⁶ ve AB Uyum Süreci sebebiyle, Avrupa merkezli belgeler olmakla eleştirildiği de dikkate alınmalıdır.¹²⁷ Bu doğrultuda YUKK, 2013 yılından itibaren Türkiye'de Uluslararası Koruma (UK), göç ve iltica konularında temel belge niteliğindedir. Bu belge ile UK kapsamındaki kişiler 3 grupta tanımlanmıştır: mülteciler, şartlı mülteciler ve ikincil koruma (İK).

Kanundaki mülteci tanımı, coğrafi çekince korunarak 1951 Sözleşmesi'ndeki tanım- la yapılmışken (m 61), yıllardır süregelen eleştiri karşısında yeni bir ifadeyle "şartlı mülte- ci" kavramı üretilmiştir (m 62). Herhangi bir ülkede karşılığı olmayan şartlı mülteci tanımı coğrafi kısıtlamayı genişletmiş ve YUKK, "Avrupa dışında meydana gelen olaylar nedeniyle, mülteci tanımındaki şartlara haiz olduğunu iddia ederek, üçüncü ülkelere iltica etmek üzere Türkiye'den uluslararası koruma talebinde bulunan"¹²⁸ kişileri şartlı mülteci olarak tanımlamıştır.¹²⁹ Coğrafi şart dışında mülteci ile tamamen aynı tanıma sahip olan şartlı mültecilerin neden ayrı bir grup olarak sınıflandırıldığı, ilgili maddenin son cümlesinden anlaşılabilir. ¹³⁰ Mülteciler, yasal olarak mülteci statüsü kazandıklarında Türkiye'de yerleşim hakkı kazanırken, şartlı mülteciler üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, dolayı- sıyla sadece geçici bir süreyle Türkiye'de kalabilirler (m 62). Burada Türkiye'nin tavrının, Avrupa ülkeleri dışından -ve büyük olasılıkla Üçüncü Dünya ülkelerinden- gelenlere kalıcı bir mültecilik statüsü vermemek ve coğrafi çekinceyi temel anlamda devam ettirmek olduğu yorumunu yapmak yanlış olmayacaktır.

YUKK'un bir diğer yeniliği ise Geçici Koruma (GK)'dır. Buna göre, "Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak ama- cıyla *kitlesel olarak* sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir" (m 91). GK'nın "kitlesel" olaylara uygulanmak üzere getirilmesi, 2011 yılında başlayan Suriye göç dalgasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³¹ YUKK kapsa- mında çıkarılan Geçici Koruma Yönetmeliği¹³² yoğun göç dalgalarında İçişleri Bakanlı-

¹²⁶ **Kirişçi**, Kemal: CARIM, Research Reports CARIM-RR 2007/03, "Border Management and EU-Turkish Relations: Convergence or Deadlock", 2007, s. 2. İnternet Kaynak: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7988/CARIM-RR_2007_03.pdf Erişim Tarihi: 08.07.2020.

¹²⁷ **İçduygu** (2015), s. 1-17.

¹²⁸ **T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü**, "Şartlı Mülteci", İnternet Kaynak: <https://www.goc.gov.tr/sartli-multeci> Erişim Tarihi: 17.08.2020.

¹²⁹ Mülteci YUKK Madde 61'de tanımlanırken, Şartlı Mülteci Madde 62'de tanımlanmıştır. Madde 61'de mülteci tanımı "Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle [...]" şeklinde başlamak- tayken, Madde 62'de şartlı mülteci tanımı "Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle [...]" şeklinde başlamaktadır. Tanım cümlelerinde bunun dışında hiçbir farklılık bulunmamaktadır.

¹³⁰ Şartlı mülteciler ve mültecilerin haklarına dair geniş bir kıyaslamanın yapıldığı bir çalışma için bkz. **Güler**, Arzu: "Turkey's Geographical Limitation: The Legal Implications of an Eventual Lifting", International Migration, Cilt:58, Sayı:5, 2020, ss. 3-17, s. 3.

¹³¹ "22/10/2014 tarihli ve 29153 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliğiyle, 28/04/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyetinde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyetinden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınmıştır" **T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü**, "Geçici Koruma Yönetmeliği ve Getirdiği Yenilikler", İnternet Kaynak: https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/gk_yon_getirdigi_yenilikler.pdf Erişim Tarihi: 28.08.2020.

¹³² **Geçici Koruma Yönetmeliği**, Yönetmelik Numarası: 2014/6883, Kabul Tarihi: 13.10.2014, RG 22.10.2014/29153.

ğın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından belirli kitlelere yönelik GK kararı alınmasını öngörmektedir (m 9).

2. AB-Türkiye Geri Kabul Anlaşması

1990'lı yıllardan bu yana, AB tarafından düzensiz göçün engellenmesi ve göçün kontrol altına alınabilmesi için bazı çalışmalar yapılmaktadır.¹³³ “Bir ülkede düzensiz olarak bulunan kişilerin anlaşma yapılmış kaynak ülkeye veya en son transit geçiş yaptıkları ülkeye [...] güvenli bir şekilde geri gönderilmesini sağlayan”¹³⁴ anlaşmalar olan Geri Kabul Anlaşmaları (GKA), düzensiz göçle mücadele açısından önemli araçlar arasında görülmektedir. Soğuk Savaş döneminden itibaren tampon ülke olarak adlandırılan Türkiye,¹³⁵ göç yönetimi konusunda AB'nin önemli bir ilgi alanı olmuştur. Ancak kendi tarafından ise tampon ülke konumuna gelerek Batı ve Doğu arasında birçok düzensiz göçmene “ev sahibi olmak” konusunda çekincesi bulunan Türkiye, uzun bir süre AB ile imzalanacak GKA'lara mesafeli kalmıştır.¹³⁶

2000'li yılların göç konusunda Türkiye açısından önemli bir çıktısı da 2002'den beri müzakereleri süren AB ile Geri Kabul Anlaşması'nın 16 Aralık 2013 tarihinde imzalanmasıdır.¹³⁷ Söz konusu GKA'nın Türkiye açısından önemi, Türkiye'nin müzakereler sonucunda anlaşma kapsamında elde etmeyi umduğu kazanımlardır. GKA, mütakabiliyet çerçevesinde, bir tarafın topraklarından diğer tarafın topraklarına doğrudan giriş yapan ya da bu topraklarda kalan hem AB üye ülkeleri ile Türk vatandaşlarının geri kabulüne hem de üçüncü ülke vatandaşları ve vatansız kişiler dâhil olmak üzere diğer tüm kişilere ilişkin hükümleri kapsamaktadır. Bunun karşılığında Türk vatandaşlarının ise Schengen bölgesinde vizesiz dolaşım hakkına sahip olması öngörülmüştür.¹³⁸

Türkiye-AB GKA'sında, tarafların üçüncü ülke vatandaşlarını anlaşmanın yürürlüğe girmesinden itibaren 3 yıllık bir geçiş süresi sonunda kabul etmeye başlamaları öngörülmüştür (m 24). Buna göre Türkiye, ülkesi üzerinden AB ülkelerine yasa dışı yollarla giden

¹³³ **Ekinci**, Mehmet Uğur: “Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşması ve Vize Diyalogu”, Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, 2016, s. 11 İnternet Kaynak: http://file.setav.org/Files/Pdf/20160521180027_turkiye-ab-geri-kabul-anlasmasi-ve-vize-diyalogu-pdf.pdf Erişim Tarihi: 14.08.2020.

¹³⁴ **T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü**, “Türkiye'nin Düzensiz Göçle Mücadelesi”, İnternet Kaynak: <https://www.goc.gov.tr/turkiyenin-duzensiz-gocle-mucadelesi> Erişim Tarihi: 17.08.2020.

¹³⁵ **İçduygu/Keyman** (2000), s. 385.

¹³⁶ **Elitok**, Seçil Paçacı: “Turkey's Prospective EU Membership from a Migration Perspective: Two Steps Forward, One Step Back?” PERCEPTIONS: Journal of International Affairs, Cilt:18, Sayı:3, 2013a, ss. 1-11, s.1, 2; **İçduygu**, Ahmet: EU-US Immigration Systems 2011/14, “The Irregular Migration Corridor Between the EU and Turkey: Is it Possible to Block It with a Readmission Agreement?”, 2011, s. 14 İnternet Kaynak: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/17844/EU-US%20Immigration%20Systems%202011_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y Erişim Tarihi: 28.08.2020; **İçduygu**, Ahmet: “EU-ization Matters: Changes in Immigration and Asylum Practices in Turke”: in (ed. Ette, Andreas/Faist, Thomas) The Europeanization of National Policies and Politics of Immigration, Palgrave Macmillan, London 2007, ss. 201-222, s. 218.

¹³⁷ Anlaşma, 1 Ekim 2014'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin 2001 yılından itibaren GKA imzaladığı 12 ülke bulunmaktadır. Bu ülkeler Yunanistan, Suriye, Kırgızistan, Romanya, Ukrayna, Pakistan, Rusya, Nijerya, Yemen, Moldova, Bosna Hersek ve Belarus'tur. **Göçmen**, İlke “Türkiye ile Avrupa Birliği Arasındaki Geri Kabul Anlaşmasının Hukuki Yönden Analizi”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt:13, Sayı:2, 2014, ss. 21-86, s. 27.

¹³⁸ **Elitok** (2013a), s. 2.

üçüncü ülke vatandaşlarını Anlaşma yürürlüğe girdikten 3 yıl sonra geri almaya başlayacaktır. Bu itibarla 1 Ekim 2017 tarihine kadar, yalnızca Türkiye vatandaşı olup AB sınırlarına yasadışı yollarla giren göçmenlerin Türkiye tarafından geri kabulü sağlanacaktı. Bunun karşılığında da en geç 3.5 yıl içerisinde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına AB tarafından vize muafiyeti uygulanması ön görülmekteydi. Bu sistem, AB tarafından kendi sınırlarını düzensiz göçe karşı korumak için “kullanacağı” tampon ülkeleri teşvik edici bir uygulama olarak nitelendirilmektedir.¹³⁹

Bu anlaşmanın bir devamı olarak, 18 Mart 2016 tarihinde ise AB-Türkiye Zirvesi düzenlenmiş ve 18 Mart Mutabakatı¹⁴⁰ olarak bilinen bildiri imzalanmıştır. Bu mutabakat, 20 Mart 2016 tarihinden itibaren Türkiye’den Yunan adalarına geçen tüm yeni düzensiz göçmenlerin Türkiye’ye iadesini kapsamaktadır. AB bu mutabakat ile 2013 tarihli GKA’nın kapsamını daraltmış, tüm üçüncü ülke vatandaşlarının iadesinden ziyade acil bir durum olan Yunan adalarına kaçak geçmiş Suriyelilerin iadesine odaklanmıştır.¹⁴¹ Ancak bu iade kapsamında, iade edilen her bir Suriyeli için Türkiye’den bir Suriyeli de AB ülkelerine yerleştirilecektir. Bununla birlikte Türkiye, AB Sığınmacı Mali İmkânı kapsamında 3+3 Milyar Euro’luk bir fon ile desteklenecektir.¹⁴²

GKA’nın yürürlüğe girmesinin üzerinden bu çalışmanın yazıldığı tarih itibarıyla neredeyse 6 yıl geçmiş olmasına rağmen, taahhüt edilen vize serbestisinin Türkiye’nin geri kabul dışındaki kriterleri henüz sağlamadığı gerekçesiyle tanınmadığı bir gerçektir. İçduygu ve Demiryontar’ın ifade ettiği gibi, “AB’nin düzensiz göçü durdurmak ve Türkiye’nin vatandaşlarının hareketlilik [haklarını] öncelmesini göz önüne aldığımızda, [bu anlaşma kapsamında] çıkarların asimetrisi halen mevcuttur.”¹⁴³ Ayrıca bir diğer açıdan AB’nin GKA yoluyla göç yönetimi açısından tüm sorumluluğunu tampon ülke olarak belirlediği ülkeye yükleyerek kendi sınırlarının ötesine taşımayı başarmış olması da önemli bir gerçekliktir.¹⁴⁴ Bir diğer yandan, 4 Mart 2020 itibarıyla AB tarafından taahhüt edilmiş 3+3 Milyar Euro’luk fonun sadece 2,7 Milyar Euro’luk kısmının ödendiği¹⁴⁵ ve ilgili ödemenin ancak 2020 yılı sonunda tamamlandığı¹⁴⁶ da göz önünde bulundurulmalıdır. Son olarak 22 Temmuz 2020

¹³⁹ T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, “Türkiye-AB Vize Muafiyeti Süreci ve Geri Kabul Anlaşması Hakkında Temel Sorular ve Yanıtları”, İnternet Kaynak: https://www.ab.gov.tr/files/pub/turkiye_ab_vize_muafiyeti_sureci_ve_geri_kabul_anlasmasi_hakkin_da_temel_sorular_ve_yanitlari.pdf Erişim Tarihi: 18.08.2020.

¹⁴⁰ BBC, “Mülteci Krizi: Türkiye ile AB Arasındaki ‘Göçmen Anlaşması’ Neleri Kapsıyordu?”, 03.03.2020, İnternet Kaynağı: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51724776>, Erişim Tarihi: 15.08.2020.

¹⁴¹ İçduygu, Ahmet/Demiryontar, Birce: “Mediterranean’s Migration Dilemma and the EU’s Readmission Agreements: Reinforcing a Centre-Periphery Relation”, EuroMedMig Working Paper Series, no. 1, 2019, ss. 1-33, s. 15.

¹⁴² Bildirinin tam metni için bkz. İnternet Kaynak: https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/18_mart_2016_turkiye_ab_zirvesi_bildirisi_.pdf Erişim Tarihi: 18.08.2020.

¹⁴³ İçduygu/Demiryontar (2019), s. 17.

¹⁴⁴ Ibid. s. 18.

¹⁴⁵ Mülteciler Derneği, “Avrupa Birliğinin Suriyeliler İçin Türkiye’ye Ödediği Para”, 04.03.2020, İnternet Kaynak: <https://multeciler.org.tr/avrupa-birliginin-suriyeliler-icin-turkiyeye-odedigi-para/>, Erişim Tarihi: 28.08.2020.

¹⁴⁶ Deutsche Welle, “AB: Türkiye’ye 6 milyar euroluk ödeme tamamlandı”, 17.12.2020, İnternet Kaynak: <https://www.dw.com/tr/ab-t%C3%BCrkiye-6-milyar-euroluk-%C3%B6deme-tamamland%C4%B1/a-55973935>, Erişim Tarihi: 06.05.2021.

tarihinde ise Dışişleri Bakanı Mevlüt Çavuşoğlu tarafından vize serbestisi ile GKA'nın aynı anda yürürlüğe gireceği ifade edilerek, GKA'nın askıya alındığı bildirilmiştir.¹⁴⁷

C. DÜNYA BEŞ'TEN NE KADAR BÜYÜK?

Yukarıda da ifade edildiği üzere, genç cumhuriyetin göç ile alakalı ilk yasal düzenlemesi 1934 İskân Kanunu ile olmuş ve altmış yıllık “cehalet döneminde” bu alanda esaslı başka bir düzenleme yapılmamıştır.¹⁴⁸ 1994 yılındaki Mülteci Yönetmeliği ise her ne kadar bu alanda kendi dönemi itibarıyla düzenli bir sistem öneren ilk Türk göç hukuku dokümanı olsa da bu düzenleme proaktif olmaktan ziyade reaktif bir karakterde kalmıştır. Yönetmelik, Körfez Savaşı'nın ardından bölgede yaşanan Irak -ve bir miktar da Balkanlar- kaynaklı sığınmacı akınına bir tepki olarak hayata geçirilmiştir. Önemli olarak vurgulamak gerekir ki 1994 yönetmeliği, mülteci tanımındaki coğrafi çekinceyi sürdürmesine karşın, sığınmacı tanımında herhangi bir sınırlama getirmemesi itibarıyla Üçüncü Dünya'yı göreceli olarak daha az dışlayan bir yaklaşım benimsemiştir.¹⁴⁹ Ancak bu durumun bizzat Üçüncü Dünya kaynaklı bir soruna reaktif bir çözüm getirilmesinden kaynaklanmış olabileceği de akılda tutulmalıdır, zira düzenleme proaktif bir nitelikte olsa idi Üçüncü Dünya'dan kaynaklanan sığınmacı göçlerinin düzenleme kapsamına alınıp alınmayacağı şüphelidir. Bu düzenlemenin Geçici Koruma Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmış olması da bu şüpheyi doğrular niteliktedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu düzenlemenin kanun olarak değil de yönetmelik olarak yapılmış olması, Türkiye'nin göç meselesine o dönem için anlık çözümler üretme niyetinde olduğunu da göstermektedir.

Milenyumun başından itibaren AB'ye uyum kapsamında ve bu örgütün KOB'lardaki eleştirilerini karşılamak amacıyla Türk göç hukuku giderek Avrupa-merkezci bir karaktere bürünmüştür. Bunun en somut örneklerinden birisi, 2013 yılında kabul edilen YUKK'un temellerini atan 2005 tarihli İltica ve Göçe İlişkin Ulusal Eylem Planı'dır.¹⁵⁰ Aradan geçen sekiz uzun yıl, AB'ye üyeliğinin net olmaması nedeniyle, Türkiye'nin herhangi bir yükümlülük altına girmek istememesinden kaynaklanmıştır,¹⁵¹ ki bu da Türkiye'nin bu düzenlemeleri yaparken AB'ye üyelik motivasyonunu ön planda tuttuğundan bir göstergesidir. YUKK'un kabul edilmesiyle beraber Türkiye'nin göç sistemi tamamen AB standartları ile uyumlu bir hale gelmiştir.¹⁵² Türkiye'nin 2013 yılına gelindiğinde henüz AB'ye üye olmasına rağmen göç hukukunu AB ile senkronize etmiş olmasının nedenini bazı yazarlar bu

¹⁴⁷ **Deutsche Welle**, “Çavuşoğlu: Geri Kabul Anlaşmasını Askıya Aldık”, 22.07.2019, İnternet Kaynak: <https://www.dw.com/tr/çavuşoğlu-geri-kabul-anlaşmasını-askıya-aldık/a-49699277>, Erişim Tarihi: 28.08.2020.

¹⁴⁸ **İçduygu/Aksel** (2012), s. 40.

¹⁴⁹ **Kaya, İbrahim/Eren, Esra** Yılmaz: “Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Durumu: Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri”, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, 2015, s.30, İnternet Kaynak: http://file.setav.org/Files/Pdf/20151230134459_turkiyedeki-suriyelilerin-hukuki-durumu-pdf.pdf Erişim Tarihi: 28.08.2020.

¹⁵⁰ **Tolay, Juliette**: “Turkey’s “Critical Europeanization”: Evidence from Turkey’s Immigration Policies”: in (ed. Elitok, Seçil Paçacı/Straubhaar, Thomas), Turkey, Migration and the EU: Potentials, Challenges and Opportunities, Hamburg University Press, Hamburg 2012, s. 46.

¹⁵¹ **İçduygu, Ahmet**: “Europe, Turkey, and International Migration: An Uneasy Negotiation”, EUI Migration Working Group, 2011, s. 5 İnternet Kaynak: <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/MWG/201011/01-26-Icduygu.pdf> Erişim Tarihi: 28.08.2020.

¹⁵² **Elitok, Seçil Paçacı** “Turkish Migration Policy over the Last Decade: A Gradual Shift towards Better Management and Good Governance”, Turkish Policy Quarterly, Cilt:12, Sayı:1, 2013b, ss. 161-172, s. 164.

yönde Türk bürokrasisinde gelişen bir farkındalık ile açıklamış olsalar da¹⁵³ bunun bir nedeninin de aynı yıllarda Türkiye'nin güney komşusu Suriye'den kaynaklanan yoğun göç olduğu bir vakiadır. Bu durum yine göstermektedir ki 1934 yılından 2013 yılına kadar geçen sürede hayata geçirilen her göç düzenlemesi reaktif karakterli olmuştur.

1951 Sözleşmesi'ne Türkiye'nin koyduğu coğrafi çekincenin Avrupa tarafından sıklıkla eleştirilmesi nedeniyle, Türkiye YUKK'ta Üçüncü Dünya halklarının aleyhine olarak değerlendirilebilecek bir sistem getirmiştir. Bu sistemle Türk mevzuatında "sığınmacı" ifadesinin yerini "şartlı mülteci" terimi almıştır.¹⁵⁴ Bu terim ile Türkiye, 1951 Sözleşmesi kapsamındaki sorumluluklarını sadece Avrupa'daki olaylar sonucunda ülkeye gelenlerle sınırlandırmıştır. Böylece uluslararası anlamda sığınmacı kavramı, mülteci statüsü altında koruma talep eden ve buna ilişkin bir karar bekleyen kişi olarak kabul edilirken, Türk mevzuatı başvuranın menşe ülkesine göre mülteciler ve sığınmacılar arasında ayırım yapmıştır.¹⁵⁵ Diğer bir ifade ile, Birinci Dünya-Üçüncü Dünya ayrımı YUKK'ta açık şekilde görünür haldedir. Özetle, yeni bir kavram olmasına rağmen şartlı mülteci tanımı, Türkiye'nin ekonomik ve politik olarak zayıf gördüğü Asya ve Afrika ülkelerinden gelecek akınları engellemek için¹⁵⁶ 1951 Sözleşmesi'ne koyduğu coğrafi çekinceyi sürdürme isteğinden kaynaklanmaktadır.¹⁵⁷

Türk göç hukukunun Birinci Dünyacı olduğu ise GK statüsünde en bariz şekilde gözlenmektedir. YUKK'un 91'inci maddesine göre, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak Türkiye sınırlarına gelen veya sınırlarını geçen yabancılara GK sağlanabileceği kabul edilmiştir. Türkiye'ye sığınan Suriyelilerin sayısının önemli derece artmasıyla GK statüsüne ilişkin olarak 2014 tarihli "Geçici Koruma Yönetmeliği" yayımlanmıştır. Söz konusu yönetmelikte GK statüsünün mülteci ya da sığınmacı statülerine hak kazandırmayacağı belirtilmiş ve 28 Nisan 2011 tarihinden itibaren Suriye'den Türkiye'ye gelen Suriyelilerin GK statüsüne alınmış oldukları açıkça düzenlenmiştir (Geçici Madde 1).

GK statüsü ile Suriyelilere sosyo-ekonomik pek çok haklar verilmiş olsa da Suriyeliler için bu statünün en olumsuz yanı bu kişilerin gelecekteki statülerine ipotek konulmasından kaynaklanmaktadır. Geçici Koruma Yönetmeliği ile YUKK'un ilgili hükümlerinin birlikte yorumlanması sonucu GK'nın uygulandığı süre boyunca Suriyelilerin sığınmacı (şartlı mülteci) statüsüne başvuramayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Türkiye tarafından konulan coğrafi çekince nedeniyle mülteci statüsüne sahip olamayacak Suriyeliler -28 Nisan 2011 tarihinden öncekiler hariç olmak üzere- Geçici Koruma Yönetmeliği'ndeki düzenlemeler nedeniyle sığınmacı statüsüne de sahip olamayacaklardır.¹⁵⁸ Diğer bir ifade ile, bu kişilerin "geçicilik" durumu Suriye'deki kriz sonlanana kadar devam edecektir, ki bu statü-

¹⁵³ **Kirişçi**, Kemal: "Turkey's New Draft Law on Asylum: What to Make of It?": in (ed. Elitok, Seçil Paçacı/Straubhaar, Thomas), Turkey, Migration and the EU: Potentials, Challenges and Opportunities, Hamburg University Press, Hamburg 2012, ss. 63-83, s. 64.

¹⁵⁴ **Erten**, Rifat: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı:1, 2015, ss. 3-51, s. 44.

¹⁵⁵ **Eroglu**, Deniz: "The Making of Asylum Policies in Turkey: Analysis of Non-Governmental Organisations, Political Elites and Bureaucrats" (Doktora), University of Essex, 2013, s. 5-6.

¹⁵⁶ **İçduygu** (2007), s. 208.

¹⁵⁷ **Eroglu** (2013), s. 265.

¹⁵⁸ **Uzun**, Aytül: "Günümüzün Sosyal ve Ekonomik Sorunu Olan Suriyelilerin Mülteci ve Ekonomi Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi" Ankara Barosu Dergisi, Cilt:73, Sayı:1, 2015, ss. 105-120, s. 113.

leri yaklaşık 10 yıldır sürmektedir. Bu durumun bir diğer nedeninin de Türk dış politikasındaki kritik bir hesap hatasından kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bu bağlamda Türkiye, Suriye krizinin ortaya çıkmasıyla beraber Suriye devlet başkanı Beşar Esad'ın kısa sürede görevden ayrılacağını düşünmüş ve sınırlarından içeri giren Suriyelileri Türk misafirperverliğini gösterir şekilde "misafir" olarak nitelendirmiştir. Sürecin uzaması ile beraber yasal bir düzenleme ihtiyacı ortaya çıkmış ancak bu "geçici misafirlik" durumu 10 yıl kadar sürmek zorunda kalmıştır.¹⁵⁹

Türk göç hukukunda Birinci Dünyacılığın zirve yaptığı -veya Üçüncü Dünyacılığın dibeye vurduğu- nokta ise AB ile 2013 yılında imzalanan GKA olmuştur. Bu anlaşma AB tarafından Ege Denizi'nde mülteci ölümlerinin azaldığı gerekçesi ile meşrulaştırılmaya ve anlaşmanın insani karakteri ön plana çıkarılmaya çalışılmış olsa da her iki taraf için de güçlü bir kazan-kazan durumunun yaratılmak istendiği açıktır. Bu anlaşma ile AB kendi sınırlarına yönelik düzensiz göçü engellemek/azaltmak isterken, Türkiye'nin ise en az üç motivasyona sahip olduğu söylenebilir. Birincisi bu anlaşma, Türkiye'nin yaklaşık altmış senedir süregelen AB üyeliği serüveni için atılacak olumlu bir adım olarak görülmüştür.¹⁶⁰ İkincisi, Türk vatandaşlarına tanınması planlanan Avrupa içi vizesiz serbest dolaşım hakkı önemli bir itici güç olmuştur.¹⁶¹ Üçüncüsü, AB'den alınacak olan 3+3 milyar Euro'luk fon ekonomik bir kazanç olarak değerlendirilmiştir.¹⁶² Ülkelerin salt özgecil sebeplerle hareket etmesini beklemek uluslararası ilişkilerin gerçekleri ile bağdaşmasa da böyle bir anlaşmanın Üçüncü Dünya için ne gibi bir kazanım doğurduğu da şüphelidir.

Dahası, anlaşma Türk politika yapımcıları tarafından pek çok vesileyle bazen söylem düzeyinde bazen de bu düzeyi aşarak pratikte bir dış politika aracı olarak kullanılmıştır. Örneğin Suriye krizinin ilk yıllarında Suriyelilerin ülke topraklarındaki mevcudiyeti ensar ve muhacir kardeşliği üzerinden açıklanırken,¹⁶³ ilerleyen yıllarda Avrupa'ya açılan Türk sınır kapılarından Suriyelilerin geçişine izin verilebileceği ve böylece Avrupa'nın mülteci akımına uğratılacak olması üzerinden araçsallaştırılmıştır.¹⁶⁴ Bu söylem Türk Silahlı Kuvvetleri'nin İdlib'te saldırıya uğraması sonucu pratikte karşılığını bulmuş ve Şubat 2020'de sınırlar Suriyelilerin Avrupa geçişleri için açılmıştır.¹⁶⁵ Ancak Türkiye'nin bu girişimi iki

¹⁵⁹ Sert, Deniz: "The Oxymoron of Perpetual Temporary Protection: Syrians in Turkey", *Migraciones Internacionales*, Cilt:8, Sayı:4, 2016, ss. 279-284, s. 281, İnternet Kaynak: <http://www.scielo.org.mx/pdf/migra/v8n4/1665-8906-migra-8-04-00279.pdf> Erişim Tarihi: 24.08.2020.

¹⁶⁰ Çınar, Evrim: "The Readmission Agreement of Turkey" *Border Crossing*, Cilt:8, Sayı:2SI, 2018, ss. 571-581, s.575.

¹⁶¹ Bozkaya, Özge/Kıncal, Ali: "Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri ve Suriyeli Yerinden Edilmiş Kişiler Bağlamında Türkiye'nin Göç Politikasındaki Gelişimin Değerlendirilmesi" *Göç Araştırmaları Dergisi*, Cilt:4, Sayı:2, 2018, ss. 90-126, s. 117.

¹⁶² Bozkurt, Kutluhan: "Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt:125, 2016, ss. 387-408, s. 394-395; Akkaraca Köse, Melike: "Geri Kabul Anlaşması ve Vizesiz Avrupa: Türkiye'nin Dış Politika Tercihlerini Anlamak" *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, Cilt:3, Sayı:2, 2015, ss. 195-220, s. 196.

¹⁶³ Karasu, Mithat Arman: "Türkiye'deki Suriyeli Sığınmacıların Kentlerde Neden Oldukları Güvenlik Riskleri" *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt:36, Sayı:2, 2018, ss. 51-73, s. 57.

¹⁶⁴ Congar, Kerem: "Erdogan'dan AB'ye: Operasyonumuza İşgal Derseniz, Kapıları Açar 3.6 Milyon Mülteciyi Size Göndeririz", *Euronews*, 10.10.2019, İnternet Kaynak: <https://tr.euronews.com/2019/10/10/erdogan-dan-ab-ye-iscal-derseniz-kapilari-acar-3-6-milyon-multeciyi-size-gondeririz>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

¹⁶⁵ **Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Göç ve Uyum Alt Komisyonu:** "Türkiye-Yunanistan Sınır Bölgesindeki Sığınmacı Geçişlerinin Yerinde İncelenmesine

nedenden ötürü istenilen sonucu doğurmamıştır. Birincisi, uzun süredir yerleşik olmanın getirdiği kazanımları farklı kültürden bir ülkede riske atmaktan kaçındıkları için bir kısım Suriyeli Türkiye’de kalmayı tercih etmiştir.¹⁶⁶ İkincisi, Avrupalı devletler sınırlarında yoğun güvenlik önlemleri alarak Suriyelileri sınırlarının dışında tutmayı başaramamıştır.¹⁶⁷ Türkiye’nin AB’ye baskı yapmak amacını taşıyan bu hamlesinin arzu edilen sonucu doğurmadığı da aktarılmıştır.¹⁶⁸

Bu anlaşmayla Türkiye, AB ile GKA imzalayan pek çok ülke gibi, Avrupa’nın 90’lı yıllardan bu yana sınırları etrafında kurmaya çalıştığı “tampon bölge” uygulamasının bir diğer öznesi olmuştur. Zira yukarıda da belirtildiği üzere Türkiye, coğrafi konumu itibarıyla Üçüncü Dünya’dan Birinci Dünya’ya yönelik göçlerin ana güzergahlarından biri olarak, kendi sınırlarını aşan ve yasal olmayan şekilde Avrupa sınırlarına ulaşmış düzensiz göçmenleri kendi ülkesinde tutmayı kabul etmiştir. Böylelikle Türkiye, Avrupa Kalesi’ne geçen köprüünün önünde bir set oluşturarak bir geçiş güzergahından ziyade tampon ülke konumuna gelmiştir. Uzun yıllar boyunca böyle bir endişe sebebiyle GKA imzalamaktan çekinen Türkiye’nin, bu anlaşmayla kendini bu şekilde konumlandırması ciddi bir paradigma değişikliğinin de göstergesidir.

SONUÇ

Aklı başında çoğu kişi, dünyanın adaletsizliklerle dolu bir yer olduğunu kabul eder. Paris’te doğan Pierre ile Monrovia’da doğan Moses’in eşit imkanlara sahip olduğu, aynı sağlık hizmetlerine erişebildikleri, aynı kalitede okullarda eğitim alabildikleri ve birinin hayattaki en büyük korkusu obezite iken diğerinin açlık olmadığı bir dünya tasavvuru, uzak gelecekte bile ütopyik kalmaktadır. Bu açık eşitsizliğin en önemli nedenlerinden birisi, bugünün gelişmiş Kuzey ülkelerinin çok da uzakta kalmayan sömürgeci geçmişleridir. Uluslararası ilişkiler, egemen her devletin ulusal çıkarlarını maksimize etmek için yarıştığı bir kurtlar sofrası iken, bu çoğu açgözlü topluluğun kıt kaynakları paylaşma konusunda birbirlerine düşmelerini engellemek için akla gelen ilk çözüm uluslararası hukuk olacaktır. Uluslararası hukuk, uluslar arasında adaleti sağlayamıyor veya sağlama iddiasında olamıyor ise, neden vardır?

TWAIL, bu sorgulamayı uluslararası hukukun sömürgeci kökenlerini esaslı bir yapı-söküme tabi tutmak suretiyle yapmaktadır. TWAIL literatürüne göre, uluslararası hukuk sömürgeciliğin meşrulaştırılmasında bir araç olarak kullanılmıştır. Uluslararası hukukun salt Avrupa merkezci oluşunu güçlü kanıtlarla ortaya koyan yaklaşıma göre, disiplin Avrupa’nın sınırsız gelişmesi önündeki engelleri kaldırıp Üçüncü Dünya halklarının önüne koymaktadır. Klasik sömürgecilik döneminin ardından başlayan “post-kolonyal” dönem ise, Üçüncü Dünya lehine değil, aleyhine gelişmiştir. Zira, İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası

İlişkin Rapor”, 2020, s.5, İnternet Kaynak: https://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/docs/2020/edirne_rapor_kabul.pdf Erişim Tarihi: 10.07.2020.

¹⁶⁶ **Tokyay**, Menekşe: “Araştırma: Türkiye’deki Suriyeli Gençlerin Yarısı Gitmek, Yarısı Kalmak İstiyor”, Euronews, 29.05.2020, İnternet Kaynak: <https://tr.euronews.com/2020/05/29/arast-rma-turkiye-deki-suriyeli-genclerin-yarisi-gitmek-yarisi-kalmak-istiyor>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

¹⁶⁷ **McKernan**, Bethan/**Boffey**, Daniel: “Greece and Bulgaria Crack Down on Turkish Borders as Refugees Arrive”, The Guardian, 28.02.2020, İnternet Kaynak: <https://www.theguardian.com/world/2020/feb/28/tensions-rise-between-turkey-and-russia-after-killing-of-troops-in-syria>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

¹⁶⁸ **Fox**, Tessa: “Erdogan’s Empty Threats”, Foreign Policy, 02.03.2020, İnternet Kaynak: <https://foreignpolicy.com/2020/03/02/turkey-opens-borders-to-migrants-crossing-to-greece/>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

örgütler marifetiyle kurulan uluslararası sistem, Üçüncü Dünya'yı ötekileştirmeye, BM Güvenlik Konseyi örneğinde olduğu gibi siyasi/askeri alanda ve Bretton Woods ikizleri örneğinde görüldüğü üzere de ekonomik alanda tahakküm altında bulundurmaya devam etmektedir. Bu anlamda post-kolonyal dönem, sömürgeciliğin güncellenmiş bir versiyonudur. Her ne kadar Üçüncü Dünya bu sistemin oluşumunda ve işleyişinde söz sahibi olmasa da uluslararası hukukun Birinci Dünya odaklı kuralları "herkesin uyması gereken kurallar dizisi" olarak takdim ve tasdik edilmektedir. Üçüncü Dünya'nın taleplerine karşılık veremeyen bir uluslararası hukuk, gayrimeşru olmaya yakın ve küresel adaleti sağlamaya uzak olacaktır.

Esasında uluslararası kitlesel göç hareketleri, Birinci Dünya ülkelerinin Üçüncü Dünya halkları üzerindeki tahakkümünün ve sömürgeciliğinin doğrudan bir sonucudur. Zira bu ülkelerde yaşanan iç karışıklıklar, yoksulluk ve güvenlik kaygılarının sorumlusu, sömürgecilik yarışında olan Birinci Dünya ülkeleridir. Bizatihi Üçüncü Dünya'nın sömürülmesi yoluyla yüksek bir refaha ulaşmış olan bu ülkeler, şimdi Üçüncü Dünya'dan gelen "rahat-sızlık verici" göç hareketlerini engellemek için uluslararası hukuku bir tahakküm aracı ve uluslararası göç hukukunu da bir kalkan olarak kullanmaktadırlar. Bu anlamda TWAIL'in uluslararası göç hukukunu neden eleştirdiği konusu yaptığını anlamak zor değildir.

Coğrafi konumu gereği Doğu ile Batı'yı -veya Üçüncü Dünya ile Birinci Dünya'yı- birbirine bağlayan ve bu itibarla da önemli göç güzergahlarının merkezinde bulunan Türkiye ise uluslararası göç hukukunun önemli bir aktörü ve TWAIL'in de inceleme birimi haline gelmektedir. Türkiye, erken cumhuriyet döneminden itibaren göç konusunda ulusal düzenlemeler hayata geçirmiş, ancak bu düzenlemelerin tamamı reaktif karakterli olmuştur. Türkiye'nin 1980'lerden itibaren göç alan bir ülke haline gelmesi ve 2000'lerden beri de AB uyum sürecinin doğurduğu ihtiyaç sonucunda Türk göç hukukunda yeni bir dönem başlamıştır. Bu dönemde ulusal göç mevzuatını AB ile uyumlaştırma sürecine giren Türkiye'nin göç hukuku tamamen Birinci Dünya merkezli bir hale gelmiştir.

Dış politikasında "mazlumların uluslararası alandaki sesi olma" söylemini benimseyen ve her fırsatta büyük devletlerin uluslararası örgütlerdeki hegemonyasını eleştiren -bu anlamda da TWAIL ile ortak bir paydada buluşan- Türkiye, göç hukukunda bunun tam tersi uygulamalar izlemiştir. Halihazırda, 1951 Sözleşmesi'ne koyduğu coğrafi çekinceyi ısrarlı şekilde sürdürmesi, Türkiye'nin tarihsel hafızasında göç hukuku özelinde Üçüncü Dünya'yı dışlayıcı olduğunu göstermektedir. Böyle bir hafızanın üzerine, 2000'li yıllarda başlayan uyum süreci sonucunda mevzuatını tamamen AB ile uyumlu hale getiren Türkiye, söz konusu dışlayıcılığı zirve noktasına taşımıştır.

Bu uyum sürecinin en somut çıktısı olan YUKK ile Türkiye, insan haklarını öncelleyen bir göç yönetim sistemi yaratmış görünse de yeni sistem coğrafi çekinceyi devam ettirmesi, şartlı mülteci ve GK statülerini hayata geçirmesi gibi sebeplerle Üçüncü Dünya halklarının aleyhine olmuştur. Coğrafi çekincenin bir sonucu olarak Batı ülkelerinden gelecek insanlar ile Doğu ülkelerinden gelecek insanları ayırıştırması, Türkiye'nin "mazlumlar" arasında etnik bir ayırım yaptığını göstermektedir. Dahası, şartlı mülteci statüsü icat edilerek Avrupa dışı ülkelere gelenlerin sadece geçici bir süre ile Türkiye'de kalmasına zemin hazırlanmıştır. 2011 yılındaki iç savaştan kaçan Suriyelilerin ensar ve muhacir kardeşliği temelinde başlayan Türkiye yolculuğu, Türkiye'nin reaktif geleneğinin bir sonucu olarak GK statüsü ile sonuçlanmıştır. Bu sistemle GK statüsü verilen Suriyelilerin gelecekte mülteci ve sığınmacı statüleri almalarının da önüne geçilmiştir.

2013 yılında imzalanan GKA, Türk göç hukukunda Üçüncü Dünyacılığın terki olarak da yorumlanabilir. Zira bu anlaşma ile Türkiye, Avrupa dışı dünyadan Birinci Dünya'ya yönelen göçler için Avrupa Kalesi'nin surlarına büyük miktarlarda çimento ve demir taşı-

mıştır. Uzun yıllardır sürdürdüğü tampon ülke olmama politikası nedeniyle bu tür anlaşmalar imzalamaktan kaçınan Türkiye, vize serbestisi ve 3+3 milyar Euro'luk fon vaadiyle büyük bir paradigma değişikliğine gitmiştir. Böylece Türkiye, kendi vatandaşlarına Birinci Dünya'nın kapılarını açma karşılığında, Üçüncü Dünya halklarına bu kapıları kapatmıştır. Ancak Avrupa merkezli bu planın kazananı, uzun yıllardır izlediği politikalar sayesinde sınırlarını Üçüncü Dünya halklarına daha sıkı bir biçimde kapatan Birinci Dünya olurken, kaybedeni ise kendini tampon ülke konumuna sokan Türkiye ve bu tampon ülkede sıkışan Üçüncü Dünya halkları olmuştur. Dahası, Avrupa'nın vadettiği vize serbestisi sözünü politik nedenlerle tutmaması sonucunda, Türk vatandaşları da Birinci Dünya'nın kapılarından geçememişlerdir.

Sonuç olarak, TWAIL'in ileri sürmekte olduğu "Üçüncü Dünya'nın uluslararası hukuk aracılığıyla Birinci Dünya'nın öznesi haline getirildiği" iddiası, uluslararası göç hukukunda açık şekilde görünür haldedir. Türkiye'nin 21. yüzyılda kurguladığı göç yönetim sistemi de bu iddiayı doğrulayan şekilde Üçüncü Dünya'yı dışlar niteliktedir. Bu bağlamda Türkiye, uzun yıllardır uluslararası küresel adaletsizliğe haklı şekilde vurgu yapan söylemlerini ulusal göç hukukuna yansıtamamıştır.

KAYNAKÇA

18 Mart 2016 Türkiye-AB Zirvesi Bildirisi, İnternet Kaynak: https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/18_mart_2016_turkiye_ab_zirvesi_bildirisi_.pdf, Erişim Tarihi: 18.08.2020.

Abadan-Unat, Nermin: *Bitmeyen Göç / Konuk İşçilikten Ulus-Ötesi Yurttaşlığa*, 3. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2017.

Abiew, Francis K.: *The Evolution of the Doctrine and Practice Of Humanitarian Intervention*, Martinus Nijhoff, Leiden 1999.

Acer, Yücel/**Kaya**, İbrahim/**Gümüş**, Mahir: "Türkiye İçin Yeni Bir İltica Stratejisi Üzerine Gözlemler" in (ed. Çelebi, Özlen/Özçürümez, Saime/Türkey, Şirin) *İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika*, BMMYK, Ankara 2011.

Ajala, Imene: "Muslims in France and Great Britain: Issues of Securitization, Identities and Loyalties Post 9/11", *Journal of Muslim Minority Affairs*, Cilt:34, Sayı:2, 2014, ss. 123-133.

Akçapar Köşer, Şebnem "Uluslararası Göç Alanında Güvenlik Algılamaları ve Göçün İnsani Boyutu": in (ed. İhlamur-Öner, S. Gülfer/ Şirin Öner, N. Aslı), *Küreselleşme Çağında Göç: Kavramlar, Tartışmalar*, 3. Baskı, İletişim, İstanbul 2016.

Akkaraca Köse, Melike: "Geri Kabul Anlaşması ve Vizesiz Avrupa: Türkiye'nin Dış Politika Tercihlerini Anlamak" *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, Cilt:3, Sayı:2, 2015, ss. 195-220, s. 196.

Al Attar, Mohsen/**Thompson**, Rebekah: "How the Multi-Level Democratisation of International Law-Making Can Effect Popular Aspirations Towards Self-Determination", *Trade, Law and Development*, Cilt:3, Sayı:1, 2011, ss. 65-102.

Altundal, Uğur/**Zarpli**, Ömer: *Global Citizenship Review*, "Trends in Travel Freedom: The Effect of Travel Freedom on Economic Growth and Democracy", 07.01.2019, İnternet Kaynak: <https://globecit.com/trends-in-travel-freedom-the-effect-of-travel-freedom-on-economic-growth-and-democracy-2/> Erişim Tarihi: 20.08.2020.

Anghie, Antony/**Chimni**, B.S.: "Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts", *Chinese Journal of International Law*, Cilt:2, Sayı:1, 2003, ss. 77-103.

Anghie, Antony: “Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law”, *Harvard International Law Journal*, Cilt:40, Sayı:1, 1999, ss. 1-71.

Anghie, Antony: “The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities”, *Third World Quarterly*, C:27, S:5, 2006, ss. 739-753.

Anghie, Antony: *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, s.98-99, s.209-210.

Appiagyei-Atua, Kwadwo: “Ethical Dimensions of Third-World Approaches to International Law (TWAIL): A Critical Review”, *African Journal of Legal Studies*, Cilt:8, Sayı:3-4, 2015, ss. 209-235.

Archer, Toby: “Welcome to the Umma: The British State and its Muslim Citizens Since 9/11” *Cooperation and Conflict*, Cilt:44, Sayı:3, 2009, ss. 329-347.

Arı, Bülent/**Türkan**, H. Kürşat: “Karacaoğlan’da Göç”, *Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi*, Cilt:39, Sayı:39, 2018, ss. 30-45.

Ateş, Selahattin: “Türkiye ve Mülteciler” in (ed. Çelebi, Özlen/Özçürümez, Saim/Türkay, Şirin), *İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika*, BMMYK Yayınları, Ankara 2011.

Bayraktar, Bora: “Erdogan: Batı artık dünyanın tek merkezi değildir”, *Euronews*, 13.10.2012, İnternet Kaynak: <https://tr.euronews.com/2012/10/13/erdogan-bati-artik-dunyanin-tek-merkezi-degidir>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

Bayram, Mürsel: “Türk Dış Politikasının Değişim Parametresi Olarak Afrika Açılımı ve İnsanî Diplomasi Faaliyetleri”: in (ed. Erman Akıllı), *Türkiye’de ve Dünyada Dış Yardımlar*, Nobel, 2016, s.402-421.

BBC, “Mülteci Krizi: Türkiye ile AB Arasındaki ‘Göçmen Anlaşması’ Neleri Kapsıyordu?”, 03.03.2020, İnternet Kaynağı: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51724776>, Erişim Tarihi: 15.08.2020.

Bedjaoui, Mohamed: “Poverty of the International Order”: in (ed Falk, Richard/Kratochwil, Friedrich/Mendlovitz, Saul), *International Law: A Contemporary Perspective*, Westview Press, Colorado 1985.

Bedjaoui, Mohammed: “General Introduction”: in (ed. Bedjaoui, Mohammed), *International Law: Achievements and Prospects*, Martinus Nijhoff, Leiden 1991, ss. 1-18.

Berger, Mark T.: “After the Third World? History, Destiny and the Fate of Third Worldism”, *Third World Quarterly*, Cilt:25, Sayı:1, 2004, ss. 9-39.

Berger, Mark T.: “The End of the Third World”, *Third World Quarterly*, Cilt:15, Sayı:2, 1994, ss. 257-275.

Betts, Alexander/**Collier**, Paul: *Refuge: Transforming a Broken Refugee System*, Penguin, London 2017.

Bilgin, Mustafa Sıtkı/**Karaman**, Gökhan: “Apartheid Sonrası Güney Afrika Cumhuriyeti Dış Politikasında Güney Afrika-Türkiye İlişkileri”, *Bölgesel Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, 2020, ss.254-287.

Biner, Özge: *Türkiye’de Mültecilik İltica, Geçicilik ve Yasallık ‘Van Uydu Şehir Örneği’*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.

Boswell, Christina: “Migration Control in Europe After 9/11: Explaining the Absence of Securitization”, *Journal of Common Market Studies*, Cilt:45, Sayı:3, 2007, ss. 589-610.

Bozkaya, Özge/Kıncal, Ali: “Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri ve Suriyeli Yerinden Edilmiş Kişiler Bağlamında Türkiye'nin Göç Politikasındaki Gelişimin Değerlendirilmesi” *Göç Araştırmaları Dergisi*, Cilt:4, Sayı:2, 2018, ss. 90-126.

Bozkurt, Kutluhan: “Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt:125, 2016, ss. 387-408, s. 394-395.

Castles, Stephen/Miller, Mark J.: *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, 2. Baskı, Macmillan, New York 1998.

Chimni, B. S.: “Globalization, Humanitarianism and the Erosion of Refugee Protection” *Journal of Refugee Studies*, Cilt:13, Sayı:3, 2000, ss. 243-263.

Chimni, B. S.: “The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South”, *Journal of Refugee Studies*, Cilt:11, Sayı:4, 1998, ss.350-374.

Chimni, B. S.: “The Past, Present and Future of International Law: A Critical Third World Approach”, *Melbourne Journal of International Law*, Cilt:8, Sayı:2, 2007, ss. 499-516.

Chimni, B. S.: “Capitalism, Imperialism, and International Law in the Twenty-First Century”, *Oregon Review of International Law*, Cilt:14, Sayı:1, 2012, ss. 17-46.

Chimni, B.S.: “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, *International Community Law Review*, Cilt: 8, Sayı:1, 2006, ss. 3-27.

Choudhury, Cyra A.: “Reflections on the Christchurch Massacre: Incorporating a Critique of Islamophobia and TWAIL”, *TWAIL: Reflections*, Cilt:9, 2019, ss.1-10.

Congar, Kerem, “Erdoğan'dan AB'ye: Operasyonumuza İşgal Derseniz, Kapıları Açar 3.6 Milyon Mülteciyi Size Göndeririz”, *Euronews*, 10.10.2019, İnternet Kaynak: <https://tr.euronews.com/2019/10/10/erdogan-dan-ab-ye-iscal-derseniz-kapilari-acar-3-6-milyon-multeci-ye-size-gondeririz>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations General Assembly Resolution 429 (V) of 14 December 1950. RG. 05.09.1961-10898.

Coşkun, Nurettin: “Cumhurbaşkanı Erdoğan'dan Dünya Mülteciler Günü Paylaşımı”, *Anadolu Ajansı*, 20.06.2020, İnternet Kaynak: <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/cumhurbaşkanı-erdogandan-dunya-multeciler-gunu-paylasimi/1884116>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

Çağlayan, Savaş: “Suriye Savaşı ve Suriyeli Göçmenler: Teorik ve Kavramsal Anlama Çabası”, *Sosyoloji Divanı*, Cilt:3, Sayı:6, 2015, ss. 193-209.

Çınar, Evrim: “The Readmission Agreement of Turkey” *Border Crossing*, Cilt:8, Sayı:2SI, 2018, ss. 571-581.

Deniz, A. Çağlar/Ekinci, Yusuf/Hülür, A. Banu: *Bizim Müstakbel Hep Harap Ol-du*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.

Deutsche Welle, “AB: Türkiye'ye 6 milyar euroluk ödeme tamamlandı”, 17.12.2020, İnternet Kaynak: <https://www.dw.com/tr/ab-t%C3%BCrkiye-ye-6-milyar-euroluk-%C3%B6deme-tamamland%C4%B1/a-55973935>, Erişim Tarihi: 06.05.2021.

Deutsche Welle, “Çavuşoğlu: Geri Kabul Anlaşmasını Askıya Aldık”, 22.07.2019, İnternet Kaynak: <https://www.dw.com/tr/çavuşoğlu-geri-kabul-anlaşmasını-askıya-aldık/a-49699277>, Erişim Tarihi: 28.08.2020.

Dil, Kemal: “Göç Olgusuna Göçmenlerin Deneyimleri Üzerinden Bakmak”, *İdeal-kent*, Cilt:6, Sayı:15, 2015, ss. 149-171.

Dyrness, William: *Learning about Theology from the Third World*, Zondervan 1990.

Edwards, Adrian: “UNHCR Viewpoint: Refugee Or Migrant – Which Is Right?”, UNHCR, İnternet Kaynak: <http://www.unhcr.org/news/latest/2016/7/55df0e556/unhcr-viewpoint-refugee-migrant-right.html> Erişim Tarihi: 05.08.2020.

Ekinci, Mehmet Uğur: “Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşması ve Vize Diyaloğu”, Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, 2016, s.11 İnternet Kaynak: http://file.setav.org/Files/Pdf/20160521180027_turkiye-ab-geri-kabul-anlasmasi-ve-vize-diyalogu-pdf.pdf Erişim Tarihi: 14.08.2020.

Elitok, Seçil Paçacı: “Turkish Migration Policy over the Last Decade: A Gradual Shift towards Better Management and Good Governance”, Turkish Policy Quarterly, Cilt:12, Sayı:1, 2013b, ss. 161-172.

Elitok, Seçil Paçacı: “Turkey’s Prospective EU Membership from a Migration Perspective: Two Steps Forward, One Step Back?” PERCEPTIONS: Journal of International Affairs, Cilt:18, Sayı:3, 2013a, ss. 1-11.

Erdoğan, M. Murat/Kaya, Ayhan: Türkiye'nin Göç Tarihi: 14. Yüzyıldan 21. Yüzyıla Türkiye'ye Göçler, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.

Erdoğan, R. Tayyip: Yeni Türkiye Vizyonu: Dünya 5'ten Büyüktür–2, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara 2018.

Eroglu, Deniz: “The Making of Asylum Policies in Turkey: Analysis of Non-Governmental Organisations, Political Elites and Bureaucrats” (Doktora), University of Essex, 2013.

Erol, Murat/Ersever, Oya G: “Göç Krizi ve Göç Krizine Müdahale”, KHO Bilim Dergisi, Cilt:24, Sayı:1, 2014, ss. 47-68.

Erten, Rifat: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı:1, 2015, ss. 3-51.

Eslava, Luiz/Pahuja, Sundhya: “Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law”, Trade, Law and Development, Cilt: 3, Sayı:1, 2011, ss. 103-130.

Eslava, Luiz/Pahuja, Sundhya: “Beyond the (Post) Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law”, Journal of Law and Politics in Africa, Asia and Latin America, Cilt:45, Sayı:2, 2012, ss. 195-221.

Fox, Tessa: “Erdogan’s Empty Threats”, Foreign Policy, 02.03.2020, İnternet Kaynak: <https://foreignpolicy.com/2020/03/02/turkey-opens-borders-to-migrants-crossing-to-greece/>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

Furedi, F.: “The Moral Condemnation of the South”: in (ed. Thomas, Caroline/Wilkin, Peter), Globalization and the South, Macmillan, New York 1997.

Gathii, James T.: “Alternative and Critical: The Contribution of Research and Scholarship on Developing Countries to International Legal Theory”, Harvard International Law Journal, Cilt:41, Sayı:2, 2000a.

Gathii, James T.: “Good Governance as a Counter-Insurgency Agenda to Oppositional and Transformative Social Projects in International Law”, Buffalo Human Rights Law Review, Cilt:5, 1999, ss. 107-174.

Gathii, James T.: “Rejoinder: Twailing International Law”, Michigan Law Review, Cilt:98, Sayı:6, 2000b, ss. 2066-2071.

Gathii, James T.: "TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography", *Trade Law and Development*, Cilt:3, Sayı:1, 2011, ss. 26-64.

Geçici Koruma Yönetmeliği, Yönetmelik Numarası: 2014/6883, Kabul Tarihi: 13.10.2014, RG 22.10.2014/29153.

Göçmen, İlke "Türkiye ile Avrupa Birliği Arasındaki Geri Kabul Anlaşmasının Hukuki Yönden Analizi", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt:13, Sayı:2, 2014, ss. 21-86.

Gökçen, Sinan: "Anadolu ve Balkanlar'a Romanların Göçü": in (ed. Erdoğan, M. Murat/Kaya, Ayhan), *Türkiye'nin Göç Tarihi: 14. Yüzyıldan 21. Yüzyıla Türkiye'ye Göçler*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.

Görgün, Melih: "Küreselleşme Sürecinde Göçmen İlişkileri Ağının Önemi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt:22, Sayı:Özel Sayı, 2017, ss.1317-1327.

Grovogui, Siba N'Zatioula: *Sovereigns, Quasi Sovereigns, and Africans*, University of Minnesota Press, Minnesota 1996.

Güder, İlkey/**Kaplan**, Enes: "Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın Görevdeki 'Üçüncü' Yılı", *Anadolu Ajansı*, 27.08.2017, İnternet Kaynak: <https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/cumhurbaskani-erdoganin-gorevdeki-ucuncu-yili/894791>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

Güler, Arzu: "Turkey's Geographical Limitation: The Legal Implications of an Eventual Lifting", *International Migration*, Cilt:58, Sayı:5, 2020, ss. 3-17.

Harris, Nigel: *The End of the Third World: Newly Industrializing Countries and the Decline of an Ideology*, (Penguin) London (1987).

Hazan, Jacob Ceci: "Geçmişten Geleceğe Zorunlu Göç: Mülteciler ve Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişiler": in (ed. İhlamur-Öner, S. Gülfer/Şirin Öner, N. Aslı), *Küreselleşme Çağında Göç: Kavramlar, Tartışmalar*, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2016, ss. 183-198.

İçduygu, Ahmet: "Europe, Turkey, and International Migration: An Uneasy Negotiation", *EUI Migration Working Group*, 2011, s. 5 İnternet Kaynak: <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/MWG/201011/01-26-Icduygu.pdf> Erişim Tarihi: 28.08.2020.

İhlamur-Öner, S. Gülfer: "Küresel Bir Göç ve Mülteci Rejimine Doğru": in (ed. İhlamur-Öner, S. Gülfer/Şirin Öner, N. Aslı), *Küreselleşme Çağında Göç: Kavramlar, Tartışmalar*, 3. Baskı, İletişim, 2016.

İçduygu, Ahmet/**Aksel**, Damla B.: "Turkish Migration Policies: A Critical Historical Retrospective", *PERCEPTIONS: Journal of International Affairs*, Cilt: 18, Sayı:3, 2013, ss. 167-190.

İçduygu, Ahmet/**Aksel**, Damla B.: *Türkiye'de Düzensiz Göç, Uluslararası Göç Örgütü*, Cenevre 2012, s.40.

İçduygu, Ahmet/**Demiryontar**, Birce: "Mediterranean's Migration Dilemma and the EU's Readmission Agreements: Reinforcing a Centre-Periphery Relation", *EuroMed-Mig Working Paper Series*, no. 1, 2019, ss. 1-33.

İçduygu, Ahmet/**Keyman**, E. Fuat: "Globalization, Security, and Migration: The Case of Turkey", *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, Cilt:6, Sayı:3, 2000, ss. 383-398.

İçduygu, Ahmet/Kirişçi, Kemal: “Introduction: Turkey’s International Migration Transition”: in (ed. İçduygu, Ahmet/Kirişçi, Kemal) Land of Diverse Migrations, Challenges of Emigration and Immigration in Turkey, Bilgi University Press, İstanbul 2009, ss. 1-26.

İçduygu, Ahmet: “EU-ization Matters: Changes in Immigration and Asylum Practices in Turke”: in (ed. Ette, Andreas/Faist, Thomas) The Europeanization of National Policies and Politics of Immigration, Palgrave Macmillan, London 2007, ss. 201-222.

İçduygu, Ahmet: “Turkey’s Evolving Migration Policies: A Mediterranean Transit Stop at the Doors of the EU”, IAW Working Papers, Cilt:15, Sayı:31, 2015, ss. 1-17.

İçduygu, Ahmet: EU-US Immigration Systems 2011/14, “The Irregular Migration Corridor Between the EU and Turkey: Is it Possible to Block It with a Readmission Agreement?”, 2011, İnternet Kaynak: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/17844/EU-US%20Immigration%20Systems%202011_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y Erişim Tarihi: 28.08.2020.

İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı, İnternet Kaynak: <https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/yonetmelikler/Temel-Belgeler/Iltica-Ve-Goc-Ulusal-Eylem-Plani.pdf>Erişim Tarihi: 15.08.2020.

İskân Kanunu, Kanun Numarası: 2510, Kabul Tarihi: 14.06.1934, RG 21.06.1934/2733.

İskân Kanunu, Kanun Numarası: 5543, Kabul Tarihi: 19.09.2006, RG 26.09.2006/26301.

Jünemann, Annette/Fromm, Nicolas/Scherer, Nikolas: “The Kaleidoscope of Migration: Theoretical Perspectives and Conceptual Considerations”: in (ed. Jünemann, Annette/Fromm, Nicolas/Scherer, Nikolas), Fortress Europe? Challenges and Failures of Migration and Asylum Policies, SpringerVS, Wiesbaden 2017, ss. 1-7.

Kamu Denetçiliği Kurumu, “Türkiye’deki Suriyeliler Özel Raporu”, 2018 İnternet Kaynak: https://www.ombudsman.gov.tr/suriyeliler/ozel_rapor.pdf Erişim Tarihi: 10.07.2020.

Karasu, Mithat Arman: “Türkiye’deki Suriyeli Sığınmacıların Kentlerde Neden Oldukları Güvenlik Riskleri” Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:36, Sayı:2, 2018, ss. 51-73, s.57.

Karpat, Kemal: “Önsöz”: in (ed. Erdoğan, M. Murat/Kaya, Ayhan), Türkiye’nin Göç Tarihi: 14. Yüzyıldan 21. Yüzyıla Türkiye’ye Göçler, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. xxxiii, xxxiv.

Kaya, İbrahim/Eren, Esra Yılmaz: “Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Durumu: Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri”, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, 2015, s.30, İnternet Kaynak: http://file.setav.org/Files/Pdf/20151230134459_turkiyedeki-suriyelilerin-hukuki-durumu-pdf.pdf Erişim Tarihi: 28.08. 2020.

Keleş, Mustafa: “BM Suriye Krizine Çözüm Bulamadı”, Anadolu Ajansı, 29.12.2014, İnternet Kaynak: <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/bm-suriye-krizine-cozum-bulamadi/88722>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

Kirişçi, Kemal: “Turkey’s New Draft Law on Asylum: What to Make of It?”: in (ed. Elitok, Seçil Paçacı/Straubhaar, Thomas), Turkey, Migration and the EU: Potentials, Challenges and Opportunities, Hamburg University Press, Hamburg 2012, ss. 63-83.

Kirişçi, Kemal: CARIM, Research Reports CARIM-RR 2007/03, "Border Management and EU-Turkish Relations: Convergence or Deadlock", 2007, s.2. İnternet Kaynak: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7988/CARIM-RR_2007_03.pdf Erişim Tarihi: 08.07.2020.

Kirişçi, Kemal: Migration Policy Institute, "Turkey: A Transformation from Emigration to Immigration", 2003, İnternet Kaynak: <https://www.migrationpolicy.org/article/turkey-transformation-emigration-immigration> Erişim Tarihi: 25.07.2020.

Kunz, Egon F.: "The Refugee in Flight: Kinetic Models and Forms of Displacement", The International Migration Review, Cilt:7, Sayı:2, 1973, ss. 125-146.

Lee, Everett S.: "A Theory of Migration", Demography, Cilt: 3, Sayı:1, 1966, ss. 47-57.

McKernan, Bethan/Boffey, Daniel: "Greece and Bulgaria Crack Down on Turkish Borders as Refugees Arrive", The Guardian, 28.02.2020, İnternet Kaynak: <https://www.theguardian.com/world/2020/feb/28/tensions-rise-between-turkey-and-russia-after-killing-of-troops-in-syria>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

Mickelson, Karin: "Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse", Wisconsin International Law Journal, Cilt:16, Sayı:2, 1997, ss. s.353-419.

Mortimer, Robert: The Third World Coaliton in International Politics, 2. Baskı, Avalon Publishing, New York 1984.

Mutua, Makau: "Critical Race Theory and International Law: The View of an Insider-Outsider", Villanova Law Review, Cilt:45, Sayı:5, 2000b, ss. 841-853.

Mutua, Makau: "What is TWAIL?", Proceedings of the 94th Annual Meeting (American Society of International Law, Cilt:94, 2000a, ss. 31-38.

Mülteciler Derneği, "Avrupa Birliğinin Suriyeliler İçin Türkiye'ye Ödediği Para", 04.03.2020, İnternet Kaynak:<https://multeciler.org.tr/avrupa-birliginin-suriyeliler-icin-turkiyeye-odedigi-para/>, Erişim Tarihi: 28.08.2020.

Neal, Andrew W.: "Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of FRONTEX", Journal of Common Market Studies, Cilt:47, Sayı:2, 2009, ss. 333-356.

Okafor, Obiora C.: "Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?", International Community Law Review, Cilt:10, Sayı:4, 2008, ss. 371-378.

Okafor, Obiora C.: "Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A TWAIL Perspective", Osgoode Hall Law Journal, Cilt:43, Sayı:1/2, 2005, ss. 171-191.

Oppenheim, Lassa: International Law: A Treatise Volume I, Longmans, Harlow 1905.

Organization of African Unity (OAU), Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa ("OAU Convention"), 1001 U.N.T.S. 45, art. I, İnternet Kaynak: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36018.html> Erişim Tarihi: 18.07.2020.

Öberg, Sture: Spatial and Economic Factors in Future South-North Migration: in (ed. Lutz, Wolfgang) The Future Population of the World: What Can We Assume Today, Earthscan, London 1994, ss. 336-358.

Özcan, E. Deniz Ela (2016) "Çağdaş Göç Teorileri Üzerine Bir Değerlendirme", İş ve Hayat, Cilt:2, Sayı:4, s.183.

Pahuja, Sundhya: "The Postcoloniality of International Law", Harvard International Law Journal, Cilt:46, Sayı:2, 2005, ss. 459-469.

Protocol Relating to the Status of Refugees, United Nations General Assembly resolution 2198 (XXI) of 16 December 1967. RG. 05.08.1968-12968.

Ravenstein, Ernst Georg: “The Laws of Migration”, Journal of the Statistical Society of London, Cilt:48, Sayı:2, 1885, ss. 167-235.

Regional Refugee Instruments & Related, Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, art. III, İnternet Kaynak: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html> Erişim Tarihi: 18.07.2020.

Robert, Paul: Le Petit Robert, Societe du Nouveau Littre 1978.

Rothstein, Robert L.: “Limits and Possibilities of Weak Theory: Interpreting North-South”, Journal of International Affairs, Cilt:44, Sayı:1, 1990, ss. 159-181.

Sağlam, Hakan: “Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerine Dair Kamuoyunun Tutumu ile Medyanın Genel Yayın Politikası Arasındaki İlişki: 2008’den 2017’ye Bir Karşılaştırma”, Erişim Tarihi: 18.07.2020.

Sert, Deniz: “The Oxymoron of Perpetual Temporary Protection: Syrians in Turkey”, Migraciones Internacionales, Cilt:8, Sayı:4, 2016, ss. 279-284, s. 281, İnternet Kaynak: <http://www.scielo.org.mx/pdf/migra/v8n4/1665-8906-migra-8-04-00279.pdf> Erişim Tarihi: 24.08.2020.

Shah, Jeena: “UDHR: Our North Star for Global Social Justice or an Imperial and Settler-Colonial Tool to Limit our Conception of Freedom?”, Pace International Law Review, Cilt:31, Sayı:2, 2019, ss. 569-576.

Shetty, Vikrant D.: “Why TWAIL Must Not Fail: Origins and Applications of Third World Approaches to International Law”, King’s Student Law Review, Cilt:3, Sayı:2, 2012, ss. 68-82.

Sirkeci, İbrahim/**Cohen**, Jeffrey H., Cities of Migration, “Not Migrants and Immigration, but Mobility and Movement”, Cities of Migration, 31.07.2013 İnternet Kaynak: http://citiesofmigration.ca/ezone_stories/not-migrants-and-immigration-but-mobility-and-movement/ Erişim Tarihi: 25.07.2020.

Smith, Adrian A.: “Migration, Development and Security within Racialised Global Capitalism: Refusing the Balance Game”, Third World Quarterly, Cilt:3, Sayı:11, 2016, ss. 2119-2138.

Smith, Herbert A.: Great Britain and the Law of Nations Volume I, P. S. King & Son, Ltd., London 1932.

Solarz, Marcin W.: “Third World’: The 60th Anniversary of a Concept that Changed History”, Third World Quarterly, Cilt:33, Sayı:9, 2012, ss. 1561-1573.

Sornarajah, M.: (2006) “Power and Justice: Third World Resistance in International Law”, Singapore Year Book of International Law, Cilt:10, 2006, ss. 19-57.

T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, “Katılım Ortaklığı Belgeleri”, İnternet Kaynak: https://www.ab.gov.tr/katilim-ortakligi-belgeleri_46226.html Erişim Tarihi: 16.08.2020.

T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, “Türkiye-AB Vize Muafiyeti Süreci ve Geri Kabul Anlaşması Hakkında Temel Sorular ve Yanıtları”, İnternet Kaynak: https://www.ab.gov.tr/files/pub/turkiye_ab_vize_muafiyeti_sureci_ve_geri_kabul_anlasmasi_hakkinda_temel_sorular_ve_yanitlari.pdf Erişim Tarihi: 18.08.2020.

T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, “Geçici Koruma Yönetmeliği ve Getirdiği Yenilikler”, İnternet Kaynak: https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/gk_yon_getirdigi_yenilikler.pdf Erişim Tarihi: 28.08.2020.

T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, “Hakkımızda”, İnternet Kaynak: <https://www.goc.gov.tr/hakkimizda> Erişim Tarihi 17.08.2020.

T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, “Şartlı Mülteci”, İnternet Kaynak: <https://www.goc.gov.tr/sartli-multeci> Erişim Tarihi: 17.08.2020.

T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, “Türkiye'nin Düzensiz Göçle Mücadelesi”, İnternet Kaynak: <https://www.goc.gov.tr/turkiyenin-duzensiz-gocle-mucadelesi> Erişim Tarihi: 17.08.2020.

The Universal Declaration of Human Rights (UDHR), UN General Assembly Resolution 217 A, Paris 10 December 1948.

Tokyay, Menekşe: “Araştırma: Türkiye'deki Suriyeli Gençlerin Yarısı Gitmek, Yarısı Kalmak İstiyor”, Euronews, 29.05.2020, İnternet Kaynak: <https://tr.euronews.com/2020/05/29/arast-rma-turkiye-deki-suriyeli-genclerin-yarisi-gitmek-yarisi-kalmak-istiyor>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

Tokyay, Menekşe: “Türkiye’de Halkın Yaklaşık Yüzde 70’i İçin IMF’den Borçlanma ‘Zehirli Bir Sözcük’”, Euronews, 06.05.2020, İnternet Kaynak: <https://tr.euronews.com/2020/05/06/turkiye-de-halk-n-yaklas-k-yuzde-70-i-icin-imf-den-borclanma-zehirli-bir-sozcuk-arast-rma>, Erişim Tarihi: 27.08.2020.

Tolay, Juliette: “Turkey’s “Critical Europeanization”: Evidence from Turkey’s Immigration Policies”: in (ed. Elitok, Seçil Paçacı/Straubhaar, Thomas), Turkey, Migration and the EU: Potentials, Challenges and Opportunities, Hamburg University Press, Hamburg 2012.

Toros, Atilla: “Takdim”, Göç Araştırmaları Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2015, ss. 7-8. s.7-8.

Turton, David: UNHCR, “Refugees, Forced Resettlers and “Other Forced Migrants”: Towards a Unitary Study of Forced Migration”, Working Paper No. 94, 2003, s.2. İnternet Kaynak: <https://www.unhcr.org/research/working/3f818a4d4/refugees-forced-resettlers-other-forced-migrants-towards-unitary-study.html> Erişim Tarihi: 18.07.2020.

Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Göç ve Uyum Alt Komisyonu: “Türkiye-Yunanistan Sınır Bölgesindeki Sığınmacı Geçişlerinin Yerinde İncelenmesine İlişkin Rapor”, 2020, s.5, İnternet Kaynak: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2020/edirne_rapor_kabul.pdf Erişim Tarihi: 10.07.2020.

Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Kabul Tarihi: 14.09.1994, RG 30.11.1994/22127.

UNHCR, “Suriye Acil Durumu”, İnternet Kaynak: <https://www.unhcr.org/tr/suriye-acil-durumu> Erişim Tarihi: 12.08.2020.

United Nations High Commissioner for Refugees: “Figures at Glance”, İnternet Kaynak: www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html, Erişim Tarihi: 25.08.2020.

United Nations High Commissioner for Refugees: “Figures at Glance”, İnternet Kaynak: www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html, Erişim Tarihi: 25.08.2020.

Uzun, Aytül: “Günümüzün Sosyal ve Ekonomik Sorunu Olan Suriyelilerin Mülteci ve Ekonomi Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi” Ankara Barosu Dergisi, Cilt:73, Sayı:1, 2015, ss. 105-120.

Verzjl, J.H.W.: International Law in Historical Perspective Volume I, AW Sijthoff, Leiden 1968, ss.435-436.

Weeramantry, Christopher G.: Universalising International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2004.

Woldemariam, Samuel B./**Maguire**, Amy/**von Meding**, Jason: “Forced Human Displacement, the Third World and International Law: A Twail Perspective”, Melbourne Journal of International Law, Cilt:20, Sayı:1, 2019, ss.248-276.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG 11.04.2013/28615.

Yardım, Müşerref: “Göçmen Algısından Mülteci Fobyasına: Avrupa Tecrübesi”, Sosyoloji Divanı, Cilt:6, Sayı:3, ss. 129-147.

Yılmaz, Recep: “Göçmen Bir Yönetmenin Objektifinden Sıla Olgusu: Fatih Akın Sineması Üzerine Bağlamsal Bir İnceleme”, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:5, Sayı:2, 2012, ss. 1-11.

Zolberg, Aristide R./**Suhrke**, Astri/**Aguayo**, Sergio: Escape From Violence: Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World, OUP 1989.

**^{4f} CEZA MUHALEMESİNDE SEGBİS (VIDEO KONFERANS YÖNTEMİNİN)
KULLANILMASI (DURUŞMALARDA SESLİ VE GÖRÜNTÜLÜ BİLİŞİM
SİSTEMİ/SEGBİS DÖNEMİ) VE COVID 19 (KORONAVİRÜS) PANDEMİSİ
SÜRECİNDE UYGULANABİLİRLİĞİ İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAH-
KEMESİNİN (AİHM'İN) SEGBİS UYGULAMASINA İLİŞKİN YAKLAŞIMI:
ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE MARCELLO/İTALYA
İÇTİHAH KARARI İŞİĞİNDA BELİRLENEN KRİTERLER**

*(THE USE OF VISION AND VOICE TRANSMITTING VIDEO CONFERENCE SYSTEM IN
CRIMINAL PROCEEDINGS (VIDEO CONFERENCE METHOD IN THE HEARINGS) AND ITS
FEASIBILITY DURING THE COVID 19 PANDEMIC AND THE APPROACH OF EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR) TOWARDS THE VISION AND VOICE TRANSMITTING
VIDEO CONFERENCE SYSTEM (THE VIDEO CONFERENCE METHOD): THE CRITERIAS
SET BY THE PRECEDENT JUDGMENT GIVEN IN THE ACTION OF MARCELLO
VIOLA/ITALY IN THE CONTEXT OF FAIR TRIAL)*

Av. Dr. Öğr. Üyesi Ramadan SANIVAR* **

ÖZ

Tüm Dünyayı etkisi altına alan COVID 19 Pandemisi, yargı mekanizmasını da olumsuz yönde etkileyerek birtakım aksaklıklara neden olmuştur. Zira bu salgın sürecinin halen devam etmesinden ötürü, yargıda hem hukuk hem de ceza davalarının duruşmaları yapılmaksızın ileriki tarihlere tehir edilmiş, sadece acil sayılan işlerin yürütülmesi ön planda tutulmuş ve bu durum yargı makamlarını adeta çalışamaz hale getirmiştir. Ancak başta İngiltere ve Galler, İtalya, Almanya ve İsviçre gibi bazı çağdaş ülkeler, teknolojinin sunduğu imkanlardan faydalanmayı, ses ve görüntü aktarımının yapıldığı iletişim araçlarını kullanarak video konferans yöntemi (SEGBİS) sayesinde (uzaktan erişim yoluyla-online şekilde) duruşmaların yapılmasını tercih etmiştir. Böylelikle Dünya Sağlık Örgütü'nün sürekli vurguladığı sosyal yaşamda insanlar arasındaki sosyal mesafe kuralı dikkate alınmak suretiyle virüsün yayılmasını önleyebilmek açısından bu süreçte tarafların duruşma salonuna bizzat gelerek ceza veya hukuk yargılamalarının yapılmasından kaçınılmıştır.

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 23.05.2021. İlk hakem raporu tarihi: 29.05.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 10.06.2021. Onaylanma tarihi: 24.06.2021

* Kıbrıs İlim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2828-1089.

Eserin Atıf Şekli: Ramadan Sanıvar, "Ceza Muhakemesinde SEGBİS (Video Konferans Yönteminin) Kullanılması (Duruşmalarda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi/SEGBİS Dönemi) ve Covid 19 (Koronavirüs) Pandemisi Sürecinde Uygulanabilirliği ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM'in) SEGBİS Uygulamasına İlişkin Yaklaşımı: Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Marcello/İtalya İçtihat Kararı İşığında Belirlenen Kriterler", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s. 1615-1666.

Hemen belirtilmelidir ki, ceza muhakemesinde adil yargılanma hakkı kapsamında sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve bununla bağlantılı olarak savunma hakkı, müdafiiiden yararlanma hakkı, müdafiiisi ile görüşme hakkı, yabancı ise tercüman yardımından ücretsiz faydalanma hakkı gibi sanık hakları son derece önem arz etmektedir. Hal böyle iken; (SEGBİS uygulamasıyla) Video Konferans yöntemiyle ifade alınması, sorgu yapılması veya sanığın duruşma salonuna getirilmeden bulunduğu ceza veya tutukevinden duruşmaya katılmasının sağlanması şeklindeki işlemler sırasında adil yargılanma hakkının ve kapsamındaki sanık haklarının kesinlikle ihlal edilmemesi gerekmektedir. Nitekim AİHM pilot kararlarından biri olan Marcello Viola/İtalya davasında belirlemiş olduğu kriterlere riayet edilmesi halinde video konferans yönteminin (SEGBİS uygulamasının) sakıncalı olmayacağını, adil yargılanma hakkının ve kapsamındaki sanık haklarının ihlal edilmeyeceğini içtihat haline getirmiştir. Çalışmamızda öncelikle SEGBİS uygulamasının ceza muhakemesine hakim olan ilkeler (doğrudan doğruyalık, yüz yüzelik, sözlülük ilkeleri) bakımından sorun teşkil edip etmediği incelenmiş, AİHS madde 6 çerçevesinde adil yargılanma hakkı ve kapsamındaki sanık hakları açısından önem taşıyan AİHM'in Marcello Viola/İtalya davasındaki pilot kararı üzerinde durulmuş, başta İtalya, İngiltere ve Galler, Almanya olmak üzere bazı ülkelerde COVID 19 pandemisi sebebiyle ceza muhakemesinde video konferans yönteminin nasıl kullanıldığı kısaca aktarılmış ve Türkiye ile Kuzey Kıbrıs'ta bu sistemin uygulanabilirliği tartışılarak her iki ülkenin mevzuatları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ceza Muhakemesi, Duruşma, Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS), Adil Yargılanma Hakkı, Sanık Hakları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM).

ABSTRACT

The COVID 19 pandemic which has effected the whole world, has also had a negative impact on the jurisdiction system and caused serious impediments. Due to the fact that this pandemic has been still going on, the hearings of both civil and criminal cases have been adjourned to a future date and only the urgent procedures have been given priority. Therefore, this has caused the jurisdiction authorities to come to a point that they have stopped working. Yet some of the civilized countries such as England and Wales, Italy, Germany and Switzerland, have preferred to use the opportunities offered by technology and have held their hearings by using communication systems such as (Vision and Voice Transmitting Video Conference System) video conference method by which voice and image was transferred online. Therefore, they avoided bringing the parties into the court rooms in person for civil or criminal case hearings, by taking into consideration the suggestions made by the World Health Organization continuously emphasizing that the social distance should be protected amongst people in their social lives in order to prevent the spread of the virus. We have to point out that in the criminal proceedings, the rights of the accused such as; to be present in the court room in person for his/her hearings and in relation to this the right of having a counsel and the right of meeting this counsel and the right of having an interpreter free of charge if a foreigner, are very crucial for a fair trial. As the case requires, without bringing the accused to the court room, interrogating or taking his/her testimony by (Vision and Voice Transmitting Video Conference System) video conference method from his/her current location; either from the prison or the remand house, it is very

important not to breach the right of a fair trial or the rights of the accused. As a result, it was considered as a precedent by one of the pilot judgments by ECHR (European Court of Human Rights) which is Marcello Viola/Italy and it was pointed out that as long as it is complied with the criterias set in the said action, using the video conference method will not have any negative impacts on the rights of the accused or on a fair trial. In our study, first of all the video conference method was analyzed to see if it had any negative impacts on the basic principles of criminal courts, later on we focused on the pilot judgment of ECHR; Marcello Viola/Italy; which is also important within the context of both the rights of the accused and European Convention on Human Rights Article 6, then briefly it was explained how the countries primarily such as Italy, England and Wales, Germany and Switzerland have had implemented video conference methods during their criminal hearings due to COVID 19 pandemic and as a result the possible implementation of this method in Turkey and also in North Cyprus was analyzed within the context of regulations of each country.

Keywords: *The Criminal Procedure, Hearing, Vision and Voice Transmitting Video Conference System, Right to Fair Trial, The Rights of Accused, European Court of Human Rights (ECHR).*

GİRİŞ

Esasen (şiddetli akut solunum sendromu koronavirüsü 2) Sars-Cov-2 olarak adlandırılan COVID 19 (teşhis edilen yeni tür koronavirüs) bulaşıcı hastalığı ilk kez 01.12.2019 tarihinde Çin'in Hubei bölgesinin başkenti Wuhan'da ortaya çıkmış ancak kısa bir süre içerisinde insandan insana hızlıca bulaşarak Avrupa ve Amerika kıtalarını etkisi altına almış ve en nihayetinde küresel bir sağlık krizine dönüşerek 11.03.2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi (küresel salgın) ilan edilmiştir. 22.06.2021 tarihi itibarıyla Dünyada 179.693.763 onaylanmış vaka, 164.383.399 iyileşen varken virüs nedeniyle 3.891.246 hastanın öldüğü kayıtlara geçmiştir².

Günümüzde Dünya Sağlık Örgütü yaptığı açıklamalarda COVID 19 (Koronavirüs) pandemisinin ne zaman son bulacağına bilinemediğini, belirsizliğin halen devam ettiğini, birkaç yıl daha sürebileceğini belirtmekte, birçok ülkede çalışmalar yürüten bilim insanları ise her ne kadar bazı aşilar bulunmuş olsa da uygulamada bu aşiların virüsü ortadan kaldırmaya yönelik kesin sonuçlar verip vermeyeceği, tam anlamıyla faydalı olup olmayacağı ve insan vücudu üzerinde kısa veya uzun vadede yan etkilerinin bulunup bulunmayacağını zamanla tespit edileceğini ifade etmektedir. Nitekim Ocak 2021 yılı içerisinde İngiltere'de söz konusu virüsün mutasyona uğrayarak daha fazla tehlikeli hale dönüşmesi ve bulaş riskinin artması ne yazık ki bulunan aşiların yetersiz kaldığını da göstermiştir³.

COVID 19 (Koronavirüs) pandemisi mahkemelerde sadece acil sayılan işlerin yürütülmesine, duruşmaların icra edilmeyerek ileriki tarihlere tehir edilmesine sebep olmuş başka bir ifadeyle sağlık, ekonomi ve diğer alanları olumsuz yönde etkilemesinin yanı sıra yargı mekanizmasında da ciddi aksaklıklar ortaya çıkarmıştır. Ancak başta İngiltere, İtalya, Almanya, İsviçre gibi bazı çağdaş ülkeler, virüsün halen daha yayılmaya devam ettiğini göz

² İstatistiki ve teorik bilgi için erişim adresi bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/COVID-19_pandemisi (Erişim tarihi: 23.06.2021)

³ İngiltere'de mutasyona uğrayan Covid 19 hakkında kısa bilgi için erişim adresi bkz. (Erişim tarihi: 14.05.2021) <https://www.euronews.com/2020/12/19/what-we-know-about-the-uk-s-more-infectious-coronavirus-strain>

önünde bulundurarak eskiden beri mevzuatlarında kabul ettikleri sesli görüntülü bilişim sisteminin (SEGBİS) (video konferans yönteminin) bu süreçte daha fazla tercih edilmesi gerektiğini benimsemiş ve bu sistemin aktif hale getirilerek uygulanması için adımlar atmışlardır. Böylelikle bu ülkelerde COVID 19 (Koronavirüs) pandemisi sebebiyle hem ceza hem de hukuk davalarının duruşmalarına iletişim araçları kullanılmak suretiyle (bilgisayar, telefon ve internet programları vasıtasıyla) uzaktan erişim yoluyla online video konferans yöntemi (SEGBİS) sayesinde devam edilebileceği yasal düzenleme ile zorunlu kılınmış, aksi takdirde duruşmaların ertelenip ötelenmesinin telafisi mümkün olmayan zararlar doğuracağı, örneğin ceza yargılamalarının uzamasına sebebiyet vereceği ve keza ileride yargının tüm sujeleri açısından işyükünün çok fazla artacağı ileri sürülmüştür.

Çalışmamızda SEGBİS (video konferans yöntemi) uygulamasının öncelikle tanımı ve yargılama açısından faydaları belirtilecek, bu uygulamanın ceza muhakemesine hakim olan ilkeler (doğrudan doğrualık, yüz yüzelik, sözlülük) ile adil yargılanma hakkı ve kapsamındaki sanık hakları açısından sorun teşkil edip etmediği incelenecek, AİHM'in Marcello Viola/İtalya davasında konuya ilişkin belirlemiş olduğu kriterler üzerinde durularak, mukayeseli hukukta bazı ülkelerin mevzuatları ve uygulamalarından kısaca bahsedilecektir. Yine meşru kabul edilebilir nitelikteki makul gerekçelerle ve/veya COVID 19 (Koronavirüs) pandemisi sebebiyle Türkiye ve Kuzey Kıbrıs'ta SEGBİS'in uygulanabilirliği tartışılarak her iki ülkenin mevzuatları kısaca değerlendirilecektir.

I. SEGBİS (Video Konferans Yöntemi) Uygulamasının Tanımı ve Ceza Muhakemesine Hakim Olan İlkeler ile Adil Yargılanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

A. Tanımı ve Yargılama Açısından Faydaları

COVID 19 (Koronavirüs) pandemisinin ortaya çıkması ile birlikte daha fazla önem kazanan fakat birçok ülkede eskiden beri uygulanan SEGBİS (Video Konferans yöntemi) için yapılabilecek en geniş tanım; “ifade alma ve sorgulama işlemleri ile duruşmaların sesli ve görüntülü olarak kayıt altına alınmasına, duruşmanın yapıldığı mekanda bulunamayan (mahkemede duruşma salonunda hazır bulunamayan) tarafların (şüpheli, sanık, tanık, şikayetçi ve diğer kişilerin) video konferans yöntemiyle duruşmaya katılmalarına imkan veren ve dinlenmesini, ifade alma işlemlerinin gerçekleştirilmesini sağlayacak sistem” şeklinde olabilmektedir⁴. Bu tanımdan yola çıktığımızda yargılama açısından genel olarak faydalarına bakıldığında, ilk nazarda bu uygulamanın farklı yerlerde ikamet eden tarafların, tanıkların, bilirkişilerin kendilerinin veya vekillerinin buldukları yerden duruşmaya katılmalarını sağlayabileceğini, tanıkların baskı altında kalmaksızın daha rahat davranarak ifade verebile-

⁴ Bu geniş tanım için bkz. DURSUN, Gizem, “**Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi**”, Bahçeşehir Üniversitesi, C. 11, S. 143-144, Temmuz-Ağustos 2016, s. 135; ACAR, Sami/GÜRSOY, Hülya, “**Türkiye Mahkemelerinde Sesli ve Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasında Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği**”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2012, s. 131; AYDIN, Seda Gayretli, “**Medeni Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma**”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 2104; TC Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme Eğitimi Bilgisayar ve UYAP Bilişim Ders Notları, Ankara 2015, S. 36. Erişim adresi için bkz. <http://www.edb.adalet.gov.tr/duyurular/iimnotlar/uyap.pdf> (12.02.2021).

ceğini (örneğin; aile içi şiddet gören bir eş ya da çocuk tanıklık yaparken şiddet gösteren tarafla aynı salonda bulunmamanın rahatlığıyla ifade vermesi gibi) yine yurtdışında bulunan taraf ya da tanıkların da bu suretle buldukları yerden ifade verebileceğini böylece yargılamanın daha süratli ve daha ekonomik olarak yürütüleceğini söyleyebiliriz⁵. İçinde bulunduğumuz pandemi koşullarında SEGBİS uygulaması virüsün yayılmasını önleyebilmek adına mahkeme koridorlarındaki yoğunluğun azaltılması açısından son derece önem arz etmektedir. Gerçekten SEGBİS sayesinde ifadeler ve duruşma, video kaydına alınmakta, tutanaklar bu kayıtlara göre düzenlenerek, video kayıtları taraflarca (ceza muhakemesinde mahkeme, Cumhuriyet savcısı, müdafii veya sanık konumundaki kişi/kişiler) sonradan tekrar tekrar izlenebilmekte, hataların yapılması önlenmekte, iddialar ve itirazlar ciddi oranda azalarak video kayıtlarıyla doğrular/gerçekler kolaylıkla ortaya çıkarılmaktadır⁶. Bu bağlamda, SEGBİS uygulamasının, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşmada etkili olduğu kanaatindeyiz.

B. Ceza Muhakemesine Hakim Olan İlkeler Bakımından Sorun Teşkil Edip Etmediği

1. Doğrudan Doğruluk İlkesi

Ceza muhakemesine hakim olan ilkelerden biri doğrudan doğruluk ilkesi olup, bu ilke mahkemenin veya hakimin delillerle doğrudan doğruya temasta olması, bizzat değerlendirecek karar vermesi anlamına gelmektedir⁷. Başka bir ifadeyle, duruşmanın doğrudan doğruluğu mahkemenin veya hakimin, kişiler (tanık, bilirkişi veya sanık) ve olayın tüm delilleriyle birebir karşı karşıya gelmelerini, onlarla doğrudan temas etmelerini ve delil ikamesinin başka mahkemeye veya hakime bırakılmamasını ifade etmektedir⁸. Dolayısıyla kararı verecek olan mahkeme veya hakim, delil sözlü ise, dinleyecek, yazılı ise okuyacak, eşya veya iz şeklinde ise, görecektir⁹. Yani bu ilke ile kast edilen, yargılamayı yürüten mahkeme veya hakimin kişileri (tanık, bilirkişi veya sanık gibi) doğrudan doğruya dinlemesi, delilleri görmesi veya okumasının gerekli olduğudur. Araya bir vasita girdiği takdirde hakimin elde ettiği delil doğrudan doğruya değil, dolaylı olacaktır¹⁰. Doğrudanlık ilkesi, şekli anlamda doğrudanlık ve maddi anlamda doğrudanlık olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

⁵ Katıldığımız bu görüş için bkz. AYDIN, Seda, “... Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, s. 2105.

⁶ YERDELEN, Erdal, “Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, Bilişim Hukuku Dergisi, S. 2, 2019, s. 273; GÖZEL, Arif, “Yargılamada Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) Kullanımı”, Academia, (08.02.2021) Erişim adresi için bkz.

https://www.academia.edu/12580753/Yarg%C4%B1lamada_Ses_ve_G%C3%BCnt%C3%BC_Bili%C5%9Fim_Sistemi_SEGB%C4%B0S_Kullan%C4%B1m%C4%B1

⁷ DURSUN, Gizem, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı...”, s. 150.

⁸ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yay., 10. Baskı, Ankara 2017, s. 75, 76, YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yay., 5. Baskı, Ankara 2017, s. 77.

⁹ ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 145, 146.

¹⁰ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yay., 13. Baskı, İstanbul 2016, s. 693; YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, İstanbul 2005, s. 406; ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruluk İlkesi)**, (İspat), Yetkin Yay., Ankara 2001, s. 25.

Şekli anlamda doğrudanlık “hakimin delile yakınlığı”, maddi doğrudanlık ise “hakimin deliller içinde konuya en yakın delil aracını kullanması” olarak tanımlanabilmektedir¹¹.

Günümüzde halen daha SEGBİS kullanımının doğrudan doğruyalık ilkesine sorun teşkil edip etmediği tartışma konusudur. Zira SEGBİS uygulaması, mahkeme veya hakim ile dinlenilecek kişi arasına fiziksel anlamda bir vasıta olarak girmektedir. Ancak hukuken SEGBİS ile alınan beyanların dolaylı mı yoksa doğrudan mı olduğu konusunda tartışmalı farklı görüşler mevcuttur. Şöyle ki, bir görüşe göre; hakimin tanık konuşurken onu görmesi, jest ve mimiklerini izlemesi, delilin değerlendirilmesinde önemli rol oynamaktadır. Bu görüştekiler, huzurda beyanı alınacak olan kişinin, karar verecek makam tarafından fiziksel anlamda tam olarak algılanıp incelenemesinin gerekliliği üzerinde durmaktadır. Dolayısıyla SEGBİS ile doğrudan doğruyalık ilkesinin uyuşmayacağını, bir beyanın huzurda alınması ile SEGBİS vasıtasıyla alınması arasında fark oluşacağını zira niteliği itibarıyla SEGBİS'in bir sesli-görüntülü iletişim vasıtası olarak bilindiği, bir obje veya sujenin, videodan izlenip incelenerek kafada oluşturacağı algı ile fiziksel anlamda aynı mekanda bulunarak gözlemek suretiyle oluşturacağı algının farklı olacağını, en nihayetinde SEGBİS vasıtasıyla alınan beyanların bu ilke ile çelişeceği ileri sürülmektedir¹². Kaldı ki bu görüştekiler; SEGBİS kullanımının, özellikle hapis cezasının ertelenmesi, cezanın takdir edilmesinde ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumları açısından çok da yerinde bir uygulama olmadığını aktarmaktadır. Söz konusu hapis cezasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması ya da cezanın takdir edilmesi, fiziken duruşma salonunda bulunmayan sanığın özellikle yargılama sürecinde gösterdiği hal ve davranışlarının örneğin pişmanlığının mahkemece tespit edilmesi ve değerlendirilmesinde sağlıklı olmayacağını (kanaatin mahkeme nezdinde nasıl oluşacağını belirsizliğini) savunmaktadırlar¹³. Keza duruşma sırasında elektrik, internet ve diğer teknik aksaklıklarında yaşanabileceği, bu durumun doğrudan doğruyalık ilkesiyle bağlantılı olan kesintisizlik ilkesine de ters düşebileceğini, örneğin; altyapısı gelişmiş olmayan yerlerde SEGBİS vasıtasıyla yürütülen duruşmalarda çıkacak olası aksaklıklar sebebiyle, duruşmaların kesintisizliğine zeval geleceğini ve duruşma planının aksayacağını da belirtmektedirler¹⁴. Katıldığımız görüş ise, duruşmaların SEGBİS suretiyle icra edilmesinin doğrudan doğruyalık ilkesine zarar vermediği yönünde-

¹¹ AYDIN, Seda, “... Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, s. 2118.

¹² KALE, Serdar, “Ses ve Görüntünün Nakledilmesi Yoluyla Duruşmanın İcrası”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C. 2, S. 25, 2013, s. 144; AYDIN, Seda, “...Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, s. 2119; KAVGACI, Çağrı, “Ceza Yargılamasına Hakim İlkeler Işığında SEGBİS” (30.09.2020), Erişim adresi: <https://www.hukukcukufasi.com/ceza-yargilamasina-hakim-ilkeler-isinginda-segbis/> 10.02.2021) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yay., 12. Baskı, Ankara 2016, s. 26 ve 558; YENİDÜNYA, Caner/İÇER, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yay., 1. Baskı, Ankara 2016, s. 544. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. KAVGACI, Çağrı, “Ceza Yargılamasına Hakim İlkeler Işığında SEGBİS” (30.09.2020), Erişim adresi: <https://www.hukukcukufasi.com/ceza-yargilamasina-hakim-ilkeler-isinginda-segbis/> 10.02.2021)

¹³ DURSUN, Gizem, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı...”, s. 151, 152; KARAKEHYA, Hakan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş Yay., Ankara 2008, s. 237;

¹⁴ KAVGACI, Çağrı, “Ceza Yargılamasına Hakim İlkeler Işığında SEGBİS” (30.09.2020), Erişim adresi: <https://www.hukukcukufasi.com/ceza-yargilamasina-hakim-ilkeler-isinginda-segbis/> 10.02.2021)

dir. Zira gelişmiş SEGBİS uygulaması ile mahkemenin, delilleri görmesi veya okuması, kişiler ile temasa geçebilmesi ve beyanlarının doğrudan değerlendirilmesi mümkün olabilmektedir. SEGBİS aracı bir vasıta olmasına rağmen, hukuken SEGBİS ile alınan beyanların dolaysız olduğu görülmektedir¹⁵. Gerçekten teknolojinin sunduğu en üst düzeydeki imkanlar ile oluşturulan SEGBİS (video konferans yöntemi) sayesinde kişilerin buldukları ortam her açıdan gözlemlenebileceği gibi, birden fazla kişinin aynı anda “duruşma salonu” olarak kabul ettiğimiz oturuma, paylaşılan bağlantı ile eş zamanlı katılabilmesi de söz konusudur. Yine mahkemenin tespitlerini ve kanaatini oluşturması bu sistem ile hiç de zor değildir. Yüksek çözünürlük kalitesinde hizmet veren SEGBİS yazılımı sayesinde duruşma sırasında uzaktan dinlenen kişinin (örneğin; tanığın, müştekinin, şüphelinin veya sanığın) tüm jest ve mimikleri de kolayca görülebilecek, o anki fiziksel durumunun tahlili yapılabilecektir. Böylelikle hakim ile dinlenecek olan kişinin aynı mekanda olmasına gerek yoktur. Hemen belirtilmelidir ki, kural özellikle kişilerin duruşma salonunda hazır olması, hakim ile dinlenecek kişinin aynı mekanda bulunması, delillerin fiziksel olarak aynı yerde görülmesi veya okunması ve ceza muhakemesinde doğrudan doğrudanlık ilkesinin bu çerçevede sağlanmasıdır. Ancak bu ilkeyi mutlak şekilde değerlendirmek yani bu ilkenin uygulanabilmesi için duruşma salonunda hazır olmayı istisnasız kabul etmek, aynı mekanda bulunmalarını kesinlikle zorunlu tutmak ceza muhakemesinin işleyişi açısından aksamalara neden olabilecektir. Hatta kanaatimizdir ki, içinde bulunduğumuz pandemi koşulları değerlendirildiğinde olağanüstü, istisnai, zaruri bir durum karşımıza çıkmaktadır. Yani virüsün yayılmasını önleyebilmek adına mahkeme koridorlarının ve duruşma salonlarının yoğunluğunu azaltmak elzemdir. Hal böyle iken; doğrudan doğrudanlık ilkesi bakımından bir takım istisnaların kabul edilmesi suretiyle, ilke ile muhakemenin daha etkin biçimde yürütülmesi amacı arasında bir denge sağlanmaya çalışılmalıdır¹⁶. Lakin gelişen altyapı sistemleri göz önüne alındığında, yukarıda bahsettiğimiz bu tarz olası problemlerin (teknik aksaklıklar vb. gibi) ortaya çıkma ihtimalinin düştüğünü söylemek de mümkündür¹⁷. Gerçekten SEGBİS günden güne doğrudan doğrudanlık ve bununla bağlantılı olan kesintisizlik ilkelerine daha paralel bir vasıta olmaya dönüşmektedir.

2. Sözlülük İlkesi

Ceza muhakemesinde önemli olan ilkelere bir diğeri ise, sözlülük ilkesidir. Bu ilke, esasen doğrudan doğrudanlık ilkesinin bir gereği olarak nitelendirilir¹⁸. Çünkü doğrudan doğrudanlık ilkesi gereği gibi yerine getirildiği takdirde, sözlülük ilkesi de sağlanacağı ifade edilmelidir. Nitekim sözlülük ilkesi ile doğrudan doğrudanlık ilkesinin aslında aynı değerleri koruduğunu düşünmek mümkündür¹⁹. Sözlülük ilkesi, duruşmada sözlü şekilde söylenmiş hususların karara temel teşkil edemeyeceğini ortaya koyan bir ilkedir²⁰. Yani özellikle sanığın sorgusu, tanıkların dinlenmesi, son iddia ve savunmalar hep sözlü yapılmalı, duruş-

¹⁵ AYDIN, Seda, “...Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma”, s. 2119.

¹⁶ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 268; YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 407; DURSUN, Gizem, “Sanığın Duruşmada Bulunma Hakkı...”, s. 150, 151.

¹⁷ KAVGACI, Çağrı, “**Ceza Yargılamasına Hakim İlkeler Işığında SEGBİS**” (30.09.2020), Erişim adresi: <https://www.hukukcukafasi.com/ceza-yargilamasina-hakim-ilkeler-isiginda-segbis/> 10.02.2021)

¹⁸ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 149; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 75.

¹⁹ ŞAHİN, Cumhur, (**İspat**), s. 27; YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 407.

²⁰ DURSUN, Gizem, “Sanığın Duruşmada Bulunma Hakkı...”, s. 152.

mada konuşulmamış hususların karar verme sırasında göz önünde tutulmaması gerekmektedir²¹.

Sözlülük ilkesi, mahkeme veya hakimin yargılama sujeleriyle yakından temasa geçmesi suretiyle yargılamanın daha canlı ve doğrudan yürütülmesini sağlamaktadır. Örneğin; tanığın bizzat ifade vermesi gereken hususlarda ve yemin gibi usullerde sözlülük ilkesi daha fazla önem arz etmektedir. SEGBİS uygulamasının sözlülük ilkesine aykırılık değil, aksine kolaylık getirdiği görülmektedir²². Sözlülük ilkesini, dijital teknolojiyi içine alacak şekilde günümüz şartlarına uygun olarak yorumlamalıyız.

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ile sözlülük ilkesi sıkı bir ilişki içerisinde dir. Zira sözlülük ilkesinin yürütülen bir ceza muhakemesinde sağlanabilmesi için, sanığın duruşmada hazır bulunması zorunluluk arz etmektedir. Aksi takdirde sözlülük ilkesinin gereği gibi yerine getirilmesi söz konusu olmayacaktır²³. Kanaatimizce SEGBİS uygulaması sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını elinden almıyorsa ceza muhakemesinde sözlülük ilkesi açısından herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla burada önemli olan söz konusu sistemin doğru şekilde gereği gibi kullanılmasıdır. Aksi takdirde SEGBİS uygulaması adil yargılanma hakkının ihlaline sebep olabilecektir. Hemen belirtilmelidir ki, adil yargılanma hakkının gerçekleştiğini söylemek için mevcut olması gereken haklardan biri sanığın duruşmada hazır bulunma hakkıdır²⁴. Sanığın kendini savunma ve bir tercümandan yararlanma haklarının varlığı, esas itibarıyla bu hakkı da ifade etmektedir. Böylece sanığın savunma ve muhakemeye yön verme hakkı da garanti altına alınmış olur²⁵. Kısacası SEGBİS uygulaması ile sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının elinden alınmamasına özen gösterilmeli ve bu şekilde sistemin kullanılması gerekmektedir.

3. Yüz yüzelik İlkesi

Yüz yüzelik ilkesi, duruşmada hazır bulunması gereken diğer kişiler gibi sanığın da mahkeme huzurunda bulunmasıyla muhakemenin yürütülmesini ifade etmektedir²⁶. Bu ilke, yargılama makamınca, muhakemenin tarafların hazır bulunması suretiyle yüze karşı gerçekleştirilmesi ve bu suretle çelişmenin en iyi biçimde sağlanması olarak açıklanabilir²⁷. Benzer bir anlatımla, yüz yüzelik yargılamada bulunması gereken kişilerin karşılıklı olabilmesi-

²¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 73, 74; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 149; YENİSEY/NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 78.

²² Katıldığımız bu görüş için bkz. PEKCANTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, **Medenî Usul Hukuku Temel Bilgiler**, Yetkin Yay., 10. Baskı, Ankara 2016, s. 179; PEKCANTEZ, Hakan, **Medenî Usul Hukuku**, On İki Levha Yay., 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 1155; AYDIN, Seda, **“... Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma”**, s. 2122.

²³ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2013, s. 294

²⁴ SCHROEDER, Friedrich-Christian/PEUKERT, Wolfgang/YENİSEY, Feridun, **Ceza Muhakemesinde “Fair Trial” İlkesi**, İstanbul Barosu CMUK, Uygulama Servisi Yay., İstanbul 1999, s. 108.

²⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 77. Ayrıca bu konuda bilgi için bkz. ÜNVER/HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 558; YENİDÜNYA/İÇER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 544.

²⁶ ŞAHİN, Cumhur, **(İspat)**, s. 165.

²⁷ ŞAHİN, Cumhur, **(İspat)**, s. 165.

ni ve bu şekilde iletişim kurabilmelerini gerektirmektedir²⁸. Sanığın duruşmada bulunma hakkı ile sıkı bir ilişki içerisinde olan yüz yüzelik ilkesi son derece önem arz etmektedir. Gerçekten adil yargılanma hakkı, yüz yüze yargılama hakkının kişilere sağlanmasını kapsamına almaktadır.

Ceza muhakemesinde SEGBİS uygulamasının yüz yüzelik ilkesine aykırı olmadığı gibi, ilkenin gereği gibi yerine getirilebilmesi açısından da faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Şöyle ki, örneğin; video konferans yöntemiyle yargılamanın sujeleri (özneleri) ve ifade veren kişiler, huzurdaymış gibi yüz yüze getirilebileceklerdir. Video kayıtları, soruşturma veya kovuşturma işleminin yapıldığı sırada hazır bulunmayan yargılama sujeleri tarafından, sonrada izlenebilecek ve böylece yüz yüzelik ilkesi nispeten uygulanmış olacaktır²⁹. Örneğin; soruşturma aşamasında alınan ifadeler mahkemece izlenebilecektir. Bunun sonucunda mahkeme, söz konusu ifadenin doğruluğunu daha iyi takdir edebilecektir. Yine kişi (sanık, tanık, şikayetçi gibi) başka bir mahkeme huzurunda istinabe yoluyla dinlenmek yerine bu yolla etkin biçimde, yargılamayı yürüten mahkeme karşısında muhakemeye katılabilecektir³⁰. Ancak aksi görüştekiler, özellikle sanığın SEGBİS uygulaması ile duruşmalara uzaktan katılmasının yüz yüzelik ilkesini sağlamadığını savunmaktadır³¹.

Kanaatimizce SEGBİS uygulaması ile yargılamanın tarafları, ifadeleri alınacak veya sorgusu yapılacak kişileri huzurlarında görebileceği, bunların hal ve hareketlerini izleyebileceği ve ifade alma veya sorgu işlemine katılarak soru sorabileceklerdir³². Gerçekten SEGBİS video konferans yöntemiyle, yargılamanın sujeleri yüz yüze getirilerek asil yetkili soruşturma veya kovuşturma makamlarının kendi işlemlerini bizzat yapmaları sağlanmaktadır. Uzakta bulunan ve ifadeleri alınacak veya sorgusu yapılacak kişiler, sistem sayesinde o dosya için esas yetkili olan yargılama makamı huzuruna çıkmaktadırlar. Böylelikle, hal ve hareketlerin izlenmesi, ifade alma, sorgu ve tutuklama işlemini bizzat bu yargılama makamının yapması mümkündür. İşte bunun sonucunda yukarıda bahsettiğimiz doğrudan doğruyalık ilkesi, yüz yüzelik ile silahların eşitliği ilkelerinin uygulanması sağlanmış olmaktadır³³. Hemen belirtmelidir ki, SEGBİS video konferans yöntemi ile, ilgililerin huzuru dışında dinlenen tanıkların ses ve görüntüleri, ilgililerin huzuruna aktarılabilmekte, aktarma sırasında ses ve görüntü bozmak suretiyle tanıkların korkmadan ve etki altında kalmadan beyanda bulunabilmeleri, kimliklerinin saklı tutulması ve aynı zamanda silahların eşitliği ve yüz yüzelik ilkelerinin uygulanması da sağlanmaktadır³⁴.

İçinde bulunduğumuz pandemi koşullarını değerlendirdiğimizde ise, ceza infaz kurumlarında bulunan özellikle hükümsüz tutukluların (davası henüz sonuçlanmamış tutuklu bulunan sanıkların) SEGBİS video konferans yöntemiyle ceza infaz kurumundan duruşma-

²⁸ DURSUN, Gizem, “Sanığın Duruşmada Bulunma Hakkı..”, s. 153, 154; TOSUN, Yemliha Uğur, “Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin İnsan Hakları Açısından Önemi”, HUKAB Dergi, S. 6, s. 6, 7. Erişim adresi için bkz. <http://www.hukabdergi.com/p2471/> (18.01.2021).

²⁹ YELDENER, Erdal, “Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, s. 273, 274; GÖZEL, Arif, “Yargılamada Görüntülü ve Sesli Bilişim Sistemi Kullanımı”, s. 8.

³⁰ AÇIKMEŞE, Turan/KARASHAHİN, Ulvi, “Sesli Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS)”, UYAP Bilişim Dergisi, No. 5 (2012), s. 26; ACAR/GÜRİSOY, “... Ceza Mahkemeleri Örneği”, s. 133.

³¹ ŞEN, Ersan, “Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı (Mahkeme)”, s. 3. Erişim adresi için bkz. <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1830305-sanigin-mahkemeye-cikma-hakki> (16.01.2021)

³² ACAR/GÜRİSOY, “... Ceza Mahkemeleri Örneği”, s. 131.

³³ YELDENER, Erdal, “Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, s. 274, 275.

³⁴ AÇIKMEŞE/KARASHAHİN, “Sesli Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS)”, s. 27.

lara katılmaları ve ifadelerinin alınması sağlanabilmelidir³⁵. Zira bu uygulama sayesinde hem kamu sağlığı açısından risk taşımayacak, hem kamu güvenliği ve kamu düzeni bakımından ciddi problemlerin doğması engellenecek (örneğin; suç işlenmesinin önlenmesi, mağdur veya tanıkların zarara uğraması ya da korkutulması ihtimali ortadan kalkacak) hem de yol nakil masrafları (örneğin; sevklerin masraflı olması) önemli ölçüde azalacaktır³⁶. Ancak SEGBİS video konferans yöntemi uygulanırken elektrik, internet, çözünürlük ve diğer sorunların yaşanmaması için öncelikle gelişmiş bir altyapı sisteminin gerek mahkeme duruşma salonunda gerekse ceza infaz kurumunda oluşturulması önem arz etmektedir. Aksi takdirde yaşanabilecek aksaklıklar ceza muhakemesine hakim olan ilkelerin uygulanmasını zorlaştıracak ve doğal olarak adil yargılanma hakkını tehlikeye düşürebilecektir.

C. Adil Yargılanma Hakkı Bakımından İnceleme ve AİHM'in Yaklaşımı

1. Adil Yargılanma Hakkı ve SEGBİS Uygulaması

Günümüzde demokratik devlet olmanın vazgeçilmez unsurlarından olan ve evrensel nitelikli insan haklarından “Adil yargılanma hakkı”, hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve adaletin en önemli koruyucularından biridir³⁷. Başka bir anlatımla, adil yargılanma, bireyler için bir hak, mahkemeler ve dolayısıyla devlet için bir görevdir³⁸. Adil yargılanma hakkı, herkesin yasal olan araç ve yolları kullanarak, bağımsız ve güvenceli olan her türlü yargılama makâmı huzurundaki hak arama özgürlüğünü simgelemektedir. Bu özgürlüğü kullanırken bireyler, yargılamanın, usul ve esas ilkelerine uygun şekilde başlatılıp, yürütülüp sonuçlanmasını isteme hakkına sahiptir³⁹.

Adil yargılanma hakkı, hukuki uyumsuzluklarda da söz konusu bir kavram olmasına rağmen, genellikle uygulamada ceza yargılamasıyla gündeme gelmektedir. Zira her ceza yargılamasında devlet, sanığa muamele şekliyle insan hakları açısından bir sınavdan geçmektedir⁴⁰.

Adil yargılanma hakkı, uluslararası geçerliliği ve taraflarını bağlayıcılığı olan bir sözleşme hükmü kimliğindeki ifadesini, 04.11.1950’de Roma’da imzalanan ve 03.05.1953

³⁵ Hükümlü ve tutukluların SEGBİS video konferans yönteminin uygulanmasıyla ceza infaz kurumundan duruşmalara katılmaları ve adil yargılanma hakkı konusunda bilgi için bkz. GÜNER, Halil, “SEGBİS Sisteminin Ceza Evi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi,” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, No. 99, Kasım 2014, s. 88.

³⁶ Bu yöndeki görüş için bkz. ACAR/GÜRİSOY, “... Ceza Mahkemeleri Örneği”, s. 133.

³⁷ KAŞIKARA, M. Serhat, *AİHS Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Ve Türkiye*, Adalet Yay., Ankara 2009, s. 2.

³⁸ BAŞARAN, Başar, “Adil Yargılanma Hakkı”, TC Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 31; DOĞAN, İlhan, “AİHS’de Adil Yargılanma Hakkı: 6. Madde”, TC DÜ Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2008, s. 3.

³⁹ AŞÇIOĞLU, Çetin, “Yargıda Temel Sorun: Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı”, YTD, İnsan Hakları Özel Sayısı, C. 2, No: 22, Ankara Temmuz/Ağustos 1998, s. 940. Erişim adresi: <http://www.turkhukuk sitesi.com> (20.01.2021)

⁴⁰ SANIVAR, Ramadan, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Sanığa Tanınan Temel Haklar” Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mart 2012, Gazimagusa, Kuzey Kıbrıs, s. 14.

tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bulunmaktadır⁴¹. AİHS'in, adil yargılanma hakkını ifade eden, 11'inci Protokol ile değiştirilerek yeniden düzenleme altına alınan ve pek çok hak ve ilkeyi içeren 6'ncı maddesi önem arz etmektedir. Söz konusu maddenin başlığı, Sözleşme'ye 11'inci Protokol ile eklenmiştir. Adil yargılanma hakkı, sadece AİHS değil, aynı zamanda Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 14 gibi diğer uluslararası sözleşmeler sayesinde, birçok ülkenin Anayasalarında ve Ceza Muhakemesi Kanunlarında da güvence altına alınıp düzenlenmiştir.

Adil yargılanma hakkının kapsamını açıkça belirten AİHS m. 6, üç bentten oluşmakta, Sözleşme'de yer alan en uzun maddelerdendir⁴². AİHS'in bu maddesi, AİHM içtihatları göz önüne alınarak açıklanması gerektiği ifade edilmelidir. AİHS m. 6'yı incelediğimizde; Kanuni, bağımsız ve tarafsız mahkeme, makul süre içerisinde yargılanma, aleniyet, davanın hakkaniyete uygun olması ilk fıkrada yer alan adil yargılanma hakkının unsurlarından olduğu görülmektedir. Yine Sözleşmenin, temelde masumiyet (suçsuzluk) karinesini, suçlanan kimsenin isnadı öğrenme, müdafii yardımından yararlanma, konuşulan dili anlamadığı takdirde tercüman yardımından yararlanma hakkını koruma altına aldığı ve duruşmada bulunma hakkı açısından da özellikle savunma hakkının önem taşıdığı tespit edilmektedir⁴³. Nitekim adil yargılanma hakkının da bir gereği olan savunma hakkının sağlanabilmesi için sanığa duruşmada hazır bulunma hakkının tanınmasıyla mümkün olabilecektir⁴⁴. Kaldı ki,

⁴¹ ÖZMEN, Necmeddin, “Adil Yargılanma İlkesinin Gelişim Süreci ve AİHS Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı”, TC GÜ Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 23; DOĞAN, İlhan, “AİHS’de Adil Yargılanma Hakkı: 6. Madde”, s. 12.

⁴² AİHS m. 6; Adil Yargılanma Hakkı

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan ve anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

⁴³ KARAKEHYA, Hakan,... Ceza Muhakemesinde Duruşma, s. 37.

⁴⁴ DURSUN, Gizem, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı...”, s. 146, 147; TÜRKEL, Adem, “Ceza Yargılamasının Kovuşturma Aşamasında Adil Yargılanma Hakkı”, Çanakkale On Sekiz Mart Üniversitesi SBE (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (Danışman: Kaya, İbrahim), Çanakkale 2010, s. 147. Ayrıca sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve adil yargılanma hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DONAY, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku (Sanık), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 37 vd; İNCEOĞLU, Sibel, İHAM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yay., 3. Baskı, İstanbul 2008, s. 257 vd; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 50 vd; GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara 2013, s. 294; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR,

sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı kavramı, sanığın hakkında kovuşturma yürütülen mahkeme huzurunda bulunabilme, delillerle ve muhakemenin diğer tarafıyla etkileşim içerisinde bulunabilme, yargılama makamıyla doğrudan doğruya iletişim içerisinde olabilme ve müdafii yardımından da faydalanabilmesi kapsamına almaktadır⁴⁵. Esasen AİHS m. 6/3 c bendi ve m. 6/3 e bendi dolaylı olarak sanığın duruşmada hazır bulunma hakkına yer vermektedir. Bu düzenlemeler vasıtasıyla sanığa muhakemede bir suje olarak yer alma, muhakemeye yön verme ve kendisini savunabilme imkanı tanınmakta, adil yargılanma hakkı koruma altına alınmaktadır⁴⁶. Örneğin; özellikle Anglo Sakson hukuk sistemi benimseyen ülkelerde (İngiltere ve Galler, Kuzey Kıbrıs gibi) çapraz sorgu (cross examination) veya diğer adıyla istintak açısından sanığın duruşmada hazır bulunması son derece önem arz etmektedir. Çünkü sanık duruşmada hazır bulunarak, iddia makamının getirdiği tanıkları sorgulamaktadır. Dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eden; sanığın keyfi biçimde duruşmada bulunma hakkının elinden alınması yada duruşmada hazır bulunmasına uygun ortam ve imkanların sağlanmamasıdır⁴⁷.

Kanaatimizce sanığın duruşmada hazır bulunmasının bir hak mı yoksa yükümlülük mü teşkil ettiği sorusuna verilmesi gereken yanıt, ağırlıklı olarak hazır bulunmanın bir hak olduğu yönündedir. Çünkü yargılamayı takip etmede menfaatinin olması, temelde savunmasını gerçekleştirilebilmesi, delil ileri sürebilmesi ve ileri sürülen delilleri değerlendirebilme olanağının bulunması söz konusudur⁴⁸. Sanığın duruşmada hazır bulunmasını bir hak olarak kabul ettiğimizde, sanığın savunma hakkı, adil yargılanma hakkı ve bu anlamda da aslında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gerekliliği korunmaktadır. Nitekim maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile de yargılama sonucunda belki de suçsuz olan sanığın cezalandırılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır⁴⁹. Öte yandan Türk hukuku öğretisinde sanık için bir hak niteliğinde olduğu kadar aynı zamanda yükümlülük de teşkil ettiği ifade edilmektedir⁵⁰. Kaldı ki gerek Türkiye (5271 sayılı CMK m. 199) gerekse birçok ülkenin ceza muhakemesi mevzuatında sanığın yargılama esnasında mahkemede hazır bulunmaması halinde, zorla getirme kararı verilebilmesi veya yakalama emri çıkarılabilmesi, duruşmada bulunmanın sanık için aynı zamanda bir yükümlülük teşkil ettiğini ortaya koymaktadır. Zira sanık katil-

Oğuz/ÖNOK, R. Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yay., 7. Baskı, Ankara 2018, s. 272 vd; ŞEKER, Hilmi, “**Duruşmaya Katılma Hakkı**”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/1, s. 221 vd. Erişim adresi için bkz. (18.01.2021)

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-1/9.pdf>

⁴⁵ DÜRSUN, Gizem, “**Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı...**”, s. 130.

⁴⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 77; İNCEOĞLU, ... **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 257.

⁴⁷ DİNÇ, Güney, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yay., İzmir 2006, s. 194; DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. 1, Şen Matbaa, Ankara 2012, s. 647; KARAKEHYA, Hakan, ... **Ceza Muhakemesinde Duruşma**, s. 238.

⁴⁸ DİNÇ, Güney, ... **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 194.

⁴⁹ DÜRSUN, Gizem, “**Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı...**”, s. 132.

⁵⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 746; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 78; KARAKEHYA, Hakan, ... **Ceza Muhakemesinde Duruşma**, s. 237; ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku –I**, Seçkin Yay., Ankara 2014, s. 89; CENTEL/ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 171.

mak istemese dahi gerekli görülen hallerde zorla duruşmaya getirilebileceği ifade edilmektedir⁵¹.

AİHS m. 6/3'te açıkça sanığın kendisini savunabilmek için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olabilmesi, serbestçe müdafisini seçebilmesi, müdafii atayacak olanağı yoksa kendisine bir müdafii atanmasını talep edebilmesi, aleyhine yapılan iddialara karşı bizzat kendisi ya da dilerse bir müdafii tarafından savunma yapılabilmesi, gerekli olması durumunda müdafii ile serbestçe herhangi bir kişinin müdahalesi olmaksızın görüşebilmesi, tercüman yardımından ücretsiz yararlanabilmesi kapsamlı güvence altındadır. Bu güvenceler verilmeksizin yürütülecek muhakemenin adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edeceği anlaşılmaktadır⁵².

Genellikle tartışılan konular, SEGBİS uygulaması ile sanığın duruşmaya katılması ve sorgulanmasının savunma hakkını ihlal edip etmediği, sistemin kullanımının müdafii den yardımından yararlanma hakkını kısıtlayıp kısıtlamadığıdır. Nitekim yapılan eleştirilerden biri, SEGBİS aracılığıyla özellikle sanığın sorgusunun yapılması sırasında yaşanacak teknik aksaklıkların savunma hakkının kullanılması bakımından sorun yaratabileceği yönündedir⁵³. Zira daha öncede aktardığımız üzere bu görüştekiler, bağlantıdaki sorunlar sebebiyle ses ve görüntünün aksaması, zaman zaman bağlantının kopmasının her iki taraf için de ifadelerin anlaşılabilir hale gelmesine sebep olmasını, görüntü aktarımında yaşanacak aksaklıkların sanığın kendisini tam anlamıyla ifade edemeyeceği sonucunu doğurmasını dolayısıyla yargılamanın sağlıklı olarak yürütülemeyeceğini ve adil bir yargılamanın gerçekleştirilemeyeceğini savunmaktadır⁵⁴.

Şimdi yukarıda belirttiğimiz bu tartışmalar ışığında AİHS m. 6 çerçevesinde teknik aksaklıklardan kaynaklanan sorunlara rağmen yürütülen yargılamanın aykırılığa sebep olup olmadığı, SEGBİS uygulamasının adil yargılanma hakkını (sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, savunma hakkı, müdafii den yararlanma hakkı ile müdafii ile üçüncü kişinin müdahalesi olmadan serbestçe görüşme hakkı) ihlal edip etmediği hususlarında AİHM'in yaklaşımını incelemekte fayda görmekteyiz. Gerçekten SEGBİS uygulaması hakkındaki pilot kararlardan biri olan Marcello Viola/İtalya davasında AİHM belirlemiş olduğu kriterlerle adil yargılanma hakkı çerçevesinde önemli değerlendirmeler yapmıştır.

2. AİHM'in Marcello Viola/İtalya İçtihat Kararında Belirlemiş Olduğu Kriterler⁵⁵

Herşeyden önce Marcello Viola/İtalya davası veya emsal teşkil edebilecek herhangi bir kararın sanık konumundaki kişinin mahkemede hazır bulunma hakkını ortadan kaldıra-

⁵¹ CENTEL/ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 172; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 78; YENİSEY/NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 746, 747; ŞAHİN, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I*, s. 89; KARAKEHYA, Hakan,... *Ceza Muhakemesinde Duruşma*, s. 237.

⁵² ZAFER, Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 2, C. 19, 2013, s. 516; KARAKEHYA, Hakan,... *Ceza Muhakemesinde Duruşma*, s. 100; DONAY, Süheyl, (Sanık), s. 150 vd.

⁵³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 78; DURSUN, Gizem, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı...”, s. 147.

⁵⁴ ŞEN, Ersan, “Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı (Mahkeme)”, s. 8.

⁵⁵ AİHM *Marcello Viola/İtalya Davası*, Bşv. No: 45106/04, 05.01.2007. Kararın Türkçe metni için bkz. (12.02.2021) http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-120010&file_name=CASE%20OF%20MARCELLO%20VIOLA%20v.%20ITALY%20-%20-%20-%205BT%20urkish%20Translation%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf.

cak şekilde her celse için uygulanabileceği yönünde bir yorum yapılmaması gerekmektedir. Marcello Viola/İtalya kararının⁵⁶ SEGBİS (Video konferans yönteminin) usulünün uygulandığı yargılamalarda emsal teşkil edebilmesi için yargılama makamının SEGBİS'in kullanımına dair kararının, öncelikle AIHS m. 6 ile korunan adil ve hakkaniyetli (dürüst) yargılanma hakkına ilişkin usuli güvencelerin özünü ortadan kaldırmaması ve özellikle savunma hakkına orantısız müdahale içermemesi önem taşımaktadır⁵⁷.

Somut olayda; İtalyan vatandaşı olan başvuru Marcello Viola, bir mafya örgütüne üye olma suçundan yakalanmış ve tutuklanarak L'Aquila cezaevine gönderilmiştir. Keza başvuru mükerrer yasadışı silah taşıma eylemleriyle ve M.L cinayetinin de aralarında bulunduğu çok sayıda cinayet veya cinayetlere teşebbüslerde kullanılmak üzere kamuya açık yerlerde silah bulundurmaya yardım ettiği iddiasıyla suçlanmıştır. Özellikle M.L'nin öldürülmesi talimatını vermekle ve suçun işlenmesinde kullanılan silahın taşınmasına iştirak ettiği iddialarıyla yargılanmıştır⁵⁸. Palmi Ağır Ceza Mahkemesi, 22.09.1999 tarihinde başvurucuyu 5 kez ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılmasına ve bu cezanın ilk üç yılının hücrede geçirilmesine karar vermiştir. Başvurucunun itirazı üzerine, Reggio di Calabria İstinaf Mahkemesi duruşmalı inceleme yapmıştır. Başvuru, 26.07.1975 tarihli 354 sayılı Ceza İnfaz Kurumu Organizasyonu Kanunu Bölüm 41 uyarınca, dış dünya ile temasını sınırlayan, sınırlandırılmış ceza infaz rejimine tabi tutulmuştur. Ceza muhakemesinin ikinci aşamasında yani istinaf mahkemesinde 21.02.2001, 15.06.2001 ve 05.03.2002 tarihlerindeki yapılan üç duruşmaya rızası olmaksızın video konferans yöntemiyle, işitsel ve görsel sistemler kullanılarak katılımı sağlanmış ve tutuklu olarak bulunduğu ceza infaz kurumundan duruşma salonuna getirilmemiştir⁵⁹.

Reggio di Calabria İstinaf Mahkemesi, 05.03.2002 tarihinde, başvuru aleyhindeki cinayet ile ilgili suçlamaların bir tanesinden beraatine karar vermiş, başvuru tarafından işlenen fiillerin tek bir suçta ait olduğu (unico disegno criminoso) kanaatiyle cezayı ömür boyu hapis cezasına düşürmüştü ve 2 yıl hücre cezasına hükmetmiştir. İstinaf mahkemesinin karar üretmesinin ardından başvuru esasen "usuli sebeplere" dayanarak bu karara karşı temyiz talebinde bulunmuş ancak Yüksek Mahkeme (Yargıtay) başvuru temyiz talebini uygun bulmayarak reddetmiştir⁶⁰.

Başvuru, 2000 yılından itibaren Ceza İnfaz Kurumu Organizasyon Kanunu Bölüm 41 uyarınca kısıtlı ceza infaz rejimine tabi tutulduğunu (yüksek güvenlikli ceza infaz kurumu) ve video konferans yöntemiyle takip ettiği yargılamanın temyiz duruşmalarına bizzat katılmadığını, dolayısıyla savunma hakkının ihlal edildiğini ve diğer tutuklular ile kıyaslandığında ayrımcılığa uğradığını belirtmiştir. Bu yöntemin, mahkemeyi kesinlikle etkilediğini en azından topluma karşı bir tehdit oluşturup oluşturmadığı hususunun değerlendirilmesi noktasında etkisinin olduğunu ileri sürmüştür. Video konferans yönteminin kusurlu

⁵⁶ Yine bu içtihat kararıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KAFES, Veli, "Marcello Viola/İtalya AIHM İçtihat Kararı İncelemesi" hakkında erişim adresi için bkz. (13.02.2021) <http://docplayer.biz.tr/3731340-Marcello-viola-v-italya-karar-incelemesi.html>.

⁵⁷ YELDELEN, Erdal, "Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı", s. 279; ŞEN, Ersan, "Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı".

⁵⁸ Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 5 ve 10.

⁵⁹ Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 12-14.

⁶⁰ Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 15, 16.

bağlantı ve yetersiz ses iletimi gibi öngörülebilir zorluklar sebebiyle savunma avukatıyla hızlı bir iletişim sağlanmaksızın sonuçlandırılmışı beyan etmiştir. Bu bağlamda AİHS m. 6'nın ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur⁶¹. Hükümet, video konferans yöntemiyle yapılan duruşmaların uluslararası konvansiyon ve anlaşmalar tarafından düzenlemeler ve tavsiyeler içinde uyumlu olduğunu, Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği gibi diğer uluslararası organizasyonlar tarafından kabul edildiğini aktarmıştır. Kaldı ki mevcut davada, adil yargılanma hakkı ile ilgili tüm koşulların sağlandığını, sanığın tutuklu bulunduğu yerde kalmasına izin veren gelişmiş bir teknik alet olan ve önemli gecikmelerin önüne geçen video konferans yöntemiyle sanığın duruşmalara katılımının gerçekleştiğini ifade etmiştir. Yine tehlikeli sanıkların bir yerden diğer bir yere naklinin önemli bir kamu güvenliği ve düzeni sorunu ortaya çıkardığı, bu hususun kaçma ve kendi kendilerine ya da başkalarına karşı zarar verme ihtimalini de arttırdığı, sanıkların duruşma salonunda fiziksel olarak hazır bulunmalarının tanıkların ve mağdurların korkutulması riskini taşıdığını savunmuştur. İlgili döneme ilişkin sanığın aynı tarihlerde farklı mahkemelerde davalarının görüldüğünü belirten Hükümet, başvurucunun yargılanma süresine zarar vermemek (gecikmeyi önlemek) adına duruşmaya katılımını sağlayacak en iyi sistemin sesli ve görüntülü bağlantı usulü olduğu kanaatinde⁶². Keza Hükümet SEGBİS Video Konferans yöntemiyle duruşmaya katılım ile ilgili İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu m. 146'da yer alan usuli güvencelere⁶³,

⁶¹ Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 44-48; KAFES, Veli, “*Marcello Viola/İtalya AİHM İçtihat Kararı İncelemesi*”, s. 6.

⁶² Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 35-43; KAFES, Veli, “*Marcello Viola/İtalya AİHM İçtihat Kararı İncelemesi*”, s. 5.

⁶³ **İtalyan CMK m. 146:** “SEGBİS video konferans yönteminin uygulamasına, ancak sanığın (özellikle örgütlü suçlar veya diğer ağır suçlarla ilgili yargılanmakta olan) duruşmaya getirilmesinin kamu düzeni ve güvenliği açısından ciddi problemler oluşturuyor ve zorunluluk arz ediyorsa başvurulabilir. Kargaşa ve suçun işlenmesinin önlenmesi, mağdurların ve tanıkların yaşam, özgürlük, güvenlik haklarının korunması ve adli işlemlerde makul süre gerekliliklerine uyulması sebepleriyle duruşmalara uzaktan katılım SEGBİS video konferans yöntemi sayesinde yapılabilir. Yine bu yöntemle başvurulması, sanığın aynı zamanda farklı mahkemelerde duruşmasının veya başka işlemlerinin bulunması nedeniyle gecikmeyi önleyecekse değerlendirilmelidir. (Örneğin: bulunduğu yerdeki mahkemede de yakın tarihte duruşması var ise bu yöntem meşru hal almaktadır.) Bu yöntem, 354 sayılı ve 26.07.1975 tarihli Ceza İnfaz Kurumu Organizasyonu Kanunu Bölüm 41'de kısıtlı ceza infaz rejimine tabi tutulan tutuklular hakkında da uygulanmalıdır. SEGBİS Video konferans yöntemi ile duruşmaya uzaktan katılımın sağlanması kararı, dava mahkemesi veya ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından veya yargılama süreci içinde hakim tarafından alınmalıdır. Söz konusu karar taraflara ve savunma avukatına duruşma tarihinden en az 10 gün önceden bildirilmelidir. Her somut olayda hakime takdir yetkisi tanınmalıdır. Uzaktan katılım kararı verildiğinde duruşmanın yapılacağı mahkeme salonu ile sanığın bulunduğu yer arasında görsel ve işitsel bir bağlantı kurularak iki mekanda da hazır bulunan kişilerin birbirlerini eş zamanlı ve net olarak görmeleri ve söylenenleri duymaları sağlanmalıdır. Farklı yerlerde tutulan birçok sayıda tutuklu sanık için de birbirlerini görmeleri ve duymaları için aynı düzenleme yapılmalıdır. Savunma avukatı veya onun yerine gelen avukat her zaman sanığın bulunduğu yerde sanığın yanında hazır bulunmalıdır. Ancak savunma avukatı veya onun yerine gelen avukat sanığın yanında yer almıyor ve duruşma salonunda bulunuyorsa sanık ile avukatı arasında gerekli teknik vasıtalarla özel ve gizli konuşmayı sağlayacak iletişim hattı olmalı, sanık istediği zaman avukatı ile konuşabilme, danışabilmelidir. Bu hukuki yardım sağlanması bakımından vazgeçilemez bir haktır. Söz konusu iletişimin, denetlenmeden sağlandığının güvenceye alınması gerekir. Sanığın görsel ve işitsel sistem ile duruşma salonuna bağlandığı yer (sanığın bulunduğu yer), duruşma salonunun bir uzantısı sayıldığından, teknik olarak aksamaların bulunmaması ve anlık iletişimin sağlanması önem arz etmektedir. Ceza muhakemesi duruşması devam etmekteyken duruşmanın herhangi bir aşamasında teknik sorunların (elektrik, internet vb.) yaşanması muhtemel olduğundan sanık veya avukatı bunu dile getirmeli ve bu sorunlar derhal yetkililer tarafından çözü-

bu sistemin İtalyan Anayasasındaki maddelere aykırı olmadığı yönündeki AYM kararına⁶⁴, bu sisteme belli şartlarla izin veren Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Avrupa Sözleşmesi Hükümleri ile Ek 2. Protokol hükümlerine⁶⁵ ve Avrupa Konseyi kararlarına⁶⁶ atıfta bulunmak suretiyle adil yargılanma hakkı AİHS m. 6'nın ihlal edilmediğini ileri sürmüştür.

melidir. Hakime yardım ile görevli bir mahkeme yetkilisi mutlaka sanığın yanında sanığın bulunduğu yerde hazır olmalı ve sanığın kimliği ile hak ve yetkilerini kullanmakta hiçbir şekilde kısıtlamaya maruz kalmadığını tasdik etmelidir. Yargılama sürecinde, sanığın tanıklar ile yüzleştirilmesi veya sanığın kimliğine ilişkin itiraz söz konusu ise kimliğinin belirlenebilmesi ya da sanığın şahsen hazır bulunması gereken hallerde, hakim gerekli görürse, tarafları dinledikten ve görüşlerini aldıktan sonra sanığın duruşma salonuna getirilmesine karar verir.” Bu madde hükmünün Türkçe tercümesi için bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 19.

⁶⁴ **26.11.2002 Tarih ve 483 Sayılı Karar ile İtalyan AYM**, uzaktan katılımın şu amaçlara ulaşılmasını sağlamaktadır: “ a) davaya taraf diğer kişilere karşı sanık tarafından yapılabilecek olası tehditlerin bulunması halinde kamu düzenini korumak b) sanığın ceza infaz kurumundan duruşma salonuna transferi esnasında mensup olduğu suç örgütü ile tekrar temas kurmasının önüne geçilmesi ve c) farklı mahkemelerde devam etmekte olan komplike ve uzun davaları hızlandırmak.” **AYM**, aynı zamanda **07.01.1998 Tarihli ve 11 No'lu Kanun ile** yürürlüğe giren SEGBİS video konferans yöntemi çok ciddi ağır suçlar ile yargılanan sanıkların duruşmalara katılımını sağlarken kamuyu koruma görevi ile adil yargılama yapılması şartının da yerine getirilmesini garanti altına aldığını vurgulamıştır. **AYM, 22.07.1999 Tarih ve 342 Sayılı Karar ile** uzaktan katılım usulünün İtalyan Anayasa m. 24/2 ile güvence altına alınan savunma hakkı ile de uyumlu olduğuna hükmetmiştir. **AYM'ye göre**; “İtalyan Anayasası, sanığın yargılanmaya sadece kişisel ve bilinçli olarak katılımını gerekli kılar. Dolayısıyla savunma hakkının kullanılmasında tek etkili yol, sanığın duruşma salonunda fiziksel olarak hazır bulunması değildir. Öte yandan CMK m. 146 hükmü uyarınca; duruşma salonu ile sanığın bulunduğu yer arasında teknik anlamda bir bağlantı kurulması da yeterli değildir. Sanık savunma hakkını uygun bir şekilde kullanarak etkili bir katılım sağlamalı ve bazı gerekli sonuçlar elde edilmelidir. Nitekim sanık ile savunma avukatının temas halinde olması, savunma avukatının müvekkilinin bulunduğu yerde hazır bulunma hakkını ve sanık ile avukatının birbirleriyle iletişim halinde olması hususlarını güvence altına alan Kanun maddeleri de bulunmaktadır. Hakim, ulaşılmak istenen sonuçların temini için uygun teknik altyapının hazırlanmasının sağlanması konusunda hem yetkili hem de görevlidir. Gerektiği takdirde sanığın mahkeme salonunda hazır bulunması hususunda karar da verebilir.” **AYM**, başta CMK m. 146 ve diğer maddeler ile “gelenekten” ayrıldığı ve duruşmada gözetilmesi gereken dinamikler ile dengeyi bozulmadığı aksine temel olarak aynı kaldığı kanaatindedir. Bu sebeplerle **07.01.1998 Tarih ve 11 No'lu Kanun ile** yürürlüğe giren sistemin, özellikle tutuklu sanıklar için “makul sürede yargılanma hakkı” açısından da gerekli olduğu ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği gerek İtalyan Anayasasına gerekse AİHS m. 6'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Söz konusu AYM kararları hakkında bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 21, 22; KAFES, Veli, “*Marcello Viola/İtalya AİHM İçtihat Kararı İncelemesi*”, s. 3, 4.

⁶⁵ **Cezai Konularda Karşılıklı Adli Yardımlaşma Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 2. Protokol Hükümleri**

Madde 9: Videokonferans Yoluyla Duruşma

“Eğer bir kimse bir Taraf'ın ülkesindeyse ve diğer Taraf'ın yargı organları tarafından tanık veya bilirkişi olarak dinlenilmesi gerekiyorsa, eğer o kişinin diğer Tarafın ülkesinde dinlenilmesi mümkün olamayacaksa duruşmanın video konferans yöntemiyle yapılmasını diğer Taraf talep edebilir...”

Madde 10: Telekonferans Yoluyla Duruşma

“Eğer bir kimse bir Taraf'ın ülkesindeyse ve diğer Taraf'ın yargı organları tarafından tanık veya bilirkişi olarak dinlenilmesi gerekiyorsa, diğer Tarafın ulusal hukukunda da bu yönde bir düzenleme

AİHM, birçok pilot davada AİHS m. 6 çerçevesinde kabul ettiği genel prensipleri⁶⁷ özetlemektedir⁶⁸. Akabinde ise, bu genel prensipleri huzurundaki somut olaya uygulamak-

varsa, Taraf'ın duruşmanın telekonferans yöntemiyle yapılması hususunda yardımcı olmasını talep edebilir..."

AB üyesi devletler arasında 29.05.2000 tarihinde Brüksel'de imzalanan Cezai Konularda Karşılıklı Adli Yardımlaşma Avrupa Sözleşmesi'nin 10'uncu ve 11'inci maddeleri ise aşağıdaki şekildedir:

Madde 10: Videokonferans Yoluyla Duruşma

"Eğer bir kimse bir Üye Devletin ülkesindeyse ve diğer Üye Devletin yargı organları tarafından tanık veya bilirkişi olarak dinlenilmesi gerekiyorsa, eğer o kişinin diğer Üye Devletin ülkesinde dinlenilmesi mümkün değil ise veya istenilmiyorsa duruşmanın video konferans yöntemiyle yapılmasını diğer Üye Devlet talep edebilir..."

Madde 11: Tanık ve Bilirkişilerin Telekonferans Yoluyla Dinlenilmesi

"Eğer bir kimse bir Üye Devletin ülkesindeyse ve diğer Üye Devletin yargı organları tarafından tanık veya bilirkişi olarak dinlenilmesi gerekiyorsa, diğer Üye Devletin ulusal hukukunda da bu yönde bir düzenleme varsa, Üye Devletin duruşmanın telekonferans yöntemiyle yapılması hususunda yardımcı olmasını talep edebilir..."

Yukarıdaki bu madde hükümleri ile ilgili bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 23, 24; KAFES, Veli, "Marcello Viola/İtalya AİHM İçtihat Kararı İncelemesi", s. 4, 5.

⁶⁶ *Avrupa Konseyi, 23.11.1995 Tarih ve Uluslararası Organize Suçlara Karşı Tanıkların Korunması Konulu Kararıyla*, üye devletlere tanıkların etkili bir şekilde korunması hususunda çağrıda bulunmuştur. Bu kapsamda AK, diğer hususların yanında, "koruma yollarından bir tanesinin de delillerin sunulması işleminin hakkında soruşturma yapılan kimsenin bulunduğu yerden başka bir yerde, gerekli görülmesi halinde, AİHM içtihatlarıncı belirlenen çekişmeli yargılama prensibi de gözetilerek ses-görüntü sistemleri kullanılabilceğini" belirtmiştir. AK devamında şu şekilde beyanda bulunmuştur: "...Ses-görüntü sistemlerinin kullanılmasında aşağıda belirtilen hususlar özellikle dikkate alınmalıdır: 1. Prensipten önce, belirtmek gerekir ki duruşma sadece talep eden Devlet hukuku ve uygulamaları uyarınca yapılabilir. 2. Duruşma esnasında tanığın bir danışman tarafından yardım alması hususu Devletlerden birinin kanunları uyarınca mümkün ise, tanığın bulunduğu Devlet ülkesinde böyle bir yardımın ayarlanması mümkündür. 3. Talebin yapıldığı ülke hukukunda aksine bir düzenleme bulunmadığı müddetçe tercüme ve ses-görüntü sistemlerinin kullanılmasından doğan masraflar talep eden Devlet tarafından karşılanacaktır." Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 25; KAFES, Veli, "Marcello Viola/İtalya AİHM İçtihat Kararı İncelemesi", s. 5.

⁶⁷ "Adil bir ceza yargılaması sürecinin oluşmasında sanığın mahkeme nezdinde hazır bulunması son derece önem taşımaktadır. Bunun sebebi hem adil yargılanma hakkının mevcudiyeti hem de beyanlarının doğruluğunun anlaşılması ve bu beyanların menfaatleri korunması gereken mağdur ve tanıkların beyanları ile karşılaştırılmasıdır. AİHS m. 6'da tanıkların veya beyanda bulunmaya çağrılan mağdurların genel olarak menfaatlerinin korunmasını göz önüne alınmasını gerektirmediği açıktır. Ancak bu kişilerin hayatları, özgürlükleri veya güvenlikleri söz konusu olabilir ve bunlarında AİHS m. 8 kapsamında değerlendirilmesi gerekebilir. Bu menfaatler, prensip olarak, Taraf Devletlerin cezai yargılama usullerini söz konusu menfaatlerin haksız bir şekilde zarara uğramasını engelleyecek şekilde düzenlemesini belirten Sözleşme'nin diğer önemli maddeleri ile koruma altına alınmıştır. Burada belirtilenlerin aksine, adil yargılama prensibi bazı davalarda savunmanın menfaati ile beyanda bulunmaya çağrılan tanık veya mağdurların menfaatlerini dengeleme zarurietini doğurabilir. AİHS m. 6/1'de açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen söz konusu maddenin amaç ve gayesi birlikte ele alındığında cezai bir suç ile itham edilen kişi duruşmada bulunma hakkına sahiptir. Ayrıca üçüncü fıkrada c, d ve e alt bentleri cezai bir suçla itham edilen herkesin, "kendi kendini savunma", "iddia tanıklarının sorguya çekme veya çektirme", "duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücret ödemeksizin yararlanma" haklarını güvence altına almış ve duruşmada bulunmaksızın bu haklarını nasıl kullanabileceğinin anlaşılması zordur. Kaldı ki AİHS m. 6 bir bütün olarak değerlendirildiğinde sanığın duruşmaya etkili bir şekilde katılması hususunda bir tartışma da bulunmamaktadır. Genel olarak, bu, diğerlerinin yanında, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil, bununla birlikte davayı takip etme hakkını da içermektedir. İfade

tadır. Nitekim AİHM ilk olarak, Reggio di Calabria İstinaf Mahkemesinin davayı maddi vakılar ve hukuki açılardan değerlendirmek ve mahkumiyet veya beraat hükmünde bulunmak durumunda olduğunu tespit etmiştir. Bu çerçevede başvurusunun temyiz yargılamasına katılması Sözleşme'nin hükümleri anlamında bir zorunluluk olduğunu, zaten Hükümet tarafından bu hususun tartışma konusu yapılmadığını belirtmiştir⁶⁹. Somut olayda başvuru yargılama sürecini izleme hakkının kendisine tanınmadığını iddia etmemiş, video konferans yöntemiyle duruşmalara katılım sağlanması şeklinde olan katılımın tarzına ilişkin şikayette

*edilmelidir ki, temyiz aşamasında davalının duruşma salonunda şahsen hazır bulunması ilk derece mahkemesinde görülmekte olan duruşmalarda hazır bulunmasına nispeten daha az önem arz etmektedir. Ancak AİHS m. 6'nın temyiz mahkemesi nezdindeki işlemlerde uygulanma usulü işlemlerin taşıdığı özel niteliklere de bağlıdır; iç hukuk düzenindeki işlemlerin tümü ve temyiz mahkemesinin buradaki rolü dikkate alınmalıdır. Temyiz başvurusuna izin işlemleri ve maddi vakıaları içeren işlemlerin aksine sadece hukuki konuları içeren işlemlerde temyize başvurana, temyiz mahkemesi veya Yargıtay tarafından şahsen dinlenme imkanı verilmemiş olsa dahi, ilk derece mahkemesinde kamuya açık bir duruşma yapılmış olması şartıyla AİHS m. 6'daki koşullar gerçekleşmiş olur ve ancak, sonraki durum, altında yatan sebep ilgili mahkemelerin görevlerinin davanın maddi vakılarını tespit etmekten ziyade sadece ilgili hukuk kurallarının yorumlanmasıdır. Gerçekten, bir temyiz mahkemesinin davayı, tam olarak maddi vakıa ve hukuki yönden inceleme yetkisi olması halinde AİHS m. 6'da her zaman kamuya açık duruşma ve duruşmaya şahsen katılma hakkını verilmesini düzenlemektedir. Bu sorunun değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken nokta, diğer hususların yanında, işlemlerin taşıdığı özel nitelikler ve savunma hakkının özellikle o hususta karar verecek olan temyiz mahkemesi nezdinde korunması ve verilecek kararların temyiz eden açısından taşıdığı önemdir. Temyize başvuran tutuklu kişi temyize başvuran tutuklu olmayan kişinin sahip olduğu imkanlara sahip değildir. Nitekim tutuklu bir kişinin temyiz mahkemesi huzuruna getirilmesi esnasında güvenlik tedbirlerini de içeren teknik düzenlemeler de yapılmalıdır. Bir temyiz mahkemesi bir davayı maddi vakıalar ve hukuki açılardan değerlendirmek ve mahkumiyet veya beraat hükmünde bulunmak durumunda ise, konuyu sanık tarafından şahsen verilen ve iddia edilen suç işlemediğini kanıtlayacak nitelikteki delilleri doğrudan değerlendirmeden bu yönde bir karar vermemelidir. Kesin olmakla beraber bir suç ile isnat edilen herkesin ihtiyaç duyulması halinde resmi olarak atanan bir avukat tarafından etkili bir şekilde temsil edilmesi adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından bir tanesidir. Bir suç ile isnat edilen bir kimse sadece duruşmada bulunmadığı gerekçesiyle bu hakkın korunmasından faydalanmamış sayılmaz. Sistemin adil bir şekilde işleminde sanığın hem ilk derece mahkemesi hem de temyiz mahkemeleri nezdinde uygun/yeterli bir şekilde savunulması büyük önem taşımaktadır. Diğer yandan, özel olarak, bir sanığın avukatıyla üçüncü bir kişi tarafından duyulmadan iletişime geçmesi demokratik bir toplumda olması gereken adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olup, AİHS m. 6/3 c bendinde kaynağını bulmaktadır. Bir avukatın gözetim olmaksızın müvekkili ile görüşemesi veya müvekkilinden gizli bir şekilde talimat alamaması avukatın görevinin önemini büyük ölçüde kaybetmesine yol açar. Zira sanık ile avukatlarının görüşmelerinin gizliliği/mahremiyetinin temin edilmesi savunma hakkının sağlanmasında büyük önem taşıdığı Avrupa belgelerinde de olmak üzere çeşitli uluslararası belgelerde de teyit edilmiştir. Ancak sanığın avukatına ulaşım hakkı haklı gerekçeler var ise kısıtlanabilir. Her davada ayrı incelenmek üzere, sorun, uygulanan kısıtlamanın, tüm yargılama süreci göz önüne alındığında, sanığı adil yargılanma hakkından mahrum edilip edilmediğidir. Adaletin gerçekten adil bir şekilde sağlanmasının demokratik bir toplumda tuttuğu yer göz önünde bulundurularak savunma hakkının kısıtlanmasına yönelik her bir tedbirin ciddi biçimde gerekli olması önem arz etmektedir. Eğer daha az kısıtlayıcı bir tedbirin bulunması halinde o tedbir uygulanmalıdır.” Bkz. **Marcello Viola/İtalya Davası**, p. 49-62.*

⁶⁸ KAFES, Veli, “**Marcello Viola/İtalya AİHM İçtihat Kararı İncelemesi**”, s. 6-10.

⁶⁹ Bkz. **Marcello Viola/İtalya Davası**, p. 63.

bulunmuş, bu video konferans cihazının kullanılmasının savunma açısından zorluklara yol açtığını ileri sürmüştür⁷⁰.

AİHM'e göre; "İtalyan hukukunda video konferans yöntemiyle duruşmalara katılım sağlanması mümkün olup, CMK m. 146 hükmü açıkça düzenleme yapmaktadır. Bu madde, hangi davalarda video konferans uygulamasının yapılabileceği, hangi merciin bu kararı verme yetkisine sahip olduğu ve ses-görüntü bağlantısının kurulması için gerekli teknik düzenleme hususlarını içermektedir. Yine bu madde Anayasa Mahkemesince Anayasa ve Sözleşme'ye uygun bulunmuştur. Sanığın duruşmalara video konferans yöntemi kullanılarak katılımının sağlanması Sözleşme'ye aykırı olmasa dahi, Mahkemenin görevi her bir davada bu yöntemle başvurulmasının meşru bir amaç güdülerek gerçekleştirilmesi ve delil sunumu ile ilgili düzenlemelerin AIHS m. 6'da yer alan yargı sürecine saygı şartlarının yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Mevcut davada, video konferans yöntemi başvuru-kucunun kısıtlı ceza infaz kurumu rejimine tabi tutulmasından ötürü CMK m. 146 hükmü uyarınca yapılmıştır. Dolayısıyla başvuru-kucun kendi durumuna benzer durumda bulunan diğer kişilerin farklı bir muameleye tutulduğunu ortaya koyamamıştır." ⁷¹

Yine AİHM, bu durumdaki bir sanığın transferinde ciddi güvenlik önlemleri alınmasının gerekli olduğunu, firar etme veya saldırıya uğrama riski ya da mensubu olduğundan şüphe edilen suç örgütü ile tekrar temasa geçme olasılığını yaratma ihtimali bulunduğunu vurgulamıştır⁷². Keza makul bir süre içerisinde yargılamanın yapılması ve mahkemelerin dosya yüklerini hızlı bir şekilde halletme gereksinimleri gibi diğer hususları da göz önünde bulundurarak ilk derece mahkemelerinde yapılan yargılamayı takip eden yargılama aşamalarında kamuya açık duruşma gereksinimlerinin dikkate alınması gerektiği gerçeğini kabul etmiştir⁷³. AİHM'e göre; "İtalyan mevzuatında düzenlenmiş bulunan video konferans yöntemi, diğer hususların yanında, tutukluların transferi nedeniyle oluşan gecikmelerin azaltılması ve ceza yargılamasının hızlandırılması amacını gütmektedir. Aynı zamanda, başvuru-kucunun mafya aktiviteleri ile bağlantılı ciddi suçlarla itham edildiği belirtilmelidir. Bu tarz suçlarla mücadele edilirken, bazı davalarda, kamu güvenliği ve düzeninin korunması ve benzeri başka suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla tedbirlerin alınması gerekli olabilmektedir. Katı hiyerarjik yapısı, sıkı kuralları, sessizlik kuralına dayalı ciddi sindirme gücü ve mensuplarının belirlenmesindeki güçlük sebebiyle mafya, kamu hayatını doğrudan veya dolaylı olarak etkileme ve kurumlara sızma kabiliyeti ile ciddi bir suç şebekesidir. Bu bağlamda mafya mensuplarının duruşma salonunda bulunması özellikle mağdurlar ve itirafçı gibi davaya taraf diğer kişiler üzerinde büyük bir baskıya sebep olabileceğinin düşünülmesi mantıksız değildir." ⁷⁴

AİHM, başvuru-kucunun duruşmalara video konferans yöntemiyle katılımının sağlanmasında karşılaşın ve suçun işlenmesinin önlenmesi, mağdur ve tanıkların yaşam, özgürlük ve güvenlik haklarının korunması ve adli işlemlerde "makul süre" gerekliliklerine uyulması gibi hususlar sebebiyle Sözleşme uyarınca meşru bir amaç güdüldüğü kanaatinde-dir⁷⁵. Kaldı ki, İtalyan CMK m. 146/3 mucibince başvuru-kucunun kendisine duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme imkanı veren bir ses-görüntü sistemi ile duruşma salonuna bağlandığını, başvuru-kucunun kendisi de diğer taraflar, hakim ve tanıklar tarafından duyulabildiğini, görülebildiğini ve tutuklu bulunduğu yerden duruşma salonuna

⁷⁰ Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 64.

⁷¹ Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 65-68.

⁷² Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 69.

⁷³ Bkz. KAFES, Veli, "Marcello Viola/İtalya AİHM İçtihat Kararı İncelemesi", s. 11.

⁷⁴ Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 70, 71.

⁷⁵ Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 72.

beyanlar verebildiğini belirtmiştir⁷⁶. Yargılama sürecinde savunma hakkına saygı gösterildiğini tespit eden AİHM; “Kabul edilmektedir ki teknik sorunlar sebebiyle duruşma salonu ile tutuklu bulunulan yer arasındaki ses-görüntü bağlantısı mükemmel olmayabileceği olasılık dahilinde olup, bu sebepten ötürü ses ve görüntü iletiminde zorluklar yaşanabilir. Ancak, mevcut davada başvuru ya da avukatı ses veya görüntü sorunlarına ilişkin hususları temyiz yargılamasının hiçbir aşamasında gündeme getirmemişlerdir.” demektedir⁷⁷. Başka bir anlatımla, AİHM’e göre, teknik sorunlar sebebiyle duruşma salonu ile tutuklunun bulunduğu yer arasındaki ses ve görüntü bağlantısının mükemmel olmaması ve bu nedenle ses ve görüntü iletiminde zorluklar yaşanabileceği kabul edilebilir bir husustur. Kaldı ki, bu sorunun sağlıklı bir yargılama yapılmasının önüne geçtiği kanaatine olan tarafın, bunu yargılama esnasında ıleri sürmesi gerekmektedir. Dolayısıyla AİHM, başvurunun bu yöndeki iddiasını, yargılananın hiçbir aşamasında gündeme getirmemiş olması sebebiyle yerinde bulmamıştır⁷⁸. Ayrıca bu olayda sanık, duruşma salonunda bulunan avukatına dışarıdan bir üçüncü kişi tarafından herhangi bir dinlenme teşebbüsüne karşı önlem alınmış bir telefon bağlantısı ile özel olarak danışabilme imkanına da sahiptir⁷⁹. Yani AİHM, başvuru avukatının, müvekkilinin bulunduğu yerde hazır olma ve onunla bir mahremiyet içerisinde görüşme hakkının bulunduğunu belirterek, başvurunun, avukatı ile üçüncü kişiler tarafından dinlenilmeden görüşmesi hakkının ihlal edilmediğini de saptamıştır⁸⁰. Sonuç itibarıyla, 05.10.2007 tarihinde AİHM, başvurunun ikinci ceza yargılaması duruşmalarına video konferans yöntemiyle katılımının sağlanmasında savunmanın yargılamaya taraf diğer taraflara nazaran ciddi bir şekilde daha dezavantajlı konuma düşürülmediği, örgüt üyesi olup hayatı tehlike altında bulunan başvurunun duruşmaya SEGBİS video konferans yoluyla katılmasının duruşmada hazır bulunma hakkı ve davanın tümünü takip etme hakkını sağladığı vurgulanarak istisnai durumlarda SEGBİS uygulanacağına kanaat getirmiş ve dolayısıyla bu olayda başvurunun AİHS m. 6’da düzenlenen adil yargılanma hakkının özünde bulunan hak ve yetkilerini kullanma fırsatının bulunduğunu belirterek, AİHS m. 6’ya aykırılığın olmadığına karar vermiştir⁸¹.

Diğer yandan COVID 19 (Koronavirüs) pandemisi süreci dikkate alınarak AİHM’de de sanal duruşma yapılması yönünde geçtiğimiz yıl 02.06.2020 tarihinde 152/2020 sayılı kararlar duruşmalarda video konferans yönteminin ikinci bir talimata kadar uygulanması gerektiğini kabul edilmiştir. Söz konusu AİHM’deki duruşmaların tamamı videoya çekilmekte ve video kayıtları ertesi gün web sayfasında yayınlanmaktadır. Örneğin; 152/2020 sayılı kararlar Haziran 2020 tarihinde M.A/Danimarka’ya karşı (Bşv. No: 6697/18),

⁷⁶ Bkz. KAFES, Veli, “Marcello Viola/İtalya AİHM İçtihat Kararı İncelemesi”, s. 11, 12.

⁷⁷ Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 73, 74.

⁷⁸ Bkz. KAFES, Veli, “Marcello Viola/İtalya AİHM İçtihat Kararı İncelemesi”, s. 12.

⁷⁹ TAŞKIN, Cankat, “Müdafii ve Kekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşlan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, No: 69, Mart-Nisan 2007, s. 211 vd; YERDELEN, Erdal, “Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, s. 279.

⁸⁰ Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 75.

⁸¹ Bkz. *Marcello Viola/İtalya Davası*, p. 76, 77; KAFES, Veli, “Marcello Viola/İtalya AİHM İçtihat Kararı İncelemesi”, s. 15, 16; YERDELEN, Erdal, “Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, s. 280-282.

Kurt/Avusturya'ya karşı (Bşv. No: 62903/15), Savran/Danimarka'ya karşı (Bşv. No: 57467/15) davaları AİHM huzurunda video konferans yöntemi sayesinde görüşülmüştür⁸².

Kanaatimizce AİHM'in belirlemiş olduğu genel prensipler ve Marcello Viola/İtalya davasında getirdiği kriterler uygulandığında SEGBİS video konferans yöntemi sayesinde sanığın duruşmada hazır bulunma koşulu sağlanmış olmakta, savunma hakkı ve adil yargılanma hakkının özünü teşkil eden tüm güvenceler sanığa verilmektedir. Hemen belirtilmelidir ki, SEGBİS video konferans yönteminin uygulanabilmesi için öncelikle bu yola başvurunun zorunlu olması, makul, somut haklı gerekçelere dayanması elzemdir. Nitekim “meşru amaç”, AİHM'in değerlendirmiş olduğu *Marcello Viola/İtalya* İçtihat kararında, kamu güvenliği, kaçma şüphesi, tanıkların güvenliği, sanığın saldırıya uğrama şüphesinin bulunması, ciddi güvenlik önlemleri alınması gerekliliği gibi örneklerle açıklanmış, sanığın duruşma salonunda hazır bulunmamasının haklı sebeplerle sağlamaştırılması, SEGBİS yoluyla sanığın mahkeme huzuruna çıkarılmasının, savunma hakkı ve/veya adil yargılanma hakkı gereğince ikincil asgari hak olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸³. Buradan hareket ettiğimizde, Dünyada tüm ülkelerin mevcut pandemi süreci içerisinde bulunduğu açıkça görüldüğünden, SEGBİS için aranan zorunluluk koşulunun da “kamu sağlığı” makul gerekçesi dikkate alınarak gerçekleştiği düşüncesindeyiz. Başka bir ifadeyle, pandeminin yarattığı sağlık riskini meşru bir amaç olarak görmekteyiz. Gerçekten birçok ülkede, kişi özgürlüğü ön planda tutularak özellikle ceza infaz kurumlarında tutuklu olan sanıklar açısından gerek makul sürede yargılanma gerekse sanığın duruşma salonuna getirilmesinin kamu güvenliği ve kamu düzeni açısından ciddi problemler oluşturacağı gerekçesi ya da son dönemde mevcut pandemi sürecinin getirdiği kamu sağlığı riski vurgulanarak mahkemelerce SEGBİS video konferans yönteminin uygulanmasına zorunluluk teşkil ettiğinden ötürü karar verilmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz AİHM yaklaşımı çerçevesinde belirli düzeyde teknik aksaklıkların yaşanmasının da olası olduğu görüşünderiz. Ancak bu sorunların her iki tarafın birbirini anlamasını etkileyecek düzeyde olması halinde, SEGBİS video konferans yöntemiyle sanığın sorgulanmasına devam edilmemesi gerektiğini de belirtmek isteriz. Aksi takdirde, yaşanan teknik aksaklıklar tarafların iletişimine etki edebilecektir. Bu nedenle, iletişimi etkileyecek düzeyde sorun yaşanması halinde durum belirtilmeli, tutanağa geçirilmesi sağlanmalı ve duruşma başka bir tarihe ertelenmeli, sorunların devam etmesi halinde ise sanığın mahkemede bizzat hazır olması sağlanmalıdır. Diğer yandan ceza infaz kurumuna personeline SEGBİS video konferans uygulaması ile ilgili yeterli teknik bilgi ve hakimiyetinin bulunması konusunda gerekli eğitim verilmesi de önem taşımaktadır. Günümüzde İtalya ve İngiltere’de de tarafların yaşadıkları teknik sorunlar ile sağlıklı bir yargılama yapılamadığı anlaşıldığında, sanığın savunma hakkının, müdafisi ile görüşme/konuşabilme hakkının ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının tehlikeye düşmesi amacıyla tarafların bu hususu duruşma sırasında hemen o anda derhal mahkemeye aktarması yani bu iddiayı ileri sürmesi gerektiği ifade edilmektedir. Kaldı ki, teknik sorun-

⁸² 02.06.2020 tarihli 152/2020 sayılı karar hakkında erişim adresi bkz. (06.02.2021) <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-6711338-8939938&filename=Forthcoming%20hearings%20in%20June%202020.pdf>.

⁸³ GÜNER, Halil, “SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi”, s. 84, 85; ACAR/GÜRİSOY, “... Ceza Mahkemeleri Örneği”, s. 132; DURSUN, Gizem, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı”, s. 142; ŞEN, Ersan, “Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı”, s. 2-6.

larla karşılaşmamak adına söz konusu kullanılan araç ve sistemlerin sürekli geliştirilmesi de şarttır⁸⁴.

II. Mukayeseli Hukuk – Dünyada Sesli-Görüntülü Duruşma Dönemi

ABD ve Avustralya'ya bakıldığında aslında video konferans yöntemlerinin uygulanmasının yeni olmadığını, çok eski tarihlere dayandığını tespit etmekteyiz. Zira Amerikan mahkemelerinde tanık veya bilirkişilerin dinlenilmesinin video konferans yöntemiyle yapılması konusundaki denemeler 1972'de başlamıştır⁸⁵. Akabinde 10 yıl sonra 1982 yılından itibaren duruşmanın görüldüğü yerden farklı bir yerde bulunan mağdur, tanık veya bilirkişilerin video konferans yöntemiyle ifadelerinin alınması sağlanmıştır⁸⁶. Bu yöntemin uygulanması başarılı olduğu cihetle şüpheli veya sanık konumundaki kişilerinde SEGBİS video konferans yöntemiyle sorgulanmasına izin verilmiş, duruşmalara uzaktan katılım mümkün kılınmıştır⁸⁷. Ancak sadece ceza muhakemesi alanında değil, aynı zamanda hukuk yargılamalarında da yasal düzenlemeler getirilmiştir. Nitekim Amerikan Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 43 uyarınca aksine bir hüküm bulunmadıkça tanık ve bilirkişilerin ifadeleri mahkemede alınmakta, ancak mucbir (zorlayıcı) sebeplerin varlığı halinde hakkaniyet gerektiriyorsa ve uygun önlemlerin alınması halinde mahkeme ifadenin başka bir yerden naklen yayımla yapılmasına izin verebilmiştir. Başka bir anlatımla, hukuk yargılamalarında da duruşmalara uzaktan katılım kabul edilmiştir⁸⁸. COVID 19 (Koronavirüs) pandemisi sürecinde Amerikan mahkemeleri Cisco WebEx programı ile sanal duruşmalar yapmayı tercih etmiş, aleniyeti sağlamak üzere de halkın duruşmaya erişebilmesi imkanı yaratılmıştır. Hem hukuk yargılamalarında davacı ve davalı, hem de ceza yargılamalarında taraflar sanal ortamda duruşmaya katılabilmektedir. Özellikle ceza muhakemesinde bu video konferans yönteminin uygulanması için sanık ve mağdurun rıza göstermesi koşulu da aranmaktadır. Duruşma sırasında disiplin kurallarına mahkeme salonundaymış gibi uymak gerekir. Deliller yani örneğin emare olarak kabul edilecek belge ve dökümanlar önceden online olarak gönderilmektedir. Sanık duruşma sırasında hukuki yardım isterse avukatı ile aralarında cep telefonu kullanarak konuşabilmektedir⁸⁹. Yine Avustralya Federal Mahkemeler

⁸⁴ KARDOS, Sandor, Holding “**Trial via Private Telecommunication Network**”, s. 171, Erişim adresi için bkz. (17.01.2021) <http://eds.a.ebscohost.com/eds/detail/detail?sid=491ac3d5-fdbe-4cdc-b417-05908b50232f%40sessionmgr4003&vid=3&hid=4203&bdata=JnNpdGU9ZWRzLWxpdmU%3d#AN=57206263&db=a9h>.

⁸⁵ ROTH, Michael: **Laissez-Faire Videoconferencing: Remote Witness Testimony and Adversarial Truth**, 48 UCLA Law Review (185) (2000), s. 192.

⁸⁶ AYDIN, Seda, “... Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma” s. 2107, 2108.

⁸⁷ Amerikan Federal CMK orjinal metni için erişim adresi bkz. (27.01.2021)

https://www.legislationline.org/download/id/9000/file/US_FEDERAL%20RULES%20OF%20CRIMINAL%20PROCEDURE%20as%20of%202020-12-01.pdf

⁸⁸ Amerikan Federal HMK orjinal metni için erişim adresi bkz. (28.01.2021)

https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2019_0.pdf

⁸⁹ YENİSEY, Feridun, “**Ceza Muhakemesinde Covid 19 Öncesi ve Sonrasında Çevrimiçi İletişimde Savunma Haklarının Özellikle Tutuklama Kararı Verilirken Korunması**” başlıklı sunum, Ceza Adalet Sisteminin Güçlendirilmesi ve AIHS İhlallerinin Önlenmesi İçin Yargı Mensuplarının Kapasitesinin Artırılması Ortak Projesi, s. 22. Erişim adresi için bkz. (28.01.2021)

Kanunu m. 47A ile 47E hükümleri mucibince video konferans yöntemiyle duruşmaya katılım hem hukuk hem ceza yargılamalarında benimsenmiş ve ayrıntılı biçimde düzenlemeler yapılmıştır⁹⁰.

Günümüzde neredeyse tüm Avrupa Birliği ülkelerinde, hem ceza hem de medeni/hukuk ve idari yargılamalarda SEGBİS video konferans yöntemi uygulamaları görülmekte, bu uygulamaların yaygınlaştırılması kabul edilmekte, başta Almanya, İtalya, İsviçre, Fransa, Avusturya, Romanya, Malta, İspanya, Portekiz, Finlandiya gibi ülkeler bu konuda örnek teşkil etmektedir⁹¹. Yine kısa süre önce AB'den ayrılan İngiltere'de de Adalet Erişim Kanununun yürürlüğe girdiği 1999 yılından beridir teknolojik imkanlardan faydalanmayı öngören yasal düzenlemelere rastlanmakta, COVID 19 (Koronavirüs) pandemi süreci dikkate alınarak kamu sağlığı riski ön planda tutulmakta, son dönemlerde SEGBİS video konferans yöntemi ile özellikle sanıkların duruşmalara uzaktan katılımı gerçekleştirilmektedir. O halde, şimdi SEGBİS video konferans yöntemini uygulayan bazı ülkelere (İngiltere ve Galler, Almanya ve İsviçre) kısaca bakılmasında fayda görmekteyiz.

A. İngiltere ve Galler

ABD, Avustralya ve Rusya'dan sonra İngiltere ve Galler'de de bireylerin duruşmalara buldukları yerden çeşitli dijital uygulamalarla bağlanmalarına imkan tanıyan düzenlemeler hayata geçirilmiştir. Nitekim 1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu ile hem medeni/hukuk hem de ceza yargılamalarında kişilerin duruşmalara buldukları ortamdan bağlanmalarına imkan tanıyan sesli arama ile video konferans yöntemiyle katılımlarına izin verilmeye başlanmıştır⁹². Öncelikle mahkeme salonları ile polis karakolları arasında video bağlantısı kurulmuş ve bu sayede basit davaların ilk duruşmalarının veya tutukluluk/teminat maksatlı tahkikat duruşmalarının aynı gün ve hatta birkaç saat içinde yapılabilmesi sağlanmıştır. Nitekim bu hızlı usul sayesinde örneğin; aile içi şiddet gören birçok mağdur ve tanık çok daha tatmin edici hizmet almıştır⁹³.

İngiltere ve Galler'de duruşmalarda kullanılan SEGBİS video konferans yönteminin nasıl uygulanacağına ilişkin kullanım talimatını içeren rehber ise HMCTS (HM Courts and Tribunals Service) tarafından hazırlanarak yayınlanmıştır. HMCTS, İngiltere ve Galler'de ceza, hukuk ve aile mahkemelerinden ve bu mahkemelerin hizmetlerinden sorumlu olan yüksek kuruldur. HMCTS tarafından bu konuda hazırlanan metin yargı mensuplarına (savcılık makamına, mahkemeler aracılığıyla avukatlara) gönderilmiş ve bu metinde kişilerin

<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/552/dosya/prof-dr-feridun-yeniseyin-sunumu04-01-202112-08.pdf>
Ayrıca bilgi için bkz. <https://nysba.org/app/uploads/2020/04/Next-StepsCourts.pdf> (28.01.2021)

⁹⁰ Avustralya Federal Mahkemeler Kanunu orijinal metni için erişim adresleri bkz. <https://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/rules-acts-and-regulations> ve <http://www.fedcourt.gov.au/services/videoconferencing-guide> (29.01.2021)

⁹¹ AB Üyesi Ülkelerde ve İngiltere'de Ceza Muhakemesinde SEGBİS Video Konferans Yönteminin Uygulanması hakkında geniş bilgi için bkz. VAN DER VLIS, E.-J. (2011), **Videoconferencing in criminal proceedings**, In Braun, S. & J. L. Taylor (Eds.), **“Videoconference and remote interpreting in criminal proceedings”**, Guildford: University of Surrey, 11-25. (29.01.2021) http://www.videoconference-interpreting.net/wp-content/uploads/2014/04/02_vanderVlis.pdf Ayrıca bkz. **EUROPEAN COUNCIL**, CEPEJ Studies No: 20, European Judicial Systems Efficiency and Quality of Justice-edition 2014 – (2012 bilgileri), s. 130, 131.

⁹² İngiltere'de 1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu orijinal metni için erişim adresi bkz. (30.01.2021) <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/22/contents>

⁹³ AYDIN, Seda, **“... Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”**, s. 2108.

uzaktan nasıl ve hangi yolla duruşmalara bağlanabileceklerine dair açıklamalar yer almıştır⁹⁴.

Hazırlık öncesi aşamada hangi duruşmaların sesli veya görüntülü arama ile yapılabileceğine mahkeme karar vermekte, mahkemenin vermiş olduğu karar neticesinde ise HMCTS, duruşmaya katılacak kişilerle posta veya e-mail (elektronik posta) yoluyla irtibat kurarak duruşmanın, telefon veya video konferans yoluyla gerçekleşeceği bilgisini vermekte, duruşma tarihi ve saati belirlendikten sonra da yine kişiden temin edilen telefon numarası aranarak veya e-mail yoluyla iletişime geçilmektedir. Hazırlık süreci sonrasında duruşmaya katılım için mahkeme kişiyi gizli bir numaradan aramaktadır. Burada özellikle kişinin kullanmış olduğu telefon bağlantısının şarj veya operatör sorunları gibi nedenlerle görüşmelerin kesintiye uğramasına önem gösterilmektedir. Video konferans yoluyla yapılan duruşmalarda ise Skype uygulaması öncelikli tercih edilmektedir. Bunun için duruşmaya katılacak olan kişinin (örneğin; tanık, bilirkişi veya mağdur) hazırlık aşamasında e-mail adresine bağlantı adresi gönderilmekte ve kişi kullanmış olduğu elektronik cihaza Skype uygulamasını indirerek duruşmanın bulunduğu Skype lobisine katılım sağlanmaktadır. Tutuklu olan sanıklarla ilgili buldukları ceza infaz kurumunda gerekli teknik donanım (elektronik cihazların kurulumu gibi) gerçekleştirilerek aynı uygulama ile duruşma salonuna bağlanmaları ve duruşmalara katılmaları mümkün kılınmaktadır. Diğer yandan duruşmaya katılacak olan kişilerin (örneğin; mağdur, tanık, bilirkişi veya sanıkların) yargılamada konuşulan dili anlamaması yani yabancı olması ve/veya engelli olduğu cihetle işaret diliyle kendini ifade etmesi için yardıma ihtiyacı bulunması halinde, bu durum mahkemeye mevcut iletişim ekranı ile bildirilmekte, böylece gereken destek eksiksiz verilmektedir. Tüm bunlara ek olarak hukuki danışmanlık isteyenler için de "Legal Choices" ve "Citizens Advice" isimli internet sitelerinden düşük maliyetli hukuki yardım alabilmelerine imkan tanınmaktadır. Yine bu siteler vasıtasıyla kişinin içinde bulunmuş olduğu durumun adli yardım için elverişli olup olmadığı kontrol edilebilmektedir⁹⁵.

Sesli veya görüntülü arama ile yapılacak duruşmalarda, duruşmaya katılan kişinin teknik aksaklıklar nedeniyle (örneğin; elektrik, internet arızası gibi) mahkeme ile bağlantı kuramaması ve duruşmaya katılamaması ya da duruşmaya katılmış olmasına rağmen teknik sorunla karşılaşması durumunda savunma hakkı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına halel gelmemesi adına hakim duruşmayı ileri bir tarihe erteleyebilmektedir. Teknik aksaklıklar giderilince duruşmaya aynı usulle devam edilebilmektedir.

Öte yandan HMCTS'nin düzenlemiş olduğu uzaktan iletişim yoluyla duruşmaya katılma rehberinde, duruşmaya katılacak kişilerden duruşma ciddiyetinden uzaklaşmaması amacıyla kişinin duruşma esnasında sessiz ve özel bir alanda olması gerektiği ikazı da yer

⁹⁴ İngiltere ve Galler'de SEGBİS video konferans yönteminin nasıl uygulanacağına ilişkin kullanım talimatını içeren HMCTS tarafından hazırlanan rehber için erişim adresi bkz. <https://www.gov.uk/guidance/hmcts-telephone-and-video-hearings-during-coronavirus-outbreak> (30.01.2021) Yine korona virüs ile mücadele amaçlı yayınlanan 03.03.2020 tarihli Covid 19 Kanunu için erişim adresi bkz. <https://www.gov.uk/government/publications/coronavirus-bill-what-it-will-do/what-the-coronavirus-bill-will-do#contents-of-the-bill> (01.02.2021)

⁹⁵ TİRTİR, Mustafa, "Pandemi Sürecinde İngiliz Hukukunda Duruşmalara Görüntülü Veya Sesli Arama İle Katılma Hakkı Ve Ülkemizde Uygulanabilirliği", 27.05.2020 tarihli erişim adresi için bkz. (01.02.2021) <https://mustafatirtir.com/pandemi-surecinde-ingiliz-hukukunda-durusmalara-goruntulu-veya-sesli-arama-ile-katilma-hakki-ve-ulkemizde-uygulanabilirligi/>

almaktadır. Sesli telefon görüşmesi ile duruşmaya katılma durumunda mahkeme tarafından aranan kişi “hoş geldiniz” mesajıyla karşılanmakta, telefondaki sesli komut sistemi ile yapılan yönlendirmeler neticesinde kişi başarılı şekilde duruşmaya katılarak duruşma başlamaktadır. Video konferans yönteminde ise, kişi e-mailine (e-posta adresine) gelen linke tıklayıp duruşmaya davet edilene kadar Skype lobisinde bekletilmektedir. Duruşma hakimi, hazır olunması durumunda kişinin duruşmaya katılmasına onay vererek kişinin duruşmaya görüntülü şekilde katılmasını sağlamaktadır⁹⁶.

Duruşma sırasında meydana gelebilecek tüm sorunların önüne geçilmesi ve yargılamanın sekteye uğramasını engellemek adına teknik destek verebilecek yetkinlikte olan görevlilerin bulunması ve bu görevliler aracılığıyla olumsuz gelişmelerin hızlı bir şekilde bertaraf edilmesi sağlanmaktadır. Nitekim İngiltere ve Galler’de duruşma esnasında ceza infaz kurumunda veya tutukevinde tutuklu bulunan sanıklar açısından yanlarında bilgili ve donanımlı bir görevlinin olmasına özen gösterilmektedir. Duruşma sonunda ise hakim, kararını tefhim ettikten sonra kişinin duruşmadan ayrılabilceği onayını vererek duruşmayı sonlandırmaktadır⁹⁷.

Günümüzde özellikle ilk kez İngiltere ve Galler’de pandemi sürecinde mahkemeye uzaktan erişim bir zorunluluk haline gelerek, taraflarca birlikte kararlaştırılmak suretiyle Skype veya alternatif video bağlantılarıyla (Örneğin; MeetMe, Zoom, FaceTime, Microsoft Teams gibi) duruşma yapılabileceği kabul edilmiştir. İkinci bir talimata kadar duruşmaların bu şekilde gerçekleştirilmesinin esas olduğuna dair kararlar alınmış, tutuklu bulunan sanıkların ceza yargılamalarına öncelik verilmiştir⁹⁸. Zira makul sürede yargılanma hakkı ön planda tutulmuştur. İngiltere ve Galler’de savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı açısından AİHM’in genel prensipleri ve Marcello Viola/İtalya içtihat kararında belirlemiş olduğu kriterlere riayet edilerek duruşmaların SEGBİS ile yapılması ve kamu sağlığı, meşru amaç görülerek sanığın duruşma salonuna getirilmeden ceza infaz kurumu veya tutukevinden duruşmaya katılımı benimsenmiştir. Başlangıçta basit davaların ilk duruşmaları veya tahkikat (teminat/tutukluluk maksatlı yapılan) duruşmaları için SEGBİS kabul edilmiş akabinde pandemi sürecinin belirsizliği, mutasyona uğrayan virüsün yayılmaya devam etmesi sebepleriyle kamu sağlığı açısından duruşma salonunda yargılama yapılması riskli olduğu cihetle bu yolla görülecek dava çeşitliliği artırılmış (ciddi ağır suçlardan itham edilenler içinde bu sistem kabul edilmiş), sanal mahkeme üzerinde yargılama yapılmasına karar verilmiştir.

B. Almanya

İngiltere ve Galler’dekine benzer bir uygulamaya rastladığımız Almanya’da, özellikle ses ve görüntü nakledilen yer; mahkeme salonları dışında hukuk bürosu gibi kamusal ya da özel alanlar da kabul edilmek suretiyle önemli bir adım atılmıştır. Yani örneğin; savunma avukatı, hukuk bürosundan veya evinden bağlantı kurarak video konferans yöntemiyle duruşmaya katılması da mümkündür⁹⁹.

Almanya’da ceza muhakemesinde tanığın korunması amacıyla mahkemelerde SEGBİS video konferans yönteminin uygulandığı görülmektedir. Zira Alman CMK m. 247(a),

⁹⁶ TIRTIR, Mustafa, “Pandemi Sürecinde İngiliz Hukukunda Duruşmalara Görüntülü Veya Sesli Arama İle Katılma Hakkı Ve Ülkemizde Uygulanabilirliği”.

⁹⁷ TIRTIR, Mustafa, “Pandemi Sürecinde İngiliz Hukukunda Duruşmalara Görüntülü Veya Sesli Arama İle Katılma Hakkı Ve Ülkemizde Uygulanabilirliği”.

⁹⁸ Yine bu bilgiler için erişim adresi bkz. <https://www.gov.uk/guidance/hmcts-telephone-and-video-hearings-during-coronavirus-outbreak> (30.01.2021).

⁹⁹ AYDIN, Seda, “... Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, s. 2109.

30.04.1998 tarihinde yürürlüğe girmiş ve akabinde 2004 yılında ceza muhakemesinde delillerin korunması amacıyla yönelik olarak video konferans uygulaması genişletilmiştir. Nitekim CMK m. 247(a) çerçevesinde duruşma salonunda video konferans yönteminin kullanılması bazı hallerde meşru kabul edilmektedir. Şöyle ki bu haller; bir tanık, ilgili veya suçla iştirak eden kişinin uzun veya belirsiz bir süre duruşma salonunun bulunduğu yere getirilmelerinin mümkün olmaması, bir tanık veya ilgilinin uzaklık nedeniyle duruşma salonunda bulunmalarının onlardan beklenemeyecek olması, aynı şekilde savcılık, müdafii veya sanığın kabul etmiş olması (rıza göstermesi) şeklindedir¹⁰⁰. Alman CMK m. 233/1'e bakıldığında da, sanığın talep etmesi halinde duruşmada bulunmaktan başışık tutulabileceği görülmektedir. Ancak bunun için cezasının 6 aya kadar hapis cezası, 180 güne kadar para cezası, hak yoksunluğa, müsadere yahut sürücülükten men cezası olması, bir şeyi yıkmak ya da kullanılmaz hale getirmek suçlarından kaynaklanması ya da bunların kombinasyonu gereklidir. Kanun koyucu söz konusu maddenin birinci fıkrasında sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı ve bunun istisnai halini düzenlemekte, ikinci fıkrada ise sesli ve görüntülü bilişim iletişim sistemi aracılığıyla sanığın başışık tutulduğu hallerde de dinlenebilmesini hükme bağlamaktadır. Devamla m. 234'de ise, duruşmada bulunmayan sanığın müdafii aracılığıyla temsil edilebileceği ifade edilmektedir. Görüleceği üzere; Alman CMK'da SEGBİS için süre alt sınır olarak 6 ay şeklinde belirtilmekte, yani sanığın duruşmada bulunma hakkının kısıtlanmasının, kısa süreli hapis cezası gerektiren suçlar açısından da söz konusu olduğu dikkat çekmektedir¹⁰¹. Diğer yandan Alman Medeni Usul Kanunu'na 2001 yılında m. 128(a) eklemesi yapılmış ve hukuk yargılamalarında da video konferans yönteminin uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu maddeye göre; sesin ve görüntünün nakli suretiyle tarafların vekillerinin tanıkların bilirkişilerin duruşmaya buldukları yerden katılmaları mümkün kılınmıştır. Bu maddenin ilk fıkrasında; *"Mahkeme, talep üzerine veya re'sen taraflara, vekillerine ve kanuni temsilcilerine duruşma sırasında farklı bir yerde bulunma ve oradan yargılama işlemlerini icra etmeye izin verebilir. Yargılama aynı anda ses ve görüntü olarak anılan kişilerin bulunduğu yere ve mahkeme salonuna aktarılacaktır."* İkinci fıkraya baktığımızda ise; *"Mahkeme, talep üzerine tanığın, bilirkişinin veya tarafın dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmasına izin verebilir. Dinleme aynı anda ses ve görüntü olarak anılan kişilerin bulunduğu yere ve mahkeme salonuna aktarılacaktır."*¹⁰² Hemen belirtilmelidir ki, m. 128 (a) ilk fıkrada ilk cümleye göre; taraflara, vekillerine ve kanuni temsilcilerine duruşma sırasında farklı bir yerde bulunma ve oradan yargılama işlemlerini icra etmeye izin verildiğinden ses ve görüntü aktarımının bu kişilerin bulunduğu yere de yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu fıkralar uyarınca verilen kararların kesin

¹⁰⁰ Almanya CMK İngilizce metni için erişim adresi bkz. (01.02.2021)

https://www.legislationline.org/download/id/6117/file/Germany_CPC_1950_am_2014_en.pdf Yine Almanya ceza muhakemesi video konferans yöntemi (SEGBİS) ile ilgili ayrıntılı bilgi bkz. YER-DELEN, Erdal, *"Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı"*, s. 272. SEGBİS uygulaması hakkında Almanca dilinde bilgi için bkz.

https://www.tlfdi.de/mam/tlfdi/gesetze/orientierungshilfen/oh-videokonferenzsysteme_final.pdf

¹⁰¹ DURSUN, Gizem, *"Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı..."*, s. 136.

¹⁰² Almanya HMK İngilizce metni için erişim adresi bkz. <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/89715/103683/F-595450696/ZPO.pdf> (01.02.2021) Almanya'da video konferans yönteminin (SEGBİS) uygulanmasına dair bilgi için bkz. <https://www.dataguidance.com/news/germany-dsk-issues-guidance-videoconferencing>

olduğu üçüncü fıkrada da hükme bağlanmıştır. Kısacası Almanya’da söz konusu m. 128 (a) uyarınca; mahkeme, tarafların veya taraf vekillerinin talepleri üzerine ya da re’sen ilgililerin duruşmaya buldukları yerden katılabilmelerine izin verebilmektedir. Bu halde görüntü ve sesler eş zamanlı olarak duruşma salonunda naklen yayınlanmaktadır. Tarafların veya vekillerinin bu maddeye dayanarak duruşmaya oldukları yerden sesin ve görüntünün nakli suretiyle katılabilmeleri için mahkemeden talepte bulunmaları yeterli olmaktadır. Bunun yanında hakim, tarafların talebi olmaksızın re’sen de tarafların ya da vekillerinin duruşmaya sesin ve görüntünün nakli suretiyle katılabilmelerine izin verebilmektedir. Keza Almanya’da video konferans yöntemine tercümanlar için de bir bölüm eklenmiş ve yabancılar için tercüme hizmetinin daha etkin ve ucuz bir şekilde alınması sağlanmıştır¹⁰³.

Her ne kadar Almanya Medeni Usul Kanunu m. 245’de savaş veya başka bir olay neticesinde mahkeme faaliyetlerini durdurursa yargılamaya işlemlerinin bu durum boyunca kesintiye uğrayacağı düzenlenmiş olsa da, bu hüküm COVID 19 (Koronavirüs) pandemi sürecinde uygulanmamıştır. Federal bir devlet olan Almanya’da COVID 19 (Koronavirüs) pandemisinden kaynaklanan ilk ölüm vakası 09.03.2020 tarihinde kaydedilmiş olup¹⁰⁴, 09.03.2020 tarihinden itibaren federal bazda birçok kanun, yönetmelik ve genelge çıkarılmıştır. 16 eyaletten oluşan Almanya’da eyalet bazlı birçok kanun, yönetmelik, genelge yürürlüğe girmiştir¹⁰⁵. Örneğin konumuz itibarıyla yargılamalarla ilgili düzenlemelerden biri 27.03.2020 tarihinde Alman Federal Resmi Gazete’de yayınlanan “*Hukuk, Aciz ve Ceza Yargılamasında Covid 19 Pandemisinin Sonuçlarının Hafifletilmesi Hakkında Kanun (Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid 19-Pandemie im Zivil, Insolvenz und Strafverfahrensrecht)*” olmuştur¹⁰⁶. Hemen belirtmelidir ki, başlangıçta Alman mahkemelerinin iyi bir teknik donanımına (ekipmana) sahip olmasına, hakimlere eğitim kurslarının sürekli sunulmasına rağmen, Alman hakimlerin bilgi teknolojisinin araçlarını kullanma konusunda isteksiz oldukları görülmüştür¹⁰⁷. Nitekim ses ve görüntü aktarımı, sistemin uygulanması konusunda hakimlere takdir yetkisi tanındığı cihetle, çok ivedi olmayan duruşmaları hiç uğraşmadan ertelemeye meyilli olmuşlardır. Zira uygulamada COVID 19 (Koronavirüs) pandemi sürecinde hukukçular arasında duruşmaların SEGBİS video konferans yöntemiyle yapılması ise birçok eyalette epeyce tartışılmıştır¹⁰⁸. Ancak 1 aylık kısa bir süreçten sonra

¹⁰³ AYDIN, Seda, “... Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, s. 2109, 2110 ile 2115, 2116.

¹⁰⁴ “**Erste Corona-Todesfalle in Deutschland**”, Erişim adresi için bkz. <https://www.dw.com/de/erste-corona-todesfalle-in-deutschland/a-52597027> (02.02.2021).

¹⁰⁵ Federal ve eyalet bazında bu çıkarılan kuralların listesi için bkz. “**Liste der infolge der COVID-19-Pandemie erlassenen deutschen Gesetze und Verordnungen**”, (02.02.2021) https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_infolge_der_COVID-19-Pandemie_erlassenen_deutschen_Gesetze_und_Verordnungen.

¹⁰⁶ Bu Kanun’daki düzenlemeler hakkında genel bir bakış açısı veren çalışma için bkz. ÖZEKEŞ, Muhammet/GÜNEYİSU, Nilüfer Boran, “**KOVID-19 Salgınından Dolayı Alman Hukukunda Yargılama ve Takip Hukukuna İlişkin Hukukî Durum ile Özellikle İflâslar (Külli İcra) Hakkındaki Düzenlemeye Genel Bakış**”, Erişim adresi için bkz. <https://blog.lexpera.com.tr/kovid-19-salginindan-dolayi-alman-hukukunda-yargilama-ve-takip-hukukuna-iliskin-hukuki-durum/> (03.02.2021)

¹⁰⁷ ASLAN, Ali Çetin, “**Alman ve Avusturya Hukuklarında Covid 19 Salgınının Yargılamalara Etkisi ve Türkiye Bakımından Düşündükleri**”, 01.06.2020 tarihli makale için erişim adresi bkz. <https://blog.lexpera.com.tr/alman-ve-avusturya-hukuklarında-covid-19-salgininin-yargilamalara-etkisi-ve-turkiye-bakimindan-dusundurdukleri/#fn2> (02.02.2021)

¹⁰⁸ Örneğin; Almanya’nın en gelişmiş eyaletlerinden biri olan Bavyera Eyaleti’ni inceleyecek olursak, Bavyera Eyaleti yönetimi 20.03.2020 tarihinde Covid 19 (Korona virüs) salgınının yayılmasına karşı sokağa çıkma yasağı getirmiştir. Akabinde Bavyera Eyaleti Adalet Bakanlığı 24.03.2020 tarihli basın açıklamasıyla, yargının fonksiyonunu devam ettirme, Covid 19 salgınının yayılmasını önleme ve

Nisan 2020 tarihinden itibaren birçok eyalette uzlaşa sağlanmış ve günümüzde halen COVID 19 (Koronavirüs) pandemi süreci devam ettiği cihetle kamu sağlığı önplanda tutularak bu yöntemin gerek hukuk gerekse ceza yargılamalarında yani neredeyse birçok davada aktif olarak uygulanmasına kanaat getirilmiştir.

C. İsviçre

İsviçre CMK'da SEGBİS video konferans yönteminin uygulanabileceğine dair hüküm bulunmasına rağmen, Hukuk Muhakemeleri Kanununda (HMK'da) SEGBİS aracılığıyla duruşmaların icra edilmesine dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bazı kantonlarda konferans görüşmesi benzeri uygulamalara az da olsa rastlanmaktadır¹⁰⁹.

İsviçre CMK m. 144 mucibince, sorgulanacak olan kişinin duruşmaya şahsen katılmasının mümkün olmadığı veya duruşmaya katılmasının mümkün ancak aşırı masraflı ve sorunlu olabileceği durumlarda, duruşmanın video konferans yöntemiyle yapılmasına izin verilmektedir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise, duruşmanın ses ve görüntü kaydının alınması gerektiği de vurgulanmaktadır¹¹⁰.

Yargı faaliyetine katılanların sağlıklarını koruma görevleri olduğunu ifade etmiştir. Yargıya temel alanlarda toplanmayı, halka açık duruşmaları en zorunlu olanlarla özellikle de acele durumlarla sınırlandırmayı tavsiye ederek, hakimlerin bu konuda bağımsız karar verebileceklerini de vurgulamıştır. Keza acilen yapılması gerekli olan yargılamaların icrası esnasında hakimlerin katılımcıları korumak için farklı imkanları olduğunu belirtmiştir. Yine açıklamada duruşmayı izleyenlerin sayısında kısıtlamaya gidilebileceğini veya oturma yerlerinin kapatılabileceğini, yargılamaların daha büyük salonlarda icra edilebileceğini, Bavyera Eyaleti'nde acele gereken işler haricinde mahkemelerin ve adli mercilerin ziyaret edilmesinden vazgeçilmesi şiddetle tavsiye edilmiştir. Ancak ilk basın açıklamasında elektronik iletişimin faydasından bahsedilmediği veya elektronik iletişim teşvik edilmediği cihetle birçok hukukçu tarafından bu açıklama eleştiriyeye uğramıştır. Adalet Bakanlığı görüşünün aksine ülkedeki bazı hukukçular, duruşmayı izleyen sayısına kısıtlama getirilmesinin yargılamaya hakim olan ilkelerden aleniyet ilkesine bir aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür. Diğer yandan halk sokağa çıkma yasağı boyunca davaları takip edememiş, özellikle tutuklu yakınları mahkemeye erişim sağlayamamıştır. Hal böyle iken bu eleştiriler ışığında 06.05.2020 tarihinde Bavyera Eyaleti Adalet Bakanlığı ikinci bir basın açıklaması yapmış ve eleştirileri bertaraf etmeye çalışmıştır. Nitekim bu yeni açıklamasıyla Mahkeme salonlarında salgının yayılması tehlikesini önleyebilmek adına dijital imkanları kullanmanın faydalı olabileceğini aktarmış, teknik donanıma sahip olduğunu ve video konferans ekipmanlarının kullanıma hazır olduğunu belirterek, gerek CMK m. 247 (a) gerekse Medeni Usul Kanunu m. 128 (a) hükümleri dikkate alındığında bu sistemin uygulanmasında herhangi bir yasal engelin bulunmadığını dile getirmiştir. Bavyera Eyaleti Adalet Bakanlığı, SEGBİS video konferans yönteminin uygulanmasında "Microsoft Teams" veya "Google Meet" ya da İngiltere ve Galler'de daha çok tercih edilen "Zoom" programlarını önermiştir. Günümüzde halen Covid 19 pandemi süreci devam ettiği cihetle SEGBİS video konferans yöntemi ağırlıklı olarak sıkça uygulamaya devam etmektedir. Bu bilgiler için erişim adresi: <https://blog.lexpera.com.tr/almanve-avusturya-hukuklarında-covid-19-salgininin-yargılamalara-etkisi-ve-türkiye-bakımından-dusundurdükleri/#fn9> (03.02.2021). Yine bu konuda bkz. **HAU, Wolfgang, "Litigation in the Time of Covid-19: Some Observations from Germany"**, Civil Justice and Covid-19- Septentrio Reports 2020/5, s. 29-31.

¹⁰⁹ AYDIN, Seda, "... Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma", s. 2109.

¹¹⁰ İsviçre CMK İngilizce metni için erişim adresi bkz. (04.02.2021)

https://www.legislationline.org/download/id/8562/file/Swiss_CPC_2007_am2020_en.pdf

COVID 19 (Koronavirüs) pandemisi ile birlikte İsviçre’de ceza yargılamalarında SEGBİS video konferans yöntemi uygulanmış ve istisnai bir durum söz konusu olduğu cihetle birçok hükümsüz tutuklu olan sanıkların ceza davası bu yöntem sayesinde neticelenmiştir. İsviçre’de, her yıl 15 Temmuz - 15 Eylül arasında yapılan adli tatil öne çekilmiş, 21 Mart 2020 - 19 Nisan 2020 tarihleri adli tatil yapılmasına karar verilmiştir. Adli tatilden sonra ise, yargıya ilişkin özellikle salgının yayılmasını önleyici tedbirler almak ve aynı zamanda yargılama faaliyetine de devam edebilmek amacıyla bir yönetmelik de çıkarılmıştır¹¹¹. İsviçre’de COVID 19 (Koronavirüs) salgınına karşı çıkarılan bu Yönetmelik’te de özellikle ceza yargılamalarında tutuklu olan sanıklar açısından hakim istinae de olsa (kamu sağlığı gerekçesiyle-makul sebeple/meşru bir amaçla) re’sen ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılmasına karar verebileceği yönünde bilgi verilmiştir¹¹².

III. Türk Hukukunda SEGBİS Mevzuatı ve Uygulanabilirliği

Türk hukukunda öncelikle 5271 sayılı CMK’ya bakıldığında; SEGBİS’in kullanılmasında herhangi bir engelleyici hükmün bulunmadığı, aksine açıkça buna izin verildiği ve bazı durumlarda sistemin zorunlu kılındığı görülmektedir. Gerçekten SEGBİS, ceza muhakemesinde CMK m. 52, 58, 62 ve 180 doğrultusunda tanık ve bilirkişilerin dinlenilmesi esnasında¹¹³, m. 147 ve 01.02.2018 tarihli değişiklikle m. 196 mucibince şüphelinin ya da

¹¹¹ Geniş bilgi için bkz. <https://blog.lexpera.com.tr/alman-ve-avusturya-hukuklarında-covid-19-salgininin-yargılamalara-etkisi-ve-turkiye-bakimindan-dusundurduklari/#fn35> Ayrıca bkz. **EUROPEAN COUNCIL**, s. 130, 131.

¹¹² İsviçre Covid 19 pandemisi ile ilgili yargıdaki gelişmeler hakkında erişim adresi için bkz. (04.02.2021)

<https://www.loyensloeff.com/media/479060/switzerland-legal-considerations-relating-to-the-covid-19-outbreak-november-2020.pdf> Covid 19 pandemisi sürecinde İsviçre ceza muhakemesi ile ilgili bkz. <https://www.mondaq.com/crime/923310/impact-of-covid-19-on-swiss-criminal-proceedings> Yine bu konuya ilişkin Yönetmelik hakkında bilgi edinmek için bkz. DİŞEL, Buse, **“İsviçre Hukukunda Kovid-19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medeni Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi”**, Erişim adresi: <https://blog.lexpera.com.tr/isvire-hukukunda-kovid-19-sebebiyle-yargıda-alınan-tedbirler-ozellikle-medeni-yargıdaki-duzenlemeler-ve-bu-duzenlemelerin-ulkemiz-acısından-değerlendirilmesi/>, (05.02.2021)

¹¹³ **Konuya ilişkin olarak “Tanıkların dinlenmesi” başlıklı 5271 sayılı CMK m. 52/3 ve 4 aynen şöyledir;**

“(3) Tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya sesler kayda alınabilir. Ancak;

a) Mağdur çocukların,

b) Duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin,

Tanıklığında bu kayıt zorunludur.

(4) Üçüncü fıkra hükmünün uygulanması suretiyle elde edilen ses ve görüntü kayıtları, sadece ceza muhakemesinde kullanılır.”

“Tanığa ilk önce sorulacak sorular ve tanığın korunması” başlıklı 5271 sayılı CMK m. 58/3:

“(3) Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.”

“Bilirkişilere uygulanacak hükümler” başlıklı CMK m. 62/1: “(1) Tanıklara ilişkin hükümlerden aşağıdaki maddelere aykırı olmayanlar bilirkişiler hakkında da uygulanır.” Ve “Tanık ve bilirkişilerin naiple veya istinabe yoluyla dinlenmeleri” başlıklı CMK m. 180 ise: “(1) Hastalık veya malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle bir tanık veya bilirkişinin

sanığın ifadesi veya sorgusu esnasında¹¹⁴ yine 21.02.2014 tarihli değişiklikle m. 94 uyarınca yakalanan ve öngörülen sürede hakim önüne çıkarılmayan şüpheli ya da sanığın sorgusunda kullanılabilceği¹¹⁵, duruşmada yapılan işlemlerin kayda alınabileceği ise m. 219'da düzenlenmiştir¹¹⁶.

uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı bulunmayacağı anlaşılırsa, mahkeme onun bir naiple veya istinabe yoluyla dinlenmesine karar verebilir.

(2) Bu hüküm, konularının yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmasından dolayı getirilmesi zor olan tanık ve bilirkişinin dinlenmesinde de uygulanır.

(3) Davayı görmekte olan mahkeme, zorunluluk olmadıkça, büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulunan şikâyetçi, katılan, sanık, müdafî veya vekil, tanık ve bilirkişilerin istinabe yoluyla dinlenmesine karar veremez.

(4) İstinabe olunan mahkeme, büyükşehir belediye sınırları içerisinde ise, ilgililer kendi yargı çevresinde bulunmasa da büyükşehir belediye sınırları içerisinde yerine getirilmesi gereken istinabe evrakını geri çevirmeksizin gereğini yapar.

(5) Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır. Buna olanak verecek teknik donanımın kurulmasına ve kullanılmasına ilişkin esas ve usuller yönetmelikte gösterilir." demektedir.

¹¹⁴ **"İfade ve sorgunun tarzı" başlıklı 5271 sayılı CMK m. 147/1 (h) bendi'ne göre;** "(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:... h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanır." **"Sanığın duruşmadan bağışık tutulması" başlıklı CMK m. 196 ise aynen şöyledir;** "(1) Mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kıldığı hâllerde müdafî isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutabilir. (2) Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir. Sorgu için belirlenen gün, Cumhuriyet savcısı ile sanık ve müdafîne bildirilir. Cumhuriyet savcısı ile müdafînin sorgu sırasında hazır bulunması zorunlu değildir. Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur. (3) Sorgu tutanağı duruşmada okunur. (4) (Değişik: 15/8/2017-KHK-694/147. madde; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/142. madde) Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir. (5) Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir. (6) Yurt dışında bulunan sanığın, belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu halinde, bu tarihte önce duruşma açılarak veya istinabe suretiyle sorgusu yapılabilir."

¹¹⁵ **"Yakalanan kişinin mahkemeye götürülmesi" başlıklı 5271 sayılı CMK m. 94'de;** "(Değişik: 21/2/2014 – 6526/7 md.) (1) Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır. (2) Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır."

¹¹⁶ **"Duruşma tutanağı" başlıklı 5271 sayılı CMK m. 219'da;** "(1) Duruşma için tutanak tutulur. Tutanak, mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtibi tarafından imzalanır. Duruşmada yapılan işlemlerin teknik araçlarla kayda alınması halinde, bu kayıtlar vakit geçirilmeksizin yazılı tutanağa dönüştürülerek mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtibi tarafından imzalanır. (2) Mahkeme başkanının mazereti bulunursa tutanak, üyelerin en kademlisi tarafından imzalanır."

Bahse konu CMK hükümlerini incelediğimizde; m. 52/3'ün ilk cümlesi ve m. 62'de tanıkların ve bilirkişilerin dinlenmesi ile m. 219'da duruşmaların teknik araçlarla kayda alınmasının takdire bırakıldığı, buna karşılık m. 52/3 (a) ve (b) bentlerinde mağdur çocukların ve duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin tanıklığında ses ve görüntü kaydı yapılması, m. 147/1 (h) bendinde şüphelinin veya sanığın ifade veya sorgu işlemlerinin kaydında varsa teknik imkanlardan yararlanılmasının zorunlu olduğu yine m. 58/3 gereğince hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanığın dinlenilmesine hakim veya mahkemece karar verilmesi halinde, m. 180/5'te ses ve görüntülü aktarma yapılmasının, tanık ve bilirkişinin naiple veya istinabe yoluyla dinlenilmeleri gereken hallerde zorunlu olduğu tespit edilmektedir¹¹⁷.

Bunların yanında, CMK m. 196/2'de alt sınırı 5 yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, sanıkların bizzat mahkemesince sorguya çekilmesi öngörülmüş ve 2018 yılında yapılan değişiklikle birlikte m. 196/4'te ise *“Hâkim veya mahkemenin zorunlu görüldüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir.”* denilmiştir. Yine aynı Kanun m. 94'te ise, *“Hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç 24 saat içinde yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değilse en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hakim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır.”* hükmüne yer vererek sorgunun yapılması veya ifadenin alınmasında SEGBİS'i benimsemiş ve bu durum takdire bırakılmamış, emredici hükme bağlanmıştır. Hemen belirtilmelidir ki, eski uygulamada 24 saat içinde yetkili hakim veya mahkemesi önüne çıkarılmayan kişiler hakkında *“yol tutuklaması”*¹¹⁸ olarak adlandırılan kararların verildiği ve bu kişilerin ceza infaz kurumlarının nakil araçlarıyla yetkili hakim veya mahkemesinin bulunduğu yere götürüldüğü görülmekteydi. Ancak nakil için gerekli personel, araç ve güvenlik ile diğer şartların sağlanamaması gibi sebeplerle, sorgulanacak kişilerin mahkemesine zamanında çıkarılmaması, ceza infaz kurumu aracı içinde günlerce uzun yolculukların yapılması, nakil esnasında muhtemel trafik kazası ve güvenlik gibi birçok sorunla karşılaşmış ve böylelikle mağduriyetler yaşanmıştı¹¹⁹. Dolayısıyla günümüzde Türkiye'de sanığın sorgusu veya yakalanan kişi hakkında tutuklama karar verilmesi işlemleri SEGBİS aracılığıyla da bizzat mahkemesince (asıl yetkili hakim veya mahkemesi tarafından) yapılabilceği, neticesinde yol tutuklamasına gidilmeksizin daha kısa sürede ve kişilerin mağduriyetine yol açmadan ceza muhakemesinin yürütülebileceği kabul edilmiştir¹²⁰. Başka bir ifadeyle, CMK m. 94 düzenlemesiyle *“yol tutuklaması”* adı altında haksız biçimde kişilerin özgürlüğünü kısıtlayan uygulamalara, SEGBİS aracılığıyla son verilmesi amaçlanmaktadır.

¹¹⁷ TC Adalet Bakanlığı, *“Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS)”* başlıklı Genelge No: 150, s. 2. Erişim adresi için bkz. <https://www.adalet.gov.tr/pdf/segbis.pdf>. (05.02.2021) Ayrıca bu madde hükümleri hakkında bilgi için bkz. İPEK, Ali İhsan, *İfade Almanın Teknik ve Taktikleri*, Adalet Yay., Ankara 2015, s. 106; YERDELEN, Erdal, *“Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”*, s. 275 vd; AYDIN, Seda, *“... Ses ve Görüntü Yoluyla Duruşmaya Katılma”*, s. 2110 vd; DURSUN, Gizem, *“Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı...”*, s. 135 vd.

¹¹⁸ Yol tutuklaması, esas yetkili mahkemesi huzuruna getirilmek üzere sanığın başka bir yer hakimi tarafından geçici tutuklanmasıdır.

¹¹⁹ *“Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS)”* başlıklı Genelge No: 150, s. 4.

¹²⁰ *“Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS)”* başlıklı Genelge No: 150, s. 4.

Aynı Kanun m. 196/2'yi okuduğumuzda ise, istinabe yasağı getirilen hallerde, SEGBİS kullanılmak suretiyle ifade alınmasında; asıl mahkemesince bizzat ilgisine soru yöneltilmesi, sanık, tanık, bilirkişi ve diğer kişiler açısından da yargılamayı yapan mahkeme heyetinin doğrudan görülebilmesi, savunmanın bizzat yapılarak beyanda bulunabilmesi suretiyle yüz yüzelik ilkesinin sağlandığı gözetilerek bu işlemin Kanunun öngördüğü anlamda istinabe olarak değerlendirilemeyeceği ve bu nedenle alt sınırı 5 yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da uygulanabileceği sonucuna ulaşmaktayız¹²¹. Başka bir anlatımla, SEGBİS kullanılmak suretiyle ifade alınması istinabe sayılmayacağından, CMK m. 196/2' de istinabe yasağı getirilen hallerde de SEGBİS kullanılmak suretiyle ifade alınabileceği anlaşılmaktadır. Diğer yandan Yargıtay'ın aynı doğrultuda kararlar verdiği yani SEGBİS'in istinabe göre sanık haklarını daha fazla koruyan bir sistem olduğu ve tüm suçlar bakımından uygulanabileceği görüşünün benimsendiği kararlarda görülmektedir¹²². Yargıtay kararlarına göre; alt sınırı 5 yıldan daha az olmayan hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yargılanan sanıkların duruşmada hazır bulundurulması, mümkün olmaması halinde ise SEGBİS aracılığıyla savunmalarının alınması gerekmektedir¹²³.

Bir başka husus CMK m. 196'yı incelediğimizde "yurt içinde bulunan sanık" ibaresine yer verildiği görülmektedir. Kanaatimizce belirli suçlar açısından yurtdışında bulunan şüphelinin veya sanığın savunmasının da bu yolla alınabilmesi mümkün hale getirilmelidir. Örneğin; üst sınırı 2 yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından uygulanabilecek bu yöntemle hem yargılamalar makul sürede sonuçlandırılacağı hem de usul ekonomisinin

¹²¹ "Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS)" başlıklı Genelge No: 150, s. 4.

¹²² DURSUN, Gizem, "Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı...", s. 138, 139. Türk hukuku öğretisinde tartışmalı olmakla birlikte, örneğin; bazı yazarlar karşı bir görüş ileri sürmektedir. Şöyle ki; "Her ne kadar, olması gereken hukuk bakımından beklentimiz teknolojideki gelişmelere ayak uydurulması ve kullanılması suretiyle yargının etkinliğinin sağlanmasında da, mevcut hukuk/teknoloji sistemimiz olması gereken seviyede bulunmadığından öncelikli amacımız sanık haklarının maksimum seviyede gözetilmesi olmalıdır. Çünkü 5 yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren suçlar açısından sanığın özgürlüğünü kısıtlayıcı cezalara maruz kalması çok daha muhtemel, savunma hakkının korunması çok daha zaruridir. SEGBİS'in sanığın rızası olmaması halinde uygulama bulmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak Yargıtay kararlarında tespit edilmektedir ki, birçok mahkemede "rıza" konusu dikkate alınmamakta, sistem doğrudan uygulama bulmaktadır. Kanaatimizce SEGBİS uygulamasında benimseyeceğimiz yorum yöntemi dar bakış açısına sahip olmalı, sanık haklarını korumayı amaçlamalıdır. "Söz konusu maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi; sorgunun istinabe yoluyla yapılmasının neden olacağı sakıncaların giderilmesi veya en aza indirilebilmesi için, olanak bulundukça esas hakkında hükmü verecek mahkemeye görüntülü olarak izlenip gerekli soruların da sorulabileceği video marifetiyle yayın yönteminden yararlanılması uygun görülmüştür. Böylece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde konu edilen "adil yargılanma hakkı" ilkesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki kararı gözetilerek, hakimlerin hükmü vermeden önce sanığı bizzat görmeleri sağlanmaya çalışılmıştır." şeklindeki ifadedden çıkarılması gereken sonuç, m. 196/4'ün istinabenin mümkün olduğu hallerle sınırlı olarak uygulanabileceği yönündedir." Bkz. GÜLŞEN, Recep, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Teknoloji", Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 7, Temmuz 2006, s. 150; GÖZEL, Arif, "Yargılamada Görüntülü ve Sesli Bilişim Sistemi Kullanımı", s. 5; YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 411.

¹²³ Örneğin bkz. Yargıtay 1. CD, E. 19059/2015, K. 6873/2015, 19.11.2015; Yargıtay 3. CD, E. 19584/2015, K. 35174/2015, 08.12.2015; Yargıtay 3. CD, E. 19519/2015, K. 36159/2015, 16.12.2015; Yargıtay 3. CD, E. 14523/2015, K. 36623/2015, 22.12.2015. Erişim adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (11.02.2021)

gözetilmiş olabileceği görüşündeyiz¹²⁴. Gerçekten de uygulamada, yurtdışında bulunan şüpheli veya sanığın ifadelerinin alınması için ya istinabe yoluna başvurulmakta ya da şartları oluşması halinde yakalama kararı çıkarılmaktadır. İstinabe süreçleri hem çok uzun sürmekte hem de tercüme masrafları gibi birçok harcamaya sebebiyet vermektedir. Yakalama kararı çıkarıldığında ise, şüpheli veya sanık Türkiye'ye geldiğinde havalimanında başlayıp adliyede sona eren uzun ve belirsiz bir süreç yaşamaktan çekinmektedir. Tüm bu sorunların şüpheli veya sanığın ilgili ülkede bulunan Türk konsolosluklarında yapılacak kimlik tespitiyle birlikte iştirak edebilecekleri ses ve görüntülü duruşma yöntemiyle çözülebileceği, adil yargılanma hakkının temini için bu şekilde ifade alınması, kişinin müdafisinin Türkiye'deki ilgili mahkemeye katılım sağlaması şartına tabi tutulabileceği düşüncesindeyiz¹²⁵.

Türkiye'de SEGBİS sayesinde ifade alma ve sorgu işlemleri ile duruşmaların video kaydına alınması, Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan veya mahkemede hazır bulunamayan kişilerin (şüpheli, sanık, tanık, şikayetçi, katılan vb.) video konferans yoluyla dinlenilmesi ve ifadelerinin kayda alınması imkanı sağlanmıştır¹²⁶. Zira “Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik”, TC Adalet Bakanlığı tarafından 20.09.2011 tarihli ve 28060 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve böylece soruşturma ve kovuşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkemece dinlenilmesine gerek görülen kişilerin SEGBİS kullanılarak dinlenilmesi, kayda alınması, saklanması ile bunun için gerekli teknik alt yapının kurulmasına ilişkin esas ve usulleri de düzenlenmiştir. Anılan yönetmelikte geçen bazı terimlerin tanımları yapıldıktan sonra, sistemin kurulmasından bahsedilmiş¹²⁷, ceza infaz

¹²⁴ Katıldığımız bu görüş için bkz. TIRTIR, Mustafa, “**Sesli – Görüntülü Duruşma Dönemi**”. Erişim adresi: <https://mustafatirtir.com/sesli-goruntulu-durusma-donemi/> (13.02.2021).

¹²⁵ Katıldığımız bu görüş için bkz. TIRTIR, Mustafa, “**Sesli – Görüntülü Duruşma Dönemi**”. Erişim adresi: <https://mustafatirtir.com/sesli-goruntulu-durusma-donemi/> (13.02.2021).

¹²⁶ “**Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS)**” başlıklı Genelge No: 150, s. 1. “*UYAP projesine bağlı olarak kurulan SEGBİS, 2012 yılından sonra adli ve ceza infaz kurumlarında kullanılmaya başlanmıştır. Böylece mahkemelerde ve ceza infaz kurumlarında kurulan monitor, kamera ve bilgisayar sistemleri aracılığıyla iki farklı birim arasında eş zamanlı olarak sesli ve görüntülü iletişim kurulması gerçekleştirilmektedir. Türkiye’de SEGBİS, farklı merkezler arasında iletişimin sağlanması amacıyla hizmet ettiği gibi, UYAP üzerinden ses ve görüntünün kaydedilmesini ve saklanmasını da sağlamaktadır.*” Bu bilgiler için bkz. TOSUN, Yemliha Uğur, “**Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin İnsan Hakları Açısından Önemi**”, HUKAB Dergi, S. 6, s. 1, 2. Erişim adresi: <http://www.hukabdergi.com/p2471/> (15.02.2021); GÜNER, Halil, “**SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi**”, s. 82; CENTEL/ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 266; ACAR/GÜRSOY, “**Türkiye Mahkemelerinde Sesli ve Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasında Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği**”, s. 130; DURSUN, Gizem, “**Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ...**”, s. 134; GÖZEL, Arif, “**Yargılamada Görüntülü ve Sesli Bilişim Sistemi Kullanımı**”, s. 2; ŞEN, Ersan, “**Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı**”, s. 1.

¹²⁷ “**Tanımlar ve kısaltmalar**” başlıklı Yönetmelik m. 3'te şöyle denilmektedir; “(1) *Bu Yönetmelikte geçen; a) Bakanlık: Adalet Bakanlığını, b) Bilişim sistemi: Bilgisayar, çevre birimleri, iletişim altyapısı ve programlardan oluşan veri işleme, saklama ve iletmeye yönelik sistemi, c) SEGBİS: UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin, ç) SEGBİS yazılımı: UYAP Bilişim Sisteminde SEGBİS'in gerçekleştirilmesi için geliştirilen yazılımı, d) Talep eden makam: SEGBİS ile dinlemeyi talep eden Cumhuriyet savcılığı, hâkim ve mahkemeyi, e) Talep edilen makam: SEGBİS ile dinleme talep edilen Cumhuriyet savcılığı, hâkim ve mahkemeyi, f) UYAP Bilişim Sistemi: Adalet hizmetlerinin elektronik ortamda yürütülmesi amacıyla oluşturulan bilişim sistemini, ifade eder.*” Benzer biçimde **2015 tarihli Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkla-**

kurumunda¹²⁸, tedavi kurumlarında¹²⁹ veya soruşturma ve kovuşturma aşamasında ilgili makam tarafından kabul edilen, mazaretleri nedeniyle hazır bulunamayan kişilerin¹³⁰ ve yargı çevresi dışında bulunanlar¹³¹ ile yakalama halinde mahkemesine çıkarılmayan kişilerin¹³² dinlenilmesinde SEGBİS'in kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Bu

rı İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 40'ıncı maddesinde de "SEGBİS" tanımına yer verilmiştir; "SEGBİS, UYAP'ta ses ve görüntünün aynı anda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemidir."

İlgili yönetmeliğin 5'inci maddesinde ise; "(1) Bakanlık, UYAP Bilişim Sistemi kapsamında SEGBİS'i kurar, işletir, geliştirir, bakım ve idamesini sağlar." **denilmektedir.**

¹²⁸ **"Ceza infaz kurumunda bulunanlar" başlıklı Yönetmelik m. 14;** "(1) Teknik altyapının hazır olması durumunda ceza infaz kurumunda bulunan kişi SEGBİS ile dinlenebileceği gibi, SEGBİS üzerinden duruşmalara da katılabilir. (2) Talep eden makam, dinleme yapacağı kişinin kimlik bilgilerini, dinleme zamanını ve dinleme için yapılması gereken hazırlıkları ilgili ceza infaz kurumu yönetimine bildirir. (3) İlgili ceza infaz kurumu görevlisi, ikinci fıkrada belirtilen talimatlar doğrultusunda, dinlenecek kişiyi, dinleme odasında hazır eder. (4) Talep eden makam ayrıca belirtmediği sürece, dinlenecek kişinin dinleme talebinde belirtilen kişi olduğuna dair bir tutanak, ceza infaz kurumu görevlisince düzenlenir ve imzalanır." **şeklinde**dir.

¹²⁹ **"Tedavi kurumlarında bulunanlar" başlıklı Yönetmelik m. 15;** "(1) Soruşturma ve kovuşturma aşamasında tedavi kurumlarında bulunan kişi SEGBİS ile dinlenebileceği gibi SEGBİS üzerinden duruşmalara da katılabilir. (2) Talep eden makam, dinleme yapacağı kişinin kimlik bilgilerini, dinleme zamanını ve dinleme için yapılması gereken hazırlıkları ilgili tedavi kurumu yönetimine ve kolluk birimine bildirir. İlgili kolluk birimi, yeterli sayıda kolluk görevlisinin dinleme işlemi sırasında hazır bulunmasını sağlar. (3) İlgili kolluk görevlisi, ikinci fıkrada belirtilen talimatlar doğrultusunda, dinlenecek kişiyi, dinleme odasında hazır eder. (4) Talep eden makam ayrıca belirtmediği sürece, dinlenecek kişinin dinleme talebinde belirtilen kişi olduğuna dair bir tutanak, kolluk görevlisince düzenlenir ve imzalanır." **şeklinde**dir.

¹³⁰ **"Huzurda bulunmayanlar" başlıklı Yönetmelik m. 13;** "(1) Soruşturma ve kovuşturma aşamasında talep eden makam tarafından kabul edilen mazaretleri nedeniyle hazır bulunamayan kişi SEGBİS ile dinlenebileceği gibi SEGBİS üzerinden duruşmalara da katılabilir. (2) Talep eden makam, dinleme yapacağı kişinin kimlik bilgilerini, dinleme zamanını ve dinleme için yapılması gereken hazırlıkları ilgili kolluk birimine bildirir. İlgili kolluk birimi, yeterli sayıda kolluk görevlisinin dinleme işlemi sırasında hazır bulunmasını sağlar. (3) İlgili kolluk görevlisi, ikinci fıkrada belirtilen talimatlar doğrultusunda, dinlenecek kişiyi, dinlemenin yapılacağı yerde hazır eder. (4) Talep eden makam ayrıca belirtmediği sürece, dinlenecek kişinin dinleme talebinde belirtilen kişi olduğuna dair bir tutanak, kolluk görevlisince düzenlenir ve imzalanır." **şeklinde**dir.

¹³¹ **"Yargı çevresi dışında bulunanlar" başlıklı Yönetmelik m. 16;** "(1) Talep eden makam, SEGBİS kullanmak suretiyle dinleyeceği kişileri, bu kişilere ait adres ve kimlik bilgileri ile varsa isnat olunan suçu ya da olayı, dinleme için yapılması gereken hazırlıkları talep edilen makama bildirir. (2) Talep edilen makam talep doğrultusunda, dinlenecek kişinin dinleme odasında hazır edilmesini, bu kişinin dinleme talebinde belirtilen kişi olduğuna dair bir tutanak düzenlenmesini sağlar. (3) Talep eden makam ayrıca belirtmediği sürece, dinlemeden önce dinlenecek kişinin kimliği, adliyelerde yazı işleri müdürü veya hâkim tarafından görevlendirilecek personel marifetiyle tespit edilir." **şeklinde**dir.

¹³² **"Yakalama halinde dinleme" başlıklı Yönetmelik m. 17;** "(1) Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, derhal yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır. Şayet çıkarılmıyorsa; a) Yakalamanın yapıldığı yer Cumhuriyet başsavcılığı, işin niteliğine göre yakalamayı talep eden ya da yakalama kararını veren makam ile irtibata geçer. b) İrtibata geçilen makamın uygun görmesi halinde yakalanan şahıs, SEGBİS ile dinlenilmesi için hazır edilir. Yakalamanın yapıldığı yerde SEGBİS yoksa bu sistemin bulunduğu ve

yönetmelik, yürürlükteki 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı CMK, 03.07.2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ve 27.12.2007 tarihli ve 5276 sayılı Tanık Koruma Kanununa dayanılarak hazırlanmıştır. Dolayısıyla bu Kanunlardaki hükümlere paralel düzenlemeler öngörülmüştür.

Yönetmeliğin 4'üncü maddesinde; görüntü ile sesin aynı anda güvenli bir şekilde iletilmesi ve kaydedilebilmesinin gerektiği belirtildikten sonra, görüntü, ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye, ses, ilgilinin duyularının anlamaya ve söylediklerini anlaşılır şekilde dinlemeye imkan verecek nitelikte olacağı, bilgi, belge ve delillerin elektronik ortamda anında iletilmesinin önemi aktarılmıştır. Devamla “*Kayıtların saklanması*” başlıklı m. 6'da ise; SEGBİS ile elde edilen kayıtların, nitelikli elektronik imza ile imzalanarak güvenli bir şekilde talep eden makam tarafından saklanacağı ifade edilmiştir.

Yönetmeliğin 9'uncu maddesinde; görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması olanağının varlığı halinde, kanunlardaki usul ve esaslar dairesinde, soruşturma veya kovuşturma aşamasında yapılan her türlü işlemin SEGBİS ile kayda alınacağı, ancak mağdur çocukların, duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin, tanıklığında bu kaydın zorunlu olduğu belirtilmektedir. “*Kimliği saklı tutulan tanıkların dinlenilmesi*” başlıklı madde 10'da; kimliği saklı tutulan tanıkların SEGBİS ile uzaktan dinenebileceği, bu dinleme sırasında kimliği saklı tutulan tanığın bulunduğu yer yetkili Cumhuriyet savcısı veya hakiminin hazır bulunacağı düzenlenmekte, m. 11'de ise; uluslararası karşılıklı adli yardımlaşma çerçevesinde SEGBİS'in kullanılabilmesi ifade edilmektedir.

Yönetmeliğin 18'inci maddesinde; dinleme sırasında hazır bulunacak kişiler vurgulanmaktadır. Buna göre, dinlemeyi talep eden makamın istemiyle bağlı olmak üzere, dinleme işlemi esnasında, dinlenecek kişinin yanında Cumhuriyet savcısı ya da hakim bulunabilmektedir. Kanaatimizce burada yahut yönetmeliğin başka bir maddesinde özellikle dinlenecek kişinin şüpheli veya sanık olması halinde yanında müdafinin de bulunabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunması yerinde olacaktır. Çünkü 5271 sayılı CMK m. 196'ya ve duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin olarak YCGK'nun 10.06.2008 tarihli ve E. 9-148/2008, K. 169/2008 sayılı kararına bakıldığında belirtilen koşullardan biri; “*sesli ve görüntülü yöntemle savunma alınması halinde sanık müdafinin talebi durumunda sanığın yanında bulunma olanağının sağlanması*”dır¹³³. Aksi takdirde, savunma hakkının kısıtlandığı kabul edilecektir. Kaldı ki Yargıtay 2015 tarihli bir başka kararında ise¹³⁴; “*ceza infaz kurumunda hükümlü olan sanığın SEGBİS aracılığıyla savunmasının alınmasının, müdafii-*

*kullanıma hazır olduğu en yakın yer Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemesine götürülür. c) En geç yirmi dört saat içinde bu işlemler yapılmıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır. (2) Birinci fıkraya göre tutuklanan kişi, işin niteliğine göre yetkili Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemece uygun görülmesi halinde SEGBİS'in kullanılması suretiyle de dinlenebilir.” **şeklinde**dir.*

¹³³ YCGK 10.06.2008 tarihli ve E. 9-148/2008, K. 169/2008 sayılı kararı için erişim adresi bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (15.02.2021) “*İlgili kararda CGK, davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışında başka bir suçtan cezası infaz edilmekte olan sanık hakkında hüküm vermiştir. Sanık, bu olayda duruşmada hazır bulunmak istediğini yazılı olarak mahkemeye ilemiştir. Sanığın duruşmada hazır edilip müdafii huzurunda bozma-ya karşı diyecekleri sorulmadan direnme kararı verilmesini, savunma hakkının açıkça kısıtlanması olarak değerlendirmiştir. Bu nedenle hükmün bozulmasına karar vermiştir.*”

¹³⁴ Bkz. Yargıtay 23. CD, E. 19059/2015, K. 6873/2015, 19.11.2015. Erişim adresi: (10.02.2021) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

den yararlanma hakkı da dahil olmak üzere hakları hatırlatılmaksızın gerçekleştirilmiş olması dolayısıyla savunma hakkını kısıtladığına karar vermiştir.” Katıldığımız görüş; SEGBİS aracılığıyla sorgusu yapılan sanıklara üçüncü kişilerce duyulmaksızın müdafii ile iletişim kurabilme olanağının tanınması ve isterse dinlenmesi sırasında yanında müdafinin bulunmasına izin verilmesi gerektiği, adil yargılanma hakkının da gereği olarak kabul edilmesi yönündedir¹³⁵. Hatta bu görüşe göre; hem dinlenme esnasında sanığın yanında, hem de duruşma salonunda birer müdafinin bulunmasına imkan verilmelidir¹³⁶.

Yargıtay 16'ncı Ceza Dairesi, 2015 yılında verdiği kararlarda; SEGBİS'in sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve savunma hakkını kısıtlar nitelikte olup olmadığı üzerinde durmuş, imkan bulunan her durum için sistem yoluyla sorgu yapılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bu kararlarda özetle; sanık ve müdafii sesli ve görüntülü iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle savunma yapılmamış istememiş, bu sistemin kullanılmasına karşı çıkmışlardır. Sanık ve müdafii duruşmada hazır bulunmayı ısrarla talep etmişler, buna rağmen SEGBİS aracılığıyla sanık savunması alınmış ve hakkında mahkumiyet hükmü kurmuştur¹³⁷. Yargıtay 16'ncı Ceza Dairesi kararlarında¹³⁸, duruşmada hazır bulunma ve savunma hakkının kısıtlanmamasına ilişkin belirlenen kriterler şu şekilde açıklanmıştır¹³⁹,

1. Genel kural, sanığın duruşmada hazır bulundurulmasıdır. Bu hak, ancak somut ciddi nedenlere dayalı olarak mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir¹⁴⁰.
2. İlk ve son savunmanın yapıldığı, esasa ilişkin delillerin toplandığı oturumlara, sanığın SEGBİS yolu ile katılması açık kabulüne dayalı olmalıdır¹⁴¹.
3. Sesli ve görüntülü yöntemle savunma alınması halinde, sanık müdafinin talebi durumunda sanığın yanında bulunma olanağı sağlanmalıdır.

¹³⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, *İnsan Hakları El Kitabı*, s. 341.

¹³⁶ ŞEN, Ersan, “**Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı**”, s. 3.

¹³⁷ YERDELEN, Erdal, “**Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı**”, s. 277.

¹³⁸ Yargıtay 16. CD, E. 1076/2015, K. 1932/2015, 19.06.2015; Yargıtay 16. CD, E. 1078/2015, K. 1930/2015, 19.06.2015; Yargıtay 16. CD, E. 1083/2015, K. 1926/2015, 19.06.2015. Bu kararlar hakkında erişim adresi bkz. [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/\(15.02.2021\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/(15.02.2021))

¹³⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 78, 79.

¹⁴⁰ “Yargıtay'ın ilk kriterini makul gerekçe/meşru amaç gerekliliği olarak belirtmek mümkündür. Zira bu kritere göre, sanığın duruşmada bulunmasını, duruşma salonuna gelmesini engelleyecek, kamu güvenliği gibi somut gerekçelerle SEGBİS üzerinden duruşmaya katılımını gerektirecek belirli nedenler olmalı, durum sanığa anlatılmalı ve gerekçe de mahkemenin kararında açıkça ifade edilmelidir.” ŞEN, Ersan, “**Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı**”, s. 5.

¹⁴¹ “İkinci kriterde, mahkemenin SEGBİS yoluyla sanığın yargılamaya katılımına ilişkin kararına, sanığın açık kabulünün bulunması gerektiği görülmektedir. Dolayısıyla, mahkeme bu yönde bir karar almazdan evvel sanığa usulü anlatmalı, onayı olup olmadığını sormalı ve olmaması halinde ise sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlamalıdır. Yani sanığın SEGBİS kullanımını kabul etmemesi halinde mahkeme SEGBİS aracılığıyla sanığın dinlenmesi yönünde karar vermemelidir.” DURSUN, Gizem, “**Sanığın Duruşmada Bulunma Hakkı...**”, s. 141, 142; ŞEN, Ersan, “**Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı**”, s. 8. Ayrıca aynı yöndeki görüş için bkz. GÖZEL, Arif, “**Yargılama-da Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) Kullanımı**”, s. 16.

Bu kriterlerin dışında, sanığın SEGBİS yoluyla ifadesinin alınabilmesi için, huzurda bulundurulmasının mümkün olmaması gerekmektedir¹⁴². Başka bir anlatımla, Türkiye’de SEGBİS, savunma hakları çerçevesinde sanığa tanınan “ikincil asgari hak” niteliğindedir¹⁴³. Keza 2016 ve sonrasında verilen kararlarda da 16’ncı Ceza Dairesi kararı benimsenerek söz konusu kriterlere yer verilmiştir¹⁴⁴. Gerçekten Yargıtay’ın kriterleri ışığında duruşmada hazır bulunma hakkına sahip sanık SEGBİS aracılığıyla uzaktan dinlenebilmektedir¹⁴⁵. Önemle tekrar edilmelidir ki, esas olan özellikle kovuşturma aşamasında sanığın huzura gelmesi ve duruşma salonunda bulunmasıdır. Bu usul, “delillerin doğrudan doğrualığı” ve “yüz yüzelik” ilkeleri ile de uyumludur. Sanığın, SEGBİS uygulaması ile duruşmalara uzaktan katılmasını gerektirecek haklı gerekçe veya delil söz konusu değilse duruşma salonuna bizzat getirilmesi gerekmektedir. Sanık yanında müdafii olmaksızın ve duruşma salonunda yüz yüzelik sağlanmaksızın sorguya alınmamalıdır¹⁴⁶. SEGBİS uygulamasının usulünce icra edilmemiş olması halinde duruşmada hazır bulunma hakkı ve dolayısıyla sanığın savunma hakkının kısmen veya tamamen ihlalinin gündeme gelmesi muhtemeldir. Unutulmamalıdır ki, ilk derece mahkemesi tarafından hüküm için önemli olan hususlarda sanığın savunma hakkının kısıtlanmasına yol açılması durumunda, 5271 sayılı CMK m. 289/1 (h) bendi mucibince hukuka kesin aykırılık hali ve mutlak bozma sebebi somut olay bakımından karşımıza çıkacaktır.

TC Anayasa Mahkemesi, SEGBİS uygulaması hakkında 18.11.2015 tarihinde *Erdal Korkmaz ve Diğerleri/Türkiye davasında* önemli bir değerlendirme yapmıştır¹⁴⁷. TC AYM,

¹⁴² YERDELEN, Erdal, “Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, s. 277.

¹⁴³ ŞEN, Ersan, “Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı”, s. 2; DURSUN, Gizem, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı...”, s. 142.

¹⁴⁴ Benzer nitelikte örnek kararlar için bkz. Yargıtay 15. CD, 23267/2082 sayılı Karar, 24.02.2016; Yargıtay 2. CD, 499/3719 sayılı Karar, 03.03.2016; Yargıtay 8. CD, 13616/797 sayılı Karar, 20.01.2016. Erişim adresi bkz. [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/\(15.02.2021\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/(15.02.2021))

¹⁴⁵ YERDELEN, Erdal, “Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, s. 277. Türk hukuku öğretisindeki bir görüş; “Aslında istinabe yerine SEGBİS’in uygulanması gerektiğine ilişkin düzenlemeler ile sanığın duruşmada hazır bulunma hakkına atfedilen önem artmış, bunun gözetilmesi bakımından da gerekli düzenlemeler yapılmıştır.” şeklindedir. Bkz. GÜLŞEN, Recep, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Teknoloji”, s. 153; DURSUN, Gizem, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı...”, s. 137. Diğer yandan bir görüşe göre; “Sanık talep ettiği durumda savunma hakkını kısıtlayacak şekilde sanığın hiçbir celseye katılmayacağı şeklinde yorumlanmayıp, sanığın mahkemede hazır bulunmasının gerekmediği anlamına gelmemektedir.” Bkz. ŞEN, Ersan, “Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı”, s. 6, GÖZEL, Arif, “Yargulamada Görüntülü ve Sesli Bilişim Sistemi Kullanımı”, s. 9.

¹⁴⁶ Bu bilgiler için bkz. GÜNER, Halil, “SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi”, s. 84-86; YERDELEN, Erdal, “Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, s. 278.

¹⁴⁷ AYM: *Erdal Korkmaz ve Diğerleri/Türkiye Davası*, Bşv. No: 2653/2013, 18.11.2015. Erişim adresi için bkz. [https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/\(16.02.2021\)](https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/(16.02.2021)) “Somut olayda, başvuruçular, devlet memuru olup, Kamu Emekçileri Sendikasına bağlı Eğitim ve Bilim Emekçileri üyesidirler. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, başvuruçularla ilgili olarak DHKP-C silahlı terör örgütüne üye olma nedeniyle soruşturma başlatmıştır. Tarihsel süreçte BM Güvenlik Konseyi, ABD, Almanya, İngiltere ve daha sonra da Avrupa Birliği, DHKP-C’yi silahlı terör örgütü listesine almıştır. Bu çerçevede başvuruçular hakkında tutuklama kararı çıkmıştır. Başvuruçuların tutukluluk süreci içerisinde yaptıkları tüm itirazlar ise reddedilmiştir. Gerçekten SEGBİS uygulaması ile tutukluluk incelemesi yapılmış ve başvuruçular, müdafilerin hazır bulundurulması ve dinlenilmesini talep etmiş ancak CMK m. 108/1’de şüpheli veya müdafii dinlenilmesini öngördüğü için kabul edilmemiştir.

AİHM'in *Marcello Viola/İtalya kararına* da atıf yapmış ve sanıkların duruşmaya video konferans yöntemiyle katılımının sağlanmasıyla, "savunmanın diğer taraflara nazaran ciddi bir şekilde dezavantajlı bir konuma düşürülmediğinden hareketle" mahkemede hazır bulunma şartının gerçekleştiğine kanaat getirmiştir. Başvurucuların itirazlarının dosya üzerinden zamanında incelenmiş olması hasebiyle makul aralıklarla dinlenme noktasında aykırı bir durumun bulunmadığını aktaran AYM, SEGBİS vasıtasıyla yapılan tutukluluk incelemesinde, başvuruculara tutukluluk halleriyle ilgili itirazlarını dile getirme ve Mahkeme önünde sözlü savunma yapma fırsatı verilmesi gerekçeleriyle herhangi bir hak ihlalinin yaşanmadığını ortaya koymuştur¹⁴⁸.

Diğer yandan "*SEGBİS'in Kullanılabileceği Diğer Alanlar*" başlıklı yönetmeliğin son bölümünde SEGBİS'in kanun yolu aşamasında da uygulanabileceği kabul edilmiştir. Nitekim yönetmeliğin 21'inci maddesinde, Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemeleri de dahil olmak üzere kanun yolu makamları tarafından ve CMK hükümlerinin uygulandığı diğer alanlarda kullanılabileceği vurgulanmaktadır. Buradan hareketle, ceza infaz kurumunda ya

Başvurular bunun üzerine karara itiraz etmiştir. İstanbul 1 No'lu Hakimliği; "*SEGBİS'in beyan almada yeterli bir sistem olduğu, şüphelilerin iradeleriyle beyanda bulunmamış olmaları tutukluluk halinin devamına karar vermede bir engel olarak değerlendirilmediği, yasal mevzuat açısından tutukluluk incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasının zorunluluk teşkil etmediği, tarafların itiraz ve taleplerini her zaman dosyaya sunabilecekleri, SEGBİS ile cezaevine bağlanarak gerekli ortam ve imkânın sağlandığı*" hususlarını aktarmıştır. Başvurucular, SEGBİS uygulamasının TC AY m. 36'da düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AYM, öncelikle *Hebat Aslan ve Firas Aslan/Türkiye davasındaki* 2014 tarihli AİHM kararına atıf yaparak, TC AY m. 19/8 kapsamında tutukluluğa yapılan her itirazda başvuruçunun dinlenilmesinin gerekmediğine sadece tutukluluğun gözden geçirilmesinde "çekişmeli yargı" ve "silahların eşitliği" ilkelerine uyulması noktasındaki hassasiyetlerini vurgulamıştır. Devamla Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan veya mahkemede hazır bulunamayan kişilerin (şüpheli, tanık, şikâyetçi vb.) video konferans yoluyla dinlenilmesini ve ifadelerin kayda alınmasını sağlayan bir olanak olduğunu, bu kayıtların daha sonra yazılı olarak tutanağa dönüştürülmesinin ise sistemin güvencesi olarak ifade edildiğini belirtmiştir. Yine AYM, AİHM'in *Hebat Aslan ve Firas Aslan/Türkiye kararından* hareketle tutukluluğun incelenmesinin ve tahliye talebi değerlendirmesinin SEGBİS vasıtasıyla yapılmasını ve başvuruçuların o anda herhangi bir beyanda bulunmayışını hatta Cumhuriyet savcısının da sözlü beyanda bulunmak üzere mahkemeye çağırılmamasını "silahların eşitliği" ilkesine aykırı bulmamıştır. Keza AYM, CMK m. 147/1 (h) bendi mucibince, SEGBİS'in kullanılmasının emredici hükme bağlandığı, takdire bırakılmadığını aktararak, bu sistem sayesinde yüz yüzelik ilkesinin sağlandığına dikkat çekmiştir. AYM, AY m. 19/8 çerçevesinde tutuklama ile ilgili kısa sürede karar verilmesinin gerekli olduğunu ancak her incelemede de duruşma yapılmasını ceza muhakemesi sistemini sekteye uğratacağını dile getirmiş, mevcut davada duruşma yapılmasını gerektirecek özel bir durum olmadığını da vurgulamıştır. Gerek güvenlik gerekse kişi haklarının ihlaline engel olma açısından da son derece önem arz eden SEGBİS sayesinde, yapılacak bir inceleme, makul sürede değerlendirme/yargılanma amacına hizmet etmektedir."

Ayrıca bkz. AİHM: *Hebat Aslan ve Firas Aslan/Türkiye Davası*, Bşv. No: 15048/09, 28.10.2014. Erişim adresi için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-153162&filename=CASE%20OF%20HEBAT%20ASLAN%20ET%20F%20C4%20BORAS%20ASLAN%20v.%20TURKEY%20-%20\[Turkish%20Translation\]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-153162&filename=CASE%20OF%20HEBAT%20ASLAN%20ET%20F%20C4%20BORAS%20ASLAN%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf) (16.02.2021)

¹⁴⁸ Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YERDELEN, Erdal, "Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı", s. 282-284.

da yargı çevresi dışında bulunan sanığın SEGBİS aracılığıyla dinlenmesinin kanun yolu aşamasında da mümkün olacağı ifade edilebilmektedir. Kanaatimizce 20.07.2016 tarihinden itibaren istinaf kanun yolu olarak BAM ve BİM'lerinin faaliyete geçmesiyle SEGBİS daha faydalı bir sistem olmaya başlamıştır. Zira temyiz incelemesine kıyasen çok daha kapsamlı bir inceleme öngören istinaf kanun yolu aşamasında, yargılamanın makul süreyi aşmasının önüne geçilmesi maksadıyla, istinabe usulü yerine SEGBİS aracılığıyla doğrudan BAM'nin sanığı dinlemesi mümkün olabilmektedir¹⁴⁹. Katıldığımız görüş şudur ki¹⁵⁰, “*BAM'lerinin bölge esas alınarak kurulduğu ve ilk derece mahkemesi ie arasında oldukça büyük mesafeler bulunduğu gözletildiğinde, SEGBİS aracılığıyla dinleme bir zorunluluk olarak ortaya çıkar. Böylece hem sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı gözetilir ve hem de sanık BAM merkezine kadar gelme külfetinden kurtarılmış olur.*” Nitekim bu konuya ilişkin yasal dayanak olarak CMK m. 196/4 karşımıza çıkmaktadır. Zira daha öncede belirttiğimiz üzere 2018 yılında yapılan değişiklikte; “*Hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda ...*” ibaresine yer verilmektedir.

TC Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı, 14.12.2011 tarihli 150 sayı no'lu genelgeyle; 5271 sayılı CMK m. 52, 58, 94, 147/1 (h), 180, 196 ve 219'da öngörülen ifade alma, sorgu ve duruşma işlemlerinde teknik imkanlardan yararlanma, sesli görüntülü iletişim tekniğini kullanma ve teknik araçlarla kayda almaya dair düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanması, ifadesi ya da savunması alınacak kişilerin bizzat mahkemesince dinlenilmesi ya da sorgulanması, bunun sonucu olarak dosyaya, kişiye ve olaya göre daha sağlıklı ifade alınması, mahkemece duruşmaların daha etkin yönetimi ve mahkemenin, duruşma sırasında gerçekleşen olaylara ve tarafların beyanlarına daha iyi vukukufyeti, yol tutuklaması uygulamasından kaynaklanan mağduriyetlerin ortadan kaldırılması gibi faydaları sağlamak amacı çerçevesinde SEGBİS yönteminin kullanılmasını adli makamlara tavsiye etmiş ve nasıl kullanılacağına dair usul ve esasları belirlemiştir. Bu genelge de, 2709 sayılı TC Anayasası m. 141/son'da yargılamanın en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargı organlarının görevi olarak belirlendiğinden, SEGBİS kullanımıyla bu görevin daha etkin olarak yerine getirilebileceği vurgulanmıştır. Esasen SEGBİS'in kullanımıyla, Türkiye'nin taraf olduğu AİHS m. 5/3'te belirtilen “makul sürede hakim önüne çıkarılma”, m. 6/1'de yer alan “kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan mahkeme önünde makul sürede yargılanma” ilkeleri ön planda tutularak insan hakları ihlallerinin önleneyeği, dolayısıyla Türkiye'nin maddi ve manevi tazminata mahkum edilmesinin bu suretle önüne geçileceği düşünülmüştür¹⁵¹.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; 5271 sayılı CMK m. 196/4 mucibince sesli ve görüntülü iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sanığın SEGBİS marifetiyle sorgusunun yapılabileceği ve duruşmalara katılabileceği hüküm altına alınmaktadır. Ancak SEGBİS'in uygulanabilmesi için öncelikle zorunluluk arz eden haklı makul bir sebep olmalıdır. Nitekim kanaatimizce içinde bulunduğumuz COVID 19 (Koronavirüs) pandemisi haklı, makul bir sebeptir ve bu yola başvurmak zorunluluk teşkil etmektedir. Hal böyle iken; Türkiye'de de SEGBİS uygulamasının, özellikle pandemi sürecinde daha fazla önem kazandığı ifade edilmelidir.

¹⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK, Veli Özer, “**Olağan Kanun Yolu Olarak İstinaf (CMK m. 272-285): Yapısı, İşleyişi, Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar**”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 30, Nisan 2016, S. 23.

¹⁵⁰ Katıldığımız görüş için bkz. DURSUN, Gizem, “**Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı...**”, s. 145.

¹⁵¹ “**Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS)**” başlıklı Genelge No: 150, s. 1.

Öte yandan Türkiye'deki hukuk yargılamalarına ilişkin de SEGBİS'in uygulanabilmesinin söz konusu olduğu tespit edilmektedir¹⁵². Zira yasal dayanak olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na bakıldığında, m. 149 hükmü karşımıza çıkmaktadır¹⁵³. Daha öncede incelediğimiz üzere, 6100 sayılı HMK'dan farklı olarak, 5271 sayılı CMK'da, "buldukları yerden" ibaresi gibi açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada hukukçular, örneğin pandeminin hakim olduğu 2020 yılı içerisinde, ceza muhakemesi açısından sanık ya da müşteki vekilinin, evinden veya işyerinden duruşmaya katılmayacak olmasını, sadece SEGBİS'in bulunduğu adliyelerde duruşmaya iştirak edebilmesini ciddi biçimde eleştirmiştir. Nitekim COVID 19 (Koronavirüs) pandemisi sürecinde Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK), 30.04.2020 tarihli 76/2020 sayılı "COVID 19 Kapsamında Alınan Tedbirlerin Uzatılması" konulu kararında; "Tutuklu dosyalara ilişkin soruşturma ve kovuşturma işlemleri esnasında CMK'da öngörülen zorunlu haller ve işin niteliği gereği tarafların hazır edilmesi gerekmekte ise, Bilim Kurulu'nun önerileri doğrultusunda gerekli tedbirler alındıktan sonra, tarafların mümkün olduğunca bilişim imkanlarından istifade edilerek hazır edilmelerine" denilmiştir¹⁵⁴. Pandemi sürecinde şüpheli ve tutuklular zaten SEGBİS marifetiyle duruşma salonunda hazır edilmektedir. HSK bu kararda "sanık ya da müdafilerin" yerine avukatları da kapsayacak şekilde "tarafların" ibaresi kullanması, "SEGBİS" yerine video iletişim vasıtalarını kapsayacak şekilde "bilişim imkanları" ibaresi kullanması dikkat çekmektedir. Dolayısıyla kanaatimizdir ki, HSK, CMK'da açıkça düzenlenmeyen bir yöntemin uygulanmasının önünü açmış durumdadır. Yani HSK'nın bu kararı ışığında taraf vekillerinin buldukları yerden Skype, Whatsapp, Facetime aracılığıyla bir dosyanın duruşmasına katılma taleplerinin kabul edilebileceği düşüncesindeyiz. Ceza muhakemesi açısından avukatların kendi hukuk bürolarından veya evlerinden duruşmaya katılımlarına dair bir uygulama henüz görülmemiştir. 30.04.2020 tarihli HSK kararından önce, önlemlerin en üst düzeyde olduğu Mart 2020 tarihli pandemi sürecinde mahkemelere iletilen bu tarz

¹⁵² Katıldığımız görüşe göre; "SEGBİS Sistemi, UYAP'tan medeni yargılama hukuku alanında da yararlanabilmesi, yargılama sürecine uzaktan da katılabilmeye olanak sağlaması, AİHS ile taahhüt edilen adil yargılanma hakkının sağlanması, usul ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesi, en ekonomik ve en hızlı şekilde davaların sonuçlandırılması için oluşturulmuştur." Bkz. AYDIN, Seda, "... Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma", s. 2103.

¹⁵³ "Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası" başlıklı HMK m. 149'a göre; (1) Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine karar verebilir. (2) Mahkeme resen veya taraflardan birinin talebi üzerine; tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine karar verebilir. (3) Mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilir. (4) Mahkeme, fiilî engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılmasına, yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adalet komisyonunun uygun görüşünü alarak karar verebilir. (5) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte belirlenir." Görüleceği üzere; bu düzenleme sayesinde hali hazırda taraf vekilleri (avukat) buldukları yerden yani ofislerinden veya evlerinden duruşmaya iştirak edebilmesi mümkün kılınmıştır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. KILIÇ, Ali, **6100 Sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu Açıklamalı İçtihatlı**, Adalet Yay., C. II, Ankara 2011.

¹⁵⁴ **TC HSK 87742275-010.07-0076-2020 sayılı, 30.03.2020 tarihli Covid 19 Kapsamında Alınan Tedbirlerin Uzatılması konulu karar için** erişim adresi bkz. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/GENEL%20KURUL%20KARARI-30-04-2020.pdf> (15.02.2021).

talepler “teknik imkanlar müsaade etmediğinden ve CMK’da böyle bir usul bulunmadığından” şeklindeki gerekçeyle sürekli reddedilmiştir. Bazı hukukçular, 5271 sayılı CMK’ya “buldukları yerden” ibaresinin eklenmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵⁵.

Türkiye’de pandemi sürecinde SEGBİS vasıtasıyla icra edilecek duruşmaya iştirak edecek avukatın kimliğinin nasıl ispat edileceği meselesi de tartışılmıştır. Her ne kadar duruşma salonunda yapılan duruşmalarda Avukatlara kimlik sorulması gibi bir uygulama söz konusu olmasa da, SEGBİS yoluyla yapılacak duruşmalarda kimlik tespiti yapılmak istenmesi halinde teknik olarak buna engel herhangi bir durum bulunmamaktadır¹⁵⁶.

Türkiye’de birçok hukukçunun pandemi sürecinde en fazla ileri sürdüğü hususlardan bir diğeri de, SEGBİS yoluyla yapılacak duruşmalarda ifadesi alınan ilgilinin bulunduğu yerin denetlenebilir olmasıdır. Kaldı ki, AIHM’in Marcello Viola/İtalya kararında da belirtildiği üzere, SEGBİS’in, ifadesi alınan kişinin arkasının da görülebildiği, her türlü yönlendirmeden uzak bir mekanda icra edilmesi gerektiği kesinlikle katıldığımız görüştür¹⁵⁷.

Yine Türkiye’de avukatların ceza infaz kurumundaki müvekkilleri ile SEGBİS usulüyle görüşmelerine imkan veren yasal bir düzenlemenin yapılması gerektiği de özellikle pandemi sürecinde tartışılmıştır. Biliyoruz ki, 29.03.2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Yönetmelik” m. 74 uyarınca; hükümlülerin görüntülü telefon görüşmesi olanağı sağlanmıştır. İşbu maddenin 2’inci fıkrası (g) bendi; görüntülü telefonla görüşmesi yapılmasına imkan sağlayan teknik alt yapının kurulu bulunduğu Bakanlıkça belirlenen kurumlarda görüntülü görüşme yapılabileceği, bu sistemin oda veya koğuş içine ya da idarece uygun görülen diğer yerlere kurulabileceği belirtilmektedir. Aynı maddenin 4’üncü fıkrası ise, açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitim evlerinde bulunan hükümlülerin ücretli telefonlarla sesli veya görüntülü olarak serbestçe görüşme yapabileceklerini de vurgulamaktadır. Bu yönetmeliğin 141’inci maddesi ve 5275 sayılı CvGTİHK 116’ıncı madde birlikte değerlendirildiğinde, yönetmeliğin 74’üncü maddesindeki düzenlemenin tutuklular için de geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ceza infaz kurumlarındaki hükümlü ve tutukluların aile ve yakınlarıyla görüntülü görüşme yapabilmelerini düzenleyen yasal mevzuat yürürlükte olup, ceza infaz kurumlarında görüntülü görüşme için gerekli olan teknik altyapıların kurulabilmesinde herhangi bir yasal engel yoktur. Kaldı ki, pandemi sürecinde hükümlü ve tutuklulara aile ve yakınlarıyla bu şekilde görüşmelerine imkan sağlandığı söylenmektedir. Kanaatimizce mevcut düzenlemeler ışığında savunma hakkının en etkin bir şekilde kullanılabilmesi için tutukluların Avukatlarıyla görüntülü görüşebilmelerine izin verilmesinde de herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Pandeminin yoğun olduğu bu dönemde, avukatın ceza infaz kurumundaki müvekkili ile SEGBİS üzerinden, SEGBİS’in kurulduğu adliyelerden görüşmesine yönelik yasal düzenleme yapılması yönündeki taleplerin Adalet Bakanlığınca değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Böylece Dünya Sağlık Örgütü’nün de belirttiği üzere daha uzun bir süre hayatımızda var olacak olan COVID 19

¹⁵⁵ TIRTIR, Mustafa, “Sesli – Görüntülü Duruşma Dönemi”.

¹⁵⁶ “Kaldı ki “Ceza Muhakemesinde SEGBİS Kullanılması Hakkında Yönetmelik” m. 20’de bu hususun düzenlendiği görülmektedir. Yönetmelik m. 20 mucibince, duruşmaya katılacak avukatın, kimliğini tarayarak aslı ile aynı olduğuna dair beyanını elektronik inza ile inzalamak suretiyle UYAP üzerinden ilgili mahkemeye göndermesi gerekmektedir. Gerçekten duruşmaya katılacağını beyan eden avukatın, UYAP kaydını yapması yeterli olacağı ifade edilmektedir. İlgili avukat elektronik imzasını kullanarak kimliğini ispatlayabilmekte ve böylece avukat olmayanların vekil olarak duruşmaya katılmaları kesin bir şekilde engellenmektedir.” Bkz. TIRTIR, Mustafa, “Sesli- Görüntülü Duruşma Dönemi”.

¹⁵⁷ TIRTIR, Mustafa, “Sesli – Görüntülü Duruşma Dönemi”.

(Koronavirüs) pandemisini dikkate alarak bu şekilde bir imkan sağlamak suretiyle ceza infaz kurumlarına giriş-çıkışın en aza indirilebileceğini söyleyebiliriz.

Son olarak Türkiye’de, duruşma sırasında avukatların, SEGBİS marifetiyle özel olarak müvekkileriyle duruşma salonunda görüşmek ve/veya konuşmak istemesi yönündeki talepleri söz konusu olmuştur. Her ne kadar mevzuatta bu konuda düzenleme bulunmasa da, (pandemi sürecinin yoğun olduğu bu dönemde avukatların ceza infaz kurumunu ziyaret edememesi, yüz yüze görüşmesinin mümkün olamaması dikkate alınarak) bazı hakimlerin savunma hakkının önemini göz önünde bulundurarak uygulamada buna izin verdiği yani üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın özel olarak avukatların tutuklu olan müvekkileri ile SEGBİS sayesinde duruşma salonunda görüşebildiği/konuşabildiğine rastlanmaktadır.¹⁵⁸ Türkiye’de tatbik edilen SEGBİS usulünün, teknik aksaklıklar (elektrik kesintileri veya sistem arızaları gibi) hasebiyle zaman zaman kullanımının zorlaştığı (örneğin; duruşma salonu ile tutuklunun bulunduğu yer arasında ses ve görüntü bağlantısının kopukluğu, ses iletiminde yaşanan zorluklar) görülmektedir. Gerçekten teknik aksaklıkların, sanık beyanlarının, mahkeme heyeti, sanık, müdafii, tanıklar, diğer sanıklar ve hatta duruşma tutanağını düzenleyen katip tarafından bazı zamanlarda anlaşılabilir hale getirdiği, özellikle sanığın somut olayı anlatırken tutum ve davranışlarının, jest ve mimiklerinin doğrudan görülemediği de tespit edilmektedir. Bağlantı kopukluklarının eş zamanlı olarak giderilememesi, ceza infaz kurumu personelinin SEGBİS konusunda yeterli teknik bilgi ve hakimiyetinin bulunmaması uygulamada karşılaşılan sorunlardır. Tüm bu nedenlerle sık sık celse arası verilmesi veya duruşmanın başka tarihlere tehir edilmesi söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce mevzuatta bir takım değişikliklerin yapılması gerektiği gibi, SEGBİS için mevcut altyapının da güçlendirilmesi, geliştirilmesi ve sisteminin yenilenmesi elzemdir.

IV. SEGBİS Video Konferans Yönteminin Kuzey Kıbrıs Açısından Değerlendirilmesi

Kuzey Kıbrıs hukuk sisteminin mevzuatını incelediğimizde soruşturma veya kovuşturma aşamasında SEGBİS sayesinde ifade alma ve sorgu işlemleri ile duruşmaların video kaydına alınması, savcılık veya mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan veya mahkemede hazır bulunamayan kişilerin (şüpheli, sanık, tanık, şikayetçi vb.) video konferans yoluyla dinlenilmesi ve ifadelerinin kayda alınması imkanının ne yazık ki sağlanmadığı görülmektedir. Hem hukuk hem de ceza yargılamalarının SEGBİS video konferans yöntemi sayesinde yapılması, SEGBİS ile duruşmaya katılımın gerçekleştirilmesine dair herhangi bir yasal düzenlemenin veya uygulamanın bulunmadığı dikkat çekmektedir. Hal böyle iken; ilk nazarda Kuzey Kıbrıs’ın Dünya’daki teknolojik gelişmelere kapalı olduğunu ve mevzuat ile uygulamanın çağın gerisinde kaldığını ifade etmek isteriz.

KKTC İçişleri Bakanlığı, Lefkoşa Merkezi Cezaevinde bulunan hükümlü ve tutukluların sağlığının korunmasına yönelik, COVID 19 (Koronavirüs) pandemisine karşı ilk günden itibaren ciddi önlemler almakta ve Sivil Savunma Teşkilatının verdiği destekle de cezaevinin her köşesinin düzenli şekilde belli zaman aralıklarıyla dezenfekte edilerek hijyen çalışmaları yapılmaktadır. Bakanlık, COVID 19 tedbirleri kapsamında almış olduğu kararlar

¹⁵⁸ Örnek bir olay için bkz. <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/hakim-adil-yargilama-icin-durusma-salonundan-cikti-1310560> (16.02.2021) Yine erişim adresi için bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/hakim-adil-yargilama-icin-durusma-salonundan-cikti/1427211> (01.06.2021)

neticesinde, 10.03.2020 tarihi itibarıyla cezaevinde yapılan açık görüşmeleri durdurmuş, acil avukat görüşleri ise kapalı görüş şeklinde sürdürülmüştür. Bu durum devam ederken hükümlü ve tutukluların aileleriyle telefonien görüşmeleri 24 saat esasına göre genişletilmiştir¹⁵⁹. Avrupa ülkeleri ve Türkiye'deki uygulama dikkate alınarak pandemi nedeniyle uzun süredir aile ve yakınlarıyla görüntülü görüşme imkanı bulamayan hükümlü ve tutuklulara online sistem kurularak görüntülü görüşme imkanı verilmiştir. Hızlıca yürütülen teknik çalışmalar tamamlanmış ve internet kullanılarak Whatsapp ve Skype uygulaması ile hükümlü ve tutuklular aile ve yakınlarıyla görüntülü sesli görüşebilmiş ve ülke tarihinde ilk kez gerçekleştirilen bu yöntem başarılı olmuştur. Ancak eleştirdiğimiz hususlardan biri, bu süreçte avukatların müvekkileriyle aynı yöntem kullanılarak görüntülü görüşme imkanı elde edememiş olmasıdır. Oysa bu husus savunma hakkı açısından oldukça önem arz etmektedir. Zira sokağa çıkma yasaklarının uygulanması ile kapalı görüşler dahi yapılamamış ve avukatların müvekkileriyle sadece telefonla görüşmesi mümkün olabilmiş, bu da uygulamada eleştirilmiştir.

KKTC Yüksek Mahkeme, COVID 19 (Koronavirüs) pandemisi hasebiyle, Lefkoşa, Gazimağusa, Girne, Güzelyurt, Lefke ve İskele ilçelerindeki tüm davaları web sitesinde yayınlarak liste üzerinden tehir etmiş, nöbetçi hakimler vasıtasıyla da sadece acil nitelikteki tahkikat duruşmalarının yani polis karakollarında tutuklu bulunan zanlıların tutukluluk veya teminat maksatlı duruşmaları maske, mesafe ve hijyen koşullarına uygun olarak yüz yüze yapılması için mahkemeye gidilebileceğine karar vermiştir¹⁶⁰. Kanaatimizce burada İngiltere ve Galler örnek alınmalıdır. Çünkü bu ülkelerde pandemi sürecinde daha öncede belirttiğimiz üzere, mahkeme duruşma salonları ile polis karakolları arasında video bağlantısı kurulmakta ve bu acil duruşmaların aynı gün birkaç saat içerisinde yapılabilmesi sağlanmaktadır. Ancak KKTC'deki mevzuatta bu yönde bir düzenleme bulunmaması, SEGBİS video konferans yönteminin hayata geçirilmemiş olmasını ciddi anlamda eleştirmekteyiz. Nitekim KKTC mahkemelerinde, pandemi sürecinde rastlanan bir diğer durum ise, yasal olmayan yollardan adaya gelerek yakalanan kişilerin soruşturması olmuştur. İzinsiz ikamet suçlamasıyla zanlı konumundaki bu kişiler, gözaltına alınır alınmaz pcr testine tabi tutulmuş ancak pcr test sonuçları (hastanelerdeki yoğunluk nedeniyle) hemen çıkmadığından, mahkeme huzuruna getirilmeden iddia makamının talebi doğrultusunda gıyaben aleyhlerinde tutukluluk emri verilmiştir¹⁶¹. Kanaatimizce Her ne kadar KKTC'de zanlının tutukluluk duruşmasında mahkemede hazır bulunma hakkı, savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı gibi haklar açısından oldukça önem arz ettiği ve mevzuatta güvence altına alındığı söylene de, pcr test sonucu çıkmadığı için polis karakolu hücrelerinde tutularak ve kamu sağlığı pandemi süreci gerekçesiyle zanlının gıyabında mahkemenin tutukluluk emri vermesi adil ve hakkaniyetli değildir. Bu istisnai uygulama yerine İngiltere ve Galler örneğindeki gibi mahkemenin duruşma salonu ile polis karakolu arasında SEGBİS video konferans yöntemini uygulamak suretiyle (iletişim bağlantısı sayesinde) elzem nitelikteki tutukluluk duruşma-

¹⁵⁹ KKTC Covid 19 tedbirleri kapsamında İçişleri Bakanlığı'nca alınan kararlar hakkında erişim adresi bkz. <https://icisleri.gov.ct.tr/Anasayfa/ArtMID/11854/ArticleID/124695/%C4%B0199%C4%B0C5%9ELER%C4%B0-BAKANLI%C4%9EI-MERKEZ%C4%B0-CEZAEV%C4%B0NDE-YA%C5%9EANANLAR-VE-ALINAN-TEDB%C4%B0RLER-HAKKINDA-A199IKLAMA-YAPTI> (17.02.2021)

¹⁶⁰ KKTC Yüksek Mahkeme'nin Covid 19 Pandemisi nedeniyle davaları liste üzerinden tehir ettiğini gösteren duyurular hakkında erişim adresi bkz. <https://mahkemeler.net/cgi-bin/default.aspx> (17.02.2021).

¹⁶¹ Örnek olaylar hakkında erişim adresleri için bkz. <https://tr.cyprusdailynews.com/askeri-yasak-bolgeyi-ihlalden-tutuklandi/> ve/veya <https://www.seskibris.com/haber/6490582/pcr-sonucu-cikmayinca-giyabinda-tutukluluk-alindi> (17.02.2021)

larının yapılabileceği böylece hem hassas konu olan kişi özgürlüğü hem de adil yargılanma hakkının tehlikeye düşmeyeceği görüşündeyiz.

Diğer yandan hem ceza hem de hukuk davalarının COVID 19 (Koronavirüs) pandemisi sürecinde gerçekleştirilmemesi de oldukça üzücüdür. Bu durumun pandemi sürecinin sona ermesiyle yargıdaki iş yükünü inanılmaz derece artıracığı aşikardır. Gerek mukayeseli hukukta çağdaş nitelikteki ülkeler gerekse Türkiye, mevzuatlarındaki düzenlemeler ışığında pandemi sürecinde pratik uygulamaları hayata geçirmekte, kamu sağlığı gerekçesiyle (meşru amaç/makul-haklı gerekçe ile) mahkemeye uzaktan erişim zorunluluk haline gelerek duruşmaların SEGBİS video konferans yöntemiyle yapılmasını önemsemektedir. Oysa Kuzey Kıbrıs'ta bu sistem, gerek Barolar Birliği gerekse Yüksek Mahkeme nezdinde tartışma konusu dahi yapılmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni iç hukukun bir parçası olarak kabul eden KKTC, AİHM kararlarını da benimseyen bir devlettir. Hal böyle iken; KKTC'nin yukarıda incelediğimiz AİHM'in Marcello Viola/İtalya kararında belirlenmiş olduğu kriterleri uygulamak suretiyle özellikle ceza muhakemesinde en azından cezaevinde hükümsüz tutuklu olan ve yargılanmayı bekleyen sanıkların kişi özgürlüğü, makul sürede (adil) yargılanma hakkını gözetmesi gerekmektedir. Fakat SEGBİS konusunda mevzuatta bir düzenleme yapma yönünde herhangi bir girişim bulunmadığı gibi, bu çerçevede bir teknik altyapı çalışması da söz konusu olmamıştır. Cezaevinde hükümsüz tutuklu olan ve yargılanmayı bekleyen sanıkları davaları aylarca ertelenmiş ve görüşülememiştir.

Her ne kadar teknolojik gelişmelere Dünya'daki özel uygulamalara, KKTC'nin kayıtsız kaldığını söylesek de, ülke genelinde yıllardır yaşanan elektrik sorunu da bilinen üzücü bir gerçektir. Yine Lefkoşa Merkezi Cezaevinde KKTC İçişleri Bakanlığınca aile ve yakınlarıyla hükümlü veya tutukluların görüşebilmesi imkan veren başarılı bir uygulama başlatılmış olsa da, zaman zaman internet, elektrik gibi teknik aksaklıkların yaşandığı da görülmektedir. Öte yandan KKTC Lefkoşa Merkezi Cezaevi, eski ve yeterli donanıma sahip olmaması, koğuş sisteminin yarattığı sakıncalarla birlikte infaz koşulları açısından insan hakkı ihlallerinin sürekli yaşanması, modern infaz hukukunun amaçlarına (suçluların yeniden topluma kazandırılması ve tekrar suç işlemelerinin önlenmesi gibi) hizmet etmemesi gerekçeleriyle de eleştirilmektedir¹⁶². Dolayısıyla bahsettiğimiz bu gerçekler ışığında pandemi sürecinde insanlık dramı olarak nitelendirilen böyle bir cezaevi ile mahkeme duruşma salonu arasında iletişim bağlantısının kurulması yani SEGBİS video konferans yönteminin uygulamaya konulmasının da nasıl ve ne derece başarılı olabileceği de tartışmalıdır. Kaldı ki, mevcut Lefkoşa merkezi cezaevindeki tüm sorunlar hükümet tarafından da bilindiği cihetle, haspolat bölgesinde yeni bir cezaevinin yapılması yönünde çalışmalar başlatılmış ancak henüz tamamlanamamıştır.

Kuzey Kıbrıs'ta İstinabe usulüne Fasil 155 CMUK'da yer verilmektedir. Çalışmamız ışığında istinabe usulü hakkındaki Kanun hükümlerinin de incelenmesinde fayda görülmektedir. Öncelikle eleştirilen noktalardan birinin; KKTC'de Fasil 155 CMUK'da istinabe usulü yerine SEGBİS uygulamasının kullanılması konusunda henüz bir gelişmenin yaşanmaması olduğunu söyleyebiliriz. KKTC'de de istinabe denildiği zaman, bir davanın görülmekte olduğu mahkemeye gönderilmek üzere, başka bir yerde bulunan tanığın ifadesinin

¹⁶² Lefkoşa Merkezi Cezaevi'nin infaz koşulları ile KKTC'de genel olarak ceza infaz sistemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SANIVAR, Ramadan, *Modern İnfaz Hukuku ve Koşullu Salıverilme (Şarh Tahlîye) Kurumu*, Seçkin Yay., Ankara 2020, s. 632-667.

bulunduğu yerdeki mahkemece alınması ve yazılı tutanak haline getirilmesini anlamaktayız. Kural tanıkların duruşmada mahkemeye gelerek tarafların yüzüne karşı şahadet vermesi (ifade vermesi) ve karşı tarafça çapraz sorgulanması şeklinde iken, istisnai olarak Fasil 155 CMUK'daki düzenlemelerle, tanıkların yazılı beyanlarının çapraz sorgulamaya tabi tutulmaksızın delil niteliği kazanması sağlanmış durumdadır. “Görevlendirme yolu ile ifade alınması” başlığını taşıyan Fasil 155 CMUK m. 61'e baktığımızda; Mahkemenin re'sen adaletin tecellisi için gerekli gördüğü takdirde, herhangi bir tanığın ifadesinin KKTC içinde veya dışında, yetkili kilacağı kişilerce alınmasına ve bu ifadenin mahkemeye dosyalanmasına emir verebileceği, bu emri ayrıca gerek iddia gerekse savunma makamının talebi üzerine de verilebileceği açıkça görülmektedir. Hemen belirtmelidir ki, söz konusu madde hükmünde yargıca, ifadenin alınması sırasında hazır bulunacak kişileri belirleme yetkisi verilmekte, iddia ve savunma makamı veya sanık hükmünde belirtilmemektedir. Keza devamlı Mahkeme emrinin 10 gün içerisinde taraflarca istinaf edilmesi halinde, Yüksek Mahkemece uygun olup olmadığının da değerlendirileceği aktarılmaktadır. Bu açıklamalara binaen ilk nazarda Fasil 155 CMUK m. 61'in tanığın ifadesi alınırken çapraz sorgulanmasını önleyici nitelikte bir hüküm olduğu ifade edilmelidir. Bir taraftan da, hükmün getirdiği istinaf olananın, taraflara bu uygulamayı sınırlama imkanı verdiği de bir gerçektir¹⁶³.

Öte yandan “Yazılı ifadeler bazı meselelerde şahadet olarak okunabilir” başlıklı Fasil 155 CMUK m. 98 mucibince, ilk soruşturma (preliminary inquiry) aşamasında ifadesi usulüne uygun olarak alındıktan sonra ağır ceza mahkemesi huzuruna havalesi yapılmış olan bir ceza davasının duruşmasında ve/veya ceza yargılaması esnasında, “KKTC’de bulunmadığı kanıtlanan, iddia makamı, sanık veya onlar adına başka birisi tarafından teşvik yolu ile mahkemeden uzak tutulan, ölen, dışarı çıkamayacak kadar akıl hastası veya hasta olan veya mahkemeyi tatmin edecek başka herhangi bir yeterli sebepten ötürü mahkemede hazır bulunamayan bir tanığın ifadesi” sadece okunmakta ve böylesi bir tanık ağır ceza mahkemesi huzurunda şahadet vermiş gibi kabul edilmektedir. Nitekim bu durum geçerli bir şahadet olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁴. Bu madde hükmü ile ilgili olarak Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesi huzurunda görüşülen bir ceza davası son derece önem arz etmektedir. Şöyle ki; ilgili madde hükmünün, anayasal bir hak olan çapraz sorgulama hakkının kısıtlanmasına yol açtığı ve Anayasaya aykırı olduğu iddia edilerek konu karar verilmek üzere Anayasa Mahkemesine havale edilmiştir. AYM'nin 13/1984 sayılı davası özetle şöyle gelişmiştir; mağdur ilk soruşturma aşamasında verdiği ifade üzerine sanık avukatı tarafından çapraz sorgulanmış ve bu hakkı ağır ceza mahkemesinde kullanılmak üzere saklı tutulmuştur. Ancak ağır ceza mahkemesindeki yargılama tarihinden önce ölmüştür. Ağır Ceza Mahkemesi huzurunda iddia makamı, tanığın ilk soruşturma aşamasında alınan ifadesini, Fasil 155 CMUK m. 98 hükmüne dayanarak, Mahkemede okunmak suretiyle şahadet olarak kabul edilmek üzere ibraz etmek istemiştir. Sanık avukatı ise, çapraz sorgulamanın anayasal bir hak olduğundan hareketle bu hususun Anayasa'ya ve özellikle m. 28/5 (ç) hükmüne aykırı olduğunu, hiçbir sanığın çapraz sorgulama hakkından mahrum bırakılmayacağını iddia etmiştir. Ağır Ceza Mahkemesinin, konunun taraflar arasındaki ihtilafı karara bağlamada etkin olduğu kanaatine ulaşması ile, aykırılık iddiası AYM'ye sunulmuş ve duruşmaya karar verilene değin ara verilmiştir¹⁶⁵. AYM ise, Fasil 155 CMUK m. 98 hükmünün

¹⁶³ DÜNDAR, Meltem, “KKTC Ve Türk Ceza Yargılaması Hukuklarında Çapraz Sorgulama”, TC İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s. 93. Erişim adresi için bkz. <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/41433.pdf> (17.02.2021)

¹⁶⁴ DÜNDAR, Meltem, “KKTC Ve Türk Ceza Yargılaması Hukuklarında Çapraz Sorgulama”, s. 94.

¹⁶⁵ KKTC AYM 13/1984, D. 2/1985. Erişim adresi için bkz. (17.02.2021) http://www.mahkemeler.net/mahkeme-webt/Kararlar/Anayasa/dno/1985/2_85.doc

sadece olayda ihtilaf konusu olan “ölmüş kişinin ilk tahkikatta verilen ifadesinin okunulmakla yetinilmesi” ile ilgili olan bölümünü değerlendirme altına almakla yetinmiş ve ilgili hükmün Anayasanın, duruşmaların adil olarak yapılmasını amaçlayan m. 28/5 (ç) hükmüne aykırı olmadığına karar vermiştir. AYM kararında esas olarak, iki hükmün birbirinden bağımsız olduğunu, Anayasadaki hükmün açıkça Fasil 155 CMUK m.98'deki hükmü Anayasaya aykırı kılan bir ifade içermediğini ve Mahkemenin duruşmada ibraz edilen böyle bir ifadenin, mesele ile ilgili ahval, şerait ve ibraz edilen tüm diğer şahadet ışığında, ne gibi bir değer ve ağırlık taşıyacağını saptarken, ifadeyi veren kişinin istintaka tabi tutulmamış olduğunu göz önünde bulunduracağını belirtmiştir¹⁶⁶.

Bir başka madde hükmü olarak Fasil 155 CMUK m.97 ise; hasta v.s olanların yazılı ifadelerinin alınması hızını taşımakta ve getirdiği düzenleme çerçevesinde, tanığın yazılı ifadesinin mahkeme huzurunda dinlenmeksizin kabulünü, savcı ve sanığın ifade alınırken hazır olmayı red veya ihmâl etmelerine bağlamaktadır. Bu hüküm; ilk tahkikat (preliminary inquiry) yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanacak suçlar için geçerli bir düzenleme olup, alınacak yazılı ifadenin ilk tahkikat sırasında alınmış yazılı ifade gibi işlem görmesi söz konusudur¹⁶⁷. Diğer yandan bu hükme bakıldığında; yargıcın, ağır hasta olan ve iyileşmesi beklenmeyen veya seyahat edemeyen bir kişinin, suçla dair esasa ilişkin şahadet verebileceği veya vermeye istekli olduğu yolunda ikna edilmesi halinde, yargıç tarafından, ifadenin alınacağı yer ve zaman, makul bir süre içerisinde tebliğ edilmek üzere bir emirle savcı ve sanığa bildirilmesi gerektiği açıkça görülmektedir. Ayrıca bu hüküm ışığında yargıç ısdar edeceği emirle, nezaret altında bulunan sanığı nezaretinde bulunduran memura direktif vererek, sanığın yazılı ifade alınırken hazır bulunmasını sağlaması da mümkün kılınmaktadır. Gerçekten kendilerine tebliğ yapılmasına rağmen, savcı ve sanığın gelmeyi red veya ihmâl ettiği kanıtlanmasa üzerine, onların yokluğunda alınan ifade geçerli kabul edilmektedir. İfade edilmelidir ki, Fasil 155 CMUK m. 61'den farklı olarak m. 97 hükmü, savcı ve sanığın ifade alınırken hazır olmasını sağlamaya yönelik düzenleme getirmiştir. Keza bu hüküm, savcı ve sanığın yokluğunda alınan ifadenin geçerliliğini ilgilinin hazır olmayı red veya ihmâl etmesi haline münhasır kılmış durumdadır¹⁶⁸.

Anglo Sakson hukuk sistemini benimseyen KKTC'de çapraz sorgu veya diğer adıyla istintak yöntemi son derece önem taşımaya rağmen, istinabe usulü hasebiyle yukarıdaki yasal düzenlemeler çerçevesinde uygulanamamaktadır. Tavsiyemiz; teknolojik imkanlardan faydalanmaktır. Zira Türkiye'de de olduğu gibi, soruşturma ve kovuşturma aşamasında mazaretleri nedeniyle hazır bulunamayan kişiler veya teknik altyapının hazır olması durumunda cezaevinde bulunanlar ya da hastalık vb. nedenlerle tedavi kurumlarında bulunanlar yahut yargı çevresi dışında bulunanlar ile soruşturma ve kovuşturma aşamasında esas yetkili olan mahkeme huzuruna çıkarılmayan kişiler SEGBİS video konferans yönteminin uygulanmasıyla dinlenebilecek, duruşmaya katılabilecek ve taraflarca çapraz sorguya tabi tutulabilecektir. Bir başka husus ise; KKTC ceza muhakemesinde kimi zaman müştekinin şahadetini teyit eder nitelikte esaslı bir görgü tanığının veya kimi zamanda müşteki konumundaki kişinin yurtdışında olması sebepleriyle bu kişilerin mahkeme huzuruna gelememesi, şahadet verememesi neticesinde KKTC Başsavcılığı ilgili dava hakkında takipsizlik kararı vermekte

¹⁶⁶ DÜNDAR, Meltem, “KKTC Ve Türk Ceza Yargılaması Hukuklarında Çapraz Sorgulama”, s. 94.

¹⁶⁷ DÜNDAR, Meltem, “KKTC Ve Türk Ceza Yargılaması Hukuklarında Çapraz Sorgulama”, s. 95.

¹⁶⁸ DÜNDAR, Meltem, “KKTC Ve Türk Ceza Yargılaması Hukuklarında Çapraz Sorgulama”, s. 95.

ve Mahkeme sanık konumundaki kişiyi aleyhindeki davadan serbest bırakmakta, tutuklu ise salıverilmektedir. Bu durum uygulamada hakkaniyetli olmadığı gibi, bazı ciddi suçların cezasız kalması sonucunu doğurmaktadır, adaletin tecellisini engellemektedir. Hal böyle iken; KKTC’de Fasil 155 CMUK’da yapılacak değişikliklerle SEGBİS video konferans yönteminin AİHM’in Marcello Viola/İtalya davasında belirlediği kriterler ışığında uygulanması gerektiği, yurtdışında bulunan kişilerin de bu sistemle dinlenebileceği ve bahsettiğimiz tüm bu olumsuzlukların giderilebileceği görüşündeyiz. Yine özellikle pandemi sürecinde KKTC’de davaların sürekli tehir edilmesi yerine bu yöntemin gerek hukuk gerekse ceza yargılamalarının kullanılmasında halinde de faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Tabii ki gelişmiş bir altyapı sisteminin kurulması, kullanılacak olan iletişim araçlarının sürekli geliştirilmesi, elektrik, internet gibi teknik donanımın da muhakkak sağlanması şarttır.

SONUÇ

Tüm Dünyada yaşanmakta olan COVID 19 (Koronavirüs) pandemisinin uzun bir süre daha hayatımızdaki yerini koruyacağı kuşkusuzdur. Hal böyle iken; gerek hukuk gerekse ceza davalarının sürüncemede kalmaması, ileride mağduriyetlerin oluşmaması ve pandeminin sona ermesiyle yargıdaki iş yükünün artmasını önleyebilmek adına teknolojik imkanlardan faydalanmak elzem hale gelmiştir. Çalışmamız ceza muhakemesini esas aldığı cihetle; ceza muhakemesinde genel kural sanığın fiziken duruşmada hazır bulunması olduğu öncelikle ifade edilmelidir. Ancak içinde bulunduğumuz bu pandemi süreci dikkate alınarak mukayeseli hukukta birçok ülkede “kamu sağlığı” makul, haklı bir gerekçe başka bir ifadeyle meşru bir amaç olarak kabul edilmekte ve mahkeme koridorlarındaki yoğunluğun azaltılması için SEGBİS video konferans yönteminin uygulanmasına başvurulmaktadır. Gerçekten kamu sağlığı önplanda tutulduğunda bu yönteme başvurulması zorunluluk teşkil etmektedir. SEGBİS marifetiyle sadece sanık değil, tanık, müşteki, bilirkişilerin duruşmaya katılımı, sorgulanması ve ifadelerinin alınıp kayıt altında tutulması da mümkündür. Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, Türkiye’deki mevzuat çerçevesinde de (6100 sayılı HMK, 5271 sayılı CMK, Ceza Muhakemesinde SEGBİS’in Kullanılması Hakkında Yönetmelik, TC Adalet Bakanlığı Genelgesi gibi) SEGBİS kullanımı uygulamada karşımıza çıkmaktadır.

Günümüzde her ne kadar özellikle ceza muhakemesinde sesli görüntülü duruşma dönemini tavsiye etsek de, SEGBİS video konferans yöntemiyle duruşmaya katılımda, mahkemelerin, AİHM’in Marcello Viola/İtalya davasında belirlemiş olduğu kriterlere uygun davranması, ceza muhakemesine hakim olan evrensel ilkeleri mutlak şekilde gözetmesi ve sanık haklarını (savunma hakkı, adil yargılanma hakkı) kısıtlamaması gerekmektedir. Hemen belirtmelidir ki, SEGBİS video konferans yönteminin, hem hukuk hem de ceza yargılamaları açısından faydaları oldukça fazladır. Çalışmamızın içeriğinde de aktardığımız üzere başta makul sürede yargılanma hakkı (örneğin; ceza infaz kurumlarında yargılanmayı bekleyen hükümsüz tutuklular açısından) ve yüz yüzelik ilkelerinin sağlanması ve istinabe usulünden kaynaklanan sorunları gidermesi sebebiyle yerinde bir gelişme olarak kabul edilmektedir. Gerçekten Türkiye’de de örneğin; istinabe usulü yerine SEGBİS uygulamasına ağırlık verilmesi önemli bir ilerlemedir. Ancak mukayeseli hukuktan farklı olarak Türkiye’de, SEGBİS kullanımının duruşma salonları ve mevzuatta da öngörüldüğü üzere ceza infaz kurumları veya tedavi kurumlarıyla sınırlı kaldığı, ancak avukat büroları da dahil olmak üzere belirlenecek noktalarda (kamu veya özel alanlarda da) yayınlştırılması için gerekli mevzuat düzenlemesi ile alt yapı çalışmalarının bir an önce tamamlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Bir başka husus; Türkiye’de de SEGBİS marifetiyle avukatların ceza infaz kurumlarındaki müvekkilleriyle görüşme hakkının sağlanması da mevzuat kapsamında düzenlenmeli, güvence altına alınmalıdır. Yine çalışmamızın içeriğinde Türkiye ile ilgili dile getirdiğimiz ve mevzuatta bazı değişikliklerin, yeniliklerin getirilmesi yönünde de

görüşlerimiz bulunmaktadır. Yargıtay kararları ile AİHM'in Marcello Viola/İtalya içtihadında belirlediği kriterler bir bütün olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Sonuç itibarıyla; çalışmamızda Türk hukukunda gerek mevzuat gerekse uygulamadan kaynaklanan eksikliklerin bulunduğunu ancak gün geçtikçe Türkiye'de bu sistemin uygulamasının genişletildiğini zira pandemi sürecinin halen devam etmesinin etkisi olduğunu, her ne kadar eleştirilerde bulunsak da, çağdaş nitelikteki gelişmelere Türkiye'nin de uyum sağlamaya çalıştığını belirtmek isteriz. Kuzey Kıbrıs'ta ise gerek mevzuat gerekse de herhangi bir şekilde uygulamada SEGBİS video konferans yöntemine rastlanmadığını ve hukuk sisteminin ne yazık ki teknolojik gelişmelere kapalı olduğu cihetle çağın gerisinde kaldığını tespit etmekteyiz.

KAYNAKÇA

ACAR, Sami/GÜRSOY, Hülya, “**Türkiye Mahkemelerinde Sesli ve Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasında Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği**”, Ankara Barosu Dergisi, C. 4, 2012, s. 111-129.

AÇIKMEŞE, Turan/KARASHAHİN, Ulvi, “**Sesli Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS)**”, UYAP Bilişim Dergisi, No. 5 (2012), s. 25-35.

ARSLAN, Aziz Serkan, “**Doğrudanlık İlkesi**”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hakim Olan İlkeler, C. 4, S. 2, 2014, s. 133-144.

ASLAN, Ali Çetin, “**Alman ve Avusturya Hukuklarında Covid 19 Salgınının Yargılamalara Etkisi ve Türkiye Bakımından Düşündükleri**”, 01.06.2020 tarihli makale için erişim adresi bkz. <https://blog.lexpera.com.tr/alman-ve-avusturya-hukuklarında-covid-19-salgınının-yargılamalara-etkisi-ve-türkiye-bakımından-dusundurdükleri/#n2> (02.02.2021)

AŞÇIOĞLU, Çetin, “**Yargıda Temel Sorun: Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı**”, YTD, İnsan Hakları Özel Sayısı, C. 2, No: 22, Ankara Temmuz/Ağustos 1998. Erişim adresi: <http://www.turkhukuksitesi.com> (20.01.2021)

AYDIN, Seda Gayretli, “**Medeni Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma**”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 2101-2126.

BAŞARAN, Başar, “**Adil Yargılanma Hakkı**”, TC Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yay., 13. Baskı, İstanbul 2016.

DİNÇ, Güney, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yay., İzmir 2006.

DİŞEL, Buse, “**İsviçre Hukukunda COVID 19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medeni Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi**”, Erişim adresi: <https://blog.lexpera.com.tr/isvicre-hukukunda-kovid-19-sebebiyle-yargıda-alınan-tedbirler-ozellikle-medeni-yargıdaki-duzenlemeler-ve-bu-duzenlemelerin-ulkemiz-acısından-değerlendirilmesi/>, (05.02.2021)

DOĞAN, İlhan, “**AİHS'de Adil Yargılanma Hakkı: 6. Madde**”, TC DÜ Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2008.

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. 1, Şen Matbaa, Ankara 2012.

DONAY, Süheyl, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku (Sanık)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

DURŞUN, Gizem, “**Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi**”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 143-144, Temmuz-Ağustos 2016, s. 127-159.

DÜNDAR, Meltem, “**KKTC Ve Türk Ceza Yargılaması Hukuklarında Çapraz Sorgulama**”, TC İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, Erişim adresi: <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/41433.pdf>

EUROPEAN COUNCIL, CEPEJ Studies No: 20, **European Judicial Systems Efficiency and Quality of Justice**- Edition 2014 (2012 bilgileri).

GÖZEL, Arif, “**Yargılamada Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) Kullanımı**”, Academia, (08.02.2021)

Erişim adresi için bkz.

https://www.academia.edu/12580753/Yarg%C4%B1lamada_Ses_ve_G%C3%BCnt%C3%BC_Bili%C5%9Fim_Sistemi_SEGB%C4%B0S_Kullan%C4%B1m%C4%B1

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2013.

GÜLŞEN, Recep, “**Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Teknoloji**”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 7, Temmuz 2006, s. 150 - 157.

GÜNER, Halil, “**SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi**,” Terazi Hukuk Dergisi 9, No. 99, Kasım 2014, s. 84-88.

HAU, Wolfgang, “**Litigation in the Time of Covid-19: Some Observations from Germany**”, Civil Justice and Covid-19- Septentrio Reports 2020/5, s. 29-31.

İNCEOĞLU, Sibel, **İHAM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yay., 3. Baskı, İstanbul 2008.

İPEK, Ali İhsan, **İfade Almanın Teknik ve Taktikleri**, Adalet Yay., Ankara 2015.

KAFES, Veli, “**Marcello Viola/İtalya AİHM İçtihat Kararı İncelemesi**” hakkında erişim adresi için bkz. (13.02.2021) <http://docplayer.biz.tr/3731340-Marcello-viola-v-italya-karar-incelemesi.html>.

KALE, Serdar, “**Ses ve Görüntünün Nakledilmesi Yoluyla Duruşmanın İcrası**”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C. 2, S. 25, 2013, s. 141-155.

KARAKEHYA, Hakan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş Yay., Ankara 2008.

KARDOS, Sandor, Holding “**Trial via Private Telecommunication Network**”, s. 171, Erişim adresi için bkz. (17.01.2021) <http://eds.a.ebscohost.com/eds/detail/detail?sid=491ac3d5-fdbe-4cdc-b417-05908b50232f%40sessionmgr4003&vid=3&hid=4203&bdata=JnNpdGU9ZWRzLWxpdmU%3d#AN=57206263&db=a9h>

KAŞIKARA, M. Serhat, **AİHS Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Ve Türkiye**, Adalet Yay., Ankara 2009.

KAVGACI, Çağrı, “**Ceza Yargılamasına Hakim İlkeler Işığında SEGBİS**” (30.09.2020), Erişim adresi: <https://www.hukukcukufasi.com/ceza-yargilamasina-hakim-ilkeler-isiginda-segbis/> 10.02.2021).

KILIÇ, Ali, **6100 Sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu Açıklamalı İçtihatlı**, Adalet Yay., C. II, Ankara 2011.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yay., 10. Baskı, Ankara 2017.

ÖZBEK, Veli Özer, “**Olağan Kanun Yolu Olarak İstinaf (CMK m. 272-285): Yapısı, İşleyişi, Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar**”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 30, Nisan 2016.

ÖZEKEŞ, Muhammet/GÜNEYSU, Nilüfer Boran, “**KOVID-19 Salgınından Dolayı Alman Hukukunda Yargılama ve Takip Hukukuna İlişkin Hukukî Durum ile Özellikle İflâslar (Küflî İcra) Hakkındaki Düzenlemeye Genel Bakış**”, Erişim adresi için bkz. <https://blog.lexpera.com.tr/kovid-19-salginindan-dolayi-alman-hukukunda-yargilama-ve-takip-hukukuna-iliskin-hukuki-durum/> (03.02.2021)

ÖZMEN, Necmeddin, “**Adil Yargılanma İlkesinin Gelişim Süreci ve AİHS Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı**”, TC GÜ Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yay., 14. Baskı, Ankara 2020.

PEKCANTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, **Meden Usul Hukuku Temel Bilgiler**, Yetkin Yay., 10. Baskı, Ankara 2016.

PEKCANTEZ, Hakan, **Medeni Usul Hukuku**, On İki Levha Yay., 15. Baskı, İstanbul 2017.

ROTH, Michael: **Laissez-Faire Videoconferencing: Remote Witness Testimony and Adversarial Truth**, 48 UCLA Law Review (185) (2000).

SAATÇIOĞLU, Demet, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı**, Erciyes Üniversitesi SBE (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (Danışman: Erkal, Atilla), Kayseri 2014.

SANIVAR, Ramadan, **Modern İnfaz Hukuku ve Koşullu Salıverilme (Şartlı Tahliye) Kurumu**, Seçkin Yay., Ankara 2020.

SANIVAR, Ramadan, “**İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Sanığa Tanınan Temel Haklar**” Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mart 2012, Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs.

SCHROEDER, Friedrich-Christian/PEUKERT, Wolfgang/YENİSEY, Feridun, **Ceza Muhakemesinde “Fair Trial” İlkesi**, İstanbul Barosu CMUK, Uygulama Servisi Yay., İstanbul 1999.

ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi), (İspat)**, Yetkin Yay., Ankara 2001.

ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku –I**, Seçkin Yay., Ankara 2014.

ŞEKER, Hilmi, “**Duruşmaya Katılma Hakkı**”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/1, s. 221 vd. Erişim adresi için bkz. (18.01.2021)

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-1/9.pdf>

ŞEN, Ersan, **“Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı (Mahkeme)”**, Erişim adresi için bkz. <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1830305-sanigin-mahkemeye-cikma-hakki> (16.01.2021)

TAŞKIN, Cankat, **“Müdafii ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, No: 69, Mart-Nisan 2007, s. 211-241.

TC Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı, **Adalet Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme Eğitimi Bilgisayar ve UYAP Bilişim Ders Notları**, Ankara 2015, S. 36. Erişim adresi için bkz. <http://www.edb.adalet.gov.tr/duyurular/iimnotlar/uyap.pdf> (12.02.2021).

TC Adalet Bakanlığı, **“Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS)”** başlıklı Genelge No: 150, s. 2. Erişim adresi için bkz. <https://www.adalet.gov.tr/pdf/segbis.pdf>. (05.02.2021)

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, R. Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yay., 8. Baskı, Ankara 2019.

TIRTIR, Mustafa, **“Pandemi Sürecinde İngiliz Hukukunda Duruşmalara Görüntülü Veya Sesli Arama İle Katılma Hakkı Ve Ülkemizde Uygulanabilirliği”**, 27.05.2020 tarihli erişim adresi için bkz. (01.02.2021) <https://mustafatirtir.com/pandemi-surecinde-ingiliz-hukukunda-durusmalara-goruntulu-veya-sesli-arama-ile-katilma-hakki-ve-ulkemizde-uygulanabilirligi/>

TIRTIR, Mustafa, **“Sesli – Görüntülü Duruşma Dönemi”**. Erişim adresi: <https://mustafatirtir.com/sesli-goruntulu-durusma-donemi/> (13.02.2021).

TOSUN, Yemliha Uğur, **“Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin İnsan Hakları Açısından Önemi”**, HUKAB Dergi, S. 6. Erişim adresi için bkz. <http://www.hukabdergi.com/p2471/> (18.01.2021).

TÜRKEK, Adem, **“Ceza Yargılamasının Kovuşturma Aşamasında Adil Yargılanma Hakkı”**, Çanakkale On Sekiz Mart Üniversitesi SBE (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (Danışman: Kaya, İbrahim), Çanakkale 2010.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yay., 17. Baskı, Ankara 2020.

VAN DER VLIS, E.-J. (2011), Videoconferencing in criminal proceedings, In Braun, S. & J. L. Taylor (Eds.), **“Videoconference and remote interpreting in criminal proceedings”**, Guildford: University of Surrey, 11-25. (29.01.2021) http://www.videoconference-interpreting.net/wp-content/uploads/2014/04/02_vanderVlis.pdf

YENİDÜNYA, Caner/İÇER, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yay., 1. Baskı, Ankara 2016.

YENİSEY, Feridun, **“Ceza Muhakemesinde Covid 19 Öncesi ve Sonrasında Çevrimiçi İletişimde Savunma Haklarının Özellikle Tutuklama Kararı Verilirken Korunması”** başlıklı sunum, Ceza Adalet Sisteminin Güçlendirilmesi ve AİHS İhlallerinin Önlenmesi İçin Yargı Mensuplarının Kapasitesinin Artırılması Ortak Projesi. Erişim adresi için bkz. (28.01.2021) <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/552/dosya/prof-dr-feridun-yeniseyin-sunumu04-01-202112-08.pdf>

YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yay., 5. Baskı, Ankara 2017.

YERDELEN, Erdal, **“Ceza Muhakemesinde Video Konferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”**, Bilişim Hukuku Dergisi, S. 2, 2019, s. 271-287.

YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, İstanbul 2005.

ZAFER, Hamide, “**Savunma Hakkı ve Sınırları**”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 2, C. 19, 2013, s. 507-540.

**¶ 'ÖZGÜR KADIN İLE KÖLE ERKEK' BİRLİKTELİĞİNE ROMA HUKU-
KUNUN BAKIŞI: SENATUS CONSULTUM CLAUDIANUM**
(THE RESPOND OF ROMAN LAW TO THE RELATION BETWEEN 'FREE WOMAN AND
SLAVE MAN': SENATUS CONSULTUM CLAUDIANUM)

Dr. Öğr. Üyesi B. Yiğit SAYIN**

ÖZ

Roma Hukukunda özgür kadın ve başkasına ait bir erkek kölenin birlikteliği, M.S. 1. yüzyılda *Claudius* devirinde alınmış bir *Senatus* kararı (*Senatus consultum Claudianum*) ile düzenlenmiş ve bu özgür-köle birlikteliğinin hukuki sonuçları münhasıran erkek kölenin efendisinin iradesine bağlanmıştır. *Senatus consultum Claudianum* (*sc Claudianum*) hükümleri gereğince başkasının kölesi ile birliktelik yaşayan özgür kadın şayet bu ilişkiye efendinin izni var ise efendinin azatlısı, izni yok ise efendinin kölesi haline gelmekteydi. Roma hukuku nazarında özgür bir kadın ile köle bir erkeğin birlikteliği 'yok' hükmünde olup herhangi bir hukuki sonuç doğurmamaktaydı. Bu gerçeğin ışığında, *Senatus*'un bir yasama organı olarak kendi göstermeye başladığı *Principatus* devrinin ilk yüzyılında, 'hukuken yok hükmünde' olan bir birlikteliğe ilişkin *Senatus*'un bir karar almış olması incelenmeye değer olup bu bağlamda *sc Claudianum*'un *ratio legis*'i kadar onu hazırlayan sebepler de cevaplanması beklenen sorulardır.

M.S. 1 yüzyıl itibarıyla Roma her bakımdan bir dönüşüm içinde idi ve bu dönüşümün toplumsal iz düşümlerinden birisi değişen sosyo-ekonomik yapı kapsamında statü karışıklıkları ve *mixta* ilişkilerdir. Roma hukukunun 'yok' hükmünde görüyor olması özgür kadınların başkalarının köleri ile fiili birliktelikler içine girmelerine engellemiştir. Keza, bu 'fiili' evliliklerinin hukuken tanınmıyor olmaları söz konusu ilişkilerin efendinin hakiyetine tehdit şeklinde algılanmalarını da engellemiştir.

Sonuçta, *Claudius*'un azatlısı, hazine sorumlusu *Pallas*, vakıf olduğu bu hususa ilişkin bir *Senatus* kararı tasarlamış ve *Claudius* tarafından *Senatus*'a sunulan tasarı kabul edilerek bir kanun hükmünde olarak yürürlüğe konulmuştur. Amaç; özgür ile kölenin evliliğini önleyerek toplumsal düzeni tesis etmek - köle erkeklerle birlikte olan özgür kadınları cezalandırmak - Roma kadınının ahlakına veya yaşamına müdahale etmek vb. değildir. *Sc Claudianum*, kölesi başka bir kadınla birliktelik yaşayan efendinin kölesi üzerindeki hakiyetini tüm unsurları ile muhafaza etmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Roma Hukuku, Köle, Kölelik, Roma Kölelik hukuku, Roma Hukukunda Kadın, Familia Ceasaris, Azatlı

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi:22.04.2021 İlk hakem raporu tarihi:11.05.2021 İkinci hakem raporu tarihi: 18.06.2021 Onaylanma tarihi: 25.06.2021

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9171-3791

Eserin Atf Şekli: B. Yiğit Sayın, "'Özgür Kadın ile Köle Erkek' Birlikteliğine Roma Hukukunun Bakışı: Senatus Consultum Claudianum", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1667-1709.

ABSTRACT

Since 1st century CE the relation between a free Roman woman and the slave of another person was regulated by a decree of the Senatus, enacted during the reign of Claudius (hence, termed as *sc Claudianum*) and the fate of the legal consequences of such a relation was to be left solely to the will of the master. According to the rules of this *sc Claudianum*, a free Roman woman who co-habits with the slave of another person would become the slave of that person -provided that he did denounce the relation- or his freedwomen -provided that he consented to the relation-Under Roman Law, a free woman and a slave could never had a valid marriage and accordingly, their relationship would have no legal effects whatsoever. The interesting fact which calls here for further scrutiny is that the Roman Senatus did actually enact a decree on a relationship which was legally irrelevant. Thus making the social dynamics behind *sc Claudianum* as well as its *ratio legis* subjects of areas that needs deeper investigation and comprehension.

With the dawn of the 1st century, Rome started to go in an evergoing change: It all started with a change in the administration; followed by a change in the society, change in its values, change in the labor relations, and change in its law. One the main indicators of the -social- change was the increasing number of instances of status confusions and the increasing tendency to mixed-relations. Such relations being *nullum* (void) for Roman law did not stop free women to co-habit with other people's slaves; it also did nothing to deaden the conviction of mixed-relations being a threat to the master's domination over his slave.

Ultimately, Pallas, the imperial freedmen of Claudius who was also in charge of the treasury, drew up a decree targeting relations about which he may know a thing or two. He then referred it to his patron and the emperor proposed his freedman's decree to the Senate which was accepted as a binding resolution. The purpose, therefore, was not to categorically prevent relations between the 'free' and the 'slave' nor to punish free women for co-habiting with a slave. *Sc Claudianum* was not about legislating morality or reclaiming the natural order of things. It was about protecting the rights of the master over his slave who was in a 'natural' marriage with a free woman and thus asserting the master's supremacy.

Keywords: Roman Law, Slave, Slavery, Roman Law of Slavery, Women in Roman Law, Familia Caesaris, Freedman

GİRİŞ

Roma Cumhuriyeti, Julius Caesar'ın M.Ö. 44 yılındaki suikastını takip eden yirmi yıllık iç savaş devirinden *Principatus* idaresine dönüşerek çıkmıştır. İç savaşın tartışmasız galibi Gaius Octavius Thurinus da 'Caesar Augustus' ünvanı ile bu yeni devirin ilk lideri (*princeps*) olarak Roma'nın bir dünya İmparatorluğuna dönüşünü başlatmıştır. *Principatus* idaresi ile Roma'nın hukukunun değişimi de hız kazanmış ve yeni politik iklimin dikte ettirdiği üzere *Senatus*², yaratıcı bir hukuk kaynağı olarak, halk meclislerinin yerini almaya başlamıştır. Cumhuriyet devrinde kararları 'tavsiye' niteliğinde görülen Roma *Senatus*'u,

² *Senatus*, değişik sayıda Roma vatandaşından müteşekkil, özellikle krallık, cumhuriyet ve *Principatus* devirlerinde devlet idaresindeki asli üç organdan biridir, bkz. UMUR, Ziya Roma Hukuku Lugatı, Fakiülteler Matbaası, İstanbul, 1983,: -' *Senatus*, s. 191.

Principatus devrinde³ ‘yasama organı’ haline gelmiş⁴ ve yaklaşık iki asırlık bir süre boyunca bu fonksiyonunu devam ettirmiş görünmektedir. Cumhuriyetin düşüşünün ardından bir dünya imparatorluğu olma yönünde ilerleyen Roma devleti aynı zamanda genel bir merkezileşme politikası da benimsemiş ve sonucunda kendisini tüm hayatın odağına konuşturmuştur. Bu bağlamda, *Augustus* devrinin ahlak ve evlilik kanunları ile azada ve vatandaşlığa ilişkin düzenlemeler⁵ yeni Roma anlayışının ayak sesleriydi. *Augustus* devrinin düzenlemeleri ile eski devirlerde kendi evinin adeta kralı olan aile babasının (*pater familias*) gücü kırılmakta ve imparatorluğun gerçekleri karşısında *pater* ikincil bir statüye indirgenmekteydi.

Augustus’un düzenlemeleri kanun (*lex*) formunda idiler ve değişen Roma hukuk kaynakları bağlamında bu toplumsal mühendislik faaliyetinin *lex*’ler yerine *senatus consultum*’lar ile yapılması doğal bir sonuç sayılabilir.⁶ Nitekim *Principatus* devrinde toplumsal amaçları güttüğü iddia edilebilecek birçok *Senatus* kararına rastlanabilmektedir.⁷ Bu bakımdan da *Principatus* devrinde, *Claudius* devrine atfedilebilecek bir *Senatus* kararı özellikle öne çıkmaktadır: *Senatus consultum Claudianum* (*sc Claudianum*). Özgür bir kadının başkasının kölesi ile birliktelik yaşaması halinde köleliğe indirgenmesini düzenleyen bu *Senatus* kararı ayrıca efendinin ilişkiye onayı olması durumunda özgür kadının efendinin azatlısı haline gelmesini de öngörmektedir. Böyle ilginç bir muhtevaya sahip *sc Claudianum*, toplumsal yapıya müdahale amacı taşıyan hukuki düzenlemelerin en önemlilerinden biri olarak öne çıkabilir; zira özgür bir kadının köle ile ilişkisi hukuk tarafından kadının köle yapılması ile cezalandırılmaktaydı. Nitekim *sc Claudianum* doktrinde belki de üzerinde en fazla çalışma yapılmış *Senatus* kararıdır.⁸ Buna karşın söylemek gerekir ki; *sc Claudianum* üzerine

³ *Principatus* devri; *Augustus*’tan itibaren başlayan ve cumhuriyet devrini takip eden imparatorluk devrinin, *Diocletianus*’un imparator olduğu seneye kadar devam eden ilk yarısına (M.S. 27 – M.S. 284) verilen isim; bkz. UMUR, Roma Hukuku Lugatı; -*Principatus*, s. 169-179.

⁴ RADO, Türkan, Roma’da *Senatus* ve Teşri Salahiyyeti, İÜHF, Cilt 13, Sayı 1, 1947, s. 239.

⁵ *Leges Juliae* (*Lex Julia de maritandis ordinibus* - *Lex Julia de adulteriis* - *Lex Papia Poppaea*), *Lex Fufia Caninia*, *Lex Aelia Sentia*, *Iunia Norbana*.

⁶ *Principatus* devri bakımından *Augustus* devrinde halk meclislerin kanun yapma faaliyetinin yoğunlaştığı görülmektedir ama söz konusu durumun sadece *Augustus* devrine özgü olduğu ve *Augustus* sonrası *Senatus*’un *consultum*’ları ile öne çıktığı gözlemlenmektedir.

⁷ Bazı örnekler: *senatus consultum Macedonium*; *senatus consultum Vellaeianum*, *senatus consultum Orphitianum*, *senatus consultum Tertullianum*, *senatus consultum Apronianum*, *senatus consultum Largianum*, *senatus consultum Rubrianum*, olabilirler.

⁸ RADO, Türkan, *Le Senatus Consultum Claudianum*, *Annales Fac. Droit d’Istanbul*, Cilt 3, 1954, s. 44-55; SIRKS, A.J. Boudewijn, *Der Zweck des Senatus Consultum Claudianum* von 52 n. Chr., *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Cilt 122, 2005, s. 138-149; WEAVER, P.C.R., *Gaius 1.84 and the S.C. Claudianum*, *The Classical Review*, Cilt 14, Sayı 2, 1964, s. 137-139; CROOK, John, *Gaius, Institutes, 1.84-86*, *The Classical Review*, Cilt 17, Sayı 1, 1967, s. 7-8; BUCKLAND, W.W., *The Roman Law of Slavery, Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, *The Lawbook Exchange*, New Jersey, 2001 s. 412 vd.; WATSON, Alan, *Roman Slave Law*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1987, s. 10-15; HOETNIK, H. R., *Autour du ‘Sénatus-Consulte Claudien’*, *Droits de l’antiquité et sociologie juridique*, *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, s. 153-162; GASTON, May, *L’activité juridique de l’empereur Claude*, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, Cilt 36, 1936, s. 213-254; ALBANESE, Bernardo, *Apunti sul Senatoconsulto Claudiano*, (ed.) Matteo Marrone, *Scritti giuridici*, Cilt 1, Palumbo Giappichelli, Torino, 1991, s. 29-39; GAUDEMET, Jean, *Esclavage et Dépendance dans l’Antiquité. Bilan et Perspectives*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Cilt 69, 1982, s. 119-156; HERRMANN-OTTO, Elisabeth, *Sklaverei und Freilassung in der Griechisch-Römischen Welt*, Darmstadt, 2017, s. 226 vd.; HARPER, Kyle, *The SC Claudianum in the Codex Theodosianus: Social History and Legal Texts*, *The Classical Quarterly*, New Series, Cilt 60, Sayı 2, 2010, s. 610-638; ERDÖDY, János, *SC Claudianum: a Positive Feedback on Property or Defence of Family Bonds?*,

olan çalışmalar, ardındaki *ratio legis*’e ve de onu hazırlayan sebeplere ilişkin tatmin edici bir çıkarıma izin verememektedirler.

Mamafih, bu sonucun tersi de pek mümkün görünmüyor; zira *sc Claudianum*’un ne metni bugün elimizdedir ne de eldeki kaynakların verdiği bilgiler *sc Claudiaum*’un neşredildiği andaki içeriği hakkında bize tam olarak yardımcı olabilmektedirler. Dolayısıyla yapılması gereken; *sc Claudianum* üzerine olan tüm kaynakların incelenmesi ve geriye dönük bir analiz ile hukuki boşlukların doldurularak *sc Claudianum*’un neşredildiği andaki orijinal halini ulaşılmaya çalışılmaktadır. *Sc Claudianum*’un içerdiği ‘asıl’ hükümler aynı zamanda onun *ratio legis*’i hakkında da net bir ipucu verecektir. Bu ipucu, bir taraftan *sc Claudianum*’u hazırlayan sebepleri anlamamıza yardımcı olurken öte taraftan da özgür kadın – köle ilişkisi üzerinden M.S. 1. yüzyıl Roma sosyo-ekonomik yapısını idrak edilmesini sağlayacaktır. Bu amaçla önce bir Roma hukuku kaynağı olarak *senatus consultum* (*Senatus* kararı) incelenecek ve *sc Claudianum* üzerine olan bilgi kaynaklarını analiz edilerek *sc Claudianum*’un ‘asli’ hükümlerine ulaşmaya çalışılacak. Son bölümde ise elde edilen veriler ve varılan sonuçlar ışığında *sc Claudianum*’un *ratio legis*’i belirlenecek ve böylelikle de *sc Claudianum*’u hazırlayan sebebin ne olduğu konusunda da bir çıkarımda bulunulacak.

I– SENATUS CONSULTUM CLAUDIANUM HAKKINDA

A) Bir Hukuk Kaynağı olarak *Senatus Kararları* (*Senatus Consulta*)

Roma hukuku bakımından *senatus consulta*, yani *Senatus* kararları, cumhuriyet ve de özellikle *Principatus* devirleri itibarıyla başvurulabilen önemli bir ‘hukuk kaynağı’⁹ olarak öne çıkmaktadır; bu bağlamda da eski hukuk devrinin sonları ile klasik hukuk devrinin neredeyse tamamı süresince, *lex*’ler (ve de klasik hukuk devrinin son devirlerinde *constitutium princeps*) ile birlikte, Roma yasama faaliyetinin parçalarından birisini teşkil ettiği söylenebilir.¹⁰

Senatus kararları (*Senatus consulta*), cumhuriyet devri itibarıyla daha çok *magistra*’lara tavsiye niteliğinde olup bağlayıcılıklarını icra edilmeleri ile birlikte, ani şekilde

Journal of European History of Law, Cilt 11, Sayı 1, 2020, s. 152-160; PÓLAY, Elemer, Die Sklavenehe und das römische Recht, Acta Jur. et Pol. Univ., Cilt 14, Sayı 7, Szeged, 1967, s. 30-48.

⁹ Hukuk kaynağı (*fontes iuris*) terimi, kullanıldığı bağlam babında birden fazla teknik anlama işaret edebilir: Örneğin; ‘hukuk kaynağı’ ifadesi “hukuku yaratan kuvvetleri/asli kaynakları” (*fontes originis*) kast edebildiği gibi hukukun yaratılmasını takiben “yürürlükte aldığı şekle/meriyet metoduna” (meriyet kaynağına) da işaret edilebilmektedir. Keza, bir hukuk sistemi hakkında bilgi vermeye yarayacak olan vasıtalar da hukukun bir ‘bilgi kaynağı’ (*fontes cognoscendi*) olarak ifade edilebilmektedirler. SCHWARZ, Andreas, Roma Hukuku Dersleri, (çev.) Türkmen Rado, 2. Bası, Kenan, İstanbul, 1945, s. 30-31. Çalışma kapsamında ‘hukuk kaynağı’ olarak öncelikle hukuku yaratan kuvvetleri kastedilecektir ve bu bağlamda bir hukuk sistemini teşekkül eden yani hukukunu yaratan ‘asli kaynaklar’ (*fontes originis*) öne çıkmaktadırlar.

¹⁰ Roma hukukunun devirlerine göre asli kaynakları örf ve adet; halk meclisleri (*comitia*); Senato (*Senatus*); *praetor*’lar; rahipler/hukukçular ve de yönetici ‘*magistra*’ (*Rex-Princeps-Imperator*) olmuştur. Meriyet kaynakları olarak ise XII Levha Kanunu (*Duodecimo Tabulae*), kanunlar (*lex - leges*); plebistler (*plebiscitum*); rahip hukukçuların içtihatları; *praetor* beyannameleri (*edictum praetoris*); senato kararları (*senatus consultum – senatus consulta*); imparator emirnameleri (*constitutiones principis*); laik hukukçuların cevapları (*iuris respundum*) ve de *Iustinianus* müdevvenatının belirli parçaları (örneğin *Codex Iustiniani*) gösterilebilir; bkznz. JOLOWICZ, H.F., Historical Introduction to the Study of Roman Law, Cambridge University Press, Cambridge, 1932, s. 4-6; LINTOTT, Andrew, The Constitution of the Roman Republic, Oxford University Press, Oxford, 1998, s. 3-9.

kazanan düzenlemelerdi.¹¹ Buna karşın cumhuriyet devirinde dahi hukuken bağlayıcı sayılabilecek *Senatus* kararları olduğu muhtemel görülüyor.¹² Dolayısıyla denebilir ki; *senatus consultum*'lar cumhuriyet devrinde *Senatus* ile *magistra*'lar arasındaki ilişkinin mahiyetine bağlı olarak uygulanması tavsiye edilen hatta beklenen, ama en nihayetinde doğrudan *ipso iure* hukuki etki göstermeyen kararlardı. *Senatus* belirli bir husus hakkında görüşünü ortaya koymakta ve *magistra*'ya¹³ da bu konuda harekete geçmesine ilişkin bir nevi direktif vermekteydi. *Magistra* da görev süresi sona erince muhtemelen bir parçası olacağı *Senatus*'un direktifine uyar ve alınan kararı uygulardı.¹⁴ Buna karşın *magistra*'nın *Senatus* kararını uygulamaması da mümkündür ve herhangi bir hukuki yaptırım mevcut değildi; olsa olsa *magistra*'nın politik kariyeri bakımından bazı menfi sonuçlar ortaya çıkabilirdi.¹⁵

Principatus devirinde, güçlenen aristokratik ve oligarşik temayüller ile doğrudan bağlantılı olarak, *Senatus* kararları asli bir 'hukuk kaynağı' olarak öne çıkmaya başladı ve önceleri *praetor*'un¹⁶ beyannamesinde yer almalarına bağlı olarak hüküm göstermekteydiler.¹⁷ Beyanname kapsamında *praetor*, *Senatus* kararında atf yapılan ilişkilerden kaynaklanacak dava hakkını tanımayabilir, yani *actio* vermeyebilir veya taraflardan birine bir defa (*exceptio*) verebilirdi. *Hadrianus* devirinden itibaren ise *Senatus* kararları *Senatus* tarafından kararlaştırıldıkları andan itibaren bağlayıcılık kazanmaya başladılar.¹⁸

¹¹ RADO, Türkan, Principatus devrinde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultum'lar Yoluyile Islahı, İstanbul, 1958, s. 14.

¹² KRUGER, Paul, Geschichte de Quellen und Litteratur des Römischen Rechts, 2. bası, Münih, 1912, s. 90.

¹³ *Magistra* veya *magistratus*, Roma'nın çeşitli devirlerinde devletin başında bulunan büyük memurlara verilen isimdir; bkz. UMUR, Roma Hukuku Lugati, - *magistratus*, s. 131.

¹⁴ Mommsen, *Senatus consultum*'ların hukuken bağlayıcı niteliğinin *principatus* devrinde başladığını söylese de Cumhuriyet devrinde kanun tekliflerinin halk meclisine sevk öncesi *Senatus*'a sunulmasının kanunu teklif eden *magistra*'yı sorumluluktan azat ediyor olması ve de aksi durumda yani kanun teklifinin *magistra* tarafından *Senatus* 'a sunulmaması ihtimalinde ise *magistra*'nın sorumluluğunun baki kalacağı noktalarından yola çıkarak *Senatus consultum* 'ların ilk zamanlardan itibaren ne olursa olsun bir 'tavsiye'den daha fazla bir şey olduğu iddiasındadır; bkz. MOMMSEN, Theodor, Römische Staatsrecht, Cilt III-2, Leipzig, 1888, s. 1252-1271.

¹⁵ Sonuçta denebilir ki genel kanı; *Senatus consultum*'un cumhuriyet devrinde hukuki bir bağlayıcılığı olmadığı fakat pratikte riayet edildiği ve de *intercessio* (veto) hakkına sahip bir makamca (*tribune* ya da *magistra*) veto edilmemiş olduğu sürece hükümlerinin icrası ile bağlayıcılık kazandığıdır. Kararın veto edilmesi halinde ise söz konusu *Senatus consultum* bağlayıcılığı olmayan bir görüş/tavsiye (*auctoritas*) olarak kalmaktaydı.

¹⁶ *Praetor, imperium*'a sahip bir *magistra* olup, artan savaşlar nedeniyle *consul*'lerin çeşitli cephelerde ordu yönetmek zorunda kalması ile birlikte Roma'da yönetim ve yargı işlerini görmek üzere M.Ö 367 yılında, *lex Licinia Sextia* aracılığıyla, yeni bir *consul* makamı olarak ihdas edilmiştir. Bu üçüncü *consul* diğer *consul*'lerin yetkilerine sahip olmasına karşın, özgün görevi yargılamadır. Zaman içinde sayıları onaltıya bulan *praetor*'lar yayınladıkları beyannameler (*edictum - edicta*) ile özel hukuk alanına büyük bir tesirde bulunmuştur. M.S. 130 yılında *praetor* beyannamesinin kat'i hale gelmesi (*edictum perpetuum*) sonucunda faaliyetleri durmuştur; bkz. UMUR, Roma Hukuku Lugati, - *praetor*, s. 169; BERGER, Adolph: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991, - *praetor* s. 647.

¹⁷ BONFANTE, Pietro, Storia del Diritto Romano, Cilt I, 4. bası, Giuffrè, Milano, 1958, s. 412.

¹⁸ BUCKLAND, W.W., A Textbook of Roman Law, 3.bası, Cambridge University Press, Cambridge, 1963, s. 12-13; GIRARD, Paul Frederic, Manuel Elementaire de Droit Romain, 6. Bası, Rousseau, Paris, 1918, s. 32-34; JOLOWICZ, H.F., Historical Introduction to the Study of Roman Law, s. 368-369.

Principatus'da *Senatus* artık yasama fonksiyonunu tamamen kazanmıştır denebilir; bu devirdeki *senatus consultum*'lar da önce *praetor*'un aracılığı ile, sonraki devirlerde ise doğrudan olarak hukuki etki göstermeye başlamışlardır. Halk meclislerinin¹⁹ kanun yapma yetkisini kaybetmesi ile paralel olarak *Senatus*, hukuk yaratma ve norm koyma kuvvetini kazanmaya başlamıştır. *Senatus*'un 'kanun' hükmünde olarak aldığı ilk kararın ise M.S. 10 tarihli *sc Silanianum* olduğu genelde kabul edilmektedir.²⁰

Cumhuriyet devri *senatus consultum*'ları ekseriyetle idari konulara ilişkin alınmış kararlardır;²¹ ayrıca aynı devirde mahiyetleri bakımından 'yasaklayıcı' nitelikte olan *senatus consultum*'lar da gözlemlenebilmektedir.²² Mamafih yasakların karşılığını yani müeyyidele-ri söz konusu *Senatus* kararlarında göremiyoruz. Cumhuriyet devri *senatus consultum*'ları arasında özel hukuka taalluk ettiği söylenebilecek kararlar da bulunmaktadır fakat burada özel hukuka ilişkin *senatus consultum*'ların aslen *principatus* devrine²³ ait olduğu hatırlatılmalıdır. Bu bağlamda da söz konusu *Principatus* devri *senatus consultum*'larının da değişen sosyo-ekonomik gerçekler karşısında 'toplumun belirli kesimlerinin sosyal himayesi';²⁴ 'toplum yapısındaki değişimleri tanzim etme'²⁵ ya da 'toplum yapısında oluşabilecek radi-

¹⁹ 'Halk meclisleri' aslında Roma'da krallık devirinden itibaren görülen ve de halkın bazı işlemleri yapmak, irade ve isteklerini beyan etmek amacıyla belirli bir nizam içinde toplanmasıdır. Belirli bir nizam içinde olmadan da toplanmak mümkündür (*conventio*) ama bu toplantılarda karar verilmez sadece görüş alışverişinde bulunulurdu. Cumhuriyet devrinde halk meclisleri -özellikle *patricii* ve *plebs* ayrımı odağında- farklılaşmış ve yeni tipleri ortaya çıkmış; *Principatus* devri ile zaman içinde (M.S. 2. yüzyıl itibarıyla) tamamıyla ortadan kalkmışlardır; bkz. UMUR, Roma Hukuku, s. 29-35.

²⁰ SCHILLER, A. Arthur, *Senatus Consulta in the Principate*, Tulane Law Review, Cilt 33, 1959, s. 499.

²¹ Cumhuriyet devrinde *Senatus*'un devlet idaresinde karışmadığı alan kalmadığına dair bkz. RADO, Teşri Salahiyeti, s. 244.

²² Örneğin, *Bacchus* (*Dionysos*'un Roma versiyonu) festivallerini yasaklayan M.Ö. 186 tarihli *senatus consultum de Bacchanalibus*; Yunan filozof ve hatiplerinin Roma'da ikamet etmelerini yasaklayan M.Ö. 161 tarihli *senatus consultum de philosophis et rhetoribus* veya *principatus*'un ilk yıllarında rüşveti önlemeye yönelik çıkarılan M.Ö. 4 tarihli *senatus consultum Calvisianum de pecuniis repetundis* gibi. *Senatus consultum de Bacchanalibus* için bkz. TIERNEY, J.J., The "Senatus Consultum de Bacchanalibus", *Proceedings of the Royal Irish Academy: Archaeology, Culture, History, Literature*, Cilt. 51 (1945 - 1948), s. 89-117; *senatus consultum de philosophis et rhetoribus* için bkz. Aul. Gel. 15.11; *senatus consultum Calvisianum de pecuniis repetundis* için bkz. TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, Roma Hukukunda Rüşveti Önlemeye Yönelik Düzenlemeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, 2007, s.1195-1196.

²³ Özellikle *Tiberius* devrinden (M.S. 14 – M.S. 37) itibaren.

²⁴ Aile evlatlarını korumaya yönelik *senatus consultum Macedonium*; kadını korumaya yönelik *senatus consultum Velleaenium* gibi. *Senatus consultum Macedonium* için bkz RADO, Türkan: *Senatus Consultum Macedonium ve Roma Hukukunda Filius Familus*'ların Para Ödünçleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doçentlik Tez, İstanbul, 1944; ayrıca bkz. D.14.6.1; *senatus consultum Velleaenium* için bkz. TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, Roma Hukukunda *Senatus Consultum Velleaenium*, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IV, Sayı: 1-2, 2005, s. 199-223.

²⁵ Örneğin değişen toplumsal yapıya uyum sağlamak amacıyla (agnatik miras sisteminin kadın lehine tanzimi için) miras hukukuna ilişkin çıkarılmış bütün *senatus consultum*'lar (*senatus consultum Orphitianum* ve *senatus consultum Tertullianum* gibi); vasiyet yapma hakkını Roma *civitates*'lerine de teşmil eden *senatus consultum Apronianum* ve de *libertas* odaklı olup azadı kolaylaştıran hükümler ihtiva eden *senatus consultum Articuleianum*, *senatus consultum Largianum*, *senatus consultum Rubrianum* gibi kararlar bu kategoride kabul edilebilirler. *Senatus consultum Orphitianum* ve *senatus*

kal çözümleri/statü karışıklıklarını önleme²⁶ *ratio*'larından en az birisini güttükleri söylenmelidir.²⁷ Bu bakımdan da bazı '*senatus consultum*'ların 'kamu' veya 'özel' hukuk karakterlerini tayin etmek o kadar kolay görünmemektedir.

Principatus devrinde çıkarılan *senatus consultum*'ların dikkat çeken bir diğer özelliği ise cumhuriyet devrindekilere nazaran daha genel hükümler ihtiva etmeleridir.²⁸ Bazı *senatus consultum*'lar evvelden çıkarılmış bir *Senatus* kararı ile (veya bir *lex*) ile getirilen bir yasağı veya imtiyazı teşmil etmek ya da kuvvetlendirmek için çıkarılmıştır.²⁹ Genel temayül; idari olan *senatus consultum*'lar hariç diğer *Senatus consultum*'ların, toplumsal meseleler özelinde, başkaca bir hukuk kaynağının (örneğin *iuris prudentia* veya *leges*) düzenlemediği durumları hedeflemesidir.³⁰

Principatus devrinde, krallık ve cumhuriyet devirlerindeki durumun aksine olarak, *Senatus* (ve de *senatus consultum*'ları) genel kurullar koyma yetkisini elde etmekle artık 'asli bir hukuk kaynağı' (*fontes origines*) haline gelmiştir. *Principatus* devrinin başlarında halk meclisleri aleyhine olarak birçok yetki kazanmış olan *Senatus* buna karşın kazandığı bu yetkileri, zaman içinde, giderek kuvvetlenen *princeps/imperator*'un³¹ lehine olarak kaybetmiştir. Bir taraftan *Principatus*'un 'ideolojik' bir sembolü olan *Senatus*'a verilen ehemmiyet ve tanınan yetkiler artar görünürken öte yandan aslında yavaş yavaş gösterişten ibaret veya

tus consultum Tertullianum için bkz. MEINHART Marianne, Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, Hermann Böhlau, 1969; *senatus consultum Rubrianum* için bkz. D.40.5.26.7; *senatus consultum Apronianum* için bkz. D. 36.1.27; *senatus consultum Largianum* için bkz. HUNTER, Alexander William, A Systematic Historical Exposition of Roman Law in the order of a Code, 4. bası, Sweet & Maxwell Ltd., Londra, 1803, s. 872-874; *senatus consultum Articuleianum* için bkz. D. 40.5.51.7.

²⁶ Boşanmış kadınlar bakımından çocuğunun baba ile olan nesepl ilişkisini düzenleyen *senatus consultum Plancianum* gibi; bkz. D. 35.2.59.1.

²⁷ SCHULZ, Fritz, Principles of Roman Law, (çev.) Marguerita Wolf, Clarendon Press, Oxford, 1934, s. 10-11.

²⁸ Cumhuriyet devrinin senato kararları arasında sadece belirli bir duruma, coğrafi olarak belirli bir bölgeye ya da münhasıran olarak sayılı kişilere yönelik birçok örnek bulunmaktadır. Örneğin; İtalya savaşı sırasında Roma'ya destek veren üç Yunanlı kaptana bu yardımlarına karşılık verilen çeşitli imtiyazları düzenleyen *senatus consultum de Asclepiade* (M.Ö. 78); Roma dışındaki belirli bölgelere çöp atılmasını (ve kutsal mezar yerlerini kirletmeyi) yasaklayan *senatus consultum de pago Montano* (M.Ö. 1. yüzyıl); M.Ö. 170 tarihli olan ve *Thisbae* şehri ile olan münasebetleri düzenleyen *senatus consultum Thisbensibus*; M.Ö 159 tarihli olan ve *Tibur* şehrine genel bir af getiren *senatus consultum Tiburtinis*; Suriye kralı *Antiochus*'a ilişkin Yahudilerce iletilmiş şikayetlere verilen cevabı içeren M.Ö. 132 tarihli *senatus consultum Iudaeis ...* gibi. *senatus consultum Thisbensibus* için bkz. RICCOBONO, Salvatore, Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Cilt I, Floransa, 1941, s. 242-246, n. 31; *senatus consultum de Asclepiade* için bkz. BRUNS, George Carl, Fontes Iuris Romani Antiquae, (ed.) Otto Gradenwitz, 7. bası, I.C.B. Mohr, Tübingen, 1909, s. 176-180; *senatus consultum de pago Montano* için bkz. RICCOBONO, s. 272-273, n. 39; *senatus consultum Iudaeis* için bkz. Joseph. Ant. Iud., 13.9.2.

²⁹ *Senatus consultum Dasumianum* (M.S. 119)'u kuvvetlendirmek/yenilemek için çıkarılan *senatus consultum Iuncianum* (M.S. 127) gibi; *senatus consultum Iuncianum* için bkz. D. 40.5.28, 51.

³⁰ SCHULZ, Principles, s. 11; ayrıca bkz. s. 11 dn 8.

³¹ *Princeps*'in kelime manası vatandaşların birincisi olup, *Augustus* devrinden itibaren imparatora verilen bir sıfat haline gelmiştir. *Principatus* devri boyunca *Princeps*'in iktidarı artmış ve zaman içinde tek hakim haline gelerek son imparatorluk devrinin mutlak iktidarının imparatoru (*imperator*) olmuştur; bkz. UMR, Roma Hukuku Lugati, -*princeps*, s. 169; BERGER, s. 493.

imparatorun oyuncağı bir meclis haline dönüşmüş³² ve M.S. 1. yüzyıl ile başlayan yasama faaliyeti henüz M.S. 3. yüzyıla gelemeden sona ermiştir.³³

B) Senatus Consultum Claudianum’un üzerine olan Kaynakların Takdimi

Roma tarihi içinde *Senatus*’nun çok sayıda kararı bulunmaktadır ve bunlardan bazıları hakkında detaylı bilgi sahibiyiz. Bir takım *Senatus consultum*’lar bakımından bilgimizi epigrafik ve arkeolojik bulgulara, diğer bazı *Senatus consultum*’lar bakımından ise edebi/hukuki eserlerdeki atıflara borçluyuz.³⁴ *Senatus consultum Claudianum* özelinde ise çok şanslı olduğumuz söylenemez; zira *sc Claudianum*’un metnine dair elimizde ne bir epigrafik/arkeolojik bulgu ne de kapsayıcı bir atıf bulunmaktadır. Bugün elimizde *sc Claudianum*’dan bahsedene eserler yok değildir; sorun: söz konusu atıfların *sc Claudianum*’un - özellikle orijinal metninin- içeriği hakkında bize tam bir resim sunamamasıdır.³⁵ *Sc Claudianum*’un ‘ilk’ ve ‘özgün’ hali önemlidir; zira söz konusu *Senatus* kararının tarihsel ve toplumsal olarak anlamlandırılması ancak ilk teşri anındaki asli/orjinal formu odağında yapılabilir. Dolayısıyla *sc Claudianum* üzerine olan kaynakların tarihi -daha doğrusu *sc Claudianum*’un neşir tarihinden (M.S. 52/54) ne kadar sonraya ait oldukları- de ayrı bir önemi haizdir. Şimdi *sc Claudianum*’a ilişkin eldeki atıfların ait olduğu eserleri kısaca inceleyelim:

1) Asli Bilgi Kaynakları

Sc Claudianum’dan bahseden en eski tarihli eser (M.S. 109) *Tacitus*’un *Annales*’idir. *Tacitus* dışında *Suetonius*, *De vita Caesarum* (M.S. 121)’unun ‘*Vespianus*’ bölümünde ve *Gaius* da *Institutiones*’inde (tahmini M.S. 161); *sc Claudianum*’u bahis konusu ediyorlar. Bu eserler *sc Claudianum*’un neşir tarihine nispeten yakın tarihli ait eserler olarak öne çıkmaktadırlar ve bu bağlamda a asli kaynaklar olarak ele alınacaklar. *Sc Claudianum*’a atıfta bulunan diğer eserler³⁶ ise her ne kadar ‘hukuki’ kaynaklar olmakla özel bir önemi haiz olsalar da sonuçta tarih olarak yüzlerce yıl sonraya aittirler. Bu sebeple de *sc Claudianum*’un ‘asıl/özgün’ halini tespitten ziyade bize *sc Claudianum*’un hükümlerinin klasik ve

³² *Senatus*’un mutlak imparatorluk yolunda meşru hakimiyetin halktan imparatorluğa geçişinde bir geçit rolü oynanmış olduğuna dair bkz. RADO, Teşri Salahiyeti, s. 248.

³³ RADO, *Senatus Consultum*’lar Yoluyla Islah, s. 25-26.

³⁴ bkz. BRUNS, s. 164-211.

³⁵ *Princeps*’in teklifi ile üzerine alınan senato kararlarına olan atıfların karar metnine değil teklife (*oratio principis*’e) olduğuna dair bkz. SCHULZ, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Clarendon Press, Oxford, 1946, s. 147.

³⁶ Örneğin ‘*Pauli Libri Quinque Sententiarum ad Filium*’; ‘*Tituli ex corpore Ulpiani*’ (her iki eserde tahminen M.S. 3.yüzyıl sonrasına aittir); *Codex Theodosianus* (M.S. 438); *Iustinianus*’un *Codex*’i (M.S. 534) ve de *Institutiones*’i (M.S. 533) gibi... Ayrıca hukuki bir eser olmasa da *Tertullianus*’un M.S. 3. yüzyıla ait eseri ‘*Ad Uxoriam*’ (2.8) de burada zikredilebilir: *Ad Uxoriam* (2.8): “... *Nonne etiam penes nationes seuerissimi quique domini et disciplinae tenacissimi seruis suis foras nubere interdicut? Scilicet ne in lasciuam excedant, officia deserant, dominica extraneis promant. Nonne insuper censuerunt seruituti uindicandas quae cum alienis seruis post dominorum denuntiationem in consuetudine perseuerauerint?*” *Tertullianus*’un bu metinde kullandığı metaforlara dair bkz. FLEXENHAR III, Michael, *Sought Out for Luxury, Castrated for Lust: Mistress-Slave Sex in Tertullian’s Ad Uxoriam 2.8.4, Vigiliae Christianae 72, 2018, 484-505.*

post-klasik hukukta uğradığı değişimi göstermede yardımcı olabileceklerdir; dolayısıyla bu hukuki kaynaklar ‘feri kaynaklar’ olarak göz önüne alınacaktır.³⁷

Öncelikle en eski tarihli olarak görünen *Annales*’den başlayalım: Bir senatör ve de tarihçi olan *Tacitus* tarafından yazılan *Annales*, İmparatorlar *Tiberus* ile *Nero*’nun hükümdarlıkları arasında geçen devri (M.S. 14 - M.S. 68) anlatan bir eserdir. *Annales* sadece tarih olarak *sc Claudianum*’a en yakın tarihli kaynak olarak bir önemi haiz değildir; aynı zamanda yazarı *Tacitus*’un bir senatör olarak³⁸ *acta Senatus*’a (*Senatus*’nun karar ve tartışma zabıtları) erişim ihtimali bakımından da oldukça önemlidir. *Tacitus*, *Annales*’inde *sc Claudianum*’dan şu şekilde bahsetmektedir:

Tac. Ann. 12.53:

“*Inter quae refert ad patres de poena feminarum quae servis coniungerentur; statuiturque ut ignaro domino ad id prolapsae in servitute, sin consensisset, pro libertis haberentur. Pallanti, quem repertorem eius relationis ediderat Caesar, praetoria insignia et centies quinquagies sestertium censuit consul designatus Barea Soranus.....*”

“Bu görüşmeler sırasında (*Claudius*) *Senatus*ya köleler ile birliktelik yaşayan (*coniungerentur*) kadınların cezalandırılmasını teklif etti ve de kölelerin efendilerinden habersiz (*ignaro domino*) olarak onlarla birliktelik yaşayanların köleliğe, efendilerin onayı olması durumunda ise azatlığa indirgenmelerine karar verildi. İmparator tarafından söz konusu teklifin yaratıcısı olarak takdim edilen *Pallus*’a (İmparator *Claudius*’un azatlısı) *consul designatus Barea Soranus* aracılığıyla 15 milyon *sestertius* ve de *praetor*’luk makamının nişanları sunuldu....”

Görüldüğü üzere *Tacitus* önce *sc Claudianum*’un muhtevasından ve de getirdiği müeyyideden bahsederken ardından da İmparator *Claudius*’un azatlısı *Pallas*’ın da -en azından *Claudius*’ın ifadesine göre- *sc claudianum*’u hazırlayan kişi olduğunu belirtiyor ve *Pallas*’a teklif edilen maddi ve onursal payelere değiniyor. *Tacitus*’un ifadelerinde altı çizilmesi gereken ana unsurlar: *sc Claudianum*’un İmparator *Claudius*’un azatlısı *Pallas* tarafından hazırlandığı; bu *Senatus* kararı uyarınca özgür bir kadının bir köle ile birliktelik yaşaması ve söz konusu birliktelikten kölenin efendisinin haberi olmaması (*ignaro domino*) durumunda köle durumuna indirgeneceği; buna karşın kadının birliktelik yaşadığı kölenin efendisinin bu birliktelikten haberi olarak onay vermesi durumunda ise özgür kadının azatlı hale geleceğidir. Açıkçası buradaki en ilginç nokta: özgür bir kadının köle bir erkek ile birliktelik yaşaması ve bu birlikteliğe efendinin onayı olması durumunda özgür kadının birliktelik yaşadığı kölenin efendisinin azatlı haline gelmesidir. Dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise; kadın ve köle arasında cinsel bir ilişkiden ziyade bir birliktelikten (*coniungerentur: coniungo*)³⁹ bahsediliyor olmasıdır. Her birliktelik cinsel bir ilişki öngörebilse de sonuçta her cinsel ilişkinin bir birliktelik anlamına gelmeyeceği de aşikardır. Dolayısıyla *Tacitus*’un bahsettiği durum: özgür bir kadının başka birisinin kölesi ile -hukuken geçerli olmasa da- ‘bir evlilik’ içine girmesidir.⁴⁰ Kölenin efendisinin bu birlikteliğe bir onayı

³⁷ Söz konusu eserlerin ilgili bölümlerini burada tam olarak vermek gerekir ise: *Codex Theodosianus*’da Cod. Th. 9.9; *Pauli Libri Quinque Sententiarum ad Filium*’da Paul. Sent. 2.21a; *Tituli ex corpore Ulpiani*’de Tit.Ulp. 11.11; *Iustinianus*’un *Codex*’inde C. 7.24 ve *Institutiones*’inde I Ins. 3.12.1.

³⁸ BIRLEY, R. Anthony, *The Life and Death of Cornelius Tacitus*, *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, Cilt 49, Sayı 2, 2000, s. 234.

³⁹ GLARE, P.G.W., *Oxford Latin Dictionary*, 2. bası, Oxford University Press, Oxford, 2012.; - *coniungo*, s. 448;

⁴⁰ Roma hukuku bakımından bir tarafı köle olan evlilik akdi ‘yok’ hükmündedir (Ulp. Tit. 5.5); geçerli bir evlilik (*iustum matrimonium*) sadece özgürlere ait idi. Bu sonuç kölelerin kendi aralarında özgür-

olması durumunda da kadın efendinin azatlısı olur ve özgür kadın – köle erkek ilişkisi de böylelikle efendinin *domus*'u içindeki fiili bir birlikteliğe dönüşür. *Tacitus*'un bahsettiği 'ceza', özgür bir kadının bir köle ile cinsel ilişkiye girmesi ile alakalı bir 'ceza' değildir; özgür kadının başkasının kölesinin 'karısı' olmasına ilişkin bir cezadır. Buna karşın sorulması gereken soru pek değişmemektedir: Özgür bir kadın ne gibi bir amaçla özgürlüğünü bu derece riske atabilmekte hatta ondan vazgeçebilmektedir?⁴¹

Tacitus'un ardından *Suetonis*'in, *sc Claudianum*'un ihdas sebebine ilişkin olarak kadınların *libido*'su ve *luxuria*'sından bahsetmesi bu iddiaya karşı bir argüman olarak sunulabilirse de yazar ve tarihçi olarak zaten güvenilirliği şüpheli⁴² *Suetonis*'in burada yaptığı, Roma tarihi boyunca erkek hukukçu ve yazarların kadınlarla ilgili tüm sosyal meselelerde takındıkları tavrın tipik bir örneğidir. Kadınlarla ilgili hususlarda onların duygusallıkları, lüks düşkünlükleri, cinsel ahlaksızlıkları, 'hafif' olmaları vb. her daim dile getirilir.⁴³ Bu hususa birazdan döneceğiz şimdi *Tacitus*'un eserine nispeten yakın bir tarihe ait olan *Gaius*'un *Institutiones*'e gelelim.

Institutiones, bir 'tarih' değil 'hukuk eseri' olması hasebiyle ayrı bir öneme sahiptir ve bu bağlamda da *Tacitus*'un ifadeleri ile çelişen bilgiler içerdiğinin altı çizilmelidir. Burada altı çizilmesi gereken bir diğer husus ise *Gaius*'un *Institutiones*'inin ilgili bölümlerinin (Gai. 1. 81-84, 91, 160) doğrudan '*Senatus consultum Claudianum*'a ilişkin olmadığıdır; *Gaius*, *Senatus consultum Claudianum*'dan önce bir Romalı ile bir Latin veya yabancıdan (*peregrinus*) doğacak olan çocuğunun vatandaşlık hususu bağlamında (Gai. 1. 1.81-84, 91), ardından ise *capitis deminutio maxima*⁴⁴ hallerinden biri olarak (Gai. 1. 1.160) bahsetmektedir.

Gaius'un *sc Claudianum*'a ilişkin olarak aktardıkları temelde *Tacitus* ve de *Suetonis*'in aktardıklarına benzer olsa da aynı zamanda önemli farklılıklar da bulunmaktadır. *Gaius*, özgür kadının köle haline indirgenmesinin kölenin efendisinin ilişkiyi bilmesi ve kadını uyarması (*denuntiatio*) şartına bağlı olduğunu söylemektedir;⁴⁵ kadının efendiden habersiz (*ignaro domino*), onun kölesi ile bir ilişki içinde olması yeterli değildir. Fakat asıl farklılığı bu ilişkiden bir çocuk olma ihtimali çerçevesinde görüyoruz. *Gaius*, *Tacitus* ve *Suetonis*'den farklı olarak, *sc Claudianum*'un kadının ilişkiye girdiği köleden olan çocuğu üzerindeki etkisini de bahis konusu etmekte ve kölenin efendisinin izni olmaması durumun-

ler gibi evlilik törenleri yapmalarına, kendi ailelerini kurmalarına (*servus familia*), birbirlerini özgürler gibi karı ve koca olarak çağırmalarına engel olamamıştır. Bu konuda bkz. BRADLEY, Keith, *Slaves and Masters in the Roman Empire: A Study in Social Control*, Oxford University Press, New York, 1987, s. 49; SALLER, P. Richard, *European Family History and Roman Law, Continuity and Change*, Cilt 6, Sayı 3, s. 337; EDMONDSON, Jonathan, *Slavery and the Roman Family*, (ed.) Bradley Keith / Cartledge Paul, *Cambridge World History of Slavery*, Cilt I, 2011, s.347; ayrıca bkz. D. 32.41.2; D. 33.7.12.7; D. 33.7.12.33; D. 38.16.11; Paul. Sent. 3.6.38; C. 5.27.1; Cod. Th. 4.6.3.

⁴¹ Bu sorunun cevabına ilişkin bkz bölüm III. B.

⁴² Bu konuya ilişkin bkz. SYME, Ronald, *Biographers of the Caesars*, Museum Helveticum, 1980, Cilt. 37, No. 2, 1980, s. 104-128; GASCOU, Jacques, *Suetone historien*, Ecole française de Rome, Roma, 1984.

⁴³ bkz. SAYIN, Yiğit B., *Roma'da Kadının Adı: Pagan Roma Kadını üzerine Düşünceler ve Tespitler*, *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, Cilt I, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 35-37.

⁴⁴ *Capitis deminutio maxima*, *status libertatis*'in (özgürlük durumunun) kaybedilmesidir. *Capitis deminutio maxima* 'ya uğrayan kişi diğer *status*'leri de (*status civitatis* ve *status familia*) kaybetmekte ve köle durumuna düşmektedir; bkz. UMUR, Roma Hukuku Lugatı.: - *capitis deminutio* s. 32.

⁴⁵ Gai. 1. 1. 160: "... quibus *in vitis et denuntiantibus cum servis eorum coierint*".

da onunla ilişkiye girmiş olan özgür kadının 'köle' haline gelme cezasına çarptırılacağını ve doğacak çocuğun da köle sayılacağını; buna karşın özgür kadın ile ilişkide bulunduğu kölenin efendisi arasında bir anlaşma bulunması halinde kadının *ex facto* olarak özgür kalacağını ama çocuğunun köle olarak doğacağını söylemektedir.⁴⁶ Sonuçta, kadın bir nevi çocuğunun karşılık kendi özgürlüğünü takas edebilmekteydi. *Gaius* ardından *Hadrianus*'un bu 'uygunsuz' (*inelegantia*) ve de 'adaletsiz' (*iniquitate*) hükmü yürürlükten kaldırarak tekrar *ius gentium* ile öngörülen duruma dönüldüğünü ekler.⁴⁷

Görüldüğü üzere *Gaius*'un *sc Claudianum*'a ilişkin olarak söyledikleri ile özellikle *Tacitus*'un aktardıkları arasında ciddi iki fark bulunmaktadır. *Gaius*, kadının köleliğe indirilmesi için ilişkide olduğu kölenin efendisinin bu ilişkiden haberi olması ve kadını uyarması ama kadının bu uyarıya uymamış olması gerekliliğinden bahsederken *Tacitus*, köleliğe indirgenme cezası için efendinin söz konusu ilişkiden haberi olmamasını yeterli görmektedir. *Gaius*, özgür kadın - köle erkek ilişkisinden çocuk olma ihtimalini ve bunun olası hukuki sonuçlarına detaylı olarak değinirken *Tacitus* (ve de *Suetonis*) ise bu olasılıklardan hiç bahsetmemektedir. Bu farklılıkların (ve de özellikle *sc Claudianum*'un yasaklamış olduğu özgür kadın-köle erkek ilişkisinden doğacak çocuğunun hukuki kaderininin düzenlenmemiş olma ihtimalinin) bir sonraki bölümde daha detaylı inceleneceğini burada belirterek şimdi *Suetonis*'a ve de *sc Claudianum*'a -daha doğrusu özgür kadınların başkalarının köleleri ile ilişkilere girmelerini cezalandırdığını söylediği bir *Senatus* kararına- ilişkin verdiği bilgilere dönelim.⁴⁸ *Suetonis*'in ifadeleri mercek altına alındığında *Tacitus* ve *Gaius*'unkilerden önemli bir noktada ayrıldığını ve *Senatus consultum Claudianum*'u İmparator *Claudius*'un devirine (M.S. 41- M.S. 54) değil *Vespasianus*'un devirine (M.S. 69 - M.S. 79) denk getirdiği görülmektedir.

Suet. Vesp. 11

"*Libido atque luxuria coercente nullo invaluerant; auctor senatui fuit discernendi, ut quae se alieno servo iunxisset, ancilla haberetur...*"

"Şehvet (*libido*)⁴⁹ ve aşırılığının (*luxuria*)⁵⁰ zapt edilememesi sonucu *Senatus*yu bir başkasının kölesi ile birliktelik yaşayan kadınların kendilerinin köle olacaklarına dair karar aldırdı...."

Suetonis, *Gaius* ve *Tacitus*'un aksine *sc Claudianum*'un ardında yatan sebebe yönelik ifadelerde de bulunmakta ve 'şehvet' ile aşırılığın zapt edilememesi' nedeniyle *Senatus*'un bir köle ile birliktelik yaşayan kadınları köle haline indirgeyecek bir karar aldığından bahsetmektedir. İdari konulara pek ehemmiyet vermediği bilinen⁵¹ *Suetonis*'in gerek *sc Claudianum*'un ait olduğu tarihi devire gerekse de *sc Claudianum*'un ardında yatan sebebe ilişkin ifadeleri güvenilir olmaktan uzaktır. *Suetonis*'un *sc Claudianum*'dan *Vespianus*'un devirinde çıkarılmış gibi bahsetmesinin sebepleri doktrinde irdelenmiş ve bu bağlamda İmparator *Vespianus*'un kendi devirinde *sc Claudianum*'un hükümlerini pekiştirici bir karar

⁴⁶ Krş. D. 40.12.37; C. 7.16.10. *Gaius*'un iletlediği ihtimalde hür kadın ve kölenin sahibi bir 'anlaşma' yapsalar da anlaşmaya kuvvetini veren ve doğacak çocuğun statüsünü belirleyen *senatus consultum Claudianum*'dur (Gai. I. 1.84).

⁴⁷ Gai. I. 1.84.

⁴⁸ *Suetonis* bahsettiği senato kararının ismini vermemektedir.

⁴⁹ *Libido* için bkz. LEWIS, T. Charlton/SHORT, Charles, A Latin Dictionary, Clarendon Press, Oxford, 1891: -*libido* s. 1060; KABAĞAÇ, Sina/ALOVA, Erdal, Latince-Türkçe Sözlük, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1995: -*libido* s. 344; GLARE,: - *libido*, s. 1129.

⁵⁰ *Luxuria* için bkz. LEWIS/SHORT,: - *luxuria* s. 1088; KABAĞAÇ/ALOVA,: -*luxuria* s. 353; GLARE,: - *luxuria*, s. 1159.

⁵¹ SYME, s. 127.

aldığı, *Suetonis*’in de aslında o karardan bahsediyor olduğu ikna edici şekilde iddia edilmiştir.⁵² Bu iddia kabul edilirse *Suetonis*’in *sc Claudianum*’un ardında yatan sebeplere ilişkin söyledikleri de *Claudius* devrinde çıkarılan asıl *sc Claudianum* için değil, olsa olsa *Vespianus*’un *sc Claudianum*’un hükümlerini pekiştirme ve -muhtemelen- genişletme saiki için geçerli addedilebilir ki bu sonuç eldeki tarihi ve kavramsal örüntü ile de daha uyumludur. Sonuçta ne *Tacitus* ne de *Gaius sc Claudianum*’a ilişkin herhangi bir ‘ahlaki’ dinamikten bahsetmektedirler. Keza, özgür bir kadının bir köle ile -anlık cinsel ilişkisinin değil- ‘birlikteliğinin’ yasaklandığı düşünüldüğünde, özellikle ‘*libido*’nun *sc Claudianum*’un ardında yatan bir sebep olmasının mantıksızlığı da kendisini göstermektedir. Ayrıca özgür bir kadının kendi kölesi ile birlikteliğinin *sc Cladianum*’dan ancak üç asır sonra *Konstantinus* tarafından yasaklandığı⁵³ düşünüldüğünde, sorunun ‘özgür Roma kadının’ bir köle ile kendisini aşagılamaı olmadığı açıkça görülmektedir.

Luxuria ise belirli durumlarda köleler ile ilişkilendirilebilen bir kavramdı⁵⁴ ama burada da *Suetonis*’in ‘*luxuria*’ ile neyi kast ettiğini anlamak kolay değildir; *sc Claudianum*’un amacı ve hedefleri bakımından ‘*libido*’ (şehvet) bir noktaya kadar -doğru olmasa da- kabul edilebilecek bir unsur olarak alınabilirse dahi bir kadının bir başkasının kölesi ile karı-koca hayatı yaşamasının ‘*luxuria*’ ile olan bağlantısı bir soru işareti yaratmaktadır. Bu soru işareti ise aslında bir tenakuzu ifade etmemekte olup, aksine, yukarıda da ifade edildiği üzere, Roma’nın her devrinde görüldüğü üzere yine kadınların ‘iffeti/iffetsizliği’, lüks düşkünlükleri, ihtirasları ve de ‘cinsel aşırılıkları’, bu kez de *Vespianus/Suetonis*’ce, maddi/politik/sosyal kaygıların kisvesi haline getirilmektedir. Kadınlar sadece şehvet sebebi ile değil aynı zamanda artık lüks ve şatafattan ne yapacaklarını şaşırılmış ‘yozlaşmışlar’ olarak da, başkalarının köleleri ile birlikte olabilmekteydiler(!)

2) Fer’i Bilgi Kaynakları

Şimdi *sc Claudianum* üzerine olan -*Gaius*’un *Institutiones*’inin dışındaki- diğer ‘hukuki’ kaynaklardan da kısaca bahsedelim; fakat öncelikle hatırlatılması gerekir ki, ‘hukuki’ kaynaklar olarak nitelendirilebilecek olan bu eserlerin tamamı *sc Claudianum*’ın ihdasından yüzlerce yıl sonraya aittirler ve aslen *sc Claudianum*’un muhtevasının ve hükümlerinin zaman içindeki değişimlerini göstermeleri bakımından kıymetlidirler; *sc Claudianum*’un neşredildiği andaki muhtevası konusunda ise ancak geriye dönük bir analizin ferî unsurları olarak yardımcı olabilirler. Keza, modern Roma hukuku çalışmalarının beslendiği en önemli bilgi kaynaklarından olan *Digesta*; ve de *Iustinianus*’un diğer derleme ve eserleri,⁵⁵ *sc Claudianum*’a ilişkin olarak alışılmamış derecede suskundurlar. Aslında bu sonuç sürpriz değildir, zira *Iustinianus*, *sc Claudianum*’u M.S. 533 yılında⁵⁶ yürürlükten kaldırmıştır⁵⁷ ve haliyle ilga ettiği bir düzenlemenin *Iustinianus*’un kendi müdevvenatında

⁵² SIRKS, s. 142.

⁵³ Cod. Th. 9.9.1.

⁵⁴ Bknz. EDWARDS, Catharine, *Luxury (luxuria)*, Oxford Classical Dictionary. Oxford University Press, 2011.

⁵⁵ *Codex* (M.S. 534) ve de *Institutiones* (M.S. 533).

⁵⁶ MELLUSO, Marco, *La schiavitù nell’età disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris, 2000, s. 47-52.

⁵⁷ I. Ins. 3.12.1: “*Erat et ex Senatus consulto Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio, cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per Senatus consultum amittebat et cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes, et a nostra civitate deleri et non inseri nostris digestis concessimus.*” “Bundan başka, *Senatus consultum Claudianum* mucu-

fazla yer bulamamış olması doğal karşılanmalıdır. Dolayısıyla elimizde başlıca ‘hukuki kaynak’lar olarak *Ulpianus*’a ait olduğu söylenen ‘*Tituli ex corpore Ulpiani*’; *Paulus*’a ait olduğu söylenen ‘*Pauli Libri Quinque Sententiarum ad Filium*’; (her iki eser de tahminen M.S. 3. yüzyıl sonrasına aittir) ve de *Codex Theodosianus* (M.S. 438) kalmaktadır.

Tituli ex corpore Ulpiani isimli eser, *Ulpianus*’a atfedilen ama kimin tarafından, ne zaman yazılmış olduğu halen tartışmalı olan bir toplama eserdir. Bugün, muhtemelen M.S. 3. yüzyılda veya biraz sonrasında, yani post-klasik devirde, bilinmeyen bir hukukçu tarafından yazılmış olduğuna inanılan *Tituli ex corpore Ulpiani* yine de klasik hukuk anlayışını aksettiren bir eser olarak göz önüne alınmaktadır. *Paulus*’un ‘*Pauli Libri Quinque Sententiarum ad Filium*’ (ya da kısaca *Sententiae Pauli*) isimli eserinin yazarının da kim olduğu ihtilaflıdır. Bugün tamamı elimizde olmayan bu eser hakkındaki malumatımız *Digesta*, *Fragmenta Vaticana*, *Collatio* ve de *Consultatio* gibi post-klasik devir eserlerinin içinde parça parça yer alması hasebiyledir.⁵⁸ Modern doktrinde, eserin *Paulus* tarafından yazıldığı ve M.S 3. yüzyılda, bilinmeyen bir kişi tarafından onun muhtelif eserlerinden derlenmiş olduğu genel olarak kabul görmekte olsa da muhalif fikirler de yok değildir. *Sc Claudianum*, ‘*Tituli ex corpore Ulpiani*’nin 11. bölümünün ‘*capitis deminutio*’ bahsinde (Tit. Ulp. 11.10-11) kısaca konu edilmekte iken⁵⁹ *Sententiae Pauli* de ise çok daha detaylı bir şekilde yer almaktadır. *Sententiae Pauli*’nin 2. kitabının 21. bölümü “..başkalarının köleleri ile birleşen/birliktelik kuran kadınlara ve *Senatus consultum Claudianum*”a (*De mulieribus quae se servis alienis iunxerint vel ad Senatus consultum Claudianum*) hasredilmiştir.⁶⁰ *Sententiae Pauli*’nin 2. Kitap, 21. bölümünde *sc Claudianum*’un şartlarına ve hükümlerine ilişkin birçok bilgi yer alsa da bu bilgilerin *sc Claudianum*’un neşredildiği andaki muhtevasını ne dereceye kadar yansıttığı oldukça şüpheli olup, *sc Claudianum*’un boşluklarının yorum ve/veya sonraki imparatorlarca vaz edilen tadil/ekleme/kaldırma faaliyetleri ile desteklenmesini göstermek bakımından yardımcı olabilirler.

Son olarak *Codex Theodosianus*’a bakalım. *Codex Theodosianus*, aslen Hristiyan imparatorların emirnamelerinin (*constitutiones/leges*) bir derlemesi olarak tarif edilebilir.⁶¹ *Codex Theodosianus*, 16 kitaptan müteşekkil olarak önce belirli konulara (*titulus*) ayrılmış ardından da her konuya giren alakalı emirnameler (*constitutia* veya *lex*) tarihlerine göre

bince, bayağı bir külli halefiyet yolu vardı; hür bir kadın bir köle ile devamlı cinsi münasebet haline düştüğü takdirde, bu *Senatus consultum* ile hürriyetini ve hürriyeti ile beraber mamelikini kaybetmekte idi: böyle bir şeyi zamanımız için uygunsuz ve devletimizden tardedilmeğe layık bulunduğu müzdan, bunun *Digesta* kitaplarımızda yer almasına müsaade etmedik.” (Iustinianus *Institutiones* (çev.) Ziya Umur, s. 239); ayrıca bknz. C. 7.24.

⁵⁸ SCHWARZ, s. 244. Bunun yanı sıra söz konusu eserin yaklaşık altıda birlik bir kısmı da *lex Romano Visigothorum*’un hülâsasında yer almaktadır

⁵⁹ Ulp. Tit. 11.10-11: “*Capitis minutionis species sunt tres: maxima, media, minima. Maxima capitis diminutio est, per quam et civitas et libertas amittitur, veluti cum incensus aliquis venierit, aut quod mulier alieno servo se iunxerit denuntiante domino et ancilla facta fuerit ex Senatus consulto Claudiano.*”

⁶⁰ *Sc Claudianum*, *Sententiae Pauli*’nin 4. Kitap 10. bölümünde de kadının mirasçılığına ilişkin bahis konusu edilmektedir.

⁶¹ Doğu Roma imparatoru II. *Theodosius*, M.S. 429 yılında, *Constantinus* devirinden itibaren çıkarılmış olan tüm emirnameleri/kanunları (*leges*) derlemeleri amacıyla bir komisyon oluşturmuştur. Söz konusu komisyonun Roma, *Constantinopolis* ve de Ravenna’daki imparatorluk arşivlerinden yararlanarak oluşturdukları derleme, M.S. 438 yılında ilan edilerek, 1 Ocak 439 yılı itibarıyla tüm Roma imparatorluğunda yürürlüğe girmiştir; bu hususa ilişkin bknz. HONORE, Tony, *Law in the Crisis of Empire 379-455 AD: The Theodosian Dynasty and its Quaestors*, Oxford University Press, New York, 1998, s. 97-98.

sıralanarak konuların altına eklenmiştir. *Codex Theodosianus*’un 4. kitabının 12. konusu *Senatus consultum Claudianum* (*Ad Senatus consultum Claudianum*) olup, *sc Claudianum*’a ilişkin toplamda 7 imparatorluk emirnamesini ihtiva etmektedir.⁶² Buna karşın belirtmek gerekir ki; aynı başlık altında -ve kronolojik bir sırada- yer alan emirnameler belirli bir duruma özgü tasarlanmış, özel nitelikte imparator emirleridir; yoksa *Senatus consultum Claudianum*’un uygulanmasına yönelik tutarlı ve sistemli bir inkişafı işaret eden düzenli bir yasama faaliyetini yansıtmamaktadırlar.⁶³

C) *Senatus Consultum Claudianum*’un neşredilmesi ve neşir tarihi

Sc Claudianum, İmparator *Claudius*’un hazineden sorumlu olan Yunanlı azatlı *Marcus Antonius Pallas*⁶⁴ tarafından hazırlanmış ve *Senatus*’a sunulmuştur. Müeyyidesi köle ya da azatlı hale indirgenme olan bir *Senatus consultum*’un mimarının bir azatlı olması ilk bakışta ilginç görünebilse de *Claudius*’un hükümdarlığı özelinde sürpriz değildir. Şöyle ki; İmparator *Claudius*, amcasının oğlu *Caligula*’nın suikastı sonrası oluşan kaostan *praetorian* muhafızları tarafından *princeps* ilan edilerek çıkmış olup,⁶⁵ bu bağlamda da iktidarının meşruiyeti daha en başından itibaren *Senatus* tarafından sorgulanmaya açık idi.⁶⁶ Muhtemelen *Senatus* ile arasındaki bu gerginlik; ve de *Principatus* Roma’sının giderek genişleyen sınırlarının getirdiği yönetim problemleri sebebiyle *Claudius* aslen ‘kendi adamlarına’ güvenmiş ve yaklaşık 13 yıl süren hükümdarlığına ‘azatlıları’ damga vurmuştur.⁶⁷

Princeps’in kendi köle ve azatlılarına yönetiminde yer verme pratiği *Claudius* ile başlamamış olsa da onun devirinde söz konusu temayül adeta devlet politikası haline gelmiştir.⁶⁸ Hazineden sorumlu (*rationibus*) *Pallas* dışında; *Claudius*’un eski kölesi *Narcissus* iletişimden (*praepositus ab epistulis*), *Callistus* hukuktan (*libellis*)⁶⁹ ve *Polybius* da diğer

⁶² *Constantinus*’un 1 Nisan 314; 28 Ocak 318,320 ve de 6 Ekim 331 tarihli 4 adet emirnamesi – *Julianus*’un 6 Aralık 362 tarihli emirnamesi – *Valentianus*, *Valen* ve de *Gratianus*’un 4 Nisan 366 tarihli emirnamesi ve de *Arcaidus* ile *Honorius*’un 7 Mart 398 tarihli emirnamesi; *Constantinus*’un emirnameleri için bkz. Cod. Th. 4.12.1-5; *Julianus*’un emirnamesi için bkz Cod. Th. 4.12.2; *Valentinus*, *Valen* ve de *Gradianus*’un emirnamesi için bkz. Cod. Th.4.12.6.

⁶³ Bu hususa ilişkin bkz. HARPER, *SC Claudianum*, s. 610-638.

⁶⁴ *Pallas*, *Claudius*’un yanında kendisine yer bulmadan evvel *Claudius*’un annesi ve *Marcus Antonius*’un kızı *Antonia Minor*’un bir kölesi olup Roma geleneklerinin öngördüğü üzere azat edildiği zaman ‘babasının (*pater*)’ ismini almıştır: *Marcus Antonius Pallas*. Ardından *Antonia* genç yaşında ölünce *Pallas*, *Antonia*’nın oğlu *Claudius*’un *client*’i olmuştur; bkz. SMITH, William, A Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology, Cilt 3, John Murray, Londra, 1880; -*pallas*, s. 100-101.

⁶⁵ *Claudius*’un *princeps* ilanını takiben bastırıldığı sikkelerin üzerinde yer alan *praetorian* karargahının resmi ve ‘*imper. recep*’ (*imperatore recepto*: ‘imparatorluğu borçlu olduğu’) ibaresi için bkz. Dictionary of Roman Coins, George Bell & Sons, Londra, 1899.; -*Imperatore Recepto*, s. 477.

⁶⁶ *Claudius*, askerler tarafından İmparator ilan edilen ilk isimdir.

⁶⁷ *Claudius*’un azatlılarına ve kadınlara fazla güvenerek adeta onların hizmetkârı haline gelmesine dair eleştiriler için bkz. Suet. Claud. 28-29.1; Tac. Ann. 12.58, 12.52.3. Buna karşın modern doktrin *Claudius*’a çok daha olumlu bir göz ile bakmaktadır; bkz. MOMIGLIANO, Arnaldo, *Claudius*; the Emperor and His Achievement, (çev.) Hogarth W. D., Clarendon Press, Oxford, 1934; LEVICK, B.M., *Claudius*, Yale University Press, New Haven, 1990; ALSTON, Richard, *Aspects of Roman History AD 14-117*, Routledge, New York, 1998; s. 77 vd.; OSGOOD, Josiah, *Claudius Caesar: Image and Power in the Early Roman Empire*, Cambridge University Press, 2011.

⁶⁸ ROSTOVITZ, Michael: *The Social Economic History of the Roman Empire*, 2. basım, Clarendon Press, Oxford, 1957, s. 81.

⁶⁹ Daha doğru bir ifade ile, dilekçe ve başvurulardan sorumlu.

işlerden sorumlu (*a studiis*) azatlılar olarak İmparator'a en yakın yüksek memurlarlardı.⁷⁰ Bu eski-köleler İmparator adına konuşma hak ve yetkisini de haiz görünmektedirler; örneğin *Narcissus*'un Britanya'nın işgali öncesinde *Claudius*'un adına askerlere hitap ettiği bilinmektedir.⁷¹ Burada şu hususu belirtmekte fayda var: Her ne kadar *Claudius*'un hükümdarlığı süresince *Claudius* ve *Senatus* arasında bir gerginlik mevcut olsa da *Claudius*'un *Senatus*'u zayıflatmak ya da geri planda bırakmak gibi bir amacı olduğu görünmemektedir. Aksine *Senatus*'a saygılı yaklaşmış, adetlerini benimsemiş ve müzakere geleneğini teşvik ederek onu daha etkin bir organ haline getirmeye çalışmıştır.⁷² Ayrıca *Augustus* devirinden itibaren ilk kez *Senatus*'un kendi bronz sikkesini basmasına izin vermiş, Makedonya ile *Achea* kolonilerini tekrar *Senatus*'un hakimiyetine bırakmıştır.⁷³ Buna karşın *Claudius*, *Senatus*'u hiçbir zaman tam olarak yanına çekememiş⁷⁴ ve bu devam eden gerginliğin sonucunda da bir taraftan *Senatus*'un etkinliğini azaltırken, diğer taraftan yönetimdeki azatlıların sayısını ve yetkilerini arttırmış görünmektedir.

Senatus consultum Claudianum'un neşir tarihi doktrinde genel olarak M.S. 52 olarak kabul edilmektedir.⁷⁵ Tarihi M.S. 54 şeklinde gören az sayıda yazar⁷⁶ olsa da sonuçta *sc Claudianum*'un *Claudius* devirinin (M.S. 41 – M. S. 54) sonlarında neşredildiği üzerine bir şüphe bulunmamaktadır.⁷⁷ *Sc Claudianum*'un ait olduğu tarihi devir önemlidir; zira yukarıda da belirtildiği üzere *Claudius*, *Senatus* ile arasındaki daimi gerginlik sebebiyle iktidarı boyunca giderek azatlılarının yetkilerini artırarak, onların yönetimdeki etkilerini *Senatus*'un aleyhine olarak kuvvetlendirmişti ve *Senatus consultum Claudianum* da böyle bir politik iklim altında neşredilmişti. İmparator'un hazineden sorumlu azatlısı *Pallas*, özgür kadınların başkalarının köleleri ile birliktelikler yaşamaları karşısında efendilerin -ki burada efendiler kategorisine özel kişiler yanında Roma devleti ve İmparator'un kendisi de dahildirler- hak ve menfaatlerini gözetecek bir düzenleme tasarlamış ve ardından bu düzenlemeyi *Claudius*'a iletmıştir. Statü karışıkları ve toplumsal hiyerarşi konusundaki hassasiyeti ile bilinen *Claudius*,⁷⁸ söz konusu düzenlemeyi onaylayarak *Senatus*'a sunmuş; *Senatus* da *Pallas*'ın bu düzenlemesini müzakere etmeden olduğu gibi kabul etmiştir. Ardından *Senatus consultum Claudianum*'un hükümleri bir *magistra* beyannamesine gerek duymaksızın yürürlüğe girmiş⁷⁹ ve böylelikle de Roma'da özgür kadınların başkalarının köleleri ile birliktelikleri,

⁷⁰ *Claudius*'un öne çıkan diğer azatlıları olarak; hadım *Posides*, *Pallas*'ın kardeşi olan Kudüs valisi *Felix* ve de oyunların düzenleyicisi *Harpocras* sayılabilir (Suet. Claud. 28.1).

⁷¹ Tac. Ann. 12. 65; Seneca Ad Polybium.

⁷² bkz. Bruns, s. 195-198.

⁷³ Cass. Dio, 60. 24.1; Suet. Claud. 25.3; LEVICK, B.M., Antiquarian or Revolutionary? *Claudius Caesar's* Conception of His Principate, *The American Journal of Philology*, Cilt 99, Sayı 1, 1978, s. 92.

⁷⁴ *Claudius*'un hükümdarlığı sırasında kendisine karşı yapılan çok sayıda komplo ve suikast girişimlerinin gösterdiği üzere; bkz. Suet. Claud. 29, 36-37; Tac. Ann. 11.

⁷⁵ MOMMSEN, Theodor, *Römische Strafrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1899, s. 854.; BUCKLAND, Law of Slavery, s. 401 412; HOETNIK, s. 153.; WEAVER, *Gaius* 1.84, s. 138.; CROOK, s. 7.

⁷⁶ KASER, *Römische Privatrecht* I, 1971, s. 289.; WIELING, Hans, *Die Begründung des Sklavenstatus nach ius gentium und ius civile*, Stuttgart, 1999, s. 20; POLAY, s. 30.

⁷⁷ Bir evvelki bölümde de altı çizilmiş olduğu üzere *Suetonis*, *Vespasian* devirinde 'başkalarının köleleri ile birlikteliklere giren özgür kadınlara köle olma cezası' öngören bir senato kararından bahsetse de söz konusu senato kararı 'asıl' *sc Claudianum* değildir; *sc Claudianum*'un bir tadili/düzenlemesidir.

⁷⁸ Örneğin bkz. D. 37.11.5; Joseph. Ant. Id. 5.3; Suet. Claud. 25.3; ayrıca bkz. *Tabula clesiana*, CIL V.5050.

⁷⁹ Ne *Gaius* ne de *Ulpianus* herhangi bir *magistra* beyannamesiden veya *praetor* emrinden bahsetmektedirler.

Claudius devirinin sonlarından itibaren, kölelerin efendilerinin hak ve menfaatlerini odak alacak şekilde düzenlenmiştir.

II- SC CLAUDIANUM’UN MUHTEVASI VE HUKUKİ MAHİYETİ

A) *Senatus Consultum Claudianum*’un Uygulama Alanı

Görüldüğü üzere elimizdeki kaynaklar *sc Claudianum*’un ‘uygulama alanı’ hakkında net bir çıkarıma imkan veriyor olsalar da *sc Claudianum*’un hukuki sonuçları konusunda aynı derecede sarih değildiler. Şimdi önce *sc Claudianum*’un uygulama alanını, ardından da hukuki sonuçlarını inceleyerek, *sc Claudianum*’un ilk neşredildiği andaki muhtevasını yani orijinal metninde yer alan hükümlerini ortaya çıkarmaya çalışalım.

Sc Claudianum’un hükümleri, ‘başkalarının köleleri’ ile ‘birliktelikler yaşayan’ ‘özgür kadınlar’ bakımından geçerliydi; bu bağlamda örneğin, bir özgür kadının başkasının kölesi ile gecelik ilişki yaşaması; köle bir kadın ile köle bir erkeğin birliktelik yaşaması; özgür bir kadının kendi kölesi ile birliktelik ve/veya gecelik ilişki yaşaması gibi olasılıklarda *sc Claudianum* hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı sonucuna varılmaktadır. *Sc Claudianum*’un uygulama alanı: Romalı özgür bir kadının başkasının kölesi ile birliktelik yaşadığı durumlardı, dolayısıyla *sc Claudianum*’un hüküm göstermesi için gereken unsurlar: ‘özgür kadın’ (*mulier libera*) – ‘başkasının kölesi’ (*servus aliena*) - ‘birliktelik’ (*contubernium*) olarak belirlenebilir. Şimdi bu üç unsuru tek tek incelemeye geçelim:

1) Özgür Kadın (*Mulier Libera*)

Öncelikle kadın ‘özgür’ olmalıydı ya da en azından ‘köle olmamalıydı’; burada akla ilk olarak kadının azatlı olmasının önemi olup olmayacağı sorusu gelebilir. Başkasının kölesi ile birliktelik yaşayan kadının *ingenua libera* değil *libertina* olması halinde yine de *sc Claudianum* kendisine uygulama alanı bulacak mıdır? Bu sorunun cevabı olumlu olmalıdır. Teknik bir taraftan bakılırsa, azatlı kadın (*libertina*) zaten hukuken özgürdür (*libera*); yani özgür kategorisinin altında mütalaa edilmektedir, dolayısıyla özgür kategorisi -istisna belirtilmediği sürece- azatlıları da kapsamaktadır. *Sc Claudianum*’un ardındaki olası amaçların efendilerin hak ve menfaatlerini gözetmeyi hedeflediğini düşünülürse, bir kimsenin kölesi ile ilişkiye giren kadının özgür ya da azatlı olmasının söz konusu hedefler açısından pek bir farkı bulunmamaktadır. Kadının, ister özgür isterse azatlı olsun, efendinin maddi menfaatleri bakımından oluşturduğu tehdit çok farklı değildir.⁸⁰ Keza bu ilişkiden bir çocuk doğması olasılığında da efendi açısından sonuçların menfiliği çok ayırtmamaktadır. Her iki durumda da köle ‘özgür’ doğmuş bir çocuğun babası olarak efendiye daimi bir tedirginlik yaratacak ve bunun sonucunda da efendinin kölesi üzerindeki hakimiyetinde istenmeyen bir külfet meydana gelecektir. Son olarak hatırlatmak gerekir ki, azatlı bir kadının başkasının kölesi ile birlikteliği bakımından kölenin efendisi yanı sıra azatlı kadının *patronus*’unun haklarını da göz önüne almak gerekir. Bu bağlamda, azatlı bir kadın şayet *patronus*’unun izni olmadan başkasının kölesi ile birliktelik içine girerse, ilişkide olduğu kölenin efendisinin kölesi haline gelmezdi. Kendi *patronus*’unun kölesi haline indirgenmekteydi. Ayrıca kendisine bir ceza nevi’nden ‘azat sonrası *ipso iure* Roma vatandaşlığı’ kapısı kapanmaktaydı.⁸¹ *Patro-*

⁸⁰ Bu tehdidin çok ciddi olmadığına dair bkz. bölüm III A.

⁸¹ Satılması durumunda yeni sahibince azat edilme imkanı olabilirdi; bkz. Paul. Sent. 2.21.7.

nus'un ilişkiye bilgisi ve onayı olması durumunda ise karışık bir durum yoktur; kadının statüsü ilişkide olduğu kölenin efendisinin iradesine bağlı olarak belirlenir.⁸²

Sc Claudianum'un ilerleyen devirler bakımından özgür, azatlı, Romalı tüm kadınlar (*mulieres liberae*)⁸³ için geçerli olduğuna dair ihtilaf yoktur;⁸⁴ keza, M.S. 52/54'de neşredildiği anda farklı bir hüküm içerdiğine dair bir bilgi de yoktur. Buna karşın, *sc Claudianum*'un orijinal metninde sadece özgür (*libera*) ifadesinin kullanılmış olduğu ve bu ifadenin 'köle olmayan tüm kadınları' kast ettiği de iddia edilebilir. *Sc Claudianum*'un neşredildiği tarihten başlayarak 'köle olmayan tüm Romalı kadınlar' için geçerli olması beklenir; aksi takdirde kararın uygulanma alanı ve bu bağlamda da efendilerin hak ve menfaatlerinin korunması hedefi oldukça kısıtlanmaktadır. Kadının, özgürlük durumundan bağımsız olarak, 'yabancı' olmasının ise bir önemi haiz olduğu görülüyor. *Gaius*'un ifadelerinden⁸⁵ *sc Claudianum*'un sadece Roma vatandaşı olan (*cives Romani*) kadınları kapsadığı düşünülürse de sonraki devir kaynakları vatandaş olmayan belirli kategori kadınları da (örneğin Latin) *sc Claudianum*'un uygulama alanı içinde mütalaa etmektedirler.⁸⁶ Yabancı kadınların⁸⁷ *sc Claudianum* karşısındaki kaderi ise çok kesin görünmüyor. Roma ile *ius civile* odaklı hukuki bağı olmayan özgür -ama yabancı- bir kadının bir Roma vatandaşının kölesi ile ilişki yaşamasının herhangi bir hukuki sonucu olamayacağından⁸⁸ yola çıkarak böyle bir ihtimalin *sc Claudianum* tarafından düzenlenememiş olması uzak bir ihtimal olarak görünmemektedir.⁸⁹

2) Başkasının Kölesi (*Servus Alienus*)

Özgür (köle olmayan) kadının, başkasının kölesi (*servus alienus*) ile birliktelik yaşaması gerekmektedir. Burada ilk altı çizilmesi gereken; kadının ilişkide olduğu kölenin 'başkasının kölesi' (*servus alienus*) olması gerektiğidir. Burada 'başkasının kölesi'nin efendisi özel bir kişi olabileceği gibi *municipum* (*servi municipia*), Roma devleti (*servi publici/servi fisci*) veyahut İmparator (*Familia Caesaris*) da olabilir. Nitekim *sc Clau-*

⁸² Paul. Sent. 2.21a.6. *Patronus* kadın (*patrona*) ise vasisinin *auctoritas*'ı olmaksızın onay veremezdi (Ulp. Tit. 11.27).

⁸³ bknz. Cod. Th. 4.12.1,5,7; I Ins. 3.12.1; C. 7.24.

⁸⁴ Örneğin bknz. Paul. Sent. 2.21.a.2.

⁸⁵ Gai. I. 1. 84,9,160; ayrıca bknz. Ulp. Tit. 11.11.

⁸⁶ Paul. Sent. 2.21a.1.

⁸⁷ Burada 'yabancı' kadın' ile öncelikle '*peregrinus*', '*deditii*' ve de barbar olarak kabul edilen kadınlar kastedilmektedir.

⁸⁸ Romalı kadından doğan çocuk Romalı olurdu; yabancı bir kadından doğacak çocuk ise -babası Roma vatandaşı olsa dahi- *ius civile*'nin tanıdığı 'evlilik' dışında doğmuş olmakla, Romalı değil yabancı addedilmektedir; bknz. Gai. I. 1.77, 78, 82; Ulp. Tit. 5.8.9. Yabancı bir kadının, bir köle ile Roma hukuku kapsamında geçerli bir 'evlilik' içine girebilmesine imkan yoktur; bknz. Gai. I. 55; Ulp. Tit. 5.5. Dolayısıyla, yabancı kadınlar Romalı efendiler için özel bir 'mali tehdit' oluşturmamaktaydılar. Örneğin, yabancı bir kadının köle ile birlikteliği sonucu bir çocuk dünyaya gelmiş ve çocuğun babası köle, ardından bir şekilde özgürlüğüne kavuşmuş olsa dahi, sonuçta çocuğu ile arasında doğrudan bir bağ olamazdı; zira kendisi azat ile Roma vatandaşı (*cives Romana*) olurken çocuğu yabancı (*peregrinus*) kalmaktadır; azat ve hukuk sonuçları için bknz. SAYIN, Yiğit, Roma'da Köle ve Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 563-579.

⁸⁹ Sonuçta, *ius civile* tarafından 'evlilik' olarak kabul edilmeyen ilişkilerden doğan çocukların yurttaşlık durumu annelerinin durumuna göre belirlenmekteydi; bknz. ÇELEBİCAN, Karadeniz Özcan, Roma Hukuku: Tarihi - Kaynaklar - Genel Kavramlar - Kişiler Hukuku - Hakların Korunması, 17. bası, Turhan, Ankara, 2014, s. 149. Yabancı bir kadın ile köleden doğacak çocuğun babasının efendisini rahatsız edecek bir hak iddiası bulunamazdı.

dinaum'un, ilerleyen devirlerde, bu durumdaki köleler ile birliktelik yaşayan kadınlara ilişkin olarak ana kuraldan farklı sonuçlar öngördüğü görülmektedir.⁹⁰

Kadının kendi kölesi ile ilişki yaşaması, evvelki bölümde de belirtildiği üzere *sc Claudianum*'un uygulama alanına girmemektedir. Kadın, kendisinin veya hakimiyeti altında bulunduğu bir erkeğin değil, tamamıyla yabancı birinin kölesi ile ilişki içinde olmalıydı. Örneğin, kadının *potestas*'ı altında olduğu babasının kölesi ile birliktelik yaşaması *sc Claudianum*'un uygulama alanında değildi. Buna karşın, kadının evlenerek kocasının *manus*'u altına girmiş olduğunu ve de kocasının kölesi ile fiili bir birliktelik içinde olma olasılığını düşündüğümüzde söz konusu vakanın çözümü aynı derece kolay olmayabilir. Evli kadının kocasından başka bir erkekle birlikteliği zaten 70 küsur yıl evvel *Augustus*'un çıkarmış olduğu *lex Iulia de adulteriis coercendis* (M.Ö. 18) ile yasaklanmıştı⁹¹ ve şikayet hakkını kullanmayan kocayı da *lenocinium* (muhabbet tellallığı) suçu sebebi ile cezalandıracak kadar sert tedbir ve cezalar içermekteydi.⁹²

Dolayısıyla *manus* altında olan bir kadının kocasına ait bir köle ile ilişkide olması durumunda mesele *sc Claudianum* hükümlerinin uygulanmasına kalmazdı; *lex adulteriis*'in müeyyideleri öncelik alırdı. Burada kadının *manus* altında olup olmamasının da bir önemi de yoktur; *manus*'suz (*sine manus*) bir ilişkide olan evli kadın da kocasını bir başkasının kölesi ile aldatırsa, haliyle o da aynı kanunun müeyyidelerine tabii olacaktır.⁹³ Burada belirtilmesi gerekir ki; *lex Iulia de adulteriis*'in hedefi 'zina'nın erkek tarafı değil kadın tarafıdır ve de bu bağlamda da zina olarak nitelendirilecek ilişkilerin cezalandırılması bakımından kadının statüsü erkeğin statüsüne nazaran çok daha önemlidir.⁹⁴ Mamafih, kadının zina yaptığı erkeğin 'köle' olması ihtimali bu gerçeğe bir istisna oluşturmaktaydı. Şöyle ki; *Lex Iulia de adulteriis* ve *Augustus*'un diğer evlilik/cinsellik kanunları⁹⁵ aslında *familia*'ların (ailelerin) ve de özellikle *pater familias*'ların (aile babalarının) gücünü kırmak adına *Augustus*'un devleti -ve kudretini- yatak odasına kadar sokması anlamına gelmekte⁹⁶ ve bu bakımdan da aile mahkemelerinin (*iudicia domesticum*) yetkileri ile birlikte babaların ve kocaların zina yapan kadınlar üzerindeki ölüm-dirim hakkını (*ius occidendi*)⁹⁷ kısıtlama

⁹⁰ Bu hususa ilişkin bkzn. bölüm III B.

⁹¹ *Lex Iulia de adulteriis*'in klasik hukuk boyunca yürürlükte olduğuna dair bkzn. KUNKEL, Wolfgang, Kleine Schriften: Zum Römischen Strafverjahren und zur Römischen Verfassungsgeschichte, Böhlau, 1974, s. 74; K.G. için bkzn. GARNSEY, Peter, Adultery Trials and the Survival of the Quaestiones in the Severan Age, The Journal of Roman Studies, Cilt 57, Sayı 1-2, 1967, s. 56-60.

⁹² MOMMSEN, Strafrecht, s. 700-701; ayrıca bkzn. D. 48.5.2.6.

⁹³ Evli bir kadının başkasının kölesi ile birliktelik yaşıyor olma ihtimalinin oldukça düşük olabileceği düşünülse de özellikle *sine manus* olan evlilikler bakımından imkansız olmasa gerek.

⁹⁴ Özgür bir kadının kocasından başkası ile olan ilişkisi zina iken özgür bir erkeğin karısından başka bir kadınla ilişkisi, ancak o kadının da evli olması durumunda *lex Iulia de adulteriis* tarafından zina kabul edilmekteydi. Evli erkeğin 'ilişki yaşanılmasına hukuken cevaz verilmiş olan' kadınlarla (örneğin köleler, fahişeler, zina suçundan daha evvel mahkum olmuşlar, Romalı ile evlenmesine izin olmayan yabancılar ve de muhabbet tellalı kadınlar) birlikteliğinde bir sorun görülmemekteydi; bu konuya ilişkin bkzn. MCGINN, A.J. Thomas, Roman Prostitutes and Marginalization, The Oxford Handbook of Social Relations in the Roman World (ed.) Michael Peachin, Oxford, 2011, s. 646-647; CSILLAG, Pal, The Augustan Laws on Family Relations, Akademiai Kiado, Budapeste, 1976, s. 20 vd.; THOMAS, J. A. C., Textbook of Roman Law, North-Holland Pub. Co, Amsterdam, 1976, s. 419-431.

⁹⁵ *Leges Juliae: Lex Iulia de maritandis ordinibus* (M.Ö. 18); *Lex Papia Poppaea* (M.S. 9).

⁹⁶ TAMER Diler, Augustus Çağında Cinsel Suçlar: *Lex iulia de adulteriis coercendis*, Homer, İstanbul, 2007, s. 12.

⁹⁷ Bkzn. TAMER, s. 139 vd.

amacını gütmekteydiler. Eski hukukun baba ve kocaya tanıdığı olduğu ‘zina yapan kadını ve aşığını neredeyse sorgusuz olarak anında öldürme hakkı’, *Augustus*’un düzenlemeleri ile birlikte sınırlanarak belirli şartlara bağlamıştır. Zina yapan kadını -ve de aşığını- öldürme hakkı sadece, belirli koşullar altında, babaya tanınmakta iken koca ise karısına dokunamazdı; karısının zinada bulunduğu erkeği ancak ‘bir köle’ veya aileden birisinin azatlısı olması durumunda öldürme hakkına sahipti.⁹⁸ Görüldüğü üzere *lex Iulia de adulteriis*’in yürürlükte olduğu bir düzende evli bir kadının köle ile ilişkisinin *lex Iulia de adulteriis*’ce öngörülen sonuçları *sc Claudianum*’a bir söz hakkı bırakmamaktaydı.

Kadının kendi oğlunun kölesi ile birliktelik yaşaması durumunda ise anneliğe saygıdan dolayı *sc Claudianum* uygulama alanı bulamamaktaydı.⁹⁹ Aynı şekilde kadının kendi azatlısının kölesi ile birlikteliği halinde de benzer bir mantık¹⁰⁰ *sc Claudianum*’un hüküm doğurmasını engellemektedir.¹⁰¹ Kadının kendi oğlunun ya da azatlısının kölesi ile ilişkisinin *sc Claudianum*’un orijinal metninde düzenlenip düzenlenmediği konusunda kesin bir çıkarımda bulunamamak da *sc Claudianum*’un ardındaki muhtemelen *ratio*’lar düşünüldüğünde özgür bir kadının kendi azatlısının veya oğlunun (ya da *pater*’inin) kölesi ile fiili birliktelik yaşamasının engellenmesi beklenemezdi. Sonuçta ‘başkasının kölesi’ ifadesinin altındaki mantık özellikle kölenin efendisinin ‘mali ve manevi haklarında’¹⁰² menfi bir sonucu engellemeye yönelik olup, bu tehdidin mevcut olmadığı söz konusu ilişkilerin *sc Claudianum*’un kapsamına girmesi de anlamsız olurdu. Keza, basit bir lafzı yorum dahi ‘başkasının kölesi’ ifadesinin kadının *pater*’inin, kendi oğlunun ya da azatlısının kölesini içermediği sonucuna götürecektir; dolayısıyla bu hususa ilişkin *sc Claudianum*’da herhangi bir hükmün yer alması olduğu kuvvetle muhtemeldir. Son olarak kadının azatlı olması ve kendi *patronus*’unun bir kölesi ile birliktelik yaşama ihtimalini inceleyelim. Tahmin edileceği üzere, azatlı kadının kendi *patronus*’unun kölesi ile birlikteliği *sc Claudianum* tarafından özel olarak düzenlenmemiş ve -muhtemelen hukuki yorum sonucunda- böyle bir birlikteliğin kadının ‘azatlı’ statüsünde bir değişikliğe yol açmayacağı sonucuna varılmıştır. Azatlı kadın, “*patronus*’unun evinden ayrılma isteğinin olmadığı kabulü” sonucunda statüsünü muhafaza edebilmekteydi.¹⁰³ Böylelikle de efendi, bilgisi olduğu bu fiili birlikteliğin kendi *domus*’u altında devam etmesine hukuken cevaz vermiş olmaktadır.

3) Birliktelik (*Contubernium*)

Sc Claudianum’un uygulama alanı bulması için gereken son unsur, özgür Romalı kadın ile kölenin arasındaki ilişkinin niteliğine ilişkindir. Bu bağlamda *sc Claudianum*’un belki de en ‘ilginç’ özelliği ortaya çıkmaktadır: engellenmesi amaçlanan özgür kadınların köleler ile olan cinsel ilişkileri değil birliktelikleridir (*contubernium*). Nitekim *sc Claudianum* üzerine olan kaynakların kullandığı dil, hedeflenen münasebetin kadın ile köle arasındaki anlık cinsel ilişkinin olmadığını açık şekilde göstermektedir. Söz konusu münasebet *Tacitus* tarafından ‘*coniungerentur: coniungo*’, *Seutonius*’ce ise ‘*iunxisset: iungo*’ olarak betimlenirken, *Gaius* da ilişkiyi tanımlamak için ‘*coierint: coeo*’ fiilini kullanmaktadır. Aynı şekilde, M.S. 3-4. yüzyıla ait olan kaynaklarda da *sc Claudianum*’un müeyyideye tabii

⁹⁸ Ayrıca koca, karısını aşığı ile ilişki halinde yakalamış olmalıydı; bknz. Paul. Sent. 2.26.4.

⁹⁹ Paul. Sent. 2.21a.16.

¹⁰⁰ Paul. Sent. 2.21a.16: “*Si mater servo filii se iunxerit, non tollit Senatus consultum claudianum erubescendam matris etiam in re turpi reverentiam exemplo eius, quae se servo liberti sui coniunxerit.*”

¹⁰¹ Paul. Sent. 2.21.13.

¹⁰² bkzn. bölüm III A.

¹⁰³ Paul. Sent. 2.21a.11.

tuttuğu ilişkiyi işaret etmek için çok benzer bir dil kullanmaktadırlar: ‘coniuixerit/contubernio, perseveraverit¹⁰⁴/iunxerit¹⁰⁵/contubernio coniunxit¹⁰⁶ gibi. Dolayısıyla kesin olarak denebilir ki; *sc Claudianum*’un hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için özgür kadın ile başkasının kölesi arasında ‘con-iungo’, ‘iungo’, ‘coeo’ fiillerinin tanımladığı bir ‘contubernium’ oluşması gerekliydi. Burada ‘con-iungo’, ‘iungo’ ve ‘coeo’; ‘birleşme’ anlamına gelen fiiller olarak aynı zamanda ‘evlilik/birlik’ hedefine yönelik bir tınıyı da haizdirler;¹⁰⁷ keza, ‘coeo’ ve ‘iungo’ doğrudan ‘evlenmek’ anlamında da kullanılmaktadırlar.¹⁰⁸ ‘Contubernium’ ise teknik olarak zaten ‘kölelerin evlilikleri’ için kullanılan bir terimdir ve bu bağlamda da özgür kadın ile kölenin daimi bir ‘fiili birlikteliğine’ işaret eder.¹⁰⁹ Görüldüğü üzere, *sc Claudianum* özgür ile kölenin ilişkisini kategorik olarak yasaklamamakta ve hükümleri ancak özgür Romalı kadının başkasının kölesi ile adeta bir karı-koca hayatı yaşaması durumunda yaşam alanı bulabilmekteydi.

B) Senatus Consultum Claudianum’un Hukuki Sonuçları

Senatus consultum Claudianum’un uygulama alanını: ‘özgür Romalı kadınların başkalarının köleleri ile fiili birliktelikler yaşaması’ olarak tayin ettikten sonra şimdi de *sc Claudianum*’un söz konusu durumda öngördüğü hukuki sonuçları -ve müeyyideleri- inceleyelim. İlk olarak, üzerinde ihtilaf bulunmayan noktadan başlayalım: *Sc Claudianum* neşredildiği andan itibaren ‘özgür bir kadının başkasının kölesi ile birliktelik yaşaması’ halinde iki ana sonuç öngörmekteydi: Köle ile birliktelik yaşayan kadın, kölenin efendisinin bu ilişkiye onay olması haline azatlığa; efendinin ilişkiyi yasaklaması halinde ise köleliğe indirgenmekteydi. Bu sonuçlar üzerine bir tartışma yoktur; soru işareti, özellikle efendinin ilişkiye izni olmaması olasılığına ilişkindir. Bir diğer tartışmalı husus ise, bir evvelki bölümde de bahsedilmiş olduğu üzere, *sc Claudianum*’un özgür kadın ile kölenin ilişkisinden bir çocuk doğması olasılığını düzenleyip düzenlemediğine ilişkindir.

1) Özgür Kadının Durumu ve Denuntiatio gerekliliği

Sc Claudianum’un bir başkasının kölesi ile birliktelik yaşayan kadın için öngördüğü statü değişiklikleri hakkında bilgi sahibi olsak da bu sonuçların nasıl bir usul ile meydana geldiği konusunda aktarılanlar değişiklik göstermektedirler. *Tacitus*, efendinin kölesinin özgür bir kadınla ilişkide olduğundan haberi olmamasından (*ignaro domino*) bahsederken, *Gaius* ise efendinin ilişkiyi yasaklaması ve ardından bu hususun kadına tebliğinden (*denuntiatio*)¹¹⁰ ve kadının uyarıya riayet etmemesinden bahsetmektedir. Bu durumda elimizdeki iki olasılık kalıyor:

¹⁰⁴ Örneğin bkz. Paul. Sent. 2.21.a.1.

¹⁰⁵ Örneğin bkz. Ulp. Tit. 11.11.

¹⁰⁶ Örneğin bkz. Cod. Th. 4.12.1.

¹⁰⁷ *Coeo* için bkz. KABAĞAÇ/ALOVA, -*coe/oe* s. 94; LEWIS/SHORT, - *coeo* s. 358; *iungo* için bkz. KABAĞAÇ/ALOVA, - *iun/go* s. 331; LEWIS/SHORT, - *jungo* s. 1017.

¹⁰⁸ GLARE, - *coeo*, s. 375, - *iungo*, s. 1079-1080.

¹⁰⁹ BERGER, - *contubernium*, s. 415; HEUMANN, Hermann/SECKEL, Emil, *Handlexicon zu den Quellen des Römischen Rechts*, 9. bası, Fischer, Jena, 1926, -*contubernium* s. 106.

¹¹⁰ *Denuntiatio*; uyarı, tehdit; bkz. LEWIS/SHORT, -*denuntiatio*, s. 547; *denuntiare* ise bildirmek, beyan etmek, tehdit etmek ve de uyarmak anlamına gelmektedir; bkz. KABAĞAÇ/ALOVA, *Sözlük*, -*denunti/are* s. 163. *Denuntiare*, hukuki olarak ise ‘tanıklıkta bulunmak’ anlamındadır; bkz. HEUMANN/SECKEL, -*denuntiare*, s. 134; BERGER, - *denuntiare* s. 431.

1- *Sc Claudianum*'un neşredildiği formunda efendiden kadına yönelik herhangi bir uyarı (*denuntiatio*) gerekliliğinin yer almamış olduğu ve bu şartın zaman içinde hukuki yorum (veya *sc Claudianum*'un sonraki imparatorlarca tadili) sonucu ortaya çıkmış olması,¹¹¹

2- *Sc Claudianum*'un orijinal metninde '*denuntiatio*' şartının yer alması ve hukukçu olmayan *Tacitus*'un *Senatus* kararını aktarırken bu 'teknik' detayı göz ardı etmiş olması.

Açıkçası *sc Claudianum*'un orijinal metninde, efendisinden izinsiz olarak köle ile birliktelik yaşayan kadının nasıl köle haline indirgeneceğine dair bir usulden bahsedilmemiş olması uzak bir ihtimal gözükmemektedir. Sonuçta; *sc Claudianum* ile Romalı özgür bir kadın, *Senatus* kararı ile köle haline indirgenebilmekte; ayrıca 'özgürlük' (*libertas*), kişiler arasındaki özel bir anlaşmanın konusu olabilmekteydi. *Sc Claudianum* ile getirilen bu yeni düzen o zamana dek hakim olan Roma'nın '*libertas*' anlayışı ile uyuşmamaktaydı ve bu sebeple de *sc Claudianum*'un öngördüğü 'köleliğe indirgenme' prosedürünün açık bir şekilde düzenlenmiş olması beklenir. Nitekim *denuntiatio* şartına *Gaius*'un *Institutiones*'inin yanı sıra *Sententiae Pauli* ve *Tituli ex corpore Ulpiani*'de de rastlanmaktadır. Ayrıca, *Tertullianus* da *ad uxorem* (M.S. 207) isimli eserinde *sc Claudianum*'a atıfta bulunurken *denuntiatio* terimi kullanmaktadır. '*Denuntiatio* şartı'nın en başından itibaren *sc Claudianum*'un parçası olduğuna dair bir diğer delil ise imparator emirnamelerinden verilebilir. *Julianus*, M.S. 316 yılındaki emirnamesinde '*Senatus consultum Claudianum*'a aykırı' olan tüm düzenlemelerin (*constitutiones*) kaldırıldığını söylerken, 'kadının en aşağı statünün zinciriyle bağlanması için hukukun emrettiği üzere üç kez uyarılmış olması gerektiğini' de eklemektedir.¹¹² *Julianus*'un emirnamesinde kullanılan dil (aykırı olan düzenlemelerin kaldırılması), *sc Claudianum*'un özüne dönüldüğü intibaini vermekte olup, 'üç *denuntiatio*' şartının *sc Claudianum*'un neşriden itibaren mevcut olduğunu düşündürülebilir.

Mamafih, belirtmek gerekir ki; yukarıda yer alan savlar *denuntiatio* şartının *sc Claudianum*'un orijinal metninde yer aldığını kesin olarak kanıtlayamazlar: *Institutiones*, *Sententia Pauli* ve de *Tituli ex corpore Ulpiani*'de '*denuntiatio*' şartından bahsedilmesi, klasik hukukta kadının köleliğe indirgenebilmesi için '*denuntiatio*'nun gerektiğini gösterir; yoksa *sc Claudianum*'un en başından beri bu şartı içerdiğine delil olamaz. '*Denuntiatio*' şartına, *sc Claudianum*'da kadının köleliğe indirgenmesine ilişkin bir usul öngörülmemiş olması -ya da öngörülen usulün beklendiği gibi işlememesi- sonucu yapılan hukuki yorum ile varılmış olunması da aynı derecede olasıdır. Keza, *Julianus*'un M.S. 316 tarihli emirnamesinin de *sc Claudianum*'un ihdasından yaklaşık üç yüzyıl sonraya ait olduğu ve bu üç asırlık süre içerisinde *sc Claudianum*'un hükümlerinin gerek hukuki yorum ile gerekse de emirnameler aracılığıyla müteaddit defalar tadile uğradığı hatırlanmalıdır. Ayrıca, *Julianus*'un emirnamesi ile aslen selefi *Constantinus*'un '*Senatus consultum Claudianum*'a aykırı olan' düzenlemelerini yürürlükten kaldırdığı ve *sc Claudianum*'u M.S. 52'deki haline döndürdüğünü kast etmediği de iddia edilebilir.¹¹³ Görüldüğü üzere; klasik hukukta kölelik müeyyidesi için '*denutiatio*' şartının arandığı konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır, soru; söz konusu şartın

¹¹¹ Bu olasılıkta, özgür bir kadının kölesi ile birliktelik yaşadığı öğrenen efendi herhangi bir uyarıda bulunmadan doğrudan (muhtemelen bir *magistra* kararı aracılığıyla) kadına köle olarak sahip olabilecektir. Kanımca böyle bir usulün pratikte yaratabileceği mahsurlar aşikardır.

¹¹² Cod. Th. 12.4.5: "*Senatusconsultum Claudianum fir(mu)m esse censem omnibus constitutionibus, quae contra id latae (sunt, penitus infirmatis, ut libera mulier, sive procurato(r)i sive actori privato sive alii cuilibet servili condicione (pol)luto fuerit sociata, non aliter libertate amissa nexu con(dic)ionis deterrimae adstringatur, nisi trinis fuerit denun(tia)tionibus ex iure pulsata.*"

¹¹³ Bu hususa ilişkin bkz HARPER, *Sc Claudianum*, s. 634.

sc Claudianum'un metninde yer alıp almadığına ilişkin olup, her iki olasılığı da düşündürecek deliller mevcuttur.

Zaman içinde, efendinin kadına ilişkisini onaylamadığını ve yasakladığını bir kere tebliğ etmesi (*denuntiatio*) yeterli görülmemeye başlandı ve -muhtemelen *Hadrianus* devrinde- kadına 'üç defa *denuntiatio*' yöneltmesi gerekliliği ortaya çıktı.¹¹⁴ *Municipium*'larda ise *denuntiatio* şartının bulunmadığını ve kadınının başka bir usuli prosedüre gerek kalmaksızın köle haline indirildiği görülüyor.¹¹⁵ '*Denuntiatio*', kadının ilişkide bulunduğu kölenin efendisi dışında onun aile evladı, *procurator*'u hatta yetkilendirdiği kölesi tarafından dahi yapılabiliirdi.¹¹⁶ Efendinin kadına yönlendirdiği üçüncü *denuntiatio*'yu takiben, kadın bir *magistra* kararı aracılığıyla efendinin hakimiyetine girmektedir.¹¹⁷

Efendi bir *pupillus*¹¹⁸ ise bu durumda *denuntiatio* hakkı vasisindeydi;¹¹⁹ eğer efendi (*domina*) vesayet altında olan bir kadın (*tutela mulier*) ise kadının kendisi *denuntiatio*'da bulunabilirdi.¹²⁰ Kölenin müşterek bir mülkiyet altında olması durumunda ise şayet tüm müşterek malikler birlikte *denuntiatio*'da bulunurlarsa o halde kadın müşterek bir hakimiyet altına girmekte idi. Müşterek maliklerin birlikte *denuntiatio*'da bulunmadığı hallerde ise ilk kimin *denuntiatio*'da bulunduğu önem kazanmaktaydı.¹²¹ Kadının birliktelik yaşadığı kölenin bir aile evladının *peculium*'una¹²² dahil olması durumunda ise *denuntiatio*'yu yapacak olan aile evladı olurken, kadının hakimiyet altında gireceği kişi ise aile evladı değil onun *pater*'i olmaktaydı.¹²³ Kadının *filiafamilias* olması ve efendinin de *denuntiatio*'da bulunması durumunda ise, kadın *alieni iuris* kaldığı müddetçe özgürlüğünü muhafaza edebilmekteydi,¹²⁴ fakat *sui iuris* olur ve köleyle olan birlikteliğine devam etmekte ısrar ederse köle haline indirgenirdi.¹²⁵ Buna karşın kadın, babasının *iussum*'u altında hareket ediyor yani

¹¹⁴ Üç *denuntiatio*' şartının klasik hukuk kökenli olup, olmadığına dair bkz. ALBANESE, s. 30-39. *Constantinus* M.S. 317 yılındaki emirnamesi ile üç *denuntiatio*'nun yedi tane Romalı şahidin huzurunda yapılması şartı getirmiş, ardından M.S. 331 yılında ise -tahminen özel mülahazalarla- *denuntiatio* şartını kaldırmıştır. En nihayetinde M.S. 362 yılında İmparator *Iulianus* üç *denuntiatio* şartını tekrar tesis etmiştir; bkz. Cod. Th. 4.12.2,4,5. *Gaius* ve *Ulpianus* ise *denuntiatio*'nun üç kere yapılması gerekliliğinden bahsetmemektedirler; bkz. Gai. I. Ulp. Tit.

¹¹⁵ Paul. Sent. 2.21a.4. Kadının, birliktelik yaşadığı kişinin köle olduğunu bilmemesi durumu hariç (Paul. Sent. 2.21.14).

¹¹⁶ Paul. Sent. 2.21a.4

¹¹⁷ *Praetor*'un veya eyaletlerde valinin kararıyla, bkz. Paul. Sent. 2.21a.17. Hakimiyet altına giren kadınının malvarlığının akıbeti konusunda ise sarih bir metin bulunmamaktadır; bkz. BUCKLAND, Law of Slavery, s. 413

¹¹⁸ Henüz bülüğü çağına ulaşmamış, *sui iuris* olduğu için vesayete altında olan erkek; bkz. UMUR, Roma Hukuku Lugati, - *pupillus* s. 174.

¹¹⁹ Paul. Sent. 2.21.a.2.

¹²⁰ Paul. Sent. 2.21a.3; metin açık değildir.

¹²¹ Paul. Sent. 2.21a.15.

¹²² *Peculium*, Aile babasının veya efendinin aile evlatlarına veya kölelerine yönetmek ve işletmek üzere aile mamelekenden ayırarak verdiği mallar veya ekonomik bir değer taşıyan hakların yekunudur (ÇELEBİCAN, Karadeniz Özcan, Roma Hukuku'nda Peculium Müessesesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt 25, Sayı 3, 1968, s. s. 182).

¹²³ Paul. Sent. 2.21a.5. *Pater*'in bu hususta bir bilgisi ya da rızası olmasına gerek yoktur.

¹²⁴ 'Çocukların babalarının durumlarını kötüleştiremeyecekleri' sebebiyle (Paul. Sent. 2.21a.9).

¹²⁵ Paul. Sent. 2.2.21a.18.

babasının emri ya da talimatı altında köleyle birlikteliğe girmiş ise efendinin *denuntiatio*'da bulunmasıyla *-alieni iuris* olmasına karşın- köleliğe indirgenirdi.¹²⁶

Sententia Pauli'den öğrenilen tüm bu teknik/usuli bilgilerin *sc Claudianum*'un zaman içindeki değişimini yansıttığı aşıkardır. Sonuç olarak, *sc Claudianum* uyarınca özgür bir kadının başkasının kölesi ile birlikteliği sebebiyle köle haline indirgenmesinin, en azından klasik hukukta, efendinin kadını uyarması (*denuntiatio*) ve kadının da bu uyarıya riayet etmemesine bağlı olduğu söylenebilir. Bu şartın orjinal metninde yer alıp almadığı konusu ise kesin olmamakla beraber *denuntiatio* şartının en baştan itibaren *sc Claudianum*'un bir parçası olmuş olması hem elimizdeki tarihi hukuki/yasama örüntüsü hem de *sc Claudianum*'un ardında yatan amaçlar ışığında daha mantıklıdır.

2) Çocuk Meselesi

Şimdi *sc Consultum*'un hukuki sonuçlarına ilişkin diğer bir ihtilafli nokta olan 'özgür kadın ile kölenin birlikteliklerinden çocuk doğması' ihtimaline gelelim: Haliyle burada sorulması gereken asıl soru: '*Sc Claudianum*'un özgür kadının başkasının kölesi ile birlikteliğinden doğacak olan çocuğun hukukun akıbetini belirleyerek hüküm altına almış olup olmadığı'dir; mamafih bu soruya kesin bir cevap verilebileceği söylenemez. Keza, *Sc Claudianum* ile birlikte 'çocuk' ihtimali ve sonuçlarından bahseden tek klasik hukukçunun *Gaius* olduğu gerçeği de soruna bir cevap bulmak açısından bize yardımcı olmamaktadır. İlginç olan nokta ise *Gaius*'un *sc Claudianum*'u ağırlıklı olarak 'çocuk' ihtimalleri bağlamında konu etmesidir. Şöyle ki; *Gaius* *sc Claudianum*'dan önce, 'yeni doğan çocuğun annesinin statüsünü takip edeceğine' dair genel *Ius Gentium* kuralına aykırılıklar babında (1.84), ardından da evlilik dışında doğan çocukların statüleri ile alakalı olarak (1.91) bahsetmektedir. *Institutiones*'de *sc Claudianum*'a ilişkin verilen son bilgi ise (Gai. I. 1.160): 'özgür bir kadının *sc Claudianum* hükümlerine aykırı biçimde başkasının kölesi ile birliktelik yaşaması durumunda kadının bir *capitis demunitio maxima*'ya uğrayacağına' dairdir.

Gaius, *Institutiones*'inin ilk kitabında '*ius personarum*' meselelerini incelerken evvela bir Roma vatandaşı ile bir yabancı (ve Latin) arasındaki ilişkilerden doğacak çocukların statülerine değinmekte ve "çocukların annelerinin statülerini takip edecekleri" (*partus sequitur ventrem*) yani 'köle kadından doğan çocuğun köle, özgür kadından doğan çocuğun özgür olacağı', *ius gentium* kuralını ortaya koymaktadır.¹²⁷ Ardından ise kanun ya da kanun gücünde bir düzenleme ile söz konusu *ius gentium* kuralına aykırılıklar olabileceğini belirterek örnek olarak *sc Claudianum*'u ve onun hükümlerini verir.¹²⁸ *Gaius*, *sc Claudianum* gereğince özgür bir Roma kadınının başkasının kölesi ile birliktelik yaşaması ve kölenin efendisi ile arasında bir anlaşma olması durumunda kadının özgür olacağını, çocuğun ise köle doğacağını söylemektedir ki bu sonuç evlilik dışında doğacak çocuğun statü olarak annesini takip edeceği *ius gentium* kuralına açık bir şekilde aykırıdır. *Gaius* bu bariz aykırılığın gerekçesini ise "kadın ile kölenin efendisi arasındaki anlaşmanın *sc Claudianum* tarafından geçerli kılınması" şeklinde vermektedir. Sonuçta *Gaius*'un ifadelerinden anladığımız: özgür kadın ile ilişkide bulunduğu kölenin efendisi arasında bir anlaşma bulunması durumunda kadının *ex pacto* özgür olarak (*libera permanene*) ilişkide bulunduğu kölenin efendisinin azatlısı haline gelirken çocuğunun da efendinin hakimiyeti altına gireceğidir. Ardından, *Hadrianus* bu 'uygunsuz' (*inelegantia*) ve de 'adaletsiz' (*iniquitate*) hükmü yürürlükten kaldırarak tekrar *ius gentium* ile öngörülen duruma dönülmesini sağlamıştır. Tam da

¹²⁶ Paul. Sent. 2.21a.10.

¹²⁷ Gai. I 1.82-83.

¹²⁸ Gai. I.1.84.

burada belirtmek gerekir ki *Gaius*'un kullandığı '*libera permanere*' terimi ortada bir tenakuz olduğu sonucuna yol açabilir zira efendinin ilişkiye onayı durumunda *sc Claudianum*'un kadın için öngördüğü müeyyide kadının azatlığa indirgenmesi iken *Gaius* ortada bir çocuk olması ve kadın ile efendinin anlaşmaları halinde (*ex pacto*) kadının özgür, çocuğun ise köle olacağını söylemektedir. Buna karşın söz konusu uyumsuzluğa Crook tarafından son derece mantıklı bir açıklama getirilmiştir: Crook, metnin aslen çocukların hukuki vaziyetini açıklamaya yönelik olduğunu dolayısıyla da bu bağlamda annenin sadece özgür ya da köle olmasının ehemmiyeti olacağından veçhile *Gaius*'un azatlı (*liberta*) ve de özgür (*libera*) arasında bir ayırım görmeyerek '*libera*'yı kullandığı – sonuçta özgür sınıfı, azatlıları da kapsamaktadır- iddiasındadır.¹²⁹ Crook'ın açıklaması *Gaius*'un amacı ve metnin bulunduğu yer itibarıyla mantıklı olup söz konusu tenakuzu ortadan kaldırmaktadır.

Görüldüğü üzere *Gaius*, *sc Claudianum*'dan önce çocukların statülerine ilişkin *ius gentium* istisnalarından birisi olarak bahsetmektedir. *Gaius*, ardından kadının hamile iken bir statü değişikliğine uğraması ihtimallerini incelemeye başlar ve önce bir köle kadının hamile iken azat edilerek Roma vatandaşı haline gelmesi (Gai. I. 1.88-89) sonrasında da Romalı bir kadının hamile iken '*aqua et igni interdictus*'a uğraması yani 'su ve ateşten mahrum bırakılması'¹³⁰ halinde doğacak çocuğun statüsünü konu eder (Gai I. 1.90). *Gaius*'un bu konudaki üçüncü örneği ise '*sc Claudianum*' ile alakalıdır ve efendinin '*denuntiatio*' da bulunduğu hamile kadının ilişkide ısrar ederek köle haline indirgenmesi durumunda sonradan doğacak çocuğun köle sayılacağı sonucunu içermektedir.¹³¹

Gaius'un *sc Claudianum*'a ilişkin olarak söyledikleri herhangi bir ilave analize tabii tutmadan doğru kabul edilirse: *sc Claudianum*'un özgür kadın ile kölenin birlikteliklerinden doğacak çocukların vaziyetlerini düzenleyen hükümler içerdiği ve söz konusu hükümler uyarınca bir köle ile birliktelik yaşayan kadının köleliğe indirgenmesi olasılığında çocuğunun köle doğacağını; kadının efendi ile anlaşması halinde ise kendisinin özgür (azatlı) kalarak doğacak çocuğunun özgürlüğünü efendinin hakimiyetine bırakabildiği sonuçlarına varılır. Mamafih yine *Gaius*'un ifadelerinden yola çıkarak söz konusu sonucun aksi yönünde bir iddia da ortaya konabilir. Bu bakımdan öncelikle dikkat çekilmesi gereken *Gaius*'un (1.91)'deki kullandığı dilin ve seçtiği kelimelerin ('*conplures distinguunt et existimant...*'), 'çocuğun köle olarak doğacağı' sonucuna *sc Claudianum*'un içerdiği hükümlerinden ziyade hukukçuların yorumu ile varılmış olduğu intibainı verdiğiidir. Şayet *sc Claudianum*'un efendinin izni olmadığını ve yasakladığı bir ilişkiden doğan çocuğun statüsünü düzenlememiş olduğunu öngörülürse bu durumda kabul etmek gerekir ki kadının, *ius gentium*'a aykırı olarak, çocuğunu *ex pacto* köle verebilmesine imkan veren 'uygunsuz' (*inelegantia*) ve de 'adaletsiz' (*iniquitate*) bir hükmü içeriyor olması fazlasıyla tutarsız olurdu.

Tüm bu hususların ışığında, *sc Claudianum*'un çocukların statülerine ilişkin herhangi bir hüküm içermemiş olması kuvvetle muhtemeldir. Şöyle ki; evet, *ius gentium* uyarınca özgür kadın ile köle erkeğin ilişkisinden doğan çocuk özgür olacaktır, fakat hatırlamak gerekir ki *sc Claudianum*'un neşredildiği tarihi devir bakımından ana rahmindeki çocuğun

¹²⁹ CROOK, s. 8.

¹³⁰ '*aqua et igni interdicto*, (su ve ateşten mahrum edilmek) bir sürgün cezası idi. Cezaya çarptırılan Romalı malvarlığını ve de vatandaşlığını kaybederdi; bkncz. UMUR, Roma Hukuku Lugatı,- *interdictum aqua et igni*, s. 91; Berger,- *Interdicere aqua et igni*, s. 507.

¹³¹ Gai. I. 1.91.

tabii olacağı bir ‘*favor libertatis*’ imtiyazı henüz cari değildi¹³² ve bu bakımdan da kadının köle olmasından sonra doğacak çocuğun köle olması beklenen sonuçtur. Nitekim *Gaius*’un da ifade ettiği üzere böyle bir durumdaki kadının çocuğu, kadın ve köle arasında geçerli bir evlilik olmaması sebebiyle köle olacaktır. Dolayısıyla bu hususun, yani kadının köle olduktan sonra doğacak çocuğunun köle olacağını, ayrıca düzenlemesine gerek duyulmamış olması makul görünüyor. Burada sorun, kadının çocuğu doğurduktan sonra köleliğe indirgenmesi durumunda ortaya çıkabilir ve bu olasılıkta çocuğun ‘özgür’ doğacak olmasının efendi bakımından mahsurları düşünülebilir. Buna karşın bu sonucun da dikkate alınmış olduğu ve neredeyse 1 yıl boyunca kölesinin bir özgür kadımla fiili birliktelik yaşadığından haberi olmayan efendinin hak ve menfaatlerini gözetmek için özel bir fayda görülmediğini iddia edilebilir.¹³³ Kendi kölesinin, üstelik özgür bir kadımla, karı koca hayatı yaşadığını hiç bilmeyen ya da bilip de umursamakta geciken efendinin korunması için bir gereklilik yoktu, aksine -pasif bir formda da olsa -cezalandırılması beklenebilirdi. Ayrıca *sc Claudianum*’un efendilerin iradelerine tanıdığı kuvvet ve onların seçimlerine bıraktığı alan da düşünüldüğünde *sc Claudianum*’un kadın-köle ilişkisinden doğacak çocuğun hukuki statüsünü belirlememiş olması daha mantıklıdır. Yukarıda belirtildiği üzere efendinin *denunciato*’su sonucu köle olmuş kadının çocuğunun köle olacağı beklenen hukuki yorumdur. Kadın ile efendinin anlaşmaları halinde ise -ki bence *Gaius*’un *ex pacto* olarak ifade ettiği aslında efendinin ilişkiye izni ve onayı anlamına gelmektedir -*sc Claudianum* özellikle bir hukuki boşluk öngörmüş ve efendinin, kadın ile anlaşması şartıyla, tercihlerine açık kapı bırakmıştır. Bu boşluktan faydalanan kadın ve efendiler de bu tip anlaşmalar yaparak çocuğun statüsünü aralarında belirlemeye başladılar.¹³⁴ Mamafih, bu genel Roma anlayışına doğrudan aykırı bir pratik idi ve çok geçmeden *Hadrianus* kadın ile efendinin anlaşarak çocuğun statüsünü tayin etmelerini yasakladı. Dolayısıyla *sc Claudianum*’un orijinal metninde çocukların statülerine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı zira buna gerek görülmemişti. Zaman içinde söz konusu ‘boşluk’, bir yandan hukuki yorum diğer yandan da fiili pratikler ile doldurulmaya başlandı; muhtemelen *sc Claudianum*’un hedeflediği de aslında bu yaklaşım idi.

C) *Senatus Consultum Claudianum*’un Özellikleri

Şimdi son olarak *Senatus consultum Claudianum*’un ‘bir *Senatus* kararı’ olarak hukuki özelliklerine bakalım ve önce ‘bağlayıcılık’ meselesini inceleyelim. *Senatus consultum Claudianum*’un muhtevası, neşredildiği devir ve de neşrinin ardından yüzyıllar boyunca düzenli olarak tadili, *sc Claudianum*’un *Senatus*’nun bir tavsiyesinden daha fazla bir şey olduğunu göstermektedir. Keza, *magistra*’lara bir direktif nev’inde karara bağlanmış olması da pek mümkün görünmüyor. Eldeki kaynakların sunduğu resim, *sc Claudianum*’un bağlayıcılığı hususunda net olsa da söz konusu bağlayıcılığın hangi aşamada ortaya çıkacağı konusunda aynı açıklıkta değildir. *Sc Claudianum*’un bir ‘kanun’ kuvvetinde olduğu çok muhtemeldir; bu kuvveti *Senatus*’da kararlaştırıldığı anda mı kazanmış olduğu yoksa *prae-tor* beyannamelerinde yer almakla mı emredici hale geldiği ise tartışılabilir.¹³⁵ Dolayısıyla

¹³² Ana rahmindeki çocuğun özgürlüğü babında ‘*favor libertatis*’ anlayışının post klasik hukuka ait olduğuna dair bkz. DI MARZO, Roma Hukuku, (çev.) Ziya Umur, 2. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s. 36; ayrıca bkz. Gai. 1.89.

¹³³ Bu aynı zamanda efendiye bir nevi ceza olarak da görülebilir. *Claudius*’un hasta köleleri ile ilgilenmeyen efendilere ceza olarak kölelerine özgürlük verdiği düzenleme için bkz. D. 40.8.2; ayrıca bkz. Suet. Claud. 29.1.

¹³⁴ WEAVER, Gaius 1.84, s. 138-139.

¹³⁵ *Oratio (Princeps*’in teklifi) müessesinin yerleşmesi ile *Claudius* devirinden itibaren senato kararlarının daha “amir şekil ve mahiyet” kazandığına dair bkz. RADO, Teşri Salahiyeti, s. 256.

aslında burada tartışma *sc Claudianum*'un etkisini *ius civile*'de mi yoksa *ius honorarium*'da mı göstereceğine ilişkindir. Mamafih, söz konusu tartışma *sc Claudianum*'un yürürlüğe girmek için bir *praetor* beyannamesine gerek duyup duymadığı sorusu ile de doğrudan alakalıdır. Şöyle ki; *Senatus consultum*'ların *ius civile* mi yoksa *ius honorarium* kapsamında mı bağlayıcı hale geleceği sorusu özellikle 'özel hukuka' taalluk eden *Senatus* kararları bakımından öne çıkar yoksa bugün genel olarak 'kamu' ya da özel olarak 'idare', 'vergi' veya 'ceza' hukuku meseleleri olarak nitelendirebileceğimiz hususlara ilişkin olan *Senatus* kararları bakımından bu tartışmanın pek bir manası bulunmamaktadır.¹³⁶ Bu bağlamda örneğin idari bir *senatus consultum*'un üzerine bir de cezai karakter taşıması durumunda söz konusu *senatus consultum*'un *ius civile* ya da *ius honorarium* bağlamında etki göstereceği sorusunun bir önemi kalmamaktadır. Dolayısıyla, '*ius publicum*' karakteri daha baskın olan *sc Claudianum*'un *Senatus* tarafından kararlaştırılması ile bağlayıcı hale gelmiş olduğu kuvvetle muhtemeldir.¹³⁷

Şimdi *sc Claudianum*'un bu 'karakterine' ve de öngördüğü hukuki sonuçlara gelinirse; *sc Claudianum* ile bir husus ('köle olmayan kadınların', 'başkalarının köleleri' ile 'fiili birliktelikler' içine girmeleri) hedeflenmiş ve bu bağlamda özellikle kadının ilişki içinde olduğu kölenin efendisinin hakları ve menfaati göz önüne alınarak söz konusu duruma taalluk edilecek farklı ihtimal ve sonuçlar belirlenmiş ve tüm bu ihtimallerde kadının statüsünde menfi bir değişim öngörülmüştür. Dolayısıyla *sc Claudianum* ilk tahlilde 'yasaklayıcı bir düzenleme' olarak yorumlanabilir ve köleler ile ilişkideki kadınları cezalandırmayı amaçladığı iddia edilebilir. Buna karşın kölenin efendisinin ilişkiye 'izni' olup olmamasına bağlı olarak söz konusu statü değişikliğinin derecesi değişebilmekteydi ki bu sonuç; *sc Claudianum*'un 'yasaklayıcı' olduğu kadar hatta daha fazlasıyla 'düzenleyici' bir karakter taşıdığını bize göstermektedir. Keza, özgür kadın ile köle erkek arasındaki ilişkiye müdahale hakkı sadece kölenin efendisine tanınmış; bu bakımdan örneğin kadının ailesi veya kamu otoriteleri dışarıda bırakılmıştır. Ayrıca, *sc Claudianum*, bilgisi ve izni olduğu sürece erkek kölenin efendisini, özgür kadın ile kölesi arasındaki ilişkiyi sonlandırmaya da zorlamamaktaydı.

Son olarak eklemek gerekir ki; *sc Claudianum* genel hükümler ihtiva etmekte olup herhangi bir istisna öngörmemekteydi. Bu bağlamda örneğin *Familia Caesaris*¹³⁸ mensubu

¹³⁶ SCHILLER, *Senatus Consulta*, s. 498.

¹³⁷ K.G. için bkz. KNIIPP, Ferdinand, *Gai Institutionum Commentarius Primus*, G. Fischer, Jena, 1911, s. 155.

¹³⁸ Roma'da 'kamu köleleri' birçok farklı terim (*servi publici/populi 'Romani'* – *servi fisci* – *servi Caesaris* – *Familia Caesaris* vb.) ile isimlendirilmektedir ve bu terimsel farklılıklar belirli pratik fonksiyonel ayırımların altını çizmek bakımından önemsiz değildirlir. Önceleri *servi populi/publici* ile ifade edilen aslen cumhuriyet devrine ait bir kategori olup, klasik hukuk devrinde ortadan kalkmaya başlamıştır. *Servi publici Romani*, Roma halkına ait sayılmakla her daim halkın yani kamunun menfaatine olarak kullanılır. Savaş esirlerinin bazıları, Roma devleti tarafından köle statüsünde ve daimi surette kamu hizmetlerine verilerek *servus populus/publicus* haline getirilmekteydiler. Roma devleti ayrıca vasiyet, bağış, satın alma ve de ceza mahkumiyetleri sonucunda da *servi publici*'ler elde edebilmekteydi. Sonuçta, *Augustus* devri itibarıyla *servi publici*'nin görev ve sorumlulukları *servi Caesaris* tarafından üstlenilmeye başlanmış ve bu grup, imparatorun azatlıların (*liberti Augusti*) da eklenmesiyle genel olarak *Familia Caesaris* şeklinde isimlendirilmiştir. *Familia Caesaris*'in köle üyeleri: *servi Caesaris*, *servi fiscales* ve de *servi privatae rei Caesaris* olarak tasnif edilebilirse de tabii oldukları kurallar ve sahip olabildikleri haklar açısından sarıh bir farklılık görülmemektedir; sonuçta hepsi İmparatorun köleleridir. *Familia Caesaris* hakkında detaylı bilgi için bkz. WEAVER, P. R. C., *Familia Caesaris: A Social Study of the Emperor's Freedmen and Slaves*, Cambridge University Press, Cambridge, 1972.

köleler için M.S. 4 yüzyıl emirnamelerinde görülen imtiyazlar¹³⁹ *sc Claudianum*'un metninin parçası değildirler; zaman içinde *sc Claudianum*'un hükümlerinin yorumu ve genişletilmesi – veya daraltılması- babında ortaya çıkmışlardır. Dolayısıyla kesin olarak denebilir ki; tüm Romalı kadınların her 'kategoriden köle' ile girdikleri birliktelikler, neşrediliği an itibarıyla *sc Claudianum*'un uygulama alanına girecektir.

Sonuçta, *Senatus consultum Claudianum* tüm Roma'da istisnasız biçimde uygulanmak üzere alınmış, 'kanun hükmünde', bir *Senatus* kararı idi ve köle olmayan kadınların köle erkeklerle olan ilişkilerini kategorik olarak yasaklamaktan ziyade zaten toplumda yoğun şekilde görülen bu ilişkileri tanzim etmeyi amaçlamaktaydı. Bu bağlamda da aslen ilişki karşısında efendinin haklarını kuvvetlendirmeyi hedeflemekteydi. Dolayısıyla *sc Claudianum* temelde "özgür kadın - köle erkek - efendi" üçlüsünün iç ilişkisine doğrudan müdahale etmemekteydi, zira ana hedefi efendinin menfaatleri idi.¹⁴⁰ Bu sebeple de hukuki sonuçları belirlemeyi münhasıran efendiye bırakmış ve kadın ile efendinin aralarında anlaşma yapabilecekleri bir alana da ayrıca imkan vermiştir.

III- SENATUS CONSULTUM CLAUDIANUM'U ANLAMLANDIRMAK

A) *Senatus Consultum Claudianum* 'un *ratio legis*'i

Roma Hukukunda özgür kadınların köle erkeklerle olan birliktelikleri M.S. 52 yılından itibaren *sc Claudianum* tarafından düzenlenmekteydi ve *sc Claudianum* yarım milenyum boyunca, M.S. 533'de *Iustinianus*'un ilgasına dek yürürlükte kalmıştır. *Sc Claudianum*'un M.S. 52'deki neşrini takiben hükümlerinin yüzyıllar içinde değişim gösterdiği aşikardır. *Sc Claudianum*'un bu beş yüzyıllık süre boyunca tadili aslında bir yandan gerek Roma kadınının gerekse de Roma kölesinin hukuki/sosyal konumlarının inkişafını gösterirken, diğer yandan da Hristiyanlığın zaferinin getirdiği ahlaki değişimin ipuçlarını verir. Buna karşın tüm bu hususlar *sc Claudianum*'un yayımlanmasının ardındaki asli amacın yani *ratio*'sunun ne olduğu sorusuna cevap veremezler. *Claudius*, tam olarak hangi saik ile azatlı *Pallas*'ın ilettiği tasarıyı *Senatus*'a sunmuş ve Romalı özgür kadınların başkalarının köleleriyle izinsiz birliktelik yaşamaları durumunda köle; efendilerle anlaşmaları durumunda ise azatlı haline indirgenmelerini arzulamıştır? *Pallas*, *Claudius* ve de *Senatus*'un buradaki amaç ya da amaçları tam olarak nelerdir? Kararın hedefi özgür kadınlar mıdır, yoksa erkek köleler ve onların efendileri midir? Korunmak istenen, aile/kadın onuru, genel ahlak ya da toplumsal hiyerarşi midir yoksa mesele aslında tamamıyla maddi midir? Bu bakımdan özellikle kamu köleleri (*servi publici*) ya da *Cesar*'ın köleleri (*familia Caesaris*) bir ehemmiyet arz etmekte midirler?¹⁴¹ Doktrinde, tüm bu sorulara bir cevap vermek adına *sc Claudianum*'un *ratio*'sunun ne olduğuna dair birçok farklı teori ve iddia yer almaktadır. Bunlar arasından en öne çıkanları olarak: Özgür kanının köle kanı ile kirlenmesini önlemek;¹⁴² statü karışıklıklarının önüne geçmek;¹⁴³ köle ile birliktelik yaşayan Romalı kadınları cezalandırmak,¹⁴⁴ efendinin kölesinin çocuklarının üzerindeki 'mülkiyet hakkını'¹⁴⁵ koru-

¹³⁹ bkz. Cod. Th. 4.12.3.

¹⁴⁰ 'Efendinin menfaatleri' için bkz bölüm III A.

¹⁴¹ *Augustus* devri itibarıyla *servi publici*'nin görev ve sorumlulukları *servi Caesaris* tarafından üstlenilmeye başlanmış ve bu grup, İmparatorun azatlıların (*liberti Augusti*) da eklenmesiyle genel olarak *Familia Caesaris* şeklinde isimlendirilmiştir.

¹⁴² Cambridge Ancient History, Cilt X, 1934, s. 693; sonraki baskılarında söz konusu ifade çıkarılmıştır.

¹⁴³ PÓLAY, s. 33.

¹⁴⁴ WEAVER, Gaius 1.84, s. 137-139.

¹⁴⁵ Buradaki 'mülkiyet hakkı' ifadesinin eleştirisi için bkz. SIRKS, s. 144.

mak;¹⁴⁶ efendinin mal varlığına yönelik izinsiz müdahaleleri engellemek,¹⁴⁷ ev kölesi (*ver-nae*) ve *familia ceasaris*'in sayısını arttırmak;¹⁴⁸ efendinin mali hak ve menfaatlerini gözetmek¹⁴⁹ ve de efendi ile kölesi arasındaki itaate dayanan bağı kuvvetlendirerek, efendinin köle üzerindeki hakimiyetini temin etmek¹⁵⁰ gösterilebilirler.

Sc Claudianum'un amacının 'özgür ile köle kanının karışmasını önlemek' olmadığı aşikar olup, söz konusu husus doktrinde birçok yazar tarafından dile getirilmiştir.¹⁵¹ Keza, *sc Claudianum*'un statü karışıklıklarını hedeflemesinin manalı olmadığı zira özgür kadın ile köle arasında geçerli bir evlilik olmayacağı da ifade edilmiştir¹⁵². *Sc Claudianum*'un amacının kadınları cezalandırmak olduğu iddiası ise kadının köleleştirilmesinin sadece efendinin iradesine tabii tutulmuş olduğu düşünüldüğünde oldukça zayıflamaktadır. *Sc Claudia-num*'un amacının 'başkasının' kölesi ile birliktelik yaşayan özgür kadını cezalandırmak olduğu kabul edildiği takdirde bu hususta kadının *familia*'sına ya da kamu otoritelerine herhangi bir yetki tanınmamış olmasının açıklanması gerekir. Amaç kadını cezalandırmak ise neden bu konudaki yetki münhasıran kölenin efendisine bırakılmıştır? Aynı soru *sc Cladianum*'un ahlaki ve sınıfsal mülahazalar ile tasarlanmış olduğu iddiasına karşı da sorulabilir: Amaç genel ahlakın korunması ve de toplumsal düzenin sağlanması ise devlet ve otoritesi neden kendisini geride tutmaktadır?

Sc Claudianum'un amacının efendinin kölesinin çocukları üzerindeki mülkiyet hakkını korumak iddiasına karşı ise öncelikle Roma hukukunda erkek bir köle ile özgür bir kadının birlikteliğinden doğacak çocuğun özgür doğmuş sayılacağını ve de efendinin erkek kölesinin çocuğu üzerinde herhangi bir hukuken korunacak hakkı olamayacağını hatırlatmak gerekir. Aynı şekilde, *sc Claudianum*'un efendinin mal varlığına izinsiz müdahaleyi engellemeyi hedeflediği iddiası da kölesinin özgür bir kadınla birlikteliğinin efendinin mal varlığına menfi bir etkisi olacağını öngörmektedir, ama bu menfi etkinin tam olarak nasıl hasıl edeceği soru işaretidir. Her halükarda köle efendinin hakimiyeti altında kalmakta, özgür bir kadınla birlikte -hatta onun evinde-¹⁵³ ve efendiden uzakta yaşadığı ihtimallerde dahi kazanımları hukuken efendinin olmaya devam etmektedir. Burada belki kölenin özgür bir kadınla birliktelik yaşama uğruna *peculium*'unu harcayarak aslında efendinin olan mal-varlığında bir azalmaya sebebiyet vermesinin engellenmesi düşünülebilirse de, kabul etmek gerekir ki, bir *senatus consultum*'un amacının bu derecede dar ve spesifik olması düşük bir ihtimal görünmektedir.

¹⁴⁶ CROOK, s. 7.

¹⁴⁷ PÓLAY, s. 33.

¹⁴⁸ PÓLAY, s. 48; WEAVER, *Familia Caesaris*, s. 165-169; GRUBBS, Evans Judith, *Women and the Law in the Roman Empire: A Sourcebook on Marriage, Divorce, and Widowhood*, Routledge, Londra, 2002, s. 263,267; ARJAVA, Antti., *Women and Law in Late Antiquity*, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 221.

¹⁴⁹ HERRMANN-OTTO, *Sklaverei und Freilassung*, s. 226–227.

¹⁵⁰ SIRKS, s. 145 vd.

¹⁵¹ CROOK, s. 7.

¹⁵² SIRKS, s. 143.

¹⁵³ Roma-Suriye Kanunu uyarınca kadının köle ile kendi evinde değil ama kölenin efendisinin evinde yaşaması halinde çocukları köle, kendisi ise özgür olmaktadır; bknc. MITTEIS, Ludwig, *Reichsrecht und Volksrecht in den Östlichen Provinzen des Römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, s. 364-372. Kadının köle ile kölenin efendisinin evinde yaşıyor olmasının efendinin ilişkiye izni olduğu anlamına geleceği varsayımına dayanan bu sonuca *sc Claudianum*'un hükümlerinin yorumu ile ulaşıldığına dair bknc. MOMMSEN, *Strafrecht*, s. 855.

Sc Claudianum'un kölelerin sayısını arttırmayı amaçladığı iddiası ise özellikle Roma'nın kölelik kaynakları bağlamında değerlendirilmelidir. Her ne kadar *vernae* (evde doğmuş köleler) anlaşılabilir nedenlerle çok tercih edilseler de *sc Claudianum*'un neşredildiği M.S. 52/54 tarihi itibarıyla Roma'da köle temini için çok sayıda imkan bulunmaktaydı. *Principatus*'un ilk devirleri birçok savaş ve fetih görmüş, karşılığını da Roma'da köle olarak satılan savaş esirleri (*captivas*) ile almıştır. Çocuk terki (*expositi*) önemli kölelik kaynaklarından biri olarak öne çıkarken,¹⁵⁴ adam kaçırma pratiği de -yasak olmasına rağmen- köle pazarlarına gelir sağlamaya devam etmekteydi.¹⁵⁵ Tüm bunların yanı sıra antik dünyadaki doğum riskleri ve bebek ölüm oranları da düşünüldüğünde *sc Claudianum*'un özellikle *vernae* köle sayısını arttırmayı amaçladığı savı pek olası değildir.

Bir diğer iddia ise *Claudius*'un azatlısı '*rationobis*' *Pallas* tarafından hazırlanan *sc Claudianum*'un aslen *Familia Ceasaris* ile alakalı olduğu ve imparatorluk kölelerinin özgür kadınlarla sayısı giderek artan birlikteliklerinin mali sonuçlarını imparator lehine düzenlemeyi hedeflediğidir. Bu bağlamda *Familia Ceasaris*'in nüfusunu arttırmak da söz konusu hedefin bir parçasıdır. *Pallas*'ın *sc Claudianum*'u tasarlarken böyle bir hedefi güttüğü kabul edilse dahi sonuçta *sc Claudianum* bir *Senatus* kararı idi ve tüm herkese istisnasız uygulanmak üzere yayınlanmıştı. Eldeki kaynaklarda da aksini düşündürcek bir bilgi bulunmamaktadır. *Pallas*'ın, saray ve çevresinde vakıf olduğu ilişkileri imparator lehine düzenlemek adına sadece *Familia Ceasaris* 'i hedefleyen bir *senatus consultum* tasarlaması çok muhtemel görünmüyor.

Senatus consultum Claudianum'un hükümleri değerlendirildiğinde *ratio* 'su; efendinin özgür bir kadınla birliktelik yaşayan kölesi üzerindeki hakimiyetini tümüyle muhafaza etmektedir. Şöyle ki; *sc Claudianum* bir taraftan efendinin kölesi üzerindeki mali haklarını gözetmeyi hedeflerken¹⁵⁶ diğer taraftan da efendi ile kölesi arasındaki bağı korumak¹⁵⁷ hatta güçlendirmek amacındadır. Dolayısıyla *ratio*: efendinin kölesi üzerindeki hakimiyetinin hem maddi hem de manevi unsurlarının korunmasıdır. Bu bağlamda *sc Claudianum*'un efendi ile kölesi arasındaki 'bağ'ın korunmasını maddi hakların korunması karşısında önceliklendirmiş olduğu da iddia edilebilir. Şöyle ki kölesinin başka bir kadınla olan birlikteliği efendinin malvarlığında doğrudan bir menfi etki yaratamazdı. Kölenin özgür kadından bir çocuğu olması halinde de ortada efendi açısından korunacak bir hak ya da menfaat bulunmamaktadır, zira özgür bir kadından doğan çocuğun özgür olacağı en temel Roma kölelik kurallarından biri idi. Burada efendi açısından kölesinin özgür bir çocuğu olmasının en büyük hukuki riski, ileride kölenin azadı sonrasında çocuğunun ona mirasçı olarak efendinin azatlısının malvarlığı üzerindeki haklarına bir nevi müdahale edebilme ihtimalidir. Herhangi bir ailesi olmayan kölenin azat edilmesini takiben mirasını efendisine bırakması beklenir, yeter ki bu yeni azatlı -eski kölenin- mirasçısı olabilecek yakınlıkta kimseler olmasın. Görüldüğü üzere efendinin kölesinin özgür bir kadınla birliktelik yaşamasından hatta ondan 'özgür' bir çocuğu olmasından -kölesini azat etmediği sürece- net bir maddi kaybı olmamaktaydı. *Sc Claudianum* bu bakımdan efendiye bir korumadan ziyade bir zenginleş-

¹⁵⁴ bknz. BUCKLAND, *Law of Slavery*, s. 402; WATSON, s. 16; İPEK, Nurcan, Arkaik ve Klasik Devir Roma Ailesinde Çocuk ve Yeni Doğan Bebeğin Terk Edilmesi Meselesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 23, Sayı 2, 2017, s. 295-360; CORBIER Mirreille, *Child Exposure and Abandonment*, (ed.) Suzanne Dixon, *Childhood, Class and Kin in the Roman World*, New York, Routledge, 2005, s. 52-74; HARRIS, V. W. *Child-Exposure in the Roman Empire*, *The Journal of Roman Studies*, Cilt 84, 1994, s. 1-22.

¹⁵⁵ Suet. Aug. 32.

¹⁵⁶ HERRMANN-OTTO, *Sklaverei und Freilassung*, s. 226.

¹⁵⁷ SIRKS, s. 145.

me imkanı sağlamıştır da denebilir, zira *sc Claudianum* sonrası özgür kadın ile kölenin birlikteliğinden doğacak çocuk artık köle olarak doğabilecek ve efendinin malvarlığına dahil olacaktır.¹⁵⁸ Buna karşın *sc Claudianum*'un hedefi kölesinin çocuğunun efendinin mal varlığına dahil edilmesi değildir, nitekim *sc Claudianum*'un çocuğa ilişkin herhangi bir hüküm içermediği ve bu hususu genel hukuk yorumuna bırakmış olduğu kuvvetle muhtemeldir.

Sc Claudianum efendinin kölesi üzerindeki hakimiyetinin tüm unsurlarını muhafaza etmeyi amaçlamaktaydı ve bu unsurlar hem efendinin mali haklarını hem de kölesi ile arasında itaate dayanan bağı içermektedirler. Efendinin kölesi üzerindeki mali haklarının korunması *sc Claudianum*'un hedeflerinden biriydi fakat birçok vaka bakımından efendinin mali haklarının acil ve özel bir korunma ihtiyacı bulunmamaktaydı; bu bağlamda daha doğrudan olan hedef: "efendi ile köle arasındaki bağı muhafazası" idi. Efendi, kölesinin bir 'mutlak hakimi'¹⁵⁹ olarak onun hem maliki hem babası hem de hamisidir. Köle, azat edildikten sonra da efendisinden tamamıyla kopamaz ve *patronus*'una karşı *obsequium*,¹⁶⁰ *honor* ve *reverentia* ile yükümlü olarak bağlı kalmaya devam ederdi.¹⁶¹ Kölenin, özgür bir kadınla birliktelik yaşaması, ondan çocuğu olması ve bir aile meydana getirmesi kuşkusuz ki efendi ile kölesi arasındaki bağına bir tehdittir. Kölenin yaşamındaki öncelikler değişecek, sonucunda efendisinin istekleri ile karısı ve çocuğunun ihtiyaçları çatışabilecektir. *Sc Claudianum* bu tehdidi bertaraf etmek adına köle ile özgür kadın arasındaki ilişkiye kölenin efendisini dahil etmiş ve onun iradesini başat kılmıştır. Efendi ilişkisi onaylar ise özgür kadın efendinin azatlısı haline gelir ve artık efendinin kölesi ile azatlısı kendi *domus*'u altında ilişkilerine devam ederler. Bu durumda efendi ile kölesi arasındaki bağ devam etmekte hatta belirli açılardan kuvvetlenmektedir. Efendi ilişkisi onaylamaz ve yasaklar buna karşın kadın ilişkide ısrar eder ise kadın efendinin kölesi olmaktadır. Bu durumda ilişkinin devam etmesine bir engel de kalmamaktaydı; zira efendi için artık ortada kölesi ile özgür bir kadının ilişkisi yoktur, kendi iki kölesinin ilişkisi vardır ve bu ilişki de herhangi bir tehdit içermemektedir.¹⁶² Buna karşın hatırlatmak gerekir ki efendi, bazı özel sebeplerden dolayı

¹⁵⁸ Benzer bir akıl yürütme efendinin ilişkisi onaylaması ihtimalinde azatlısı olacak kadının malvarlığına ilişkin olarak da yapılabilir. Buna karşın burada efendinin kazanımı, kadının mirasçı haline gelmekle uzun vadeli bir kazanımdır.

¹⁵⁹ Köle üzerindeki hakimiyetin hem özel hukuk hem de kamu hukuku bakımından sonuçları olabileceği noktasından yola çıkarak, sui *generis* bir mutlak hak olarak kabul edilebileceği kanısındayım. Burada hatırlatılması gereken, efendinin köle üzerindeki mutlak hakkının icrasının kölenin *status* değişimi ile -yani köle olmaktan azatlı olması ve sistem dışı olmaktan vatandaş olması ile- sonuçlanabilmesidir ki; başka hiçbir *res* üzerinde (hayvanlar dahil) böyle yetki ve güç mevcut değildir. Ayrıca 'köle üzerindeki mutlak hakimiyet', yine başka hiçbir *res*'de ve modern 'mülkiyet' hakkının görünümünde mevcut olmayan bir unsur daha içermektedir: *ius patronatus*. Efendi, üzerinde hakimiyet sahibi olduğu '*res*'e yeni iki (*libertas/civitatis*) statü kazandırırken, bu kazandırmanın sonucunda eski '*res*'/yeni '*cives*' ile arasında yine de bir bağ kalmaktaydı. Bu konuda bkz. SAYIN, Roma'da Köle ve Hukuku, s. 494.

¹⁶⁰ *Obsequium*, azatlının patronuna veya onun çocuklarına göstermesi beklenen saygı ve hürmettir; bkz. UMUR, Roma Hukuku Lügatı, -*obsequium*, s. 145; HEUMANN/SECKEL, -*obsequium* s. 382.

¹⁶¹ *Obsequium* için bkz. D. 1.16.9.3.; D. 25.3.5.20.; D. 35.1.84; D. 37.14.19; D. 38. 2.1.1.; C. 7.16.30; *honor* için bkz. Gai.1.172; D. 38.2.1pr.; *reverentia* için bkz. D. 37.15.9.

¹⁶² Aksine kölelerin bu tip ilişkileri 'faydacı' bir anlayış altında desteklenmekteydi; örneğin bkz. Varr. De Rust. 2.10.6, Col. Re Rust. 1.8.5,19.

kölesi ile kadının ilişkisine temelden karşı ise kadının da kölesi olması sonrasında iki kölesi arasındaki bu ilişkiyi dilediği biçimde sona erdirebilirdi.¹⁶³

Görüldüğü üzere *sc Claudianum*'un ana amacı efendinin kölesi üzerindeki hakimiyetini muhafaza etmektedir; köle ile özgür kadının ilişkisini yasaklamak veya cezalandırmak değildir. Kadın şayet bir köle ile olan birlikteliği sebebiyle cezalandırılmak istemiyor ise efendinin uyarısı sonrası birlikteliğini sonlandırabilirdi. Bu bakımdan *sc Claudianum* aslen bu tip ilişkileri engellemek niyetinde de görünmüyor.¹⁶⁴ Keza, *sc Claudianum*'un hedefi efendinin kölesinin çocuklarının üzerindeki hakimiyet hakları ya da mal varlığına yapılan haksız müdahaleler de değildir. *Sc Claudianum*, efendiyi söz konusu ilişkiden dolayarak ilişkinin kaderini tamamiyle efendinin isteğine bırakmıştır. Böylelikle de özgür kadınların köleleri ile ilişkilere girmeleri durumunda köleleri üzerindeki mutlak hakimiyetlerinin karşılığı olarak kendilerine kayıtsız bir takdir yetkisi tanımıştır.

B) *Senatus Consultum Claudianum*'u hazırlayan sebepler üzerine

Sc Claudianum, özgür kadınlarla birliktelikler yaşayan kölelerin efendilerinin hak ve menfaatlerini göz etmek amacıyla çıkarılmış ve bu ilişkilerin kaderini tamamiyle efendilerin takdirine bırakmıştır. *Ratio*'su, efendinin hakimiyetini tüm unsurlarıyla muhafaza etmektir; özgür kadın ve köle arasındaki ilişkiyi yasaklamak, engellemek veya cezalandırmak değil. Özgür kadın-köle ilişkisi, efendinin takdir yetkisi altında devam edebilir ya da etmeyebilir; *sc Claudianum* bu konuda suskun kalarak söz hakkını efendiye vermiştir. Buradaki ilginç soru: söz konusu ilişkilerin tarafları kadınların kimler olacağıdır ki bu sorunun cevabı önceki bölümlerde yönelmiş olan “özgür bir kadın ne gibi bir amaçla özgürlüğünü bu derece riske atabilmekte hatta ondan vazgeçebilmektedir”¹⁶⁵ sorusunun cevabını da verecektir. Başkasının kölesi ile bir ‘fiili birliktelik’ içine girecek yani onunla adeta karı-koca hayatı yaşayacak kadınların *Suetonis*'in betimlediği gibi ‘lüks ve şatafattan şaşırmsız zengin ve özgür’ kadınlar olamayacağı aşikârdır. Keza, köle ile birliktelik yaşayacak kadınların sadece sosyo-ekonomik olarak en alt ‘sınıf’tan¹⁶⁶ gelen, ‘özgür ama fakir’¹⁶⁷ olacağı çıkarımı da M.S. 1. yüzyıl Roma'sının gerçekleri karşısında tartışılabilir. Köleler ile birliktelik yaşayan özgür kadınların büyük oranın azatlı, *illegitimae*¹⁶⁸ veya genel olarak alt sınıftan oldukları

¹⁶³ İlk akla gelecek yol kadını başkasına satması olabilir.

¹⁶⁴ Sonuçta efendinin birlikteliği sonlandırmasına ilişkin bir hüküm de yoktur.

¹⁶⁵ bkz. bölüm I. B 1.

¹⁶⁶ Çalışma kapsamında ‘sınıf’ ile insanların sahip oldukları malvarlıklarına ya da gelir fırsatlarına bağlı olarak içinde buldukları ekonomik koşullar kast edilmektedir. Burada, Roma'nın en eski ‘hukuki’ sınıf ayrımı olarak adlandırılabilir *patricii* – *plebs* ayrımının M.S. 1. yüzyıl itibarıyla ortadan kalkmış olduğunu da belirtmek gerekir. Ayrıca bkz. UMUR, Roma Hukuku, s. 43-49; ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, s. 175; JOLOWICZ, s. 357-358.

¹⁶⁷ Fakirliğin’ antik çağdaki ve de Roma’daki anlamının modern zamanlardan farklı olduğuna dair bkz. OSBORNE, Robin, Introduction: Roman Poverty in Context, (ed.) Atkins, Margaret/Osborne, Robin, Poverty in the Roman World, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s. 1-20. Osborne, ‘fakirliğin’ Roma’da ‘mutlak’ değil ‘nispi’ bir durum olarak algılandığının altını çizmekte ve antik düşüncede ‘fakir olmanın’ aza kanaat getirmek ile değil ‘hiç sahip olamamakla’ belirlendiğini ortaya koymaktadır. Roma şehrinde fakirliğe dair bkz. MORLEY, Neville, The Poor in the City of Rome, (ed.) Atkins Margaret/Osborne, Robin, Poverty in the Roman World, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s. 21-39.

¹⁶⁸ *Illegitimus*, hukuken geçerli bir evlilikten doğmamış birisidir ve sonucunda babasının ailesinden olamazdı (DI MARZO, s. 156; Gai. I. 1.188,89; HEUMANN/SECKEL, -*Illegitimus*, s. 246); buna karşın, belirli sosyal kısıtlamalar haricinde, vatandaşlık haklarını haizdir (bkz. TAYLOR, R. L.,

üzerine şüphe yoktur;¹⁶⁹ buna karşın istisnaların bulunduğu da kuvvetle muhtemeldir ve bu bağlamda da aristokratik bir Romalının ev kölesiyle veya yüksek değerde *peculium*'u haiz tüccar bir köleyle ya da bir İmparatorluk kölesiyle birliktelik yaşayacakların sadece 'özgür ama fakir' kadınlar olmayacağı da iddia edilebilir. Sonuçta, kesin olan *Suetonis*'in hatalı olduğu ve *sc Claudianum* bakımından meselenin '*luxuria*', '*honoris*' veya '*libido*' olmadığıdır.

M.S. 1. yüzyıl itibarıyla Roma İmparatorluğu tam bir dünya imparatorluğu haline gelmiş; sınırları Britanya adasından¹⁷⁰ kuzey Afrika kıyılarına, İberya yarımadasından Orta Doğu ve Asya sınırlarına dek uzanarak yüzlerce farklı dil, din ve kültüre ev sahipliği yapmaktaydı. Nitekim milat devirlerinde dünya nüfusunun yaklaşık 1/5'inin Roma sınırları içinde yaşadığı düşünülmektedir ki bu sayı da aşağı yukarı 50-60 milyon kişiye tekabül etmektedir.¹⁷¹ Haliyle burada söz konusu 60 milyon insanın ciddi bir bölümünün 'vatandaş' olmadığını, vatandaşlar arasında çok sayıda azatlı bulunduğunu ve nüfusun belirli bir bölümünün de 'özgür' değil, 'köle' olduğunu söylemek gerekir. M.Ö. 1-2. yüzyıllar itibarıyla Roma nüfusunun ne kadarlık bir oranını kölelerin teşkil ettiği sorusu üzerinde doktrinde detaylı biçimde durulmuştur¹⁷² ve her ne kadar köle/özgür oranı eski tarihli çalışmalarda neredeyse özgür nüfusun yarısına karşılık gelecek kadar yüksek olarak öngörülse de¹⁷³ modern çalışmalarda giderek daha mütevazî olarak (% 15-20) belirlenmektedir.¹⁷⁴ Söz konusu köle nüfusunun ne kadarının şehir ve ne kadarının kırsal kesimde yaşadığına gelinirse, bu konuda farklı hesaplamaların mevcut olduğu görülmektedir.¹⁷⁵

Voting Districts of the Roman Republic: The Thirty-Five Urban and Rural Tribes, Yeni Baskı, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 2013, s. 132 vd.).

¹⁶⁹ Örnekler için bkz. RAWSON, Beryl, Family Life among the Lower Classes at Rome, Classical Philology, Cilt 61, Sayı 2, 1966, s. 74- 78.

¹⁷⁰ Britanya'nın işgali M.S. 43 yılında *Claudius* tarafından başlamış ve M.S. 87'de tamamlanmış sayılmaktadır (bkz. Cass. Dio. 60. 23).

¹⁷¹ MCALPIN, David Heer, Society and Population, Prentice Hall, New Jersey, 1968, s. 2.

¹⁷² Örneğin bkz. BRUNT, P.A., Italian Manpower: 225 AD – 14 BC, 1971; HOPKINS, Keith, Conquerors and Slaves, Cambridge University Press, Cambridge, 1978; FINLEY, Moses, Ancient Slavery and Modern Ideology, New York, 1980; PARKIN, G. Tim, Demography and Roman society, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1992; HARRIS, V. William, Demography, geography, and the Sources of Roman Slaves, Journal of Roman Studies, Cilt 89, 1999, s. 62–75; SCHEIDEL, Walter, Human mobility in Roman Italy II: The slave population, Journal of Roman Studies, Cilt 95, 2005, s. 64–79.

¹⁷³ Bknz. GIBBON, Edward, The History of the Decline and Fall of the Roman Empire, Cilt I, Londra, 1776, s. 41-42; BLAIR, William, An Inquiry to the State of Slavery Amongst Romans, Edinburgh, 1883, s. 15 dn (b); BELOCH, Karl-Julius, Die Bevölkerung Griechisch-Römischen Welt, Leipzig, 1886, s. 415-418.

¹⁷⁴ SCHEIDEL, Walter, Quantifying the Sources of Slaves in the Early Roman Empire, The Journal of Roman Studies, Cilt 87, 1997, s. 156-169 SCHEIDEL, Walter, The Slave Population of Roman Italy: Speculations and Constraints, Topoi, Cilt 9, Sayı 1, 1999, s. 129-144; HARRIS, V. William, Towards a Study of the Roman Slave Trade, s. 117; LO CASCIO, Elio, Thinking Slave and Free in Coordinates, By the Sweat of your Brow: Roman Slavery in its Socio-Economic Setting, Bulletin of the Institute of Classical Studies: Supplement No. 109, 2010, s. 21-30.

¹⁷⁵ Örneğin bkz. HOPKINS, s. 68-69; SCHEIDEL, Walter, The Roman Slave Supply, (ed.) Keith Bradley, Paul Cartledge, The Cambridge World History of Slavery, Cambridge, 2011, s 287-310; BRADLEY, K.R., On the Roman Slave supply and Slavebreeding, Slavery & Abolition: A Journal of Slave and Post-Slave Studies, Cilt 8 Sayı 1, 1987, s. 42-64.

Mamafih, sayı ve orana ilişkin olmasa da ‘şehirde yaşayan kölelerin sayısının kırsal kesimde yaşayanlara nazaran daha yüksek olduğu’ üzerinde ittifaka varılmış olduğu anlaşılmaktadır.¹⁷⁶ Çalışma konusu açısından burada üzerinde durulabilecek son bir oran ise özgür nüfusun ne kadarlık bir bölümünün köle sahibi olduğuna dairdir. M.S. 1. yüzyıl itibarıyla Roma vatandaşlarının yüzde kaçının kölesi bulunduğu dair –özellikle Roma şehri için- çok fazla bir delil bulunmamaktadır; Mısır bakımından ise M.S. 1. yüzyıla ait *census* listelerinden bölgedeki ailelerin yaklaşık %15’inin köle sahibi olduğu sonucuna varılabilir.¹⁷⁷ Harper, nispeten yakın tarihli bir çalışmada köle mülkiyeti ve *census* kayıtları üzerinden yaptığı farazi bir hesaplamada¹⁷⁸, M.S. 4. yüzyıl itibarıyla Roma toplumunun %1.35’lik bir oranının Roma’daki toplam kölelerin %49’unu elinde bulundurdukları sonucuna varmıştır.¹⁷⁹ Harper, Roma köle sahibi olabilme bakımından toplumu “En zengin-zengin – burjuva – kırsal” (tarımsal) olarak dörde böler¹⁸⁰ ve bu 4 ‘geniş’ kategori toplumun yaklaşık % 11.3’lük bir oranına denk gelmektedir, yani toplumun sadece %11’lik bir bölümü köle sahibidir. Bunların ise sadece %1.3’ünün beş veya daha fazla kölesi bulunmakta; söz konusu %1.3 içinde çok küçük bir grubun ise sayıları binleri bulan köleleri olabilmekteydi; geride kalan %10 ise azami 5, ortalama olarak 2 köle sahibiydi. Toplumun kalan %88’lik bölümü ise köle sahibi değildi ve Harper’ın deyişi ile köle sahibi olmamanın belirlediği ‘yoksulluk’ ve ‘toplum dışılığı’ bir parçası idiler.¹⁸¹ Her ne kadar Harper’ın tahminleri *sc Claudianum*’un devirinden iki asır sonraya ait olsalar da oranlarının M.S. 1. yüzyıl Mısır oranları ile gösterdikleri benzerlik üzerinden M.S. 52/54 yılında Roma vatandaşlarının %10-20’lik bir oranının köle sahibi olduğu ve kalan %80-90’lık bir bölümünün ise herhangi bir kölesi olmadığı tahmininde bulunulabilir. Bu çıkarım da Roma toplumunun bugün ‘alt sınıf’¹⁸² olarak nitelendirilecek kesiminin genişliğini gösterir, nitekim özellikle İmparatorluk devirinin başından itibaren toplumun özgür fertleri arasındaki gelir düzeyi radikal biçimde farklılaşmıştır; örneğin söz konusu devirler itibarıyla bir senatörün ortalama yıllık kazancı

¹⁷⁶ SCHEIDEL, *Slave Supply*, s. 289.

¹⁷⁷ BAGNALL, Roger/FRIER, Bruce, *Demography of Roman Egypt*, 2. bası, Cambridge University Press, 2006, s. 181-312; BAGNALL, Roger/FRIER, Bruce/RURTFERD, Ian, *The Census Register P. Oxy. 984: The Reverse of Pindar’s Paean*, Brüksel, 1997 s. 57-88.

¹⁷⁸ Harper’ın dayandığı demografik çalışma için bkznz. SCHEIDEL, Walter/FRIESEN, J. Steven, *The Size of the Economy and the Distribution of Income in the Roman Empire*, *The Journal of Roman Studies*, Cilt 99, 2009, s. 61-91.

¹⁷⁹ HARPER, Kyle, *Slavery in the Late Roman World: AD 275 - 425*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 59 tab. 1.1.

¹⁸⁰ HARPER, burada Scheidel/Friesen’in çalışmalarında takip ettiği, gelir düzeyi temelli ayırımı göz önüne alır. Scheidel ve Freiser, Roma toplumunu ‘gelir seviyesi’ bakımından dörde ayırmaktadırlar: Elit sınıf (Senatörler, Equestrian/Şövalye -*Decurion* sınıfları mensupları ve diğer zenginler) - Orta sınıf (Burjuva, kırsal) ve de yoksul kesim olarak; bkznz. SCHEIDEL/FREISER, s. 76 tab.6, s. 82- 84, s. 89 tab. 11.

¹⁸¹ HARPER, *Slavery in the Late Roman World*, s. 56.

¹⁸² Roma toplumunu ekonomi temelinde sınıflandırma tartışmalarına dair bkznz. ALFÖLDY, Geza, *Römische Sozialgeschichte*, 3. bası, Wiesbaden 1984; ALFÖLDY, Geza, *Die Römische Gesellschaft: Ausgewählte Beiträge*, Stuttgart, 1986; GARNSEY, Peter, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford, 1970; HARRIS, V. William, ‘On the applicability of the concept of class in Roman history’, (ed.) Yuge, T./Doi M., *Forms of Control and Subordination in Antiquity*, Tokyo and Leiden, 1988, s. 598-610; SCHNEIDEL Walter, *Stratification, deprivation and quality of life*, (ed.) Atkins Margaret/Osborne, Robin, *Poverty in the Roman World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s. 40-59; Roma’da orta sınıfın olmadığı bulunmadığı ve toplumun sadece zengin ya da fakir olarak ikiye bölünmüş olduğu teorisi için bkznz. BRUNT, s. 383; TONER, J.P., *Rethinking Roman History*, Cambridge, 2002, s. 50-51.

bir çiftçininkinin yaklaşık 200 katıdır.¹⁸³ Dolayısıyla, köleler ve azatlılar dışarıda bırakıldığına dahi geride kalan Roma toplumunun büyük bir kısmının pek de rahat şartlarda yaşamadıkları ve aslında ekonomik açıdan kölelerden çok daha iyi bir vaziyette sayılamayacak muazzam sayıda özgür vatandaş bulunduğu üzerine pek bir tartışma yoktur.¹⁸⁴ Bunun yanı sıra Julio-Claudian hanedanı devrinde (M.Ö. 27 – M.S. 68) İtalya'nın zenginleşmesi ile birlikte Batı ve bazı Doğu eyaletlerinin şehirleşmesi sonucunda¹⁸⁵ bir şehir burjuvası sınıfının ortaya çıktığı da görülmektedir. Eski Roma aristokrasisi ve onun belirlediği geleneksel toplum düzeni, ömürlerini tamamlayarak yerlerini yeni sınıflara ve daha dinamik ama karmaşık bir yapıya bırakmışlardır.¹⁸⁶ Bu karmaşık ve 'ayrışık yapı'¹⁸⁷ birçok farklı, sosyal etkileşim imkanı içermekle toplumsal hareketliliğe de izin vermektedir ve bu bakımdan belirli ilişkiler babında hukuki statü farklılıklarının ikincil önem arz edebileceği iddia edilebilir.

Şimdi köle sahibi olma oranlarına dönersek; görüldüğü üzere M.S. 1.yüzyıl itibarıyla Roma nüfusunun yaklaşık %15-20'lik bir bölümü köle iken, bu köle grubu da özgür vatandaşların sadece %15-20'lik bir bölümüne aitti. Dolayısıyla Roma vatandaşlarının çok büyük bir oranın köle sahibi olmadığına gösterdiği üzere Roma'da köle sahibi olabilmek her Romalıya nasip olamayacak bir 'lüks' idi. Bu bakımdan da fakir bir Romalı için köle sahibi olabilmek hayatı boyunca ulaşamayacağı bir hedef haline gelebilmekteydi. Böyle bir hedefi hiç gerçekleştirememiş yani köle sahibi olamamış, alt gelir seviyesinden bir Roma vatandaşı ile zengin veya çok zengin bir *domus*'un evinde doğmuş (*vernae*), belirli zanaat veya sanatlarda eğitilmiş ve tabii olduğu *familia*'nın önemli işlerini gören, *peculium* sahibi bir şehir kölesi (*familia urbanus*) arasındaki hukuki statü farkının fiiliyattaki etkisinin ne derecede olacağı tartışmaya açıktır ve kanımca *sc Claudianum*'un *ratio*'su ve de hükümleri bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Roma vatandaşlarının ciddi bir yüzdesi her ne kadar kölelerden hukuki bakımdan yüksek bir statüde olsalar da sosyo-ekonomik olarak aslında onlardan çok da farklı şartlarda

¹⁸³ JONGMAN, M. Willem, *The Economy and Society of Pompeii*, J.C Gieben, Amsterdam, 1988, s. 196; bu hususa ilişkin ayrıca bkz. GOLDSMITH, W. Raymond, *An Estimate of the Size and Structure of the National Product of the Early Roman Empire*, *Review of Income and Wealth*, Cilt 30, Sayı 3, 1984, s. 263-288; GERAGHTY, M. Ryan, *The Impact of Globalization in the Roman Empire*, 200 BC-AD 100, *The Journal of Economic History*, Cilt 67, Sayı 4, 2007, s. 1036-1061.

¹⁸⁴ Bu hususa ilişkin bkz. RAWSON, s. 72; GARNSEY, Peter, *Peasants in the Roman Society*, (ed.) SCHEIDEL, Walter, *Cities, Peasants and Food in Classical Antiquity: Essays in Social and Economic History*, Cambridge University Press, 1998, s. 91-107; GARNSEY, Peter, *Non-Slave Labour in the Roman World*, (ed.) Walter Scheidel, *Cities, Peasants and Food in Classical Antiquity: Essays in Social and Economic History*, Cambridge University Press, 1998, s. 134-151.

¹⁸⁵ UMUR, *Roma Hukuku*, s. s. 117-119.

¹⁸⁶ ROSTOVITZEFF, s. 99.

¹⁸⁷ Köle – özgür ve Romalı-yabancı ayırmaları hukuki bir temele sahip olmalarına karşın diğer sınıfsal farklılıklar çok uzun bir süre hukuken belirlenmedikleri gibi tasavvur edilmeye başlandıkları zaman dahi pratikte karşılıklarını bulamamışlardır (bkz. JONES, H.G. Arthur, *The Later Roman Empire*, Cilt I-II, Basil Blackwell, Oxford, 1964, I s. 478, II s. 1048 vd.; MACMULLEN, Ramsey, *Social Mobility and the Theodosian Code*, *Journal of Roman Studies*, Cilt 54, 1964, s. 49-53). İmparatorlukta belirli gruplara verilen 'hukuki imtiyaz'lar (örneğin: ceza hukukunda *humiliores* karşısında *honestiores*'lara tanınmış olanlar) veya kısıtlamalar (örneğin: senatorlerin belirli tonajlardan büyük gemi sahibi olamamaları, azatlı kadınlarla evlenememeleri, ticaretle uğraşmamaları veya lonca (*collegium*) üyeliğinin getirdiği tüm kısıtlamalar gibi) ise hukuki sınıflaşma işaretleri olmaktan ziyade ekonomik mülahazaların sonucu görünüyorlar. Bu konuya ilişkin ayrıca bkz. GARNSEY, Peter/SALLER, P. Richard, *The Roman Empire: Economy, Society and Culture*, 2. bası, University of California Press, 2015, s. 134 – 145.

yaşamamaktaydılar, hatta belirli kategori kölelerin maddi bakımdan çoğu Roma vatandaşından daha iyi durumda olacağı tartışmasıdır.¹⁸⁸ Bu iddiayı biraz açmak gerekirse: öncelikle söylenmesi gereken, Roma tarihinin herhangi bir deviri bakımından yeknesak bir 'köle'den ve onun sosyal konumundan bahsetmenin olanaksız olduğudur. Köleler arasında birçok ayırım bulunmaktaydı ve her ne kadar bu tasniflerin teknik ve hukuki farklılıkları olduklarını iddia etmek kolay olmasa da görünen odur ki en azından söz konusu tasnifler altında başvuru alan terimlere hukuki metin ve düzenlemelerde rastlanabilmektedir.¹⁸⁹ Bu bakımdan örneğin bir kırsal köle ile *familia Caesar* mensubu bir kamu kölesi; bir ceza kölesi (*servus poena*) ile bir şehir kölesi; madenci bir köle ya da bir *vilicius* (kahya) ile efendisinin fahişelik yaptırdığı bir köle arasındaki farklılıklar aşikardır. Bu farklılıklar ekseriyetle pratik hayatın içerisinde yaşam bulmakla fiili karakterde olsa da hukuki bazı imtiyazlardan da bahsedilebilir.¹⁹⁰

Tüm kölelerin hukuk karşısındaki durumları aynı değildi; fakat söz konusu farklılık kölelerin subjektif özelliklerinden ziyade üzerlerinde hakimiyet sahibi olanların şahsi hususiyetleri, köle üzerindeki hakimiyetin nev'i ya da kölenin yetkilendirilmesinin etkileri ile alakalandırılabilir dinamiklere bağlıydı. Sonuçta denebilir ki; bir taraftan kölelerin kolektif olarak tabii tutuldukları kuralların yeknesaklığı muhafaza edilirken, öte yandan fonksiyonlarına ve faydalarına göre münferit haklar tanınması için yeterli arka kapılar bırakılmaktaydı. Bu bağlamda ilk akla geleceklerden biri de *peculium* müessesesi olacaktır. Efendi tarafından tahsis edilen *peculium*, köleyi ticari hayatın bir parçası haline getirmekte ve ona aralarında 'özgürlüğünü satın alma'nın da olduğu, kısa ve uzun vadeli birçok imkanlar sağlamaktaydı. *Peculium*, hukuken efendinin mülkiyetinde olsa da *de facto* köleye ait addedilmekte¹⁹¹ ve bu bakımdan kölenin maddi bağımsızlığının bir işareti görünümündedir.¹⁹² Roma hukukunca bir şahıs addedilmeyen köle, "*peculium* ile insan niteliğini geri kazanmaktaydı".¹⁹³ *Peculium*'un konusu, safi para olabileceği gibi hayvan, arazi, alacak, ticari işletme veya bir köle de olabilirdi.¹⁹⁴ Kölenin, kendi kölesi (*vicarius*) olabilmesi de mümkündü; hatta bir kölenin *peculium*'unda yer alan *vicarius* kölenin de kendi *peculium*'u olabilir ve o da *peculium*'u kapsamında kendi kölesine (*servus vicari*) sahip olabilirdi.¹⁹⁵ Bu bağlamda belirtmek gerekir ki; Roma hukukunun doğrudan temsil müessesini tanımaması karşısında efendilerin işlerini genellikle köleleri idare etmekteydiler. *Pretor*'un Cumhuriyet devrinden başlayarak tanıdığı *actiones adiecticiae qualitatis* davalar¹⁹⁶ aracılığıyla kölelerin efendi-

¹⁸⁸ Bknz. VITTINGHOFF, Friedrich, 'Soziale Struktur und politisches System in der hohen römischen Kaiserzeit', *Historische Zeitschrift*, Sayı 230, 1980, s. 31-55; JONGMAN, M. Willem, 'Rome: The Political Economy of a World Empire', *The Medieval History Journal*, Cilt 6 Sayı 2, 2003, s. 303-329.

¹⁸⁹ *Vilicus* için bknz. D.14.3.3; şehir-kırsal köle için bknz. D. 50.16.166; Kamu köleleri için bknz. D. 16.2.19; Cod. Th. 8.5.58.3; Ulp. Tit. 20.16.

¹⁹⁰ Örneğin *vilicus* ile *familia Caesaris* mensupları geçerli medeni birliklilikler kurabilirlerdi. Keza, kamu kölelerinin *peculium*'larının yarısını vasiyet edebilme hakları olduğu görünüyor (Ulp. Tit. 20.16).

¹⁹¹ D.15.1.47.6; D.15.1.32pr; D.50.16.182.

¹⁹² bknz. BRADLEY, *Slaves and Masters*, s. 109-110; SCHUMACHER, Leonhard, *Sklaverei in der Antike: Alltag und Schicksal der Unfreien*, Beck, Munich, 2001, s. 269.

¹⁹³ WATSON, s. 95.

¹⁹⁴ ÇELEBİCAN, *Roma Hukukunda Peculium*, s. 182. Buna karşın, köle kendi *peculium*'unun bir parçası değildi (D. 15.1.11.pr; D. 38.2); ve bu kuralın herhangi bir istinası da kabul edilmemekteydi.

¹⁹⁵ BUCKLAND, *Law of Slavery*, s. 197. *Servus vicarius*'un da kendi *vicarius*'u (*vicari vicari*) olabilirdi (D. 33.8.6.3; D. 33.8.25). Tüm bu olasılıklarda mülkiyet yine de efendidedir.

¹⁹⁶ '*Actiones adiecticiae qualitatis*' davalar için bknz. BUCKLAND, *Law of Slavery*, s. 166-186 207-216; ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cilt I-II, Oxford University Press, New York, 1996, s.52 vd., 878; DE LIGHT, Luke, *Legal*

dilerinin işletmelerini yönettiklerini, gemilerine kaptanlık yaptıklarını ve de onlar adına muamelelerde ve iktisaplarda bulduklarını biliyoruz.¹⁹⁷ Köleler efendileri için her tür işi yapabilmekteydi,¹⁹⁸ bu bakımdan efendilerin pek de 'şerefli' olmayan bazı iş kollarında köleleri aracılığıyla faaliyet göstermeleri veya para piyasası bir hayli kısıtlı olan Roma'da görünürde ticarete bulunmayan asılzade kesimin nakit para ve kredi ihtiyaçlarını kendi 'banker' köleleri aracılığıyla gidermeleri az görülür durumlar değildiler.¹⁹⁹ Bu tip şehir kölelerinin, yaptıkları işlerin niteliği gereği efendileri tarafından sıkı bir denetim altında olmayarak²⁰⁰ oldukça serbest bir hayat yaşayacakları ve özellikle şehirdeki ticari hayatın aktörleri olan kölelerin serbestlik derecelerinin, efendilerinin serveti ile doğru orantılı olacağı iddia edilebilir.

Efendilerin gerek kendilerince gerekse de görevlendirdikleri köleleri aracılığıyla tatbik ettikleri denetim; belirli bir yetenek veya eğitim gerektiren işler için kullanılan köleler üzerinde daha hafif, hatta belirli durumlar muvacehesinde neredeyse namevcut iken tamamıyla beden gücü gerektiren tarım veya inşaat gibi alanlarda çalışan köleler üzerinde ise daha sert ve koyu idi.²⁰¹ Ve bu bağlamda tarım köleleri, şehir kölelerine nazaran çok daha az imtiyazlara sahiptir. Buna karşın tarım köleleri arasında da özel imtiyazlara sahip adedilmiş bir köle tipi bulunmaktaydı: *vilicus*. *Vilicus*, kendisi de köle olan ve çiftlikte çalışan köleleri idare eden çiftlik kahyasıdır.²⁰² Zengin çiftlik sahipleri zamanlarının çoğunu Roma'da geçirirken çiftliğin tüm idaresini bu *vilicus*'a bırakmaktaydılar ve dolayısıyla da *vilicus* önemli bir mevki haline gelmiştir. *Vilicus*, çiftliği yönetir²⁰³ ve köleler arasında olabilecek anlaşmazlıkları çözerdi; gerekirse 'suçlu' ya da 'kötü' köleleri cezalandırabilme hakkına da sahipti. Ayrıca, efendisinin adına hem ürünleri pazarda satardı hem de tarım

History and Economic History: The Case of the *Actiones Adiecticiae Qualitatis*, The Legal History Review, Cilt 67, Sayı 3-4, 1999, s. 205-226.

¹⁹⁷ *Actio de peculio*, köleye *peculium* verilmiş olduğu durumlarda; *actio quod issu*, kölenin efendisinin izni ya da talimatıyla hareket etmiş olduğu hallerde; *actio in dem rem verso*, kölenin yapmış olduğu muamelelerin efendinin malvarlığında bir zenginleşmeye yol açtığı ihtimallerde cari olmaktadır. *Actio exercitoria*, bir donatanın gemisinin başına getirmiş olduğu köle, kaptan olarak geminin idare ve işletmesi için yaptığı tüm işlerden doğan borçlar için donatana karşı yöneltilen bir dava iken *actio institutoria* bir işletme sahibinin işletmesinin başına getirmiş olduğu kölenin, işletmenin idaresi ve işletmesi için yapmış olduğu borçlardan dolayı işletme sahibine karşı açılabilirdi. Tüm bu davalar aile evlatları için de cari idiler. Detaylı bilgi için bkz. KIRSCHENBAUM, Aaron, Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce, The Catholic University of America Press, Washington, 1987. Özellikle *actio de peculio* davası için bkz. TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, Roma Hukukunda *Actio de Peculio*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2005, s. 103-133.

¹⁹⁸ TERMIN, Peter, Journal of Economic Perspectives, Cilt 20, Sayı 1, 2006, s. 143.

¹⁹⁹ WISEMAN, P. Timothy, New Men in the Roman Senate: 139 BC – AD 14, Oxford University Press, Londra, 1977, s. 77 vd.; ANDREAU, Jean, Banking and Business in Roman Law, (çev.) Janet Lloyd, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, s. 19;

²⁰⁰ GAMAUF, Richard, 'Slaves doing business: the role of Roman law in the economy of a Roman household', European Review of History—Revue européenne d'histoire, Cilt 16 Sayı 3, 2009, s. 339.

²⁰¹ FENOALTEA, 'Stefano, Slavery and Supervision in Comparative Perspective: A Model', The Journal of Economic History, Cilt 44, Sayı 3, 1984, s. 635-668.

²⁰² FOWLER, Warde William, Social Life at Rome in the Age of Cicero, MacMillan & Co., New York, 1964, s. 217; ayrıca bkz. CARLSEN, Jesper, *Vilici and Roman Estate Managers Until AD 284*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1995.

²⁰³ Cat. De Arg. 142.

faaliyetine vs. ilişkin alacakları toplamaktaydı.²⁰⁴ Efendinin çiftlikteki temsilcisi olan *vilicus*'a bir eş (*vilica*) sağlanması ve bir aile kurmasına izin verilmesi ise özellikle teşvik edilmektedir.

Vilicus dışında medeni birliktelikler kurabilen bir diğer köle grubu ise kamu/İmparatorluk (*publici/ceasari*) köleleridir. *Servus publicus*'un, 'standart' bir kölenin aksine, *ius testamenti*'ye sahip olduğu²⁰⁵, *peculium*'unun yarısını vasiyet ile bırakabildiği²⁰⁶ ve de özgür kadınlarla evlenebildiği ya da en azından bir fiili birliktelik içine girebildiği görülmektedir.²⁰⁷ Ayrıca görünen odur ki, *servus publicus*'un evlenebildiği 'köle olmayan kadınlar' atatlı da (*liberta*) olabilmekteydi, *ingenua* (özgür doğmuş) da.²⁰⁸

İmparatorun köleleri ve atatlıları, kendisinin -yani *Cesar*/*Sezar*'ın- *familia*'sını oluşturmaktaydı: *familia Caesaris*. *Familia Caesaris* üyeleri İmparatorun hakimiyeti altında olmakla, efendi (*dominus*)/patron (*patronus*)'ları da bizzat İmparator'un kendisi idi. *Familia Caesaris* üyesi olan köle ve atatlıların hukuk karşısındaki vaziyetlerinin 'standart' kölelerden farklılaştığı söylenebilir; *familia caesaris* mensubu -köle veya atatlı- kendi statüsündekilere nazaran imtiyazlıdır ve bu bağlamda bir ara-statüde addedildiği iddia edilebilir.²⁰⁹ Bu ara-statünün özelliği ise örneğin kölelerin pratik hayatta sahip olabildiği bazı 'fiili' kazanımlara, belirli sosyal müesseselerin parçası olmalarına veya tabii olacakları 'tabii' yükümlülüklerle hukuki bir geçerlilik tanınmasıdır ki bu bağlamda evlenme modellerini öne çıkarmaktadır. Görünen odur ki, Roma köle hukukunun temel düsturlarından olan 'kölenin hukukun geçerli bir evlilik kuramama'sı *familia Caesaris* üyesi olan köleler bakımından geçerli değildir.²¹⁰ Buna karşın *familia Caesaris*'in tamamıyla yeknesak bir statüde sayılan köle/atatlılardan müteşekkil olduğu da söylenemez; nitekim gerek evlenme modelleri gerekse de çocuklarının statüsü açısından *familia caesaris* üyelerinin hepsinin aynı imtiyazlara, aynı derecede sahip olmadığı da görülmektedir. *Familia Caesaris* içinde bu bağlamda en öne çıkan grup, İmparatorluk maliyesinin bünyesinde çalışanlar (*servi fiscalis*) olmaktadır.²¹¹ Burada üzerinde son durulması gereken; *familia caesaris*'in diğer tüm köle tiplerine göre imtiyazlı görünen durumunun *sc Claudinaum* hükümleri karşısında da geçerli olup olmayacağı sorusudur. Nitekim örneğin *Codex Theodorianus*'da yer alan²¹² *Constantinus*'un emirnamesinde, *familia caesaris* mensubu *servi fiscali* köleler ile evlenen özgür kadınların *sc Claudinaum* hükümlerinden istisna edileceği yer almaktadır. Buna karşın *familia caesaris* mensuplarının *sc Claudianum* hükümlerine tabii olmayacağına ilişkin başka hiçbir bilgi bulunmamakta olup, bu bağlamda *sc Claudianum*'un *familia caesaris*'e ilişkin herhangi bir kayıt içermemiş olduğu anlaşılmaktadır. *Sc Claudianum*, *familia Caesaris*'e herhangi bir istisna öngörmemiş aksine, kuvvetle muhtemel, İmparator atatlısı *Pallas sc Claudianum*'u tasarlarken *familia Caesaris* üyelerinin evliliklerinden ilham almıştır.

²⁰⁴ Varr. De Rust. 1.2.14; Colum. De Rust. 1.8.1-2, 12.3.

²⁰⁵ MOMMSEN, Staatrecht I, s. 323, dn 3.

²⁰⁶ Ulp. Tit. 20, 16; ayrıca bkzn. CIL VI. 2354.

²⁰⁷ EDER, Walter, *Servitus publica: Untersuchungen zur Entstehung, Entwicklung und Funktion der öffentlichen Sklaverei in Rom*, F. Steiner, Wiesbaden, 1980, s. 102-123.

²⁰⁸ WEAVER, *Familia Caesaris*, s. 112-122.

²⁰⁹ K.G. için bkzn. WINTERLING, Alois, *Aula Caesaris: Studien zur Institutionalisierung des Römischen Kaiserhofes in der Zeit von Augustus bis Commodus (31 v. Chr. – 192 n. Chr.)*, R Oldenburg, Müh, 1999.

²¹⁰ WEAVER, *Familia Caesaris*, s. 141, 295.

²¹¹ WEAVER, *Familia Caesaris*, s. 296.

²¹² Cod. Th. 4.12.3.

Görüldüğü üzere, M.S. 1. yüzyıl itibarıyla Roma toplumu içinde birçok farklı köle tipi bulunmaktaydı ve bunların arasında kendilerine efendileri tarafından özgürlük alanları bırakılmışların sayısı hiç de az değildir. Keza, ekonomik olarak iyi durumda addedilebilecek kölelerin sayısı da azımsanamaz. *Familia Ceasaris* üyesi kölelerin özgür kadınlarla birliktelikler kurduklarını biliyoruz²¹³ ve bu bağlamda nadiren de olsa toplumun daha varlıklı sayılabilecek kesimlerinden kadınlar dahi *familia Ceasaris* ile beraberlik içine girebilmekteydiler.²¹⁴ *Claudius* devrinde *familia Ceasaris*'in genel olarak ehemmiyetinin arttığını düşünürsek bir *familia Ceasaris* mensubunun birliktelik yaşayacağı kadınların sadece alt-sınıf kadınlar olamayacağı açıktır. Bunun yanı sıra, özel bir vatandaşın hakimiyeti altında bulunan -şehir- kölelerin toplumsal konumlarının efendilerinin ekonomik gücü ile bağlantılı olacağı ve kölelerin bu maddi durumlarının hangi sınıftan özgür kadınla birliktelik yaşayacaklarını belirleyeceği de rahatlıkla iddia edilebilir.²¹⁵ Dolayısıyla sadece azatlı, *illegitimae* veya fakir kadınlar köleler ile birliktelik yaşıyor değildirler; daha düşük oranlarda olsa da varlıklı, özgür kadınların da zengin ve sosyal/kamusal bağlantıları haiz köleler ile birliktelikler yaşıyor olmaları oldukça muhtemeldir. Burada son eklenecek olan husus, yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, Roma toplumunun bugün 'alt sınıf' olarak nitelendirilecek kesiminin oldukça geniş olduğu gerçeğidir. Tüm bu noktalar değerlendirildiğinde, M.S. 1. yüzyıl itibarıyla Roma toplumunda özgür kadınların başkalarının köleleri ile birliktelikler yaşamalarının hiç de az rastlanılacak bir durum olmadığı ve toplumun farklı kesimlerinden özgür kadınların böyle ilişkilerin tarafı olabildikleri sonucuna varılır. *Sc Claudianum* da yaygın biçimde görülen söz konusu pratiği aslında yasaklamamış, sonuçlarını efendinin lehine olarak düzenlemiştir. *Sc Claudianum* özgür kadınların köleler ile birlikteliklerini engellemek amacıyla değildi, çünkü 'fiili gerçeği' hukukun değiştiremeyeceğini belki de en iyi *Pallas* bilmekteydi: özgür kadınlar ile başkalarının köleleri birliktelikler yaşamaktaydılar ve bu durum da Roma'nın toplum yapısının doğal bir sonucu idi.

SONUÇ

Roma *Senatus*'u *Octavianus*'a, M.Ö. 27 yılının 16 Ocak gününde, *Augustus* ve de *Princeps* ünvanlarını bahşederken aynı zamanda Roma devleti için de yeni bir devirin başlanıcını ilan etmekteydi. Roma Cumhuriyeti artık sona ermiş ve eski Roma'nın ruhunu da bir nevi yanında götürmüştür. Cumhuriyetin değerleri, imparatorluğun kazanımları ve ihtirasları karşısında geri plana itilmiş; *Lucius Quinctius Cincinnatus*'ın şahsında²¹⁶ hayat bulan, 'Romalılığın' ve de ahlaklı, çalışkan, 'erkek' (*vir-tus*) modelinin simgesi²¹⁷ "çiftçi"nin yerini yeni, şehirli (*urbanus*) grup almaya başlamış ve bu bağlamda bir yandan Roma nüfusu giderek artarken, diğer yandan da imparatorluk sınırları kapsamında şehirleşme hız kazanmıştır.²¹⁸ Tarımın şekil değiştirmesi - giderek genişleyen sınırlar dahilinde ticaretin

²¹³ HERRMANN-OTTO, E, Ex ancilla natus. Untersuchungen zu den 'hausgeborenen' Sklaven und Sklavinnen im Westen des römischen Kaiserreiches, Stuttgart, 1994, s. 201; RAWSON, s. 75.

²¹⁴ Örneğin bkz. CIL VI.2310 = VI.4462; CIL VI.2311; CIL VI.2321; CIL VI.2363; CIL VI.2374.

²¹⁵ Roma'nın özgür ve yoksul kesiminin ciddi bir oranının şehirlerde yaşadığını da burada hatırlatayım. Bu bakımdan şehirleşmenin ve fakirliğin birlikte yükseldiği söylenmektedir (MORLEY, s. 37-39; PURCELL, Nicholas, The city of Rome and the plebs urbana in the late Republic, Cambridge Ancient History, Cilt 9, 1994, s. 647).

²¹⁶ *Lucius Quinctius Cincinnatus* için bkz. Liv. 3. 26-29.

²¹⁷ bkz. Cat. De Arg. pr-1

²¹⁸ M.Ö. 28 tarihli *census*'da Roma vatandaşlarının sayısı 4 milyon iken, 42 yıl sonra, M.S. 14'deki *census*'a göre ise neredeyse 5 milyona ulaşmıştır (Res Gestae Divi Augusti, 8). Bu bağlamda *Augus-*

artması ve yaygınlaşması –gerek merkezde gerekse de eyaletlerde nüfusun şehirlerde toplanması gibi sebepler sonucunda Roma ekonomisi ile birlikte toplum yapısı da farklılaşmaya başlamış ve çiftçi/asker vatandaşlardan müteşekkil olarak mahiyeti belirsiz *patricii* - *plebs* ayırımı üzerine kurulmuş Roma toplumu artık kozmopolit bir karaktere evrilmeye başlamıştır. Bu değişim sırasında eski aristokratik aileler de ‘ilginç’ bir şekilde kaybolmaya yüz tutmuş²¹⁹ ve yerlerini İtalya ve İmparatorluğun farklı yerlerinden gelen dinamik ve yeni unsurlara bırakmışlardır. Bu bağlamda değişen sadece anlayışlar olmamış, Roma hukuku kaynakları da farklılıklar göstermeye başlamış ve *Principatus* devrinin ideolojik simgesi ‘*Senatus*’, özellikle İmparatorluğun ilk iki yüzyılı itibarıyla bir teşri organı olarak öne çıkmaya başlamıştır.

Principatus’un ilk *princeps*’i *Augustus* kendi iktidarı ile hayat bulan ‘yeni Roma’ ruhunu eski Roma ile telif etmek amacıyla, bugün ‘toplumsal mühendislik faaliyeti’ olarak nitelendirilebilecek çok sayıda düzenleme yapmıştır.²²⁰ *Augustus*’un tüm bu düzenlemeleri *lex* (kanun) formundadır; bu bakımdan kendisi *Senatus* kararlarına başvurmamıştır. Buna karşın görülmektedir ki *Senatus* ve kararları (*Senatus consulta*), *Principatus* devrinin karakteristikleri ile uyumlu olarak halk meclisleri ve kanunlarının yerine geçmiştir. Nitekim *Principatus* devrinde toplumsal düzenlemeler öngören *ratio legis*’lere sahip birçok *Senatus* kararı da bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında *Claudius* devrinde çıkarılmış olan ve özgür kadın ile köle erkeğin birlikteliğini düzenleyen *Senatus* kararı (*sc Claudinuum*) da *Augustus* ile başlayan bir temayülün devamı olarak görülebilir ve Roma hukukun M.S. 1 yüzyıldan itibaren özgür kadınların başkalarının köleleri ile birliktelikler içine girmelerinin toplumsal/sınıfsal mülahazlarla yasaklanmış olduğu sonucuna varılabilir. Buna karşın *sc Claudianum*’un muhtevası ve öngördüğü hükümlerin analizi bize *sc Claudianum*’un *ratio*’sunun söz konusu ilişkileri engellemek, yasaklamak veya cezalandırmak olmadığını göstermektedir. *Sc Claudianum*’ın hedefi özgür kadın veya köle erkek değildir; erkek kölenin efendisinin kölesi üzerindeki (maddi-manevi) hakları olup amacı da bu hakların simgelediği ‘efendinin kölesi üzerindeki hakimiyetini tüm unsurlarıyla’ muhafaza etmektedir. Her ne kadar bazı yazarlarca (örneğin *Suetonis* veya *Tertullianus*) *sc Claudianum*’a ahlaki bir misyon yüklenilmiş olsa da gerçeğin böyle olmadığı aşikardır. Nitekim, *sc Claudianum*’un hükümlerinin uygulama alanı bulması sadece kölenin efendisinin iradesine bağlanarak efendi dışındaki dinamikler dışarıda tutulmuş ve ilişkiye onayı olup olmamasına göre farklı olasılıklar öngörülmüştür. *Sc Claudianum* ayrıca bilinçli olarak bazı hususları düzenlemeyerek (örneğin söz konusu ilişkiyen doğan çocuğun statüsü) efendi ile kadının aralarında anlaşabilecekleri alanlara imkan bırakmıştır.

Sc Claudianum genel hükümleri içeren ve herhangi bir istaisna öngörmeyen bir *Senatus* kararı idi. Tüm özgür Romalı kadınların her kategoriden köle ile olan birliktelikleri için cari olmakla aynı zamanda bizi M.S. 1 yüzyıl itibarıyla Roma toplumunda özgür kadın – köle erkek fiili birlikteliğinin yaygın olarak görüldüğü ve sadece belirli kadın ya da köle

tus’un yönetiminde Roma nüfusunun yarım yüzyıldan kısa bir süre içinde %25’lik muazzam bir artış göstermiş olduğunu söyleyebiliriz ki *Augustus*’un azada ve vatandaşlığa ilişkin tüm düzenlemeleri de bu bağlamda değerlendirilmelidir. *Augustus*, Roma vatandaşlığını ‘hak edecek’ kişileri belirlemektedir yoksa belirli bir gruba (etnik/sosyal/kültürel/dini) ait olduğu düşünülecek kimseleri dışlamak amacıyla değildir. Cumhuriyet sonunda ve İmparatorluk devrinin başlarında vatandaşlığa alınacak kişilerin Latince bilgileri dahil olmak üzere belirli bir kültürel uyum içinde olmaları gerektiğine yönelik inanç da bu bağlamda yorumlanabilir.

²¹⁹ bu konuya ilişkin bkz. GARNSEY/SALLER, s. 145-146.

²²⁰ *Lex Fufia Caninia; Lex Aelia Sentia; Lex Iunia Norbana; leges Iuliae* ((*Lex Julia de maritandis ordinibus* – *Lex Iulia de adulterii coercendis* - *Lex Papia Poppaea* - *Lex Iulia de Ambitu*).

topluluklarına özgü olmadığı sonucuna götürmektedir. Roma'nın değişen değerleri ve toplum yapısı karşısında özgür kadınların köle erkeklerle birlikteliklerin sayısı artmıştır ve *sc Claudianum* da bu birliktelikleri kabul ederek kaderlerini efendilerin iradelerine bırakmıştır. Sonuçta: ‘özgür kadın – köle erkek’ ilişkisine Roma hukukunun bakışı ‘ahlaki’ veya ‘sınıfsal’ bir mahiyetten görülemez, daha ziyade efendinin kölesi üzerindeki tüm haklarının korunmasını amaçlamakla ‘hakimiyet’ odaklıdır. Roma hukuku için mesele: özgür kadın ve köle erkek ilişkisinin toplumsal veya hukuksal olarak kabul edilemezliğine ilişkin değildir; kölesinin özgür bir kadınla olan ‘aşkının’ dahi efendinin onayına tabii olması gerekliliğine bağlıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

ANDREAU, Jean, *Banking and Business in Roman Law*, (çev.) Janet Lloyd, Cambridge University Press, Cambridge, 1999

BAGNALL, Roger/FRIER, Bruce, *Demography of Roman Egypt*, 2. bası, Cambridge University Press, 2006

BONFANTE, Pietro, *Storia del Diritto Romano*, Cilt I, 4. bası, Giuffrè, Milano, 1958

BRADLEY, Keith, *Slaves and Masters in the Roman Empire: A Study in Social Control*, Oxford University Press, New York, 1987 (Slaves and Masters)

BUCKLAND, W.W., *A Textbook of Roman Law*, 3.bası, Cambridge University Press, Cambridge, 1963 (Textbook)

BUCKLAND, W.W., *The Roman Law of Slavery, Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2001 (Law of Slavery)

ÇELEBİCAN, Karadeniz Özcan, *Roma Hukuku: Tarihi - Kaynaklar – Genel Kavramlar – Kişiler Hukuku – Hakların Korunması*, 17. bası, Turhan, Ankara, 2014 (Roma Hukuku)

DI MARZO, Roma Hukuku, (çev.) Ziya Umur, 2. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959

EDER, Walter, *Servitus publica: Untersuchungen zur Entstehung, Entwicklung und Funktion der öffentlichen Sklaverei in Rom*, F. Steiner, Wiesbaden, 1980

HARPER, Kyle, *Slavery in the Late Roman World: AD 275 - 425*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011 (Slavery in the Late Roman World)

HERRMANN-OTTO, Elisabeth, *Sklaverei und Freilassung in der Griechisch-Römischen Welt*, Darmstadt, 2017 (Sklaverei und Freilassung)

JOLOWICZ, H.F., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1932

KASER, Max, *Das Römische Privatrecht*, Cilt 1-2, Beck, Münih, 1971-1975

KRUGER, Paul, *Geschichte de Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, 2. bası, Münih, 1912

LEVICK, B.M., *Claudius*, Yale University Press, New Haven, 1990

MOMMSEN, Theodor, *Römische Geschichte I*, 2. bası, Wiedmann, Berlin, 1856

MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, Cilt III-2, Leipzig, 1888 (Staatsrecht)

- MOMMSEN, Theodor, Römische Strafrecht, Duncker & Humblot, Leipzig, 1899 (Strafrecht)
- MOMIGLIANO, Arnaldo, Claudius; the Emperor and His Achievement, (çev.) Hogarth W. D., Clarendon Press, Oxford, 1934
- MONIER, Raymond Manuel, Elémentaire de Droit Romain, Cilt I, 6. bası, Domat, Paris, 1947
- RADO, Türkan, Principatus devrinde Roma Hususi Hukukunun *Senatus consultum*'lar Yoluyile Islahi, İstanbul, 1958 (*Senatus consultum* Yoluyile Islah)
- ROSTOVITZ, Michael: The Social Economic History of the Roman Empire, 2. bası, Clarendon Press, Oxford, 1957
- UMUR, Ziya, Roma Hukuku – Tarihi Giriş – Kaynaklar - Genel Esaslar, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983 (Roma Hukuku)
- SCHULZ, Fritz, History of Roman Legal Science, Clarendon Press, Oxford, 1946
- SCHULZ, Fritz, Principles of Roman Law, (çev.) Marguerite Wolff, Clarendon Press, Oxford, 1936 (Principles)
- SCHWARZ, Andreas, Roma Hukuku Dersleri, (çev.) Türkan Rado, 2. Bası, Kenan, İstanbul, 1945
- TAMER Diler, Augustus Çağında Cinsel Suçlar: Lex iulia de adulteriis coercendis, Homer, İstanbul, 2007
- WATSON, Alan, Roman Slave Law, John Hopkins University Press, Baltimore, 1987
- WEAVER, P. R. C., Familia Caesaris: A Social Study of the Emperor's Freedmen and Slaves, Cambridge University Press, Cambridge, 1972 (Familia Caesaris)

Makaleler/Bölümler

- ALBANESE, Bernardo, Apunti sul Senatusconsulto Claudiano, (ed.) Matteo Marrone, Scritti giuridici, Cilt 1, Palumbo Giappichelli, Torino, 1991, s. 29–39
- CROOK, John, Gaius, Institutes, 1.84-86, The Classical Review, Cilt 17, Sayı 1, 1967, s. 7-8
- ÇELEBİCAN, Karadeniz Özcan, Roma Hukuku'nda Peculium Müessesesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt 25, Sayı 3, 1968, s. 179-194
- DE LIGHT, Luke, Legal History and Economic History: The Case of the Actiones Adiecticiae Qualitatis, The Legal History Review, Cilt 67, Sayı 3-4, 1999, s. 205-226
- ERDÖDY, János, SC Claudianum: a Positive Feedback on Property or Defence of Family Bonds?, Journal of European History of Law, Cilt 11, Sayı 1, 2020, s. 152-160
- FENOALTEA, 'Stefano, Slavery and Supervision in Comparative Perspective: A Model', The Journal of Economic History, Cilt 44, Sayı 3, 1984, s. 635-668
- GAMAUF, Richard, 'Slaves doing business: the role of Roman law in the economy of a Roman household', European Review of History—Revue européenne d'histoire, Cilt 16 Sayı 3, 2009, s. 331-346
- HARPER, Kyle, The SC Claudianum in the Codex Theodosianus: Social History and Legal Texts, The Classical Quarterly, New Series, Cilt 60, Sayı 2, 2010, s. 610-638 (SC Claudianum)
- HOETNIK R.H., Autour du « Sénatus- Consulte Claudien ». (ed.) Henri Lévy-Bruhl, Droits de l'antiquité et sociologie juridique, Sirey, Paris, 1959, s. 153–162

- JONGMAN, M. Willem, Rome: The Political Economy of a World Empire, *The Medieval History Journal*, Cilt 6 Sayı 2, 2003, s. 303-329
- MORLEY, Neville, The Poor in the City of Rome, (ed.) Atkins Margaret/Osborne, Robin, *Poverty in the Roman World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s. 21-39
- PÓLAY, Elemer, Die Sklavenehe und das römische Recht, *Acta Jur. et Pol. Univ.*, Cilt 14, Sayı 7, Szeged, 1967
- RADO, Türkan, Roma'da Senatus ve Teşri Salahiyeti, *ÜHFM*, Cilt 13, Sayı 1, 1947, s. 239 – 258 (Teşri Salahiyeti)
- RADO, Türkan, *Le Senatus consultum Claudianum*, *Annales Fac. Droit d'Istanbul*, Cilt 3, 1954, s. 44–55
- RAWSON, Beryl, Family Life among the Lower Classes at Rome in the First Two Centuries of the Empire, *Classical Philology*, Cilt 61, Sayı 2, 1966, s. 71-83
- SCHILLER, A. Arthur, *Senatus Consulta in the Principate*, *Tulane Law Review*, Cilt 33, 1959, s. 491-508
- SCHEIDEL, Walter: Human Mobility of Roman Italy II: The Slave Population; The Slave Population, *Journal of Roman Studies*, Cilt 95, 2005, s. 64- 79
- SCHEIDEL, Walter: The Roman Slave Supply, (ed.) K. Bradley/P. Cartledge, *The Cambridge World History of Slavery*, Cilt I: The Ancient Mediterranean World, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 287-310 (Slave Supply)
- SIRKS, A.J. Boudewijn, Der Zweck des *Senatus consultum Claudianum* von 52 n. Chr., *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Cilt 122, 2005, s. 138-149
- WEAVER, P.C.R., Gaius 1.84 and the S.C. Claudianum, *The Classical Review*, Cilt 14, Sayı 2, 1964, s. 137-139 (Gaius 1.84)

Klasik Kaynaklar

- CATO & VARRO, *De Re Rustica/On Agriculture*, (çev.) Harrison Boyd Ash, Harvard University Press, 1967
- CICERO, M. Tullius, *Topica/Cicero's Topica*, (çev.) Reinhardt Tobias, Oxford, Oxford University Press, 2004
- SUETONIUS, *De Vitis Casesarum/Life of Twelve Ceasars*, (çev.) Rolfe J.C, Harvard University Press, Massachusetts, 1914
- TACITUS, *Annales/The Annals*, (çev.) Church John Alfred /Brodrigg Jackson William, Londra, MacMillan & Co, 1876
- VARRO, *De Lingua Latina/On the Latin Language*, (çev.) Roland G. Kent, Cambridge, Harvard University Press, 1938

Sözlükler

- BERGER, Adolph: *Encyclopedic Dictionary Of Roman Law*, The American Philological Society, Philadelphia, 1991
- GLARE, P.G.W., *Oxford Latin Dictionary*, 2. bası, Oxford University Press, Oxford, 2012

HEUMANN Hermann Gottlieb/SECKEL Emil, *Handlexicon Zu Den Quel-len Des Römischen Rechts*, 9. Bası, Gustav Fischer, Jena, 1926

KABAAĞAÇ Sina/ALOVA Erdal, *Latince-Türkçe Sözlük*, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1995

LEWIS Charlton T. /SHORT Charles, *A Latin Dictionary*, Clarendon Press, Oxford, 1891

UMUR, Ziya: *Roma Hukuku* LUGati, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983

SMITH, William: *A Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology I-III*, Londra, John Murray, 1880

SMITH, William: *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, New York, Harper & Brothers Publishing, 1884

Roma Hukuku Kaynakları

BRUNS, Karl Georg, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, (ed.) Gradenwitz Otto, 7.bası, Tubingen, 1909

Corpus Iuris Civilis I-III, (ed.) Kruger Paul/Mommsen Theodor/Kroll Wilhelm/Schoell Rudolf, Weidmann, Berlin, 1889

Corpus Inscriptionum Latinarum, (ed.) Mommsen Theodor, Berlin, 1862 – 1936

Domitii Ulpiani Fragmenta Vulgo Tituli Ex Corpore Ulpiani, (ed.) Hugo Gustav, Nabu Press, 2012

GAIUS, *Institutiones*, (çev.) Zulueta Francis de, Clarendon Press, Oxford, 1946

Iustinianus Institutiones (çev.) Umur Ziya, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968

LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1927

Pauli Sententiae, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova, Padova, 1995

RICCOBONO, Salvatore, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, Cilt I, Floransa, 1941

The Codex of Justinian, (ed.) Frier Bruce W. (çev.) Blume Fred H, Cambridge University Press, Cambridge, 2016

The Digest of Justinian 1-4, (ed.) Mommsen Theodor/Kruger Paul, (çev.) Watson Alan, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985

The Oxyrhynch Papyri I-XIV, (çev.) Grenfell Bernard P. / Hunt Arthur S., Londra, 1898-1920

The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions, (çev.) Pharr Cyldre, Princeton University Press, New Jersey, 1952

^{4f} ALKOLLÜ ARAÇ KULLANMA NEDENİYLE UYGULANAN İDARİ VE CEZAI YAPTIRIMLAR

(ADMINISTRATIVE AND CRIMINAL SANCTIONS FOR DRIVING UNDER THE INFLUENCE OF ALCOHOL)

Arş. Gör. Simge DEMİR BAYRAM* **

ÖZ

Alkol türlerinden biri olan etil alkol, insan tüketimine uygun olup, çeşitli yiyecek ve içeceklerde bulunmaktadır. Söz konusu yiyecek ve içeceklerin tüketilerek araç kullanılması ise çalışmamızın konusunu oluşturan alkollü araç kullanma nedeniyle yaptırım uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Yalnızca alkol tüketilmesi sürücüyü yaptırım uygulanması için yeterli olmayıp, alkolün kişide yarattığı etkiye göre yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı belirlenmektedir. Alkolün kişiler üzerindeki etkisi çeşitli testlerle tespit edilip, tükettiği alkol promili ölçülmekte, trafik güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediği belirlenmektedir.

Alkollü araç kullanma halinde sürücüyü cezai ve idari olmak üzere iki yaptırım türü uygulanmaktadır. Ceza yaptırımı için mevzuatta promil sınırı belirlenmemesi nedeniyle yargı kararları ile öğretisi ışığında belirlenen promil sınırları ve gerekmesi halinde diğer bulgular ışığında yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı tespit edilmektedir. Sürücünün mevzuatta belirlenen promili geçmesi halinde ise idari yaptırım uygulanmaktadır. Yapılan testler sonucunda sürücünün emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemediğine kanaat getirilmesi halinde yaptırım uygulanmasına karar verilmektedir.

Alkol tüketiminin ardından araç kullanma nedeniyle sürücüyü uygulanacak olan yaptırma karşı sürücünün başvuru yolları bulunmaktadır. Ceza yaptırımına karşı sürücünün şartları uygunsu istinaf kanun yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır. İdari yaptırma karşı başvurulacak yargı yolu verilen yaptırma göre farklılık göstermekte, sürücünün kimi yaptırma karşı idari yargıya kimi yaptırma karşı sulh ceza hakimliğine başvurma hakkı bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Alkol, Promil, Emniyetli Bir Şekilde Araç Sevk ve İdare Etme, Trafik Güvenliğinin Tehlikeye Düşürülmesi, Ceza Yaptırımı, İdari Yaptırım, Yargı Yolu

ABSTRACT

Ethyl alcohol, which is a type of alcohol, suitable for human consumption that is found in various foods and beverages. Driving after the consumption of such foods and beverages results in the imposing of sanctions due to driving under the influence of alcohol, which constitutes the subject of our work. The consumption of alcohol solely is not sufficient

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi:31.01.2019. İlk hakem raporu tarihi:13.08.2020. İkinci hakem raporu tarihi:03.02.2021. Onaylanma Tarihi:03.02.2021.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9425-4148

Esere Atıf Şekli: Simge Demir Bayram, "Alkollü Araç Kullanma Nedeniyle Uygulanan İdari ve Cezai Yaptırımlar", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1711-1746.

to impose sanction on the driver, it is rather determined whether to impose sanction depending on the effect of alcohol on the person. By various tests, the effect of alcohol on people is determined, the consumed alcohol promille is measured and it is determined whether it has jeopardized the traffic safety or not.

In case of driving under the influence of alcohol, the driver is subjected to two types of sanctions that are criminal and administrative sanctions. Since the limit of promille is not established by the legislation for the criminal sanction, the promille limit is determined by the judicial decisions and doctrine and it is decided, whether to impose sanction in the light of other findings if necessary. For the administrative sanction to be applied, the driver must exceed the limit of promille determined by the legislation. Administrative sanction is applied in case the driver exceeds the limit of promille determined by the legislation. As a result of the applied tests, if it is opined that the driver is not able to conduct the vehicle safely, it is decided to impose sanction.

The driver has remedies against the sanctions imposed due to driving after the alcohol consumption. The driver has the right to appeal against the criminal sanctions if the appeal conditions have been met. The remedy against the administrative sanction differs according to the type of the administrative sanction imposed, for some administrative sanctions, the driver has the right to resort to administrative jurisdiction, whereas for other administrative sanctions, the driver has the right to resort to the criminal court of peace.

Keywords: *Alcohol, Promille, Safe Conduct of Vehicle, Jeopardize Traffic Safety, Criminal Sanction, Administrative Sanction, Judicial Remedy*

GİRİŞ

Günümüzde özel araçları kullanmanın artması ve bilinçlendirme çalışmalarına rağmen alkol tüketiminin ardından araç kullanmanın da artması nedeniyle trafik güvenliği tehlikeli hale gelmekte ve trafik kazaları artmaktadır. Yapılan araştırmalarda alkol tüketiminin trafik kazalarının artmasında önemli bir etken olduğu ortaya çıkmıştır. Bu nedenle çalışmamızda ilk olarak alkolün ne olduğu, hangi tür alkolün araç kullanmaya etkisi olduğu, alkolün insanlar üzerindeki etkileri, hangi durumlarda trafik güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğü, promil sınırının ne olduğu, hangi testlerle promilin tespit edildiği konuları üzerinde durulacaktır.

Alkollü araç kullanma nedeniyle meydana gelen kazalar kişilerde can ve mal kaybına neden olmaktadır. Bu nedenle trafik güvenliğinin sağlanması ve kişilerin zarara uğramasının önüne geçilmesi amacıyla devlet tarafından yaptırımlar uygulanmaktadır. Uygulanan yaptırımlar çeşitlilik göstermektedir. Karayolları Trafik Kanunu'nda 2013 yılında yapılan açık düzenleme öncesinde Devlet tarafından alkollü araç kullananlara gerek ceza yaptırımını gerek idari yaptırımın uygulanmasına dair hukuki dayanak olmasına karşın uygulanacak yaptırım türüne ilişkin mevzuatta açık bir düzenleme olmaması öğretilerde çeşitli tartışmalara neden olmuştu. Uygulamada yalnızca ceza yaptırımını uygulanmış, idari yaptırım geri planda kalmış, bir yaptırımın uygulanması öğretilerde eleştirilmiş, caydırıcı olması adına iki yaptırımın da uygulanması gerektiği belirtilmişti. Bu eleştiriler doğrultusunda ve düzenleme yapılması ihtiyacı dolayısıyla Karayolları Trafik Kanunu'nda değişiklik yapılmış, değişiklik sonrası iki yaptırım türü birden uygulanabilir hale gelmiştir. Bu bağlamda Karayolları Trafik Kanunu'nda yapılan 2013 değişikliğinden sonra iki yaptırım türünün de uygulanacağı konusunda açıklık sağlanmıştır. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle yaptırımın ne olduğu açıklanacak, sonrasında ceza yaptırımını ile idari yaptırım konularına açıklık getirilerek hangi

yaptırımın, hangi şartlarda uygulanabilir olduğu, yeni değişiklik sonrası iki yaptırımın birden uygulanmasının ne bis in idem ilkesi karşısındaki durumu konularına açıklık getirilecektir.

Alkollü araç kullanma halinde uygulanan yaptırıma karşı yaptırım uygulanan sürücü yargısal yollara başvurabilmektedir; ancak uygulanan yaptırım türüne göre başvurulacak yargısal yol da değişmektedir. Bu nedenle çalışmamızda son olarak uygulanan yaptırım türüne göre hangi yargısal yola başvurulabileceği konusu incelenecektir.

1. Alkollü Araç Kullanma Nedeniyle Yaptırım Uygulanması için Aranan Şartlar

1.1. Sürücünün Alkollü Olması

1930'lu yıllarda motorlu araçları alkol tüketiminin ardından kullanmanın trafik kazalarının meydana gelmesinde etkili olduğu konusunda toplumda bir ortak kanı oluşmuştur. Keza 1960 yılının ortalarından sonra ABD'nin birçok eyaletinde alkollü araç kullanmayı sınırlayacak düzenlemeler yapılmıştır².

Kandaki alkol seviyesi ile meydana gelen suçlar arasındaki oran üzerine yapılan çalışmalarda trafik kazası yapan kişilerin %100-150 mg alkol etkisi altında oldukları belirlenmiştir. Bunun nedeninin alkolün sürüş yeteneğini olumsuz etkilemesi olduğu tespit edilmiştir³.

1.1.1. Alkolün Tanımı

Alkol, Arapça'dan gelmekte olup, Al-kuul kelimesinden türetilmiştir. Alkol, kimyasal olarak karbon atomuna doğrudan - OH grubunun bağlı olduğu organik bileşiklere verilen genel terimdir⁴. Alkolün metil, etil, izopropil gibi türleri bulunmakla birlikte çalışmamızda alkol olarak etil alkol (etanol olarak da adlandırılır) konu edinilmiştir⁵.

Alkol, çeşitli içkilerin içinde farklı oranlarda bulunan bir maddedir. Bu nedenle araç kullanmanın gerektiği durumlarda söz konusu içkilerin içimine de dikkat edilmesi gerekir. Bu içeceklere örnek olarak⁶:

- Birada: %3-5,
- Boza, şıra türü içeceklerde: %4,
- Meyveli şaraplarda: %5-11,

² Hancı, İ. Hamit/ Aşçıoğlu, Faruk/ Arslan, Çetin/ Coşkunol, Hakan/ Şirin, Hadiye/ Dener, Yücel/ Ünver, Yener/User, Neşe Nur/ Karakülah, Devrim/Yaylacı, Serpil/ Alkan, Nevzat/ Yüksel, Nurhayat/ İdiz, Nuri/ Dülger, Özden/ Aktay, Göknur/ Çolak, Ayfer, ““Türk Ceza Yasasına Göre Alkollü Araç Kullanımının Güvenli Sürüş Yeteneğine Etkileri” Çalıştay Sonuç Bildirgesi”, Adli Bilimler Dergisi, Ankara 2009,(<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-ihamithanci-2.htm&kw=t%C3%BCrk+ceza+yasas%C4%B1na+g%C3%B6re+alkoll%C3%BC#fm>, E.T.16.02.2018) s.5.

³ Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakülah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/İdiz/ Dülger/ Aktay/Çolak, s.5.

⁴ Baduroğlu, Erol/Durak, Dilek, “Alkol ile İlgili Adli Tıp Sorunları”, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C.36, S.2, Y.2010, ss.65-71, s.65; Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/ Coşkunol/Şirin/ Dener/Ünver/User/Karakülah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/İdiz/Dülger/Aktay/Çolak, s.2-3.

⁵ Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakülah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/İdiz/ Dülger/ Aktay/Çolak, s.2-3; Aşçıoğlu, Faruk, “Trafikte Güvenli Sürüş Açısından Alkol”, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2009, s.1-3.

⁶ Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakülah/Yaylacı/Alkan/ Yüksel/İdiz/Dülger/Aktay/Çolak, s.3.

- Bordo şaraplarda: %7-12,
- Şampanyada: %10-13,
- Vermutta: %14-16,
- Likör: %20,
- Rakıda: %40-45,
- Kanyakta: %40-70,
- Viskide: %40-70,
- Cinde: %51-55.

1.1.2. Alkolün Etkisi

Alkol, sürücünün beynini etkileyerek algılamasını, kavramasını, dikkatini, karar vermesini ve uygulama yeteneğini bozmakta, bu nedenle de sürücünün gaz, fren, debriyaj ve direksiyon hakimiyetini olumsuz etkilemekte, kavşak dönüşlerinde, şerit değişiminde vs. zor duruma düşürmekte ve hatta trafik kazalarına neden olmaktadır⁷.

Alkolün etkisi çeşitli etkenlere göre değişiklik göstermektedir. Bu etkenler: alınan alkol miktarı, alkol alımının ardından geçen süre, alkol alan sürücünün alkole karşı toleransı, aç yahut tok olma durumu, alkol alış hızı, yaşı, cinsiyeti, vücut ağırlığı, aldığı diğer ilaç, yiyecek ve bitkisel ürünler, sıcak havadan soğuk havaya geçişi, korku yahut stresin varlığı yani psikolojisi, aniden ayağa kalkması, sigara kullanması vb.dir⁸.

Alkolün sürücü üzerindeki etkileri, reaksiyon zamanını etkileme, otomatik tepki göstermenin kaybolması, dikkatin azalması, gözün odaklandığı cisimden normale dönme zamanının uzaması, cisimlerin net olmaması, mesafe tahminin yapılamaması şeklinde sayılmaktadır⁹.

1.2. Sürücünün Trafik Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi

Sürücünün alkol kullanımı nedeniyle yaptırma tabi tutulması için yalnızca alkol kullanması yeterli olmamakta, alkol kullanımının trafik güvenliğini tehlikeye düşürecek kadar sürücüyü etkilemesi gerekmektedir¹⁰. Kaldı ki alkollü araç kullanan kişiye ceza yaptı-

⁷ Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakulah/Yaylacı/ Alkan/Yüksel/ İdiz/ Dülger/ Aktay/Çolak, s.2.

⁸ Baduroğlu/Durak, s.66; Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakulah/ Yaylacı/ Alkan/Yüksel/İdiz/Dülger/Aktay/Çolak, s.3; Aşçıoğlu, s.22-23; Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, “Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, Cilt IV, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, s.5525.

⁹ Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakulah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/ İdiz/ Dülger/ Aktay/Çolak, s.7; Aşçıoğlu, s.17-22.

¹⁰ Donay, Süheyl, “Türk Ceza Kanunu Şerhi”, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s.267-268; Çınar, Ali Rıza, “Ceza Yasasında Alkollü Araç Kullanma Suçu”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu-Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:142, Ankara 2008, s.672; Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, “Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla Uygulamalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu”, C.III, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s.2820; Önok, Murat, “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK.m.179)”, TBB Dergisi, S.121, Y.2015, ss.157-202, s.172; Türay, Aras, “Alkollü Araç Kullanmak Suretiyle Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Bakımından Mutlak Karine Sisteminin Değerlendirilmesi”, Alkollü Araç Kullanmak Suretiyle Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Bakımından Mutlak Karine Sisteminin Değerlendirilmesi Suç ve Ceza, S.1-2, Y.2016, ss.131-183, s.167.

rımı uygulanabilmesi için alkolün sürücünün güvenli araç sürme yeteneğinin kaybına neden olduğunun mahkemede ispatlanması gerektiği yönünde öğretiler bulunmaktadır¹¹.

1.2.1. Sürücünün Genel Olarak Emniyetli Bir Şekilde Aracı Sevk ve İdare Edemeyecek Hale Gelmesi

Emniyetli bir şekilde aracı sevk ve idare edememenin kapsamı yasalarda açıkça belirlenmemiştir. Öğretiler, emniyetli bir şekilde aracı sevk ve idare edememenin kişinin araç ile uzun süre yol alma ve yolda trafikle ilgili karşılaşılacak ani ve güç sorunların üstesinden gelme yeteneği ortadan kalkan sürücü haline gelmesi anlamına geldiği belirtilmiştir¹².

TCK.m.179'da düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu, alkol, uyuşturucu madde etkisiyle yahut başka nedenle işlenebileceği belirtilmiş, ancak ne nedenle olursa olsun özellikle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olma yani güvenli bir şekilde araç kullanamayacak durumda olma koşulu aranmıştır. Güvenli bir şekilde araç kullanamayacak duruma gelme halinin de yargı kararları incelendiğinde genellikle alkol nedeni ile olduğu görülmektedir. Bu bağlamda alkollü araç kullanma nedeni ile sürücünün cezalandırılabilmesinin koşulu olarak yalnızca alkolün tüketilmesi yeterli olmamakta, alkolün etkisi ile güvenli sürme yeteneğinin kaybedilmesi de aranmaktadır¹³.

Ceza yaptırımının düzenlendiği TCK'da emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare etme şartı yaptırımın uygulanması için sayılmış olsa da herhangi bir promil sınırı belirtilmemiştir. Hakim, bu nedenle emniyetli bir şekilde araç kullanma durumunun riskli olup olmadığı konusunda bilirkişiden yardım alacaktır. Keza bu konuda en çok bilgisine başvurulacak bilirkişi Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'dur¹⁴. 2659 Sayılı Adli Tıp Kanunu ile trafik için özel bir daire oluşturulmuş, Trafik İhtisas Dairesi adını almış ve Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 22. maddesinde "Mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklarca gönderilen trafik olayları ile ilgili konularda gerekli muayene ve incelemeler yapmak ve sonucunu bir raporda tespit etmek." ifadeleri ile görevleri sayılmıştır¹⁵. Öğretiler Adli Tıp Trafik İhtisas Dairesi tarafından hazırlanan bilirkişi raporlarının 30 yıla yakın bir süredir karar verilme aşamasında en güvenilir deliller arasında yer aldığı ifade edilmektedir¹⁶. Hakim, bilirkişi aracılığı ile ve içtihatlar ışığında sürücünün tükettiği alkolün güvenli araç kullanma yeteneğinin kaybe-

¹¹ Kılıçarslan İsfen, Sibel, "Güvenli Araç Sürme Yeteneğinin Kaybının Tespiti Bağlamında Kan Örneği Alınması Cmk.M.75 Alman Hukuku Açısından Eleştirel Bir Yaklaşım", Hukuk Köprüsü Dergisi, S.3, Ankara 2013, ss.241-254, s.243

¹² Çınar, Ali Rıza, "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçlarından Türk Ceza Yasasının 179/3. Maddesindeki Alkollü Araç Kullanma Suçu", (Trafik), Fasi kül Aylık Hukuk Dergisi, Y.2, S.10, Eylül 2010, ss.6-16, s.10-14; Fahl, Christian, (Çev.YENERER ÇAKMUT, Özlem), "Alman Ceza Kanunu Prg.316: Bisiklet Sürücülerinin Araç Kullanamama-Ehliyetsizlik Hali, Trafikte Alkol, Uyuşturucu Madde ve İlaç", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6 Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara 2006, s.106; Önok, s.174.

¹³ Hancı/Aşcıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakülah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/İdiz/Dülger/Aktay/Çolak, s.2.

¹⁴ Aşcıoğlu, Faruk/Yapar, Belkas/ Tütüncüler, Aliye/Belce, Ahmet, "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Açısından Alkol", Adli Tıp Dergisi, S.23, C.3, Y.2009, ss.8-16, s.9-10; Hancı/Aşcıoğlu/ Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakülah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/ İdiz/ Dülger/Aktay/Çolak, s.12.

¹⁵ Tahiroğlu, Bülent, "Trafik Kazalarında Ceza ve Hukuk Sorumluluğunun Belirlenmesinde Bilirkişi Raporları", Fasi kül Dergisi, S.11, Y.2010, ss.6-17, s.8.

¹⁶ Tahiroğlu, s.10.

dilmesine neden olup olmayacağını takdir edecektir. Yargıtay'ın da bu tespitin yapılmasının zorluğunu belirttiği kararları bulunmaktadır¹⁷.

İdari yaptırımın düzenlendiği Karayolları Trafik Kanunu'nda da alkol tüketiminin yaptırımın uygulanması için yeterli olmadığını bu şartın yanı sıra belli bir promilin üzerinde alkolün alınması gerektiğini de belirtmiştik. Esasında idari yaptırımın aracın türüne göre Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde belirtilen promilin üzerinde alkol tüketildiği takdirde uygulanmasının nedeni kanaatimizce ceza yaptırımındaki ikinci şartla aynı nedenden kaynaklanmakta, Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde belirtilen promilin üzerinde alkol tüketildiği takdirde güvenli sürme yeteneğinin kaybedildiği kabul edilmekte ve idari yaptırım uygulandığı görülmektedir. Bu bağlamda hem ceza yaptırımında hem de idari yaptırımda ikinci şartın güvenli araç sürme yeteneğinin kaybedilmesi olduğu görülmekte, ceza yaptırımı için bu şart bir promil ile sınırlandırılmamakta, idari yaptırım için ise mevzuatta promil sınırı öngörülmektedir.

1.2.2. Sürücünün Tükettiği Alkolün Belli Bir Promili Geçmesi

Sürücülerin yalnızca alkol tüketmesi yaptırım uygulanması için yeterli değildir. Sürücünün cezalandırılabilmesi için emniyetli araç kullanma yeteneğini kaybetmiş olması gerekir. Bunun da belli bir miktarın üzerinde alkol tüketimi ile olduğu kabul edilmektedir. Bu miktarı belirtmek için bazı yasal düzenlemelerde promil denilen alkol ölçü birimi kullanılmakta, yasal olarak da belli bir promile kadar alkol tüketilmesine izin verilmektedir. Bu bağlamda promilin tanımının, oranlarına göre sürücüde yarattığı etkilerinin, yaptırım türüne göre yasaların izin verdiği promil miktarlarının, Yargıtay ve Danıştay kararları ışığında incelenmesi gerekmektedir.

1.2.2.1. Promilin Tanımı ve Etkileri

TDK'nın sözlüğünde "*Kandaki alkol miktarını gösteren birim*"¹⁸ olarak tanımlanan promil, "*100 mililitre kandaki alkol miktarı. (miliigram/100 mililitre).*"¹⁹ şeklinde de öğretide tanımlanmaktadır.

¹⁷ Yargıtay'a göre: "...yaptırım altına alınan eylem, alkol ve uyuşturucu madde etkisiyle 'emniyetli bir şekilde' araç kullanamayacak kişinin, bu halde araç kullanmasıdır. Bu suç kasıtlı işlenebilecek bir suçtur. Alkol ve uyuşturucu maddenin sırf kullanılmış olması bu suçun oluşması için yeterli olmayıp, kişinin bu halde emniyetli şekilde araç kullanamayacağını bilerek araç kullanması gerekmektedir. Kişinin emniyetli şekilde araç kullanamayacak durumda olduğunun her somut olayda belirlenmesi zorunludur. Bir başka anlatımla, alkol veya uyuşturucu madde kullanılmasına rağmen kişinin emniyetli bir şekilde araç kullanabildiği hallerde bu suçun oluşması mümkün değildir biçiminde açıklanmıştır...", Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/2-1426, K.2013/417, K.T.08.10.2013, [Aynı yönde diğer bir Yargıtay kararına bkz.: "...sadece alkol kullanılmış olmasının trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan mahkumiyet için yeterli olmadığı...", Yargıtay 12.CD, E.2015/8719, K.2016/10512, K.T.20.06.2016,](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2012-2-1426.htm&kw=`2-103/111`#fm, E.T.05.03.2018;</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁸ [¹⁹ <http://trafik.net.tr/9513-2/>, E.T.22.02.2018; Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/ User/ Karakulah/ Yaylacı/ Alkan/Yüksel/İdiz/Dülger/Aktay/Çolak, s.8.](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a8ecd5b5fafa7.16691594, E.T.22.02.2018.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Önemle belirtmek gerekir ki miligram (mg/dl) ile promil aynı anlama gelmemektedir. Miligram (mg/dl) “Her 100mL.(Desilitre) Kandaki mg. olarak alkol miktarı”²⁰ olarak tanımlanmaktadır. Alkol metre ile trafik polisleri ölçüm yaptıktan sonra miligram (mg/dl) cinsinden belirledikleri miktarlar promil cinsinden basın görevlileri tarafından kamuya duyurulmaktadır. Oysa 1 miligram 0.01 promile denk gelmektedir²¹. Basın tarafından yanlış olarak duyurulan miktarlar, kamuyu yanıltmakta, bu durumun önüne geçilmesi için de kullanılan birimlere dikkat edilmelidir.

Vücuttaki promil miktarına göre alkolün davranışlardaki etkileri²²:

- 0.2 Promil: Kişinin ruh hali hafif değişir, vücut ısısı hafif yükselir, davranışları üzerinde kontrolü azalır. (Hususi araçlar dışındaki araçlar için yasal sınırdır.)
- 0.5 Promil (2 bira): Kişinin davranışlarını hafif etkileyen bu promil seviyesinde kişide belirgin bir şekilde gevşeme gerçekleşir, kişinin dikkati azalır, koordinasyonu ve muhakeme etmesi bozulur. (Hususi araçlar için yasal sınırdır.)
- 0.8 Promil: Kişinin koordinasyonunda, algısında ve muhakemesinde belirgin bir bozulmanın gerçekleşmesinin yanı sıra tepki zamanının, kendini kontrol etme becerisinin zarar gördüğü de görülür.
- 1.0 Promil (4 bira): Kişide sarhoşluk belirtileri görülmeye başlanır. Kişi muhtemel mahcup edici davranışlar göstermeye eğilimli olur. Bir an mutlu, bir an mutsuz olacak şekilde ruh halinde dengesizlik belirtileri görülür.
- 1.5 Promil (4 double rakı): Bu promil miktarında kişinin alkol aldığı dışarıdan belirgin olarak anlaşılır. Kişinin hareketleri ile düşünceleri arasında koordinasyon bozukluğu yaşanır. Kişinin kavramasında ve hafızasında bozukluk meydana gelir. Kişi ayakta durmakta, yürümekte ve konuşmakta güçlük yaşar.
- 2.0 Promil (6 double rakı): Bu promil miktarı orta derecede zehirlenme olarak geçer. Kişi ruhsal olarak kendini kontrol edemez. Yürümede zorluk yaşamının yanı sıra, bulantı ve kusma yaşar. Kişinin fiziksel duyumları azalır, ağrı yaşamaya başlar. Bir an ağılayıp bir an gülmeye gibi duygusal dengesizlikleri belirgin olarak yaşar.
- 3.0 Promil (1 şişe viski): Kişi konuşmada, görmede, bilinçte bozulma ve hatta bilinç kaybı yaşar. Düşünürken ve soruları cevaplarırken gecikir. Refleksleri azalır.
- 4.0 Promil (1 litre viski): Bu promil miktarı ise kişinin aşırı sarhoş olmasına, komaya girmesine yahut ölmesine neden olur.

1.2.1.2. Yaptırım Uygulanacak Promil Seviyesi

Sürücülerin belli bir seviyeye kadar alkol kullanması yaptırıma neden olmamaktadır. Söz konusu seviyelerin ne kadar olduğu ise yaptırım türüne göre, uygulanacak yasal düzenlemelerin ve mahkeme içtihatlarının temelinde açıklanması gerekir.

²⁰ Biçer, Faruk, “Alkol”, web.itu.edu.tr/~ozcanm/kim/ALKOL%20itu(S0N).ppt, E.T.22.02.2018, s.49.

²¹ Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakulah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/İdiz/Dülger/Aktay/Çolak, s.8; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.5525,5526.

²² Sezgin, Gökçe/Altun, A. Altan/Akman, Süleyman/Özcan, Mustafa, “Adli Bilimlerde Alkoller”, web.itu.edu.tr/~ozcanm/kim/adli%20kimya%20sunum.ppt, E.T.22.02.2018, s.12; Baduroğlu/Durak, s.66; Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/ Karakulah/Yaylacı/Alkan/ Yüksel/İdiz/ Dülger/Aktay/Çolak, s.4-5.

1.2.1.2.1. Ceza Yaptırımındaki Seviye

Alkollü araç kullanma halinde sürücüyü TCK.m.179/3 uyarınca ceza yaptırımı uygulanmaktadır. Maddenin başlığı “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Atma Suçu” olarak düzenlenmiş, hangi şartlarda bu suçun gerçekleşmiş olacağı ve maddedeki ceza yaptırımının uygulanacağı madde içeriğinde belirtilmiştir. Söz konusu madde uyarınca uygulanacak yaptırım sonraki başlıkta incelenecek olup, bu başlıkta yalnızca trafik güvenliğini tehlikeye atma suçunun fail tarafından gerçekleştirilmiş olması için promil sınırının kanun maddesinde belirlenmediği, öğreti ve içtihatlar ışığında bu konuya açıklık getirildiği konusu ele alınacaktır.

Alkollü araç kullanılması halinde kişinin trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan cezalandırılabilmesi için önemli olan alkol miktarı değil, alkolün sürücüyü yarattığı etkidir. Keza kanun maddesinde de açık bir promil sınırı düzenlenmemiştir. Ceza yaptırımının uygulanması için güvenli bir biçimde araç kullanamayacak durumda olacak kadar sürücünün alkol kullanması gerekmektedir. Sürücünün dışarıya yansıyan davranışları, tanıkların görüşleri, tutulan trafik tutanağı, olaya ilişkin görüntü kayıtları sürücünün alkolden ne kadar etkilendiğinin belirlenmesinde etkilidir. Sürücünün dışarıya yansıyan hareketlerinden alkolün ne kadar etkisinde kaldığı tam olarak kanıtlanamasa da yüksek promilde alkol alındığı eylemli karine olarak güvenli bir şekilde araç kullanılmayacağına kanıt teşkil edebilmektedir²³.

TCK’da açık bir promil sınırı düzenlenmemesi nedeniyle mahkeme sürücünün tükettiği alkol miktarının güvenli bir şekilde araç kullanıp kullanamayacağına ilişkin inceleme yapılması amacıyla çalışmamızın önceki başlığında açıkladığımız üzere dosyayı bilirkişiye göndermekte, bilirkişi olarak genellikle Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu ve Trafik İhtisas Dairesi inceleme yapmaktadır.

Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu raporları incelendiğinde Kurul, 0-30 mg/dl düzeyinin altında alkol tüketen sürücüler için güvenli araç sürme yeteneğinin kaybedilmediğinin kabul edilmesi gerektiğini tespit etmiştir. 31-100 mg/dl seviyesinde alkol tüketen sürücülerin durumu için alkol seviyesinin ölçülmesi sonucu elde edilen seviyeden güvenli sürüş yeteneğinin kaybedildiğine ilişkin kesin bir sonuç çıkarılamayacağı, bu durumda olan sürücülerin durumlarına trafik polis tutanağını düzenleyen polisler yahut tanıklar tarafından anlatılanlar sonucunda karar verileceğini açıklamıştır. 101 mg/dl ve üzerinde alkol tüketildiği tespit edilen sürücülerin ise ölçüm sonucu elde edilen alkol seviyesi ile güvenli sürüş yeteneğini kaybettiğinin kesin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁴.

TCK’da açıkça promil sınırı belirtilmemesi nedeniyle Karayolları Trafik Kanunu’nda belirtilen 0,50 promil sınırının ceza yaptırımına uygulanamayacağını sonraki başlıkta açıklayacak olmamıza rağmen, KTK.m.48/6’da belirtilen 1,00 promil sınırının üzerinde alkol tükettiği tespit edilen sürücülere ayrıca TCK.m.179/3 hükmünün de uygulanacağını önemle belirtmemiz gerekir. Bu bağlamda sürücülere ceza yaptırımı uygulanması için 1,00 promil sınırının KTK tarafından belirlendiğine dikkat çekmemiz uygun olacaktır. Kaldı ki bu promil sınırını aşan miktarda alkol tüketen sürücülerin güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği kabul edilmekte, ayrıca başka bir bulgu, Adli Tıp raporu vs. aranmamaktadır²⁵. Öğretide

²³ **Hancı/Aşcıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakülâh/Yaylacı/Alkan/Yüksel/İdiz/ Dülger/Aktay/Çolak**, s.12.

²⁴ **Aşcıoğlu**, s.93-97; **Baduroğlu/Durak**, s.70.

²⁵ **Dener, Yücel/Hancı, İ. Hamit/Turan, Osman Fırat/Hancı, Tuba**, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi (Trafikte Sürücülerde Keyif Verici Madde Tespiti ve Uygulanması)*”, Ulaşım ve Trafik Güvenliği Dergisi, Adli Bilimciler Derneği, Ağustos 2012, ss.3-10, s.8; **Önok**, s.175.

bu konuda Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nun “bu seviyede alkol tüketmiş sürücülerin ‘hemen tümünün’ emniyetli sürüş yeteneğinin olumsuz olarak etkilendiğinin kabulü”²⁶ gerektiği, bu nedenle 1,00 promil alkol tüketen herkesin doğrudan ceza yaptırımına tabi tutulmasının ceza hukuku ilkeleri ile bağdaşmadığı yönünde bizim de katıldığımız olumsuz eleştiride bulunan görüşler bulunmaktadır²⁷. Fikrimizce de 1,00'den düşük promil miktarlarının tespiti halinde tanık görüşleri, Adli Tıp raporu gibi diğer bulgular da göz önünde bulundurulacak ceza yaptırımının uygulanıp uygulanmayacağına tespiti yapılırken 1,00 promil miktarında diğer bulgulara önem verilmemesi, alkolün kişi üzerinde farklı etkiler doğurabileceği ihtimalini göz ardı ederek emniyetli sürüş kabiliyetini kaybetmemiş bir sürücüye trafik güvenliğini tehlikeye atmak suçunu isnat ederek masumiyet karinesini ihlal etmek sonucunu doğurabilecektir. Kaldı ki çalışmamızın “Alkolün Etkisi” başlığı altında açıkladığımız üzere alkolün etkisi çeşitli etkenlere göre değişiklik göstermekte, bu etkenler göz ardı edilerek sadece tespit edilen promil miktarına göre ceza yaptırımı uygulanması bizce de ceza hukukunun ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. İçtihatlar incelendiğinde de Yargıtay tarafından²⁸ “...Nitekim trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarından verilen hükümlerin temyiz incelemesini yapan Özel Dairece, bilimsel verilere dayanılarak 100 promilden yüksek olarak belirlenen alkol düzeyinin, kişinin melekelerini zayıflatacağı ve güvenli sürüş yeteneğini kaybettireceği kabul edilmek suretiyle, 100 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullanan sanıkların trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır...” ifadeleri ile 100 promil olarak bahsedilen 1,00 promilin aşılması ile emniyetli bir şekilde araç kullanma yeteneğinin kaybedildiği kanaat getirildiği sonucuna varılmaktadır.

1,00 ile 0,30 arasında bir promil tespit edilmesi halinde ise ceza yaptırımının uygulanması için somut bir bilgi olan alkol miktarının tespiti yeterli olmamakta, bu tespit yanısıra “tıbbi bulgular ya da sanığın dışı yansıyan davranışları”na ilişkin soyut bilgi olarak bilirkişiden bilimsel görüş alınması gerekmektedir. Keza bu konuya ilişkin Yargıtay'ın da kararları bulunmaktadır²⁹. Hatta promil miktarı ne kadar düşerse, promilin yanısıra değerlendirilen bulguların önemi daha da artmaktadır³⁰. Trafik polisleri tarafından tutulan trafik tespit tutanakları, tanık beyanları, olaya ilişkin görüntü kayıtları, olay yeri keşif zaptı vs.

²⁶ Aşıcıoğlu/Yapar/Tütüncüler/Belce, s.15.

²⁷ Önok, s.175-176.

²⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/2-1426, K.2013/417, K.T.08.10.2013, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2012-2-1426.htm&kw=2-103/111`#fm>, E.T.05.03.2018; Aynı yönde diğer bir Yargıtay kararına bkz: Yargıtay 12.CD, E.2016/8500, K.2017/3830, K.T.11.05.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2016-8500.htm&kw=100+promil`#fm>, E.T.05.03.2018; aynı yönde başka bir Yargıtay kararına bkz: Yargıtay 12.CD, E.2016/8017, K.2017/3876, K.T.11.05.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2016-8074.htm&kw=100+promil`#fm>, E.T.05.03.2018.

²⁹ Yargıtay 2.CD, E.2009/1772, K.2010/31164, K.T.11.11.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2cd-2009-1772.htm&kw=t%C4%B1bbi+bulgular+ya+da`#fm>, E.T.07.03.2018;

Aynı yönde diğer bir karar için bkz.: Yargıtay 2.CD, E.2009/20861, K.2010/28451, K.T.14.10.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2cd-2009-19042.htm&kw=t%C4%B1bbi+bulgular+ya+da`#fm>, E.T.07.03.2018.

³⁰ Soyer Güleç, Sesim, “Yeni Türk Ceza Kanununda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 9, Aralık 2006, ss.167-184, s.177; Kılıçarslan İsfen,, Sibel, “Alman ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları (AlmCK md.315 ila 316 ve TCK.m.179)”, (Suçları), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.114; Önok, s.177-178.

promilin yanı sıra değerlendirmede dikkate alınacak bulgulardandır³¹. Yargıtay'ın da 1,00 ile 0,30 promil arasında alkol tükettiği tespit edilen sürücünün çeşitli kanıtlarla emniyetli araç sevk ve idare edemediğinin kanıtlanması gerektiğine ilişkin kararları vardır³².

0,30'dan düşük promil tespiti halinde ise kural olarak emniyetli araç sevk ve idaresine aykırı bir durumun olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur; ancak sürücünün emniyetli araç sevk ve idare edemediğine ilişkin polisin şüphelenmesi ve tutanak düzenlenmesi halinde sürücünün bu suçtan yargılanması söz konusu olabilir. Kaldı ki açıkladığımız üzere alkolün etkisi kişiden kişiye değişmekte, normal koşullarda 0,30 promilin altındaki miktarların kişilerin sürüş yeteneğine etki etmediği görülse de örneğin alkolle alışkın olmayan bir kimse bu miktardaki alkolden daha etkilenip, trafik güvenliğini tehlikeye düşürebilir. Keza öğretilerde hangi oranda olursa olsun alkol tüketilmesinin trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu oluşturduğunun da savunulduğu görülmektedir³³. Yargıtay'ın da 0,30 promilin altında alkol tüketen sürücülerin trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu işleyebileceğine ilişkin kararları bulunmaktadır³⁴.

Fazla miktarda alkol tüketilmesi nedeniyle ayakta duramama, sızma halleri gibi istisnai hallerde ise alkol testi yapılamasa, promil tespit edilemese de TCK.m.179/3'te düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun, kanıtların serbest değerlendirilmesi ilkesi gereğince elde edilen tanık beyanları, polis tutanakları vb. kanıtlar doğrultusunda oluşturulmuş kabul edilebilmektedir³⁵. Yargıtay'ın da bu konuda kararları bulunmaktadır³⁶.

³¹ **Tahiroğlu**, s.9-10; **Centel, Nur**, “*Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK.m.179/3)*”, Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü, S.2, Y.2012, ss.155-165, s.160; **Aşçıoğlu**, s.710-711; **Önok**, s.178.

³² Örneğin Yargıtay'ın bir kararına bkz.: “...*Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda belirtilen o denli fazla ve kesin olmalıdır. Bu konuda, tanık beyanı, trafik tutanağında yer alan tespitler, olay sırasındaki görüntü kayıtları gibi delillere başvurulabilir. Adli Tıp Kurumu, 31-100 mg/dL kan alkol seviyesinde olan (alkol testi sonucu 31-100 promil çıkan sürücüler için), ancak ivedilikle yapılacak detaylı hekim muayenesi sonucunda güvenli sürüş yeteneğinin kaybedilip kaybedilmediğinin tespit edilebileceği kanaatinde...*”, Yargıtay CGK, E.2016/12-748, K.2016/405, K.T.08.11.2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2016-12-748.htm&kw=alkol+%C3%B6l%C3%A7%C3%BCm%C3%BC'+tan%C4%B1k+beyan%C4%B1`#fm>, E.T.12.03.2018.

³³ **Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**, “*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.745.

³⁴ Nitekim Yargıtay'ın bir kararına bkz.: “...*tespit edilen alkol 0,30 promilin altında ise, emniyetli sürüş yeteneğinin kaybedilip edilmediğine dair araştırma ve muayene yapmaya gerek yoktur. Buna karşılık, alkol düzeyi bunun altında olan sürücünün yine de emniyetli sürüş yeteneğini kaybettiğinden şüphelenen polis, buna dair gerekli tetkikleri yaparak bunları izah eden bir tutanak düzenlemişse, yine de bu suçtan mahkûmiyet söz konusu olabilir. Zira bu oranın altındaki alkol oranının etkisi kişiden kişiye değişmektedir. Bu bakımdan, bazı kişileri, somut olayda güvenli araç kullanamayacak duruma sokmuş olması mümkündür...*”, Yargıtay CGK, E.2016/12-748, K.2016/405, K.T.08.11.2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2016-12-748.htm&kw=alkol+%C3%B6l%C3%A7%C3%BCm%C3%BC'+tan%C4%B1k+beyan%C4%B1`#fm>, E.T.12.03.2018.

³⁵ **Çınar**, s.694; **Aşçıoğlu**, s.710-711; **Kılıçarslan İsfen**, “*Suçları*”, s.114; **Önok**, s.178.

³⁶ Örneğin Yargıtay'ın bir kararına bkz.: “...*İstisnaen, alkol oranı ölçümü yapılamadığı durumlarda da TCK'nun 179/3. maddesindeki suçtan mahkûmiyet kurmak mümkündür. Örneğin, aşırı sarhoşluğu sebebiyle araç kullanırken sızmış olan veya ayakta duramayan ve bu sebeplerle alkol ölçümü yapılamayan sürücü açısından maddedeki suçun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir...*”, Yargıtay CGK, E.2016/12-748, K.2016/405, K.T.08.11.2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2016-12-748.htm&kw=alkol+%C3%B6l%C3%A7%C3%BCm%C3%BC'+tan%C4%B1k+beyan%C4%B1`#fm>, E.T.12.03.2018; Yargıtay'ın aynı konuda

1.2.1.2.2. İdari Yaptırımdaki Seviye

Ceza yaptırımının aksine idari yaptırımda açıkça promil sınırı koyulmuş, söz konusu promilin aşılması halinde idari yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir. Karayolları Trafik Kanunu'nda 48. maddede 1998 yılına kadar 0,80 promilin üzerinde alkol alıp hususi araç kullanan sürücülere idari yaptırım uygulanacağı belirtilmişken, 1998 yılının Mayıs ayında yapılan değişiklikle sınır 0,50 promile düşürülmüş³⁷, bu sayede trafik güvenliğine ilişkin daha katı düzenlemeler getirilmiştir. Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesinde ise promil sınırının 0,50 olduğu belirtilmiştir. 0,50 promil sınırı özel araçlar için geçerliken, 0,20 promil sınırı diğer araçlar için geçerli sınırdır. Önemle belirtmek gerekir ki idari yaptırım için belirlenen bu promil sınırının ceza yaptırımında belirleyici rol alıp alamayacağı hakkında öğretilerde çeşitli görüşler bulunmaktadır. TCK'da açıkça bir promil sınırı belirtilmemesi nedeniyle ceza yaptırımında da uygulanabileceği sonucuna varılamayacağı görüşü öğretilerde çoğunluktadır³⁸; ancak öğretilerde aksi görüşte olanlar da mevcuttur³⁹. Ceza yaptırımında uygulanacak olan promil sınırı, önceki başlıkta belirttiğimiz üzere bilirkişi raporları ve içtihatlar ışığında belirlenecektir.

1.2.1.3. Promilin Tespiti

Sürücünün araç kullanmadan önce tükettiği alkol miktarının hesabı iki test türü ile tespit edilmektedir. İlk incelenmesi gereken test solunum testi, ikincisi ise kan testidir.

bir diğer kararına bkz.: "...görgü ve tespit tutanağıyla sanığın ayakta duramayacak kadar alkollü olup, bu sebeple alkol ölçümü yapılmadığının tespit edildiği, sanığın almış olduğu alkolün etkisiyle kaza yaptığının dair savunması, tanıklar B. Ş., S. G.'ün beyanları ve tüm dosya kapsamından atılı suç sübut bulunduğu halde...", Yargıtay 12. CD., E.2012/22052, K.2013/15150, K.T.04.06.2013, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2012-22052.htm&kw=2013/15150#fm>, E.T.12.03.2018; Aynı yönde diğer bir Yargıtay kararına bkz.: "...kazanın meydana gelmesinde araçta mevcut teknik bir arıza, yoldan kaynaklanan olumsuz bir sebep veya başkaca bir etken bulunmamasına, sanığın otomobilini sevk ve idare etmeden önce üç şişe bira içtiği ve dikkatsiz olduğu yönündeki savunmasına, polis memurlarınca tanzim edilen tutanakta, 4-5 kez denenmesine rağmen sanığın alkolmetreyi üflemediği, nefes kontrolü yapamadığı, ağız kokusu, konuşmaları, hareketleri ve yürüyüşü itibariyle araç kullanamayacak derecede alkollü olduğunun belirtilmesine, Korgan Devlet Hastanesinde görevli nöbetçi doktor tarafından düzenlenen doktor raporunda, sanığın ileri derecede alkollü olup, araç kullanmasının uygun olmadığı tespitinde bulunulmuş olmasına, gerek kaza sonucu araçlarında hasar oluşan sürücüler gerek tutanak tanıklarının duruşmada alınan beyanlarında, sanığın çok fazla alkollü olduğu, konuşmakta ve yürümekte zorluk çektiği, dilinin dolandığı, ayakta zor durduğu ve yalpalayarak yürüdüğü yönündeki ifadelerine göre, sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybedecek oranda alkollü olduğu ve almış olduğu alkolün etkisiyle trafik güvenliğini açıkça tehlikeye düşürdüğü anlaşılmakla...", Yargıtay 12. CD., E.20122011/13412, K.2012/15345, K.T.1906.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2011-13412.htm&kw=13412#fm>, E.T.12.03.2018.

³⁷ **Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakulah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/İdiz/ Dülger/ Aktay/Çolak**, s.2.

³⁸ **Meran, Necati**, "Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu", Seçkin, Ankara 2007, s.918; **Çınar**, s.673-674; **Çınar**, "Trafik", s.11; **Yenerer Çakmut, Özlem**, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK.m.179-180)", Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C.III, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:18, İstanbul 2010, s.782; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s.5524-5525; **Önok**, s.175.

³⁹ **Malkoç, İsmail**, "Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu", Cilt I, Malkoç Kitabevi, Ankara 2007, s.1183-1184; **Donay**, s.268.

1.2.1.3.1. Solunum Testi

Alveol havasında, nefeste alkol testi de denilen bu test türünde test aracı olarak alkolmetre kullanılmakta, öğretilerde trafik zabıtası olarak da adlandırılan kolluk söz konusu testi yapmaktadır⁴⁰. Söz konusu solunum testinin yapılmasının kabul edilmemesi halinde ise alkollü sürücülere 2.000 Türk Lirası idari para cezası verilerek, sürücü belgelerinin iki yıl süreyle geri alınacağı KTK.m.48/9'da belirtilmektedir.

Alkolmetrenin içinde alkole duyarlı sıvı kristaller bulunmakta, bu sıvı kristalleri sayesinde alınan alkol miktarı promil cinsinden belirlenebilmektedir. Ciğerde nefes aracılığı ile alınan hava, kılcal damarlarda kan ile karşılaşır ve nefes verildiği anda kandaki alkolün bir kısmı nefes yoluyla verilen havaya geçmektedir. Bu yöntem ile sürücünün kullandığı alkolün promil cinsinden karşılığı alkolmetre cihazının ekranına yansımaktadır⁴¹. Alcomensör veya Alcomonitör cihazları alkolmetre cihazı olarak kullanılmaktadır⁴².

Solunum testinin kandaki alkol miktarını tam yansıtmayı yansıtmadığı konusu ise öğretilerde tartışmalıdır. Bu tartışmanın nedeni ise nefesteki alkolün yoğunluğunun zamana bağlı olmasıdır. Sürücünün alkollü en son aldığı andan iki saat sonrası ile beş saat sonrası arasında yaklaşık olarak 1/2300 oranında bir sapma meydana gelebilmekte, bu değişim kişiden kişiye değişmektedir. Bu bağlamda nefesteki alkol miktarının zamana bağlı olması nedeniyle solunum yoluyla yapılan test, kanda bulunan gerçek alkol miktarını yansıtamamaktadır. Gerçek alkol miktarına en yakın tespiti yapılması için solunum testinin sürücünün en son alkol alma anından en az yirmi dakika sonra yapılması gerekmektedir. Sürücünün alkol aldığı andan itibaren bir saat içinde yapılan solunum testinde kan testine oranla daha yüksek miktarda alkol tespit edildiğini de belirtmemiz yerinde olacaktır⁴³.

Alkolmetre ile yapılan ölçümlerin hata payı da bulunmaktadır. Hataya neden olacak etkenler ise ölçümün usulüne uygun yapılmaması, iki defa tekrarlanmaması, ölçüm öncesi aletin iyi ayarlanmaması, aletin teknik özellikleri açısından teknolojiye uygun olmamasıdır⁴⁴.

1.2.1.3.2. Kan Testi

Öğretilerde en ideal test olarak da nitelendirilen kan testi, sürücünün solunum testinin yapılmasına yahut yapıldıktan sonra sonucuna itiraz edilmesi halinde başvurulabilecek olan testtir⁴⁵. Sürücünün ölümü halinde tükettiği alkol miktarının belirlenebilmesi için kan testine başvurulmaktadır⁴⁶. Kan testi, anlaşmazlık olması ihtimali düşünülerek yarısı saklanmak üzere 5 cclik kanın sürücünden alınması yolu ile yapılmaktadır. Bu test türü için kan alımın-

⁴⁰ Duran, Lütfi, "İdare Hukuku Ders Notları", Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s.286-289; Baduroğlu/Durak, s.67,70; Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/ Karakülah/Yaylacı/ Alkan/Yüksel/İdiz/Dülger/Aktay/Çolak, s.7.

⁴¹ Baduroğlu/Durak, s.67; Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/ Karakülah/Yaylacı/ Alkan/Yüksel/İdiz/Dülger/Aktay/Çolak, s.7.

⁴² Dener/Hancı/Turan/Hancı, s.3-4.

⁴³ Can, Muhammet/Gürpınar, S. Serhat/İşler, Hülya/Varol, Nezih/Gürpınarlı, Zafer/Kocaağa, İsmail, "Alkol Alan Kişilerin Kan Alkol Düzeyinin Solunum Havasındaki Alkol Düzeyi ile Karşılaştırılması ve Karaciğer Enzimlerine Etkisinin Araştırılması", Van Tıp Dergisi, C.15, S.3, Y.2008, ss.75-80, s.78-79; Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/ Karakülah/Yaylacı/ Alkan/ Yüksel/İdiz/Dülger/Aktay/Çolak, s.7-8; Dener/Hancı/Turan/Hancı, s.4.

⁴⁴ Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakülah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/İdiz/ Dülger/Aktay/Çolak, s.8; Dener/Hancı/Turan/Hancı, s.4; Önok, s.190-191.

⁴⁵ Baduroğlu/Durak, s.70.

⁴⁶ Tahiroğlu, s.16

dan önce dikkat edilmesi gereken husus, kanın alınacak olduğu derinin herhangi bir alkol türevi ile silinmemesidir. Ayrıca kan alımının ardından tütün ağzı hemen kapatılmalı, en kısa sürede test yapılmalıdır. Öğretide en geç 5-7 gün içerisinde test gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmekte, aksi takdirde testin güvenilirliğinin riske gireceği kabul edilmektedir⁴⁷.

Alkollü araç kullanma nedeniyle ceza yaptırımının uygulanması açısından alkol miktarının belirlenmesi için kan alımı Ceza Muhakemesi Hukuku'nda önem taşımaktadır. Sürücüye soruşturma ve kovuşturma açılabilmesi için kan alınmasında, CMK.m.75'te "Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması"⁴⁸ başlığı kapsamında yer alan hüküm gereğince hareket edilmektedir. Bu hüküm gereğince kan alınması için hakim yahut mahkeme tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet Savcısı tarafından karar alınması gerekir; ancak ilgilinin rızası varsa karar alınmasına gerek olmadığını düşünmekteyiz. Kaldı ki Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 18. ile 8. maddelerinde⁴⁹

⁴⁷ **Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakulah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/İdiz/ Dülger/Aktay/Çolak, s.8.**

⁴⁸ **Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 75:** "(1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz

(2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

(3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

(4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

(5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz.

(6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

(7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır."

⁴⁹ **Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik Madde 18:** "Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır. Mağdurun rızasının varlığı hâlinde bu işlemlerin yapılabilmesi için Yönetmeliğin 7 nci ve 8 inci maddeleri uyarınca karar alınmasına gerek yoktur.

Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir."

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik Madde 8: "Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun ve diğer kişilerin vücudundan kan, veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur.

de bu görüşümüzü destekler nitelikte şüphelinin aydınlatılmış onamı olduğu takdirde hakim kararı aranmaksızın hukuka uygun olarak beden muayenesi yapılabileceği düzenlenmiştir; ancak trafik güvenliği ile ilgili suçlarda kan örneği alınmasına ilişkin KTK.m.48/2⁵⁰ ve KTK.m.48/3⁵¹ özel hükümlerinin bulunması nedeniyle CMK.m.75/7 uyarınca bu özel hükümler uygulanacaktır. Bu hükümlere göre gerek ceza yaptırımı gerek idari yaptırım uygulanabilmesi için trafik zabıtasının kararı yeterli olmakta, hakim yahut savcı kararı aranmamaktadır⁵². Öğretide bu durumun yerinde olmadığı, hakim kararının alınması gerektiği yönünde eleştiriler bulunmaktadır⁵³.

Kan testini yapmaya yetkili olanların hekim⁵⁴ ve sağlık mesleği mensubu olanlar olduğu CMK.m.75/3'te ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Bu kişiler tarafından alınan kan, tahlil yapılması amacıyla polis kriminal laboratuvarına gönderilir. Polis kriminal laboratuvarında tahlilin yapılması mümkün değilse, alınan kan adli tıp merkezi yahut Sağlık Bakanlığı'na bağlı olan herhangi bir sağlık kuruluşuna gönderilir. Tahlil bu kurumlarda da mümkün değilse, hekim tarafından yapılan muayene neticesinde hazırlanan rapor doğrultusunda yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı belirlenir⁵⁵.

Karayolları Trafik Kanunu'nda esas olarak solunum testi yapılması 48. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiş, bu testin yapılmasına itiraz edilmesi yahut yapılan ölçüm sonucuna itiraz edilmesi halinde kan almaya yetkili kişiler yani hekim yahut sağlık mensubu tarafından kan testi yolu ile alkol miktarının belirleneceği Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenmiştir⁵⁶. Belirtmemiz gerekir ki 2013 değişikliği öncesinde alkolmetre ile test yapılmasını kabul etmeyip kan testi yapılmasını kabul edenlerin hastaneye gidildiğinde kan testi yapılmasına rıza göstermemesi halinde kan testi yapılamamaktaydı. Değişiklik sonrası ise 3. fıkraya "...Bu işlem bakımından 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 75 inci maddesi hükümleri, beşinci fıkrası hariç olmak üzere uygulanır..." ifadesinin eklenmesi ile bu sorun çözülmüş, alkollü araç kullanan sürücünün rızası olmasa dahi CMK.m.75/7'te "...Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin

Hâkim veya mahkeme yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

Bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır."

⁵⁰ **Karayolları Trafik Kanunu Madde 48 Fıkra 2:** "...Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılır..."

⁵¹ **Karayolları Trafik Kanunu Madde 48 Fıkra 3:** "...Kişinin yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışması hâlinde, ikinci fıkrada belirtilen muayeneye tabi tutulması zorunludur. Teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz eden veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeyen bu sürücüler, en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır. Bu işlem bakımından 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 75 inci maddesi hükümleri, beşinci fıkrası hariç olmak üzere uygulanır..."

⁵² Kılıçarslan İsfen, s.243.

⁵³ Kılıçarslan İsfen, s.245.

⁵⁴ Aşcıoğlu, s.25; Dener/Hancı/Turan/Hancı, s.8-9; Kılıçarslan İsfen, s.241.

⁵⁵ Baduroğlu/Durak, s.70; Kılıçarslan İsfen, s.241,242.

⁵⁶ Hancı/Aşcıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakulah/Yaylacı/Alkan/ Yüksel/ İdiz/ Dülger/Aktay/Çolak, s.9.

hükümler saklıdır...” ifadeleri ile desteklenmiş ve kan testi yapılması sağlanmıştır⁵⁷. Danıştay’ın da solunum testine yapılan itiraz sonucu kan testinin yapılması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır⁵⁸.

1.2.1.4. Promil Tespitine Yapılacak İtiraz

Solunum testi ile belirlenen promil miktarında alkolmetrenin hatalı ölçme ihtimali olan usulüne uygun yapılmama, iki defa ölçüm yapılmama, ölçümden önce cihazın iyi ayarlanmaması, cihazın teknolojik gelişmelere uygun olmaması⁵⁹ durumlarından biri yahut birkaçının olması halini gerekçe göstererek sürücü ölçüm sonucuna itiraz edebilir⁶⁰.

Solunum testini sayılan durumların dışında başka etkenler de etkileyebilir. Bu etkenler, sürücünün deodorant, sprey, kolonya kullanmış olması, gargara yapmış olmasıdır. Deodorant yahut spreyin varlığı halinde maksimum 30-60 saniye ve az oranda etkilediği yapılan çalışmalarda tespit edilmiştir. Yüze kolonya sürüldüğünde ise alkolmetre 1-2 dakika içerisinde 0.20 ile 0.30 promil (%20-%30 mg) alkol miktarını gösterdiği, 3-4 dakika içerisinde ise etkisinin geçtiği söz konusu çalışmalarda belirtilmiştir. Gargara yapıldığında %70’lik alkol kullanılması halinde dahi yaklaşık 15 dakika içerisinde cihazı etkileme ihtimalinin sona ereceği ortaya koyulmuştur. Asetonun ise alkolmetre üzerinde herhangi bir etkisinin bulunmadığı da çalışmalar sonucunda ortaya çıkarılmıştır⁶¹. Bu nedenle bu tip maddelerin kullanılması halinde sürücü, alkolmetre ile yapılan ölçümlere itiraz edebilir.

Öğretide solunum testi fazla hassas olmaması, hata payının olması nedeniyle itiraz edilebilir nitelikte olmasına karşın, yasal sınırın oldukça üzerinde tespit edilen miktarda alkol tüketen sürücülere yaptırım uygulanmasında yeterli bir yöntem olarak görülmektedir. Yasal sınıra yakın alkol tüketen sürücülere yaptırım uygulanmasında ise ayrıca kan testinin yapılması yerinde olacaktır⁶². Kaldı ki ceza yaptırımında delil olarak kullanılacak olan test, kan testi olmalı ve iki kere yapıldıktan sonra delil niteliğini kazanmalıdır.

⁵⁷ **Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, (Muhakemesi), Ankara 2017, s.452-453; **Önok**, s.191.

⁵⁸ Danıştay’ın ilgili kararına bkz.: “...saat 02.30’da yapılan trafik kontrolü sırasında alkolmetre cihazı ile yapılan ölçüm sonucunda davacının 2,30 promil alkollü olduğunun tespit edilmesi üzerine dava konusu işlemin tesis edildiği, davacının alkol Ölçümüne itirazı üzerine gönderildiği Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı’na saat 04.00 da davacıdan alınan kan örneği üzerinde yapılan tahlil sonucunda kanındaki alkol oranının 0,25 promil olduğunun belirlendiği anlaşılmıştır. İdare Mahkemesi’nce, davacının alkollü olarak tespit edildiği saatle Adli Kurumu’na kanındaki alkol oranının tespit edildiği saat arasındaki zaman i- diliminde davacının kanındaki alkol oranının düşebileceği miktar hesaplanarak, ‘olay saatinde de kanındaki alkol oranının yönetmelik maddesinde belirtilen orandan yüksek olabileceği nedeniyle davanın reddine karar verilmişse de, yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, alkol düzeyinin belirlenmesinde, kandaki alkol oranının esas alınması gerekir...”, Danıştay 8.D., E.2004/3669, K.2005/96, K.T.12.01.2005, [#fm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2004-3669.htm&kw=2004/3669), E.T.28.03.2018.

⁵⁹ **Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakulah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/İdiz/Dülger/Aktay/Çolak**, s.8; **Önok**, s.190-191.

⁶⁰ **Kılıçarslan İsfen**, s.242.

⁶¹ **Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakulah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/İdiz/Dülger/Aktay/Çolak**, s.8.

⁶² **Hancı/Aşçıoğlu/Arslan/Coşkunol/Şirin/Dener/Ünver/User/Karakulah/Yaylacı/Alkan/Yüksel/İdiz/Dülger/Aktay/Çolak**, s.8.

2. Alkollü Araç Kullanma Nedeniyle Uygulanacak Yaptırım Türleri

Yaptırım, “*Kanun, ahlak gibi kurumların buyruklarının yerine getirilmesini sağlama*”⁶³ anlamına gelmektedir. Bir diğer tanımla yaptırım, topluluk halinde yaşayan insanların toplumsal yaşamın gerektirdiği görevleri yerine getirmelerini sağlayan zorlayıcı kuraldır⁶⁴. Yaptırım, düzenin kurallara uyulmamasına karşı duyduğu tepki olarak da tanımlanmaktadır⁶⁵. Başka bir tanımla yaptırım, toplumun uyması gereken kuralların ihlal edilmesi nedeniyle uygulanan kurallar bütünüdür⁶⁶. Yaptırımın hukuk kurallarına aykırı davranılması sonucu ortaya çıktığı ve amacının kişilerin kurallara uymasını sağlamak olduğu da öğretilerde belirtilmektedir⁶⁷. Öğretilerde yaptırım ile suçun önlenmesinin, ihlalin önüne geçilmesinin, devlet denetiminin hissedilmesinin amaçlandığı da ifade edilmektedir⁶⁸.

Günümüzde yaptırımın, ceza yaptırımı ve idari yaptırım gibi türleri bulunmaktadır. Çalışmamızın bu kısmında Kabahatler Kanunu ve Karayolları Trafik Kanunu doğrultusunda hangi yaptırımın uygulanması gerektiği, her yaptırım türü ayrı ayrı incelenerek açıklanacaktır.

2.1. Kabahatler Kanununa Göre Uygulanacak Yaptırım

Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesinin 3. fıkrasında “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır...*” şeklinde belirtildiği üzere, fiilin hem suç hem de kabahat olarak tanımlanması durumunda öncelik suça ilişkin düzenlenen ceza yaptırımındadır; ancak bir fiil hakkında hem suçtan hem de kabahatten dolayı ceza verileceğine ilişkin özel bir düzenleme olması halinde bu genel kural uygulanmaz, o fiile hem ceza yaptırımı hem de idari yaptırım uygulanır⁶⁹.

Alkollü araç kullanan sürücülere uygulanacak yaptırımlar hem TCK’da hem de KTK’da düzenlenmiştir. TCK’da trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu nedeniyle ceza yaptırımı uygulanması, KTK’da ise idari yaptırım uygulanması öngörülmüştür.

24.05.2013 tarihinde 6487 Sayılı Kanunla Karayolları Trafik Kanunu’nun 48. maddesinin 5., 6. ve 7. fıkralarında değişiklik yapılmıştır. KTK.m.48/5’te, “*...Yapılan tespit sonucunda, 0.50 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler hakkında, fiili bir suç oluştursa bile, 700 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi altı ay süreyle geri alınır...*”, şeklinde yapılan düzenleme ile ceza yaptırımının yanı

⁶³ Türk Dil Kurumu tanımı, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=YAPTIRIM, E.T.17.03.2018.

⁶⁴ **Oğurlu, Yücel**, “*İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1, Y.1999, ss.143-194, s.143; **Erdoğan, Burcu**, “*İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi Ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması*”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, C.10, ss.241-276, s.244; **Gedik, Doğan/Yüce, Ersoy**, “*Bir İdari Yaptırım Türü Olarak Kabahatler Hukukunda Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi*”, Legal Kitapevi, İstanbul 2011, s.21.

⁶⁵ **Özay, İl Han**, “*İdari Yaptırımlar*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985, s.20; **Ulusoy, Ali**, “*İdari Yaptırımlar*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.5.

⁶⁶ **Hafizoğulları, Zeki**, “*Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*”, US-A Yayıncılık Ltd. Şti., İkinci Baskı, Ankara 1996, s.142; **Aslan, M. Yasin**, “*İdari Yaptırımlar*”, TBB Dergisi, S.85, Y.2009, ss.173-188, s.173.

⁶⁷ **Ayatar Kızılyar, Sema**, “*Ceza Yaptırımı İle İdari Yaptırım Ayrımı*”, Journal of Yasar University, C.8, S.Özel, Y.2013, ss.1637-1667, s. 1640.

⁶⁸ **Tahiroğlu**, s.15.

⁶⁹ **Önok**, s.187; **Demirbaş, Timur**, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2017, s.204-205.

sıra idari yaptırımın uygulanması hüküm altına alınmıştır. KTK.m.48/6'da, "...Yapılan tespit sonucunda, 1,00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır..." ve KTK.m.48/7'de, "...Hususi otomobil sürücülerini bakımından 0,50 promilin, diğer araç sürücülerini bakımından 0.20 promilin üzerinde alkollü olan sürücülerin trafik kazasına sebebiyet vermesi hâlinde, ayrıca Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır..." ifadeleri ile idari yaptırımın yanı sıra ceza yaptırımının uygulanması düzenlenmiştir. Bu bağlamda KTK'daki özel hüküm uyarınca alkollü araç kullandığı tespit edilen sürücülere koşulların sağlanması halinde hem ceza yaptırımı hem de idari yaptırım uygulanacaktır.

Aynı fiil nedeniyle yani alkollü araç kullanma sonucunda emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edilememesi nedeniyle hem ceza yaptırımının hem de idari yaptırımın uygulanmasının ne bis in idem yani aynı fiilden dolayı iki kere yargılama yapılamaması ve ceza uygulanamaması anlamına gelen ilkenin⁷⁰ ihlaline neden olup olmayacağı konusu üzerinde durmak yerine olacaktır. Öğretide bu konuya ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre ceza yaptırımı ile idari yaptırım, yaptırım türü, hukuki nitelik, sebep, sonuç, amaç, farklı alanları düzenleme, dayanak yönleri ile farklılık arz etmektedir⁷¹. Kaldı ki ceza hukukuna özgü olan bu ilke, idare hukukunda geçerli olmayıp, aynı fiil nedeniyle iki idari yaptırım uygulanabilmektedir⁷². Bu nedenlerle bir idari ihlalin ceza yaptırımını öngörecektir bir suç kapsamında da yer alması halinde, hem idari yaptırım hem de ceza yaptırımı uygulanabilmekte⁷³, bu durum ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. İkinci görüşe göre ise "ihlalin amaç ve unsurlarında aynılık" olması yeterlidir. Farklı türde yaptırım uygulanıyor olması bu durumu bertaraf etmemekte, bir ihlale karşı yalnız bir yaptırım uygulanması gerekmektedir⁷⁴. Bu görüşü destekleyen bir diğer görüş, idari yaptırımın ceza yaptırımı içinde olmadığını; ancak idari yaptırımlar ile ceza yaptırımları arasında kesin bir ayrımın da

⁷⁰ **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, "Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku", C.III, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1994, s.134-135; **Özay**, s.35; **Çağlayan, Ramazan**, "İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)", Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s.42; **Ulusoy**, s.109.

⁷¹ **Gölcüklü, Feyyaz**, "İdari Ceza Müeyyideleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolları", (Kanun Yolları), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.18, S.3, Y.1963, ss.189-215, s.214-215; **Özay**, s.63; **Hızlı, Yılmaz**, "Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu", Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1984, s.32; **Oğurlu**, s.160-190; **Oğurlu, Yücel**, "İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma -İdari Ceza Hukuku Ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları", (Yargısal), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s.42-84; **Sancakdar, Oğuz**, "İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku'ndaki Anayasal Temelleri", (İdari Cezalar), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.68-69; **Güçlü, Yaşar**, "İdari Para Cezaları ve Diğer Yaptırımlar", Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2010, s.21; **Kangal, T. Zeynel**, "Kabahatler Hukuku", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.184-185; **Özen, Mustafa**, "İdari Ceza Hukuku", Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.11-12,19-24; **Ulusoy**, s.114; **Günday, Metin**, "İdare Hukuku", 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2015, s.233.

⁷² **Duran, Lütfi**, "İdare Hukuku Meseleleri", (Mesele), İstanbul 1964, s.610; **Özay**, s.64; **Oğurlu**, s.190; **Aslan**, s.24-25,177,182; **Ulusoy**, s.114.

⁷³ **Gölcüklü**, "Kanun Yolları", s.215; **Duran**, "Mesele", s.610; **Özay**, s.62-64; **Hızlı**, s.32; **Derdiman, R. Cengiz**, "Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C.6, S.3, Y.1997, ss.103-121, s.118; **Oğurlu**, s.190; **Günday**, s.233.

⁷⁴ **Yarsuvat, Duygun**, "Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılamasında Yeni Sorunlar", İÜFM, C.50, S.1-4, Y.1984, ss.153-177, s.171; **Kunter, Nurettin/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe**, "Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", Birinci Kitap, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s.114-119; **Şen, Ersan**, "Çevre Ceza Hukuku", Kazancı Yayınları, İstanbul 1994, s.204, 239-240, 242, 243, 249, 250.

yapılamayacağını, bu nedenle iki yaptırımın birlikte uygulanmasının ne bis in idem ilkesine aykırı olacağını savunmaktadır⁷⁵. Aynı yönde diğer bir görüş ise idari yaptırımların ceza hukukunun bir alt dalı olduğuna ilişkin görüştür. Bu görüş doğrultusunda yine iki yaptırımın birden uygulanması ne bis in idem ilkesine aykırıdır⁷⁶. İkinci görüşle paralellik gösteren Fransız Anayasa Konseyi de hem idari yaptırım hem de ceza yaptırımı uygulanmasında sakınca olmadığını; ancak her iki cezanın toplamının yaptırımlardan herhangi birinin en yüksek miktarını geçmemesi koşuluyla uygulanabileceğini belirtmiştir. Öğretide de Fransız Anayasa Konseyi'nin görüşünü benimseyenler, bu durumun fiilen iki cezanın birden uygulanmasını önlediği bu nedenle de iki cezanın esasında birlikte uygulanamayacağını, AIHM içtihatlarının da bu görüşü desteklediğini ifade etmektedir⁷⁷. Biz de ilk görüşe katılmakta, iki farklı alana yönelmiş, tamamen birbirinden farklı özellik gösteren yaptırım türünün aynı anda uygulanmasının ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmediğini düşünmekteyiz. Bu bağlamda Karayolları Trafik Kanunu ile getirilen yeni düzenleme ile alkollü araç kullanması sonucunda emniyetli araç sevk ve idare edemeyen sürücüyü hem idari hem cezai yaptırımın uygulanmasının ne bis in idem ilkesine aykırılık oluşturmayacağı kanaatindeyiz. Keza Danıştay'ın da mevzuatta hem idari yaptırım hem de ceza yaptırımı uygulanmasının düzenlenmesi halinde, ikisinin de uygulanması gerektiğini ve bu durumun ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmediğini belirttiği kararları bulunmaktadır⁷⁸.

2.2. Ceza Yaptırımı

Ceza yaptırımları, yaptırımlar açısından en eski tür olarak bilinmekte ve ceza hukuku kurumları açısından da üzerinde en çok durulan kurum olarak nitelendirilmekte, “ceza” olarak da adlandırılmaktadır⁷⁹. Ceza yaptırımı öğretide, suç işlemiş olan kişiye, yapıcı amaçları gerçekleştirme amacıyla uygulanan ve aslında uygulandığı kişide bazı yoksunluklara neden olan acı ve zorluk veren yaptırım olarak tanımlanmaktadır⁸⁰. Toplumda korunması uygun bulunan değerlerin ihlal edilmesi halinde devletin tepkisi olarak da tanımlanan yaptırım çeşididir⁸¹. Diğer bir tanımla ceza yaptırımı, ceza kanunları yahut diğer kanunlarla düzenlenen, unsurları belirtilmiş, tipe uygun, hukuka aykırı, kusurlu hareketin yani suçun oluşması halinde, suçu gerçekleştiren kişiye yargı kararı sonucunda uygulanan, kişide birtakım yoksunluklara neden olan yaptırımdır⁸². Öğretide ceza yaptırımını, sosyal düzeni bozan, “vahim” olarak nitelendirilebilen ihlallerin gerçekleştirilmesi sonucunda uygulanan yaptırım şeklinde açıklayanlar da vardır⁸³. Ceza yaptırımı ile kamu düzeninin sağlanması, korunması ve bozulması halinde geri getirilmesi amaçlanmaktadır⁸⁴.

⁷⁵ Sancakdar, “İdari Cezalar”, s.64-65; Özen, s.11.

⁷⁶ Sancakdar, “İdari Cezalar”, s.66; Özen, s.11.

⁷⁷ Kutlu Gürsel, Meltem, “İstanbul Menkul Kıymetler Borsası İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme”, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.245.

⁷⁸ Danıştay İDDK, E.2009/2999, K.T.12.06.2013 (Ulusoy, s.115-116).

⁷⁹ Çağlayan, s.16; Aslan, s.174.

⁸⁰ Hafizoğulları, s.171-179,206-209; Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, C.I, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1994, s.5.

⁸¹ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s.531; Aslan, s.175; Ayatar Kızılyar, s.1642.

⁸² Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, “Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.137; Demirbaş, s.563.

⁸³ Oğurlu, s.160-161.

⁸⁴ Duran, s.248.

765 Sayılı Ceza Kanunu'nda farklı maddelerde düzenlenen trafik güvenliğine ilişkin hükümler, 5237 sayılı TCK'da 179. maddede bir hükümde birleştirilmiş olup 765 sayılı Ceza Kanunu'nda TCK.m.179'un tam karşılığı bulunmamaktadır. TCK.m.179'da da esasen tek bir suç tipi değil, üç fıkrada ayrı ayrı suç tiplerinin düzenlendiği öğretilerde belirtilmektedir⁸⁵. Çalışmamızda konu edindiğimiz fıkra ise uygulamada en çok karşılaşılan durumlardan biri olan üçüncü fıkra olup, alkol, uyuşturucu madde etkisiyle yahut başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edilememesi halinden biri olan alkolün etkisi ile meydana gelen suç nedeniyle uygulanacak yaptırımdır. Önemle belirtmemiz gerekir ki TCK.m.180'de belirtilen taksir ile bu suçun işlenmesi halinin TCK.m.179'un 1. ve 2. fıkrası için geçerli olduğunu, TCK.m.179/3 kapsamında kara ulaşımında taksir ile trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun yer almamış olduğunu yalnızca kasten işlenebileceğini, öğretide bu durumun yerinde olduğunu belirten görüşler bulunmaktadır⁸⁶. Taksir halinde ancak 2918 Sayılı KTK uyarınca idari para cezasının uygulanacağı öğretilmiştir⁸⁷.

TCK.m.179/3'e göre trafik güvenliğini tehlikeye atma suçunun işlendiğine ilişkin kanaat getirilmesi halinde hapis cezası uygulanacaktır. Hapis cezasının üst sınırı 2 yıl olması nedeniyle asliye ceza mahkemesi görevli olup, suç re'sen takip edilebilecek bir suçtur⁸⁸.

TCK.m.179/3 kapsamında yürütülen ceza yargılaması sonucunda karar verilecek somut ceza, CMK.m.231 uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve TCK.m.51 uyarınca cezanın ertelenmesi kapsamında yer almaktadır. Keza TCK.m.49/2'de belirtilen kurallar gereği kısa süreli hapis cezası çerçevesinde yer alması nedeniyle TCK.m.50 uyarınca hapis cezasının adli para cezasına yahut seçenek yaptırımlara da çevrilebilmesi mümkündür. Önemle belirtmemiz gerekir ki seçenek yaptırımların yalnızca birinin uygulanabilmesi nedeniyle hakkındaki hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi halinde ayrıca TCK.m.50/1-d uyarınca alkollü araç kullanan sürücünün belirli bir süre araç kullanmaktan men edilmesi mümkün olmamaktadır. Yargıtay'ın da bu konuda kararları bulunmaktadır⁸⁹.

Alkollü araç kullanan sürücünün TCK.m.179/3'e göre en az alabileceği ceza 30 gün hapidir. 30 Gün hapis cezası alan sürücü, TCK.m.50/3 uyarınca seçenek yaptırımlardan birine çevrilen ceza yaptırımı ile cezalandırılmak zorunda kalacaktır⁹⁰.

2.3. İdari Yaptırım

İdari ihlalin meydana gelmesi nedeniyle bozulan idari düzenin tekrar kurulması için idari ihlale neden olan kişiye idare tarafından uygulanan yaptırım türüne idari yaptırım

⁸⁵ Centel, s.155; Kılıçarslan İşfen, "Suçları", s.68-71; Önok, s.160.

⁸⁶ Arslan, Çetin/Azizoğlu, Bahattin, "Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi", Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara 2004, s.750-753; Soyer Güleç, s. 179-181; Malkoç, s.1182; Donay, s.268-269; Meran, s.916; Yenerer Çakmut, s.784-785; Aşçıoğlu, Çetin, "Trafik Kazalarında Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları", Sözkese Matbaacılık, 3. Baskı, Ankara 2012, s.708; Önok, s.161.

⁸⁷ Parlar/Hatipoğlu, s.2821.

⁸⁸ Önok, s.188.

⁸⁹ Örneğin Yargıtay'ın bir kararına bkz.: "...5237 sayılı Kanunun "Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar" başlıklı 50/1-a maddesi uyarınca sanığın eyleminin seçenek yaptırım olan adli para cezasına dönüştürülmüş bulunduğu cihetle, ayrıca aynı Kanun'un 50/1-d fıkrası gereğince cezasının 1 katı süre ile birahane, bar gibi ikili yerlere gitmekten ve araç kullanmaktan yasaklanmasına karar verilmesinde isabet görülmediğinden 5271 Sayılı CMK.nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu...", Yargıtay 2.CD, E.2007/566, K.2007/1187, K.T.31.01.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2cd-2007-566.htm&kw=%C3%A7enek+yapt%C4%B1r%C4%B1m+%C3%BC+ara%C3%A7+fm>, E.T.13.03.2018.

⁹⁰ Önok, s.189.

denilmektedir⁹¹. İdari suç olarak da adlandırılan idari ihlal ise toplumun bir üyesi ve idarenin de bir tarafı olması nedeniyle vatandaşın yapması gereken bir yükümlülüğü yerine getirmemesi halidir⁹². Yasalar tarafından açıkça yetki verilen ve yasaklanmayan durumlarda idarenin doğrudan doğruya, yargı kararı gerekmezsin, İdare Hukukuna özgü usul çerçevesinde tek yanlı bir idari işlemi ile uyguladığı ceza şeklinde de öğretide idari yaptırım tanımlanmaktadır⁹³. Bu yaptırım türüne İdare Hukukuna özgü usul ile idare tarafından uygulanması nedeniyle idari yaptırım denilmektedir⁹⁴. Anayasa Mahkemesi⁹⁵'ne göre idari yaptırım, “...araya yargı kararı girmeden idarenin doğrudan özel usulleri ile uyguladığı toplumsal düzene aykırılığa verdiği cezadır...”.

İdare, genellikle kolluk yetkisi kapsamında aldığı kararlara uyulmasını sağlamak amacıyla idari yaptırımları uygulamaktadır⁹⁶. Anayasa Mahkemesi⁹⁷'ne göre idari yaptırımlar, “...kişileri idare kapsamındaki borç ve yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlayarak, kamu yararına idari düzeni sağlamayı ve korumayı amaçlamaktadırlar...” İdari yaptırımın uygulanmasının temelinde idarenin toplumun ihtiyacı olan kamu sağlığı, güvenliği, düzeni ve ulusal serveti sağlaması ve koruması yer almaktadır⁹⁸.

Kamu sağlığı ve güvenliği için Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesi uyarınca alkollü araç tüketip Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesindeki promil sınırlarını aşarak güvenli sürme yeteneğini kaybeden sürücülere idari yaptırım olarak her halükarda sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması, sürücüye idari para cezası verilmesi ve şartların oluşması halinde sürücünün, sürücü davranışlarını geliştirme eğitimine yahut psikoteknik değerlendirmeye ve psikiyatri uzmanının muayenesine tabi tutulması yaptırımları uygulanır.

Karayolları Trafik Kanunu.m.48 ile Karayolları Trafik Yönetmeliği.m.97'de belirtilen promil miktarının (hususı araç için 0,50 promil, hususi araç dışındakiler 0,21 promil) üzerinde alkol tüketiminin ardından araç kullandığı belirlenen sürücülerin, söz konusu tespit tarihinden itibaren geriye doğru beş yıl içinde ilk defa bu kabahati işlemlerse sürücü belgeleri altı aylığına ellerinden alınır ve sürücülere idari para cezası uygulanır. Son ihlalin gerçekleştiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde alkollü araç kullanma nedeniyle sürücü belgeleri ikinci defa geri alınan sürücüler Sağlık Bakanlığınca, usul ve esasları İçiş-

⁹¹ **Gölcüklü, Feyyaz**, ““İdari Ceza Hukuku” ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.18, S.2, Y.1963, ss.115-182, s.117; **Nazaroğlu, Yavuz**, “Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri”, Danıştay Dergisi, S.14-15, Ankara, 1974, s.96-109, s.97; **Sorguç, Bahri**, “Disiplin ve İdari Soruşturma”, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1986, s.26-27; **Oğurlu**, s.145; **Gedik/Yüce**, s.22; **Günday**, s.233.

⁹² Goldschmidt, James Paul, “Das Verwaltungsstrafrecht, Berlin1902, s.545'ten aktaran Zanobini, Guido, “İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes'alesi”, (Çev. GÜNAL, Yılmaz), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S.3, C.18, Y.1963, ss.301-318, s.306.

⁹³ **Onar, Sıddık Sami**, “İdare Hukukunun Umumi Esasları”, C.III, Maarif Matbaası, İstanbul 1966, s. 1491; **Özay**, s.35; **Oğurlu**, “Yargısal”, s.126; **Çağlayan**, s.24; **Aslan**, s.178; **Kangal**, s.183.

⁹⁴ **Özay**, s.36; **Derdiman**, s.116; **Oğurlu**, s.152.

⁹⁵ AYM, E.2014/124, K.2015/24, K.T.05.03.2015, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7d7cf76b-e56f-4c39-a50d-56a1bcd1ec3a?highlightText=idari%20yapt%C4%B1r%C4%B1m&excludeGereke=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019).

⁹⁶ **Gölcüklü**, s.116-117; **Duran**, s.248; **Özay**, s.122-124; **Oğurlu**, s.149-150; **Oğurlu**, “Yargısal”, s.32; **Aslan**, s.185.

⁹⁷ AYM, E.2015/35, K.2015/40, K.T.22.04.2015, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/bf31cc44-8f9a-4440-b441-14e9b5cdbc76?highlightText=idari%20yapt%C4%B1r%C4%B1m&excludeGereke=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019).

⁹⁸ **Nazaroğlu**, s.102; **Oğurlu**, s.151; **Oğurlu**, “Yargısal”, s.33-34; **Çağlayan**, s.22; **Aslan**, s.181.

leri, Millî Eğitim ve Sağlık bakanlıklarınca çıkarılacak yönetmelikte gösterilen sürücü davranışlarını geliştirme eğitimine tabi tutulur. Üç veya üçten fazla defa bu kabahati işleyen sürücülere, psiko-teknik değerlendirmeye ve psikiyatri uzmanının muayenesine tabi tutulur. Muayene ve idari yaptırım süresinin sonunda sürücü belgeleri sürücülere geri verilir⁹⁹. Bu nedenle Trafik Kanunu.m.48/5'te sürücü belgelerinin geri alınma süreleri açıklanmasının ardından son cümlede, "...Sürücü belgelerinin herhangi bir nedenle geçici olarak geri alınmış olması hâlinde belirtilen süreler, geçici alma süresinin bitiminde başlar..." şeklinde sürücü belgelerinin alkollü araç kullanımı nedeniyle geçici süreliğine geri alındığı açıkça belirtmiştir.

Hukuki niteliği idari işlem olan idari para cezalarının¹⁰⁰ yanı sıra, sürücü belgelerinin geri alınmasının hukuki niteliği sürücü belgesinin geri alınması tutanağı idari işlemi temelinde meydana gelen idari eylemdir. Zira sürücü belgesinin geri alınması tutanağı idari işlemi ile davalar açıldığı Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında¹⁰¹ görülmektedir.

Sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması idari yaptırımının yetkilisi, Karayolları Trafik Kanunu.m.48/12 uyarınca, Karayolları Trafik Kanunu.m.6'da belirtilen görevlilerdir. Karayolları Trafik Kanunu.m.6'da bu yaptırımı uygulamaya yetkili görevlileri, trafik zabıtası ve genel zabıta olarak düzenlemiştir.

6495 Sayılı Kanun'un 20. maddesi ile Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinin 1. fıkrasında 2013 yılındaki yapılan değişiklik ile "...Bu Kanunun 6 ncı maddesinde sayılan görevlilerin ve trafik tescil kuruluşlarının yetkilendirildiği hâller hariç olmak üzere, sürücü belgelerinin geri alınmasına ve iptaline sulh ceza mahkemeleri karar verir..." şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Maddede geçen sulh ceza mahkemesini, sulh ceza mahkemelerinin 2014 yılında 6545 Sayılı Kanun'un 48. maddesi ile 5235 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde yapılan değişiklik ile sulh ceza hakimliği olarak değiştirilmesi nedeniyle sulh ceza hakimliği olarak algılanmak gerekmektedir. Kanaatimizce bu değişikliğin alkollü araç kullanma nedeniyle sürücülere uygulanacak sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması yaptırımına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Zira KTK.m.48/5 sürücü belgelerinin geçici olarak geri alındığını ve KTK.m.48/12 sürücü belgelerinin geçici olarak geri alma yaptırımının yetkilisinin KTK.m.6'da belirtilen trafik zabıtası ile genel zabıta olduğunu belirtmiştir. KTK.m.112/1'de de açıkça KTK.m.6'da sayılan trafik zabıtası ile genel zabıtanın yetkilendirildiği durumları sulh ceza hakimliğinin yetkili olduğu alanın istisnası olduğu düzenlemiştir. Bu nedenle alkollü araç kullanan sürücülerin sürücü belgelerinin geri alınması yetkisi halen KTK.m.6'daki trafik zabıtası ile genel zabıtaya aittir.

⁹⁹ Baduroğlu/Durak, s.70; Önok, s.189.

¹⁰⁰ Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, "İdare Hukuku", C.I, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.709; Günday, s.304; Sancakdar, Oğuz/Us, Eser/Kasapoğlu Turhan, Mine/Önüt, Lale Burcu/Seyhan, Serkan, "İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı", 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.306.

¹⁰¹ Örneğin Dan. 15.D., E. 2014/10116 K. 2017/5392 T. 10.10.2017, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2014-10116.htm&kw=s%C3%BCr%C3%BCc%C3%BC+belgesi%20alınması>); E.T.30.01.2019); UM Hukuk Bölümü, E.2006/7, K.2006/27, K.T.06.03.2006, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/82f460de1c5d-428d-ab6c-b2c7315c6389?highlightText=s%C3%BCr%C3%BCc%C3%BC%20belgesi%20alınması&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.30.01.2019).

3. Alkollü Araç Kullanma Nedeniyle Uygulanacak Yaptırıma Karşı Başvuru Yolları

3.1. Ceza Yaptırımına Karşı Başvuru Yolu

TCK.m.179/3'e göre trafik güvenliğini tehlikeye atma suçunun işlendiğine ilişkin kanaat getirilmesi halinde uygulanacak hapis cezasının üst sınırı 2 yıl olması nedeniyle asliye ceza mahkemesi görevlidir¹⁰². Asliye ceza mahkemesinde verilen karara itiraz edilmek istenirse, CMK.m.273 uyarınca hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren asliye ceza mahkemesine bir dilekçe verilmesi yahut zabıt katibine bir beyanda bulunma yolu ile CMK.m.272 vd. hükümlerine göre istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir. Kaldı ki Ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet savcısı da bulunduğu yargı çevresi içerisindeki asliye ceza mahkemesinin trafik güvenliği suçu ile ilgili vermiş olduğu hükme karşı, kararın Cumhuriyet başsavcılığına geldiği andan itibaren yedi gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir.

Önemle belirtmemiz gerekir ki alkollü araç kullanan sürücü hakkında trafik güvenliğini tehlikeye atma suçu ile ilgili verilen hüküm için istinaf kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı CMK.m.272'deki hallere göre belirlenir. Bu haller, hapis cezasından çevrilen para cezaları hariç, üç bin Türk lirasından az adli para cezaları, üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümleri, kanunlarda kesin olduğu belirtilen hükümlerdir. Bu bağlamda asliye ceza mahkemesi alkollü araç kullanan sürücüyü yargılama sonucunda bu tip bir hüküm verirse, istinaf kanun yoluna başvurulamayacaktır.

3.2. İdari Yaptırıma Karşı Başvuru Yolu

İdari yaptırımlar, çalışmamızın "İdari Yaptırım" başlığında açıkladığımız üzere idarenin bir işlemidir¹⁰³ ve AY.m.125 gereğince "İdarenin her türlü eylem ve işlemine yargı yolu açıktır." Bu bağlamda idari yaptırımlar da hukuki denetime tabidir. Hukuki niteliğinin idari işlem olması sebebiyle idari yaptırımların kural olarak yargısal denetimleri idari yargıda yapılmakta, idari yaptırım uygulanan idari ihlali gerçekleştiren kişiler de idari yaptırıma karşı idari yargı yoluna gidebilmektedir. İstisnasını ise kanun ile açık bir görevlendirme halinde adli yargının görevli olması oluşturmaktadır¹⁰⁴. Bu konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları¹⁰⁵ bulunmaktadır.

¹⁰² Önok, s.188.

¹⁰³ Onar, s. 1491; Özyay, s.37,40,41; Çağlayan, s.22-23; Aslan, s.178.

¹⁰⁴ Özyay, s.139-140; Nazaroğlu, s.106; Gölcüklü, "Kanun Yolları", s.214; Derdiman, s.118; Oğurlu, "Yargısal", s.145; Aslan, s.187; Güçlü, s.209,213.

¹⁰⁵ Nitekim AYM'nin ilgili bir kararına bkz.: "...kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İdari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir...", AYM, E.2017/178, K.2018/82, K.T.11.07.2018, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/950d34fa-da91-4135-aab7-7a0e3b6dfa5d?highlightText=idari%20yapt%C4%B1r%C4%B1m&excludeGereke=False&wordsOnly=False, E.T.24.01.2019>); AYM, E.2001/226, K.2006/119, K.T.22.12.2006, (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a305cdc8-5e91-4f29-898d-324494365740?excludeGereke=False&wordsOnly=False, E.T.24.01.2019>); AYM, E.2007/115, K.2009/80, K.T.11.06.2009, (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ecc456f6-eb78-410f-ale4-d94933cad731?excludeGereke=False&wordsOnly=False, E.T.24.01.2019>); UM, E.2015/793, K.2015/808, K.T.30.11.2015, (<http://kararlar.uysmazlik.gov.tr/Karar/Content/5d49a9b9-42a2->

İdarenin idari ihlal sonucu uygulayacağı yaptırım olan idari para cezasına karşı itirazın adli yargıda yapılmasına yönelik kanun maddeleri bulunmaktadır. Bu durumun gerekçesinin “yerindelik” düşüncesi olduğu genel kabul görmüştür¹⁰⁶.

Alkollü araç kullanma nedeniyle emniyetli araç sevk ve idare edilememesi sonucunda KTK.m.48 uyarınca uygulanacak olan idari yaptırımlar çalışmamızın “İdari Yaptırımlar” başlığında açıkladığımız üzere dört tür olup, biri sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması, ikincisi sürücüye idari para cezası verilmesi, üçüncüsü sürücüye sürücü davranışlarını geliştirme eğitimi verilmesi, dördüncüsü sürücünün psiko-teknik değerlendirmeye ve psikiyatri uzmanının muayenesine tabi tutulmasıdır. KK.m.16/1’de belirtilen “idari tedbirler”den ve KK.m.16/2 uyarınca “ilgili kanunlarda yer alan diğer idari tedbirler”den olan sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması, alkollü araç kullanan sürücüye eğitim verilmesi ve sürücünün psiko-teknik değerlendirme ile psikiyatri uzmanının muayenesine tabi tutulması yaptırımlarına itiraz edilmesi, genel kurallara tabidir ve söz konusu itiraz, idari yargı yoluna başvurularak gerçekleştirilebilmektedir.

Alkollü araç kullanma halinde uygulanacak idari para cezası yaptırımını da kapsayacak şekilde idari para cezaları KKm.m.16/1’de düzenlenmiştir. KK.m.27/1 ve KK.m.27/3¹⁰⁷ uyarınca idari para cezalarına itiraz için adli yargıda sulh ceza mahkemesine, idari yaptırım kararının tebliği yahut tefhiminden itibaren 15 gün içinde başvurulması gerektiği özel hüküm ile belirtilmiştir. Madde hükmündeki “sulh ceza mahkemesi” ifadesini, sulh ceza mahkemelerinin 2014 yılında 6545 Sayılı Kanun’un 48. maddesi ile 5235 Sayılı Kanun’un 10. maddesinde yapılan değişiklik ile sulh ceza hakimliği olarak değiştirilmesi nedeniyle sulh ceza hakimliği olarak algılamak gerekmektedir. Bu nedenle alkollü araç kullanan sürücüye uygulanan idari para cezasına itiraz için KK.m.27/1 uyarınca sulh ceza hakimliğine başvurulması gerekmektedir. Yargıtay’ın da alkollü araç kullanan sürücüye verilen idari para cezasına sulh ceza hakimliğinde yapılan itirazla ilgili kararları bulunmaktadır¹⁰⁸. Uyuşmazlık Mahkemesi’nin de idari para cezasına karşı yargı yolunun adli yargı olduğuna dair kararları bulunmaktadır¹⁰⁹.

4226-b6bf-0f5e2512c46d?highlightText=alkollü% C3%BC%20ara% C3%A7&excluce Gerekce=False&wordsOnly=False, E.T.24.01.2019).

¹⁰⁶ Özay, s.140; Oğurlu, “Yargısal”, s.148; Çağlayan, s.72-74; Aslan, s.187.

¹⁰⁷ **Kabahatler Kanunu Madde 27 Fıkra 1:** “İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir.”

Kabahatler Kanunu Madde 27 Fıkra 3: “Başvuru, bizzat kanunî temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılır. Başvuru dilekçesi, iki nüsha olarak verilir.”

¹⁰⁸ Örneğin alkollü araç kullanma sonucu verilen idari para cezasının iptali için Sulh Ceza Mahkemesi’ne başvurulmasına ilişkin bir Danıştay kararına bkz.: “...Dosyanın incelenmesinden; 18/06/2012 tarihinde yapılan kontrolde davacının alkollü araç kullandığının tespit edildiğinden bahisle sürücü belgesine el konulduğu ve trafik para cezası verildiği, davacının trafik para cezasına karşı 19/06/2012 tarihinde Sandıklı Sulh Ceza Mahkemesinde dava açtığı ve 05/11/2012 günlü, 2012/219 D. İş sayılı kararlar, aracı kullanan kişinin davacı olduğuna dair somut tespit olmadığı gerekçesiyle trafik para cezasının iptal edildiği, ...”, Danıştay İDDGK, E.2015/2469, K.2017/7, K.T.16.01.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-2015-2469.htm&kw=2015/2469#fm>, E.T.28.03.2018.

¹⁰⁹ Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi’nin bu konuya ilişkin bir kararına bkz.: “...davanın idari para cezasına karşı açılan kısmının görüm ve çözümünde, anılan Kanununun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu açık olup...”, UM., E.2015/626, K.2015/754, K.T.30.11.2015, (<http://kararlar.uysmazlik.gov.tr/Karar/Content/1dc4e9e6-d764-4e7c-840d>

Özellikle belirtmemiz gerekir ki adli yargının görev alanına giren bir idari yaptırım ile birlikte normalde idari yargının görevi kapsamında yer alan bir idari yaptırıma karşı yargı yoluna başvurulacaksa, KK.m.27/8¹¹⁰ uyarınca idari yargıya başvurulmalıdır. Bu bağlamda çalışmamız açısından alkollü araç kullanan sürücüye idari para cezası, sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması, eğitim verilmesi yahut psikolojik değerlendirme veya muayeneye tabi tutulması gibi idari yaptırımlar birlikte uygulanırsa ve bu yaptırımlara itiraz edilmek istenirse, itiraz için idari yargı merciine başvurulması gerekmektedir. Keza Danıştay'ın da idari para cezası ile birlikte diğer idari tedbirler olarak nitelendirilen idari yaptırımların uygulanması halinde, idari yargı yerine yapılan itirazlarla ilgili kararları bulunmaktadırlar¹¹¹. Uyuşmazlık Mahkemesinin de idari para cezası ile birlikte diğer idari tedbirler

72f592012079?highlightText=alkollü% C3% BC% 20ara% C3% A7&excludeGerekce=False&wordsOnly=False, E.T.24.01.2019).

¹¹⁰ **Kabahatler Kanunu Madde 27 Fıkra 8:** “İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görülür.”

¹¹¹ Nitekim hem sürücü belgesinin geri alınması hem de idari para cezasının iptali için idare mahkemesinin vermiş olduğu kararın temyizi ile ilgili bir Danıştay kararına bkz.: “...görevli polis memurlarınca 26.03.2015 tarihinde yapılan trafik denetiminde, kamyonet-panelvan cinsi araç kullanan davacıya yapılan alkol kontrolünde, davacının saat 00:06'da alkolmetre ile yapılan ölçümde 0,29 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, bu tespit üzerine hususi otomobil dışındaki araçlar bakımından yasal sınır olan 0,21 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığından bahisle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/5. maddesi uyarınca sürücü belgesinin altı ay süreyle geri alınmasına ve 800,00 TL idari para cezası verilmesine ilişkin işlemlerin tesis edildiği, bakılmakta olan davanın...reddine karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemleri iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...”, Danıştay 15. D., E.2016/3092, K.2017/181, K.T.12.01.2017, [İdari yaptırım ile idari para cezasına birlikte kanun yoluna başvurulacağı zaman adli yargının görevli olduğunu belirten hakimlerin varlığına rağmen oyçokluğu ile idari yargının görevli olduğuna kanaat getirip, temyiz incelemesine geçilen Danıştay kararlarına bkz.: “...Karar veren Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce Üye Süleyman Hilmi Aydın'ın "dava konusu uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu" görüşüne karşılık, uyuşmazlığın görüm ve çözüm yerinin idari yargı olduğuna oyçokluğu ile karar verilerek, dosyadaki belgeler incelenerek gereği görüldü...”, Danıştay 15. D., E.2016/460, K.2017/179, K.T.12.01.2017, \[YÜHFD C. XVIII S.2 \\(2021\\)\]\(http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2014-8948.htm&kw=`2014/8948`#fm, E.T.28.03.2018.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2016-3092.htm&kw=`2016/3092`#fm, E.T.28.03.2018;</p>
</div>
<div data-bbox=)

olarak nitelendirilen idari yaptırımlara karşı itiraz için başvurulacak yargı yolunu belirlediği kararları bulunmaktadır¹¹².

Karayolları Trafik Kanunu.m.112'de 2013 yılında yapılan değişiklik ile alkollü araç kullanan sürücülere uygulanacak sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına karşı itiraz için başvurulacak yargı yolu tartışmalara neden olmuştur. İlgili hükümde KTK.m.6'daki trafik zabıtalrı ve genel zabitanın yetkili olduğu alanlardan olan alkollü araç kullanan sürücülerin sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına karşı hangi yargı yoluna başvurulabileceği konusuna açıklık getirilmemiştir. Bu konuda uygulamada da sorunlar çıkmış, Danıştay kararları ile sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına karşı başvurulacak yargı yoluna ilişkin KTK.m.112/1'de açıklık getirilmediği, bu nedenle bu idari yaptırıma itiraz etmek için genel kural kapsamında idari yargı yoluna başvurulması gerektiği, idari para cezası ile birlikte sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması idari yaptırımlarının iptali için de başvurulacak yargı yolunun KK.m.27/8 uyarınca adli yargı değil, idari yargı olması gerektiği sonucuna varılmıştır¹¹³. Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi ise aksi yönde

¹¹² Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu konudaki bir kararına bkz.: "...Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nce, idari para cezası yönünden oluşan olumsuz görev uyuşmazlıklarının çözümünde, idari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararın da verilmiş olması ve dosya içeriğinden bu kararın idari yargı yerinde dava konusu edildiğinin anlaşılması halinde; idari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da, idari yargı yerinde görüleceği sonucuna varılarak, idari yargı yerince verilen görevsizlik kararlarının kaldırılmasına karar verilmiştir..." UM Hukuk Bölümü, E.2014/960, K.2014/1004, K.T.17.11.2014, (<http://kararlar.uysuzmazlik.gov.tr/Karar/Content/3c843685-108f-47d0-9b06-f1d1495ac418?highlightText=idari%20para%20ceza&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019); UM Hukuk Bölümü, e.2015/626, K.2015/754, K.T.30.11.2015, (<http://kararlar.uysuzmazlik.gov.tr/Karar/Content/1dc4e9e6-d764-4e7c-840d-72f592012079?highlightText=alkoll%C3%BC%20ara%C3%A7&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019).

¹¹³ Örneğin Danıştay'ın bu konuyla ilgili bir kararına bkz.: "...2918 sayılı Kanunun 112. maddesinin değiştirilen halinde de, Kanunun 6. maddesinde sayılan görevliler ile trafik tescil kuruluşlarının yetkilendirildiği haller hariç tutularak, diğer hallerde sürücü belgelerinin geri alınmasına ve iptaline sulh ceza mahkemelerinin karar vereceği vurgulanmıştır. Bu durumda; 2918 sayılı Kanunun 112. maddesinde 6495 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, 5326 sayılı Kanunun yukarıda bahsi geçen 19. maddesinde yer alan "diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümlerin, bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıca kadar saklı olduğu" hükmü uyarınca bu kapsamda yapılan değişiklik olmayıp, sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin kollukça tesis edilen işlemler halen idari yargının denetimi altındadır. 2918 sayılı Kanunun bahsi geçen 6. maddesinde sayılan görevliler nitelikleri itibarıyla idarenin ajanı olup, yürürlükteki mevzuat kapsamında idarenin kendilerine verdiği yetki çerçevesinde icra ettikleri işlemlerin de idari işlem niteliğindedir olduğundan kuşku bulunmamaktadır... Trafik idari para cezalarından doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler 5326 sayılı Kanunun 27/1 maddesi hükmü uyarınca sulh ceza mahkemeleri olmakla birlikte, gerek 2918, gerekse 5326 sayılı Kanun hükümleri gözöüne alındığında; bir idari işlem olan sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemelerin idari yargı mercii olduğu tartışmasız olup, 5326 sayılı Kanunun 27/8 maddesinde yer alan "idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde, idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının bu işlemin iptal talebiyle birlikte idari yargı mercisinde görüleceği" düzenlemesi uyarınca da dava konusu işlemlerden doğan uyuşmazlıkta İdare Mahkemesince işin esası incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde sulh ceza mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmesinde hukuka ayarlık görülmemiştir..." Danıştay E.2015/7832, K.2016/217, K.T.25.01.2016, (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=77&t=58108>, E.T.25.01.2019); Danıştay

kararlar vermiş, KTK.m.112'deki değişikliğin alkollü araç kullanma halinde uygulanacak sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına karşı başvurulacak yargı yoluna açıklık getirilmediği ve Kabahatler Kanunu.m.27/1'deki düzenleme uyarınca, idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi idari yaptırımına karşı sulh ceza hakimliğine başvurulabileceği hükmünün burada da uygulanması gerektiği fikrini benimsemiş, bu nedenle hem yalnızca sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması hem de idari para cezası ile birlikte sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına karşı başvurulacak yargı yolunun adli yargı olması gerektiğine kanaat getirmiştir¹¹⁴. Hem yalnızca sürücü belgesinin geçici olarak geri

2015/2061, K.2015/4886, K.T.09.09.2015, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2015-2061.htm&kw=`2918+say%C4%B1%C4%B1+kanunun+112`#fm>, E.T.25.01.2019);

Diğer bir Danıştay kararına bkz.: "...Trafik idari para cezalarından doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler 5326 Sayılı Kanunun 27/1 maddesi hükmü uyarınca sulh ceza mahkemeleri olmakla birlikte, bir idari işlem olan sürücü belgesinin geri alınmasına dair işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemelerin belirlenmesi hususunda gerek 5326, gerekse 2918 Sayılı Kanunda herhangi bir hükme yer verilmediği, bu sebeple sürücü belgesinin geri alınmasına dair işlemlerden doğan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına girdiği açık olup, 5326 Sayılı Kanunun 27/8 maddesinde yer alan "... idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde, idari yaptırım kararına dair hukuka aykırılık iddialarının bu işlemin iptal talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği..." düzenlemesi uyarınca da davaya konu işlemlerden doğan uyuşmazlıkta İdare Mahkemesince işin esası incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde sulh ceza mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir...." Danıştay 15.D., E.2015/1707, K.2015/1891, K.T.03.04.2015, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2015-1707.htm&kw=`s%C3%BCr%C3%BCc%C3%BC+belgesi+geri+al%C4%B1nmas%C4%B1`#fm>, E.T.25.01.2019);

Sürücü belgesinin geri alınmasına karşı idari yargıda ilk derece mahkemesinde açılan bir davanın görevden reddedilmeyip, esasın incelenmesine ve hatta idari yargıda kanun yoluna başvurulmasına ilişkin Danıştay kararlarına bkz.: Danıştay İDDGK, E.2015/3633, K.2017/14, K.T.16.01.2017, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-2015-3633.htm&kw=`alkoll%C3%BC+ara%C3%A7`#fm>, E.T.25.01.2019); Danıştay 15.D., E.2014/10116, K.2017/5392, K.T.10.10.2017, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2014-10116.htm&kw=`s%C3%BCr%C3%BCc%C3%BC+belgesinin+geri+al%C4%B1nmas%C4%B1`#fm>, E.T.25.01.2019).

¹¹⁴ Nitekim Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararına bkz.: "...2918 Sayılı Kanun'un "Adli Kovuşturma ve Cezaların Uygulanması" başlıklı Dokuzuncu Kısım'ı dahil "Bu Kanundaki suçlarla ilgili davalara bakacak mahkemeler ve yetkileri" başlığı altında düzenlenen 112. maddesinin ilk paragrafında; sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması hariç olmak üzere bu Kanundaki hafif para cezasını veya bu kanundaki hafif hapis cezasını, belgelerin geri alınması ve iptali veya işyerlerinin kapatılması cezasını gerektiren suçlarla ilgili davalara trafik mahkemelerinde, bunların bulunmadığı yerlerde yetki verilen sulh ceza mahkemelerinde bakılacağı ifade edilmiş; böylelikle sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına dair uygulamalar, trafik ve sulh ceza mahkemelerinin görevi dışında tutulmuş iken; 12/07/2013 tarih ve 6495 Sayılı Kanun'un 20. Maddesiyle, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile maddenin başlığı, "Sürücü belgelerinin geri alınmasında ve iptalinde yetki"; şeklinde, madde ise, "Bu Kanunun 6. maddesinde sayılan görevlilerin ve trafik tescil kuruluşlarının yetkilendirildiği haller hariç olmak üzere, sürücü belgelerinin geri alınmasına ve iptaline sulh ceza mahkemeleri karar verir", şeklindeki düzenleme ile yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna dair bir düzenlemeye yer verilmediği gözetildiğinde, sürücü belgesi geri alma tutanağının iptali istemiyle açılan davanın da adli yargı yerinde görülmesi ve keza Uyuşmazlık Mahkemesi'nin sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına dair davaya bakma görevinin adli yargıya ait olduğuna dair 13/10/2014 tarihli ve 2014/875 esas, 2014/926 Sayılı kararı nazara alındığında, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/9. madde-

alınması hem de idari para cezası ile birlikte sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına karşı başvurulacak yargı yoluna ilişkin Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına katılmamaktayız. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2014 yılındaki kararlarında¹¹⁵ davanın konu-

si uyarınca verilen idari para cezasına karşı yapılan itirazın, sürücü belgesi geri alma tutanağı hakkında ayrıca dava açılmış olsa dahi, aynı Kanun'un 112. maddesinde yapılan değişiklik sebebiyle adli yargıda çözümlenmesinin gerektiği cihetle,... Yargıtay 19.CD, E.2015/17829, K.2016/342, K.T.14.01.2016, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=19cd-2015-17829.htm&kw=> karayollar %C4%B1+trafik+kanunu+112`#fm, E.T.25.01.2019); Yargıtay 19.CD., E.2015/16526, K.2016/341, K.T.14.01.2016, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=19cd-2015-16526.htm&kw=> karayollar%C4%B1+trafik+kanunu+112`#fm, E.T.25.01.2019); Yargıtay 19.CD, E.2017/2955, K.2018/9273, K.T.24.09.2018, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=19cd-2017-2955.htm&kw=> karayollar%C4%B1+trafik+kanunu+112`#fm, E.T.25.01.2019);;

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin kararlarına bkz.: *"...İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen sürücü belgesi geri alma tutanağının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun'un 20.maddesiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile maddenin yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağından, sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı açılan davanın görüş ve çözümünde, anılan Kanununun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır..."* UM Hukuk Bölümü, E.2015/685, K.2015/692, K.T.26.10.2015, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/22e8f1ea-5ea6-4d23-aab2-27c28d69ef21?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, E.T.25.01.2019).

¹¹⁵ Örneğin yalnızca idari para cezasının iptali ile ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi kararına bkz.: *"...Somut olayda, idari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak sürücü belgesi geri alma tutanağı da düzenlendiği ve idari yargı yerinde dava konusu edildiği anlaşılmış ise de; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Saklı tutulan hükümler" başlığını taşıyan 19. maddesinde, "diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için, ehliyetin geri alınması,gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklıdır" denilerek, ilgili kanununda, bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı tutulan, başka bir deyişle, belirtilen istisnalar içinde sayılan yaptırımlardan biri olan "ehliyetin geri alınması"na ilişkin hükmün, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun'un 20.maddesiyle, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile yukarıda belirtilen şekilde yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gözetildiğinde, idari para cezası yönünden oluşan olumsuz görev uyuşmazlığının çözümünde, sürücü belgesi geri alma tutanağının iptali istemiyle idari yargı yerinde açılan davanın bir öneminin bulunmadığı açıktır... İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen trafik para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda son olarak 12.7.2013 gün ve 6495 sayılı Kanun'la değişiklik yapıldığı, bu haliyle de idari para cezasına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüş ve çözümünde, anılan Kanununun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır..."*, UM Hukuk Bölümü, E.2014/311, K.2014/353, K.T.01.04.2014, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/51810085-e55b-42d4-8047-a333eb7abc83?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, E.T.28.01.2019);

Diğer bir idari para cezasının iptali ile ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına bkz.: *"...Somut olayda, adli yargı yerince idari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak sürücü belgesi geri alma tutanağı da düzenlendiği bu nedenle davanın çözümünün idari yargı yerine*

su idari para cezalarının iptali iken açıkladığı gerekçe ve karar ile sonraki yıllardaki davalarda¹¹⁶ davanın konusu yalnızca sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasının iptali

ait olduğu ileri sürülmüş ise de, dava dilekçesinin incelenmesinden, davacının sadece idari para cezasına karşı dava açmış olduğu ancak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Saklı tutulan hükümler" başlığını taşıyan 19. maddesinde, "diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için, ehliyetin geri alınması,gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmaya kadar saklıdır" denilerek, ilgili kanununda, bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmaya kadar saklı tutulan, başka bir deyişle, belirtilen istisnalar içinde sayılan yaptırımlardan biri olan "ehliyetin geri alınması"na ilişkin hükmün, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun'un 20.maddesiyle, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile yukarıda belirtilen şekilde yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gözetildiğinde, aksi takdirde dahi, oluşacak olan olumsuz görev uyumsuzluğunun çözümünde, sürücü belgesi geri alma tutanağının iptali istemiyle açılan davanın da adli yargı yerinde görüleceği açıktır... İncelenen uyumsuzlukta, öngörülen trafik para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda son olarak 12.7.2013 gün ve 6495 sayılı Kanun'la değişiklik yapıldığı, bu haliyle de idari para cezasına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşıl-mıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanununun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır... ", UM Hukuk Bölümü, e.2014/764, K.2014/816, K.T.14.07.2014, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/88a6bbfe-20e6-4313-b306-08dd381e8f9d?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, E.T.28.01.2019>); UM Hukuk Bölümü, E.2014/875, K.2014/926, K.T.13.10.2014, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/4ab5b9a0-3a8e-47ae-92ff-8bf99f0b08be?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, E.T.28.01.2019>); UM Hukuk Bölümü, E.2014/960, K.2014/1004, K.T.17.11.2014, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/3c843685-108f-47d0-9b06-f1d1495ac418?highlightText=idari%20para%20ceza&excludeGerekce=False&wordsOnly=False, E.T.24.01.2019>).

¹¹⁶ Hem idari para cezası hem de sürücü belgesinin geri alınması yaptırımlarının iptali ile ilgili Uyusmazlık kararlarına bkz.: "...Somut olayda, idari para cezalarına konu işlemler kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak sürücü belgesi geri alma tutanakları da düzenlendiği ve idari yargı yerinde dava konusu edildikleri anlaşılmış ise de; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Saklı tutulan hükümler" başlığını taşıyan 19. maddesinde, "diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için, ehliyetin geri alınması,gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmaya kadar saklıdır" denilerek, ilgili kanununda, bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmaya kadar saklı tutulan, başka bir deyişle, belirtilen istisnalar içinde sayılan yaptırımlardan biri olan "ehliyetin geri alınması"na ilişkin hükmün, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun'un 20.maddesiyle, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile yukarıda belirtilen şekilde yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gözetildiğinde, oluşan olumsuz görev uyumsuzluğunun çözümünde, sürücü belgesi geri alma tutanaklarının iptali istemiyle idari yargı yerinde açılan davanın bir öneminin bulunmadığı, davanın adli yargı yerinde görüleceği açıktır... İncelenen uyumsuzlukta, öngörülen trafik para cezaları ve sürücü belgesi geri alma tutanak-larının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun'un 20.maddesiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile maddenin yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gibi idari para cezasına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmediği anlaşıl-mıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belir-

yahut hem idari para cezasının hem de sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasının iptali olmasına rağmen yalnızca idari para cezasının iptali konulu davada belirttiği gerekçeler ile vardığı sonucun aynı olmasına katılmamaktayız. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, E.2014/311, K.2014/353, K.T.01.04.2014 Tarihli kararına, özellikle "...2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile yukarıda belirtilen şekilde yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gözetildiğinde, idari para cezası yönünden oluşan olumsuz görev uyuşmazlığının çözümünde, sürücü belgesi geri alma tutanağının iptali istemiyle idari yargı yerinde açılan davanın bir öneminin bulunmadığı açıktır..." ifadeleri açısından katılmaktayız; ancak bu kararın sonraki davalarda da bu gerekçe ve devamındaki gerekçelerin yalnızca sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasının iptali taleplerine ve idari para cezası ile birlikte sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasının iptali taleplerine de uygulanmasını uygun görmemekteyiz. Kanaatimizce idari para cezasının iptali konulu davalarda KK.m.27/1 gereğince adli yargının görevli olmasına kanaat getirilmesi yerindeyken, KK.m.27/1 kapsamında yer almayan sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasının iptali davası için kanunda açık olarak bir yargı yeri belirtilmemesi nedeniyle görev yönünden idari para cezasının iptali ile aynı görevli mahkemeye tabi tutulması yerinde değildir. Açıkladığımız üzere idari yaptırımların kural olarak yargısal denetimleri idari yargıda yapılmakta, idari ihlali gerçekleştiren kişiler de idari yaptırıma karşı idari yargı yoluna gidebilmekte-

lenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezaları ve sürücü belgesi geri alma tutanaklarına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır...", UM Hukuk Bölümü, E.2015/468, K.2015/470, K.T.01.06.2015, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/aad27b8e-73b1-4975-bbe8-9ce550c2c6e6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.28.01.2019); UM Hukuk Bölümü, E.2017/90, K.2017/134, K.T.20.02.2017, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/a38fda0d-4d2a-4228-be77-06efbf405f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.28.01.2019);

Yalnızca sürücü belgesinin iptali ile ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi kararına bkz.: "...Olayda, idari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak düzenlenen ve olumsuz görev uyuşmazlığının konusunu oluşturan sürücü belgesi geri alma tutanağı ile ilgili olarak; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Saklı tutulan hükümler" başlığını taşıyan 19. maddesinde, "diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için, ehliyetin geri alınması,gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyaya kadar saklıdır" denilerek, ilgili kanununda, bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyaya kadar saklı tutulan, başka bir deyişle, belirtilen istisnalar içinde sayılan yaptırımlardan biri olan "ehliyetin geri alınması"na ilişkin hükmün, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile yukarıda belirtilen şekilde yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmıştır... İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen sürücü belgesi geri alma tutanağının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile maddenin yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağından, sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır...", UM Hukuk Bölümü, E.2015/685, K.2015/692, K.T.26.10.2015, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/22e8f1ea-5ea6-4d23-aab2-27c28d69ef21?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.28.01.2019).

dir. Bu durumun istisnasını oluşturan kanun ile açık bir görevlendirme yapılarak adli yargının görevli olması hali sürücü belgesinin geri alınmasının iptali için düzenlenmemiştir. Bu nedenle Danıştay'ın kararlarına katılmakta, yalnızca sürücü belgesinin geri alınmasının iptali yahut idari para cezası ile birlikte sürücü belgesinin geri alınmasının iptali için KK.m.27/8 uyarınca yargı yolunun idari yargı olduğunu düşünmekteyiz.

SONUÇ

Trafik, esasen içinde insan faktörünün bulunması nedeniyle bir sosyal olgudur. Bu sosyal olgunun psikoloji, sosyoloji ve hukuk ile yakın bağı bulunmaktadır ve ıslah edilmemesi halinde ne yazık ki kazaların önüne geçmek için hiçbir yol etkili olmayacaktır. Trafiki oluşturan insanlara, küçük yaşlardan itibaren trafik kurallarının benimsenmesi, bu kuralların bir ahlak kuralı gibi öğretilmesi, trafik kurallarına ilişkin zorunlu eğitimler verilmesi, alkolün etkisinin anlatılması, neden alkollü araç kullanılmasının tehlikeli olduğunun bilimsel verilerle sık sık anlatılması gerekmektedir. Bu şekilde uzun vadede de olsa kesin olarak alkollü araç kullanmanın önüne geçilebileceğini, kazaların da bu sayede azalacağını düşünmekteyiz.

Eğitimin alkollü araç kullanma ve trafik kazalarının önüne geçeceği kuşkusuzdur; ancak kısa vadede insanların araç kullanırken alkollü olmasını önlemek için uygulanabilecek en etkili yöntem trafik denetimlerinin artması ve yaptırım uygulanmasıdır. Kaldı ki yaptırımların ağırlaştırılması ile sürücüler üzerinde de caydırıcılığı muhakkak ki artacaktır. Bu konuda trafik zabıtalарına da büyük görev düşmekte, alkolmetre cihazlarını gereği gibi kullanmaya, sürücülerin itiraz etmesine imkan kalmayacak şekilde hata payı olmaksızın testleri gerçekleştirmeye çalışmalıdırlar.

Karayolları Trafik Kanunu'nda yapılan değişiklikten önce yalnızca ceza yaptırımı alkollü araç kullanan sürücülere uygulanabilmekte, idari yaptırımın kanunen düzenlenmesinin hiçbir işlevi bulunmamaktaydı. Bu nedenle idari yaptırım düzenlemesi işlevsiz kalmaktaydı; ancak değişikliklerden sonra alkollü araç kullanan sürücülere hem ceza yaptırımı hem de idari yaptırım uygulanabilmekte, bu sayede hem kanuni düzenleme işlevini yerine getirmekte hem de sürücüler üzerinde daha caydırıcı olmaktadır.

Alkollü araç kullanma nedeniyle hem idari para cezası hem de diğer idari tedbirler olarak nitelendirilen idari yaptırımların uygulanması durumunda, yaptırımın ikisine birden itiraz etmek için yargı yoluna başvurulması halinde başvurulacak yargı yerinin idari yargı olması, idari para cezasının yanında temel alınan esas yaptırımın diğer idari tedbir olarak nitelendirilen idari yaptırım olduğu sonucuna bizi götürmektedir. Kaldı ki yargı kararları da bize bu sonucu göstermektedir.

KAYNAKÇA

ARSLAN, Çetin/AZİZOĞLU, Bahattin, “Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi”, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara 2004.

ASLAN, M. Yasin, “İdari Yaptırımlar”, TBB Dergisi, S.85, Y.2009, ss.173-188.

AŞÇIOĞLU, Çetin, “Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları”, Sözkese Matbaacılık, 3. Baskı, Ankara 2012.

AŞÇIOĞLU, Faruk, “Trafikte Güvenli Sürüş Açısından Alkol”, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2009.

AŞÇIOĞLU, Faruk/YAPAR, Belkıs/TÜTÜNCÜLER, Aliye/BELCE, Ahmet, “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Açısından Alkol”, Adli Tıp Dergisi, S.23, C.3, Y.2009, ss.8-16.

AYATAR KIZILYAR, Sema, “Ceza Yaptırımı İle İdari Yaptırım Ayrımı”, Journal of Yasar University, C.8, S.Özel, Y.2013, ss.1637-1667.

BADUROĞLU, Erol/DURAK, Dilek, “Alkol ile İlgili Adli Tıp Sorunları”, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C.36, S.2, Y.2010, ss.65-72.

BİÇER, Faruk, “Alkol”, web.itu.edu.tr/~ozcanm/kim/ALKOL%20itu(S0N).ppt, E.T.22.02.2018.

CAN, Muhammet/GÜRPINAR, S. Serhat/İŞLER, Hülya/VAROL, Ne-zih/GÜRPINARLI, Zafer/KOCAAĞA, İsmail, “Alkol Alan Kişilerin Kan Alkol Düzeyinin Solumum Havasındaki Alkol Düzeyi ile Karşılaştırılması ve Karaciğer Enzimlerine Etkisinin Araştırılması”, Van Tıp Dergisi, C.15, S.3, Y.2008, ss.75-80.

CENTEL, Nur, “Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK.m.179/3)”, Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü, S.2, Y.2012, ss.155-165.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)”, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006.

ÇINAR, Ali Rıza, “Ceza Yasasında Alkollü Araç Kullanma Suçu”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu-Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:142, Ankara 2008.

ÇINAR, Ali Rıza, “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçlarından Türk Ceza Yasasının 179/3. Maddesindeki Alkollü Araç Kullanma Suçu”, (Trafik), Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Y.2, S.10, Eylül 2010, ss.6-16.

DEMİRBAŞ, Timur, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, Ankara 2017.

DENER, Yücel/HANCI, İ. Hamit/TURAN, Osman Fırat/HANCI, Tuba, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi (Trafikte Sürücülerde Keyif Verici Madde Tespiti ve Uygulanması)”, Ulaşım ve Trafik Güvenliği Dergisi, Adli Bilimciler Derneği, Ağustos 2012, ss.3-10.

DERDİMAN, R. Cengiz, “Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C.6, S.3, Y.1997, ss.103-121.

DONAY, Süheyl, “Türk Ceza Kanunu Şerhi”, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, C.III, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1994.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, C.I, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1994.

DURAN, Lütfi, “İdare Hukuku Ders Notları”, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

DURAN, Lütfi, “İdare Hukuku Meseleleri”, (Mesele), İstanbul 1964.

ERDİNÇ, Burcu, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi Ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, C.10, ss.241-276.

FAHL, Christian, (Çev.YENERER ÇAKMUT, Özlem), “Alman Ceza Kanunu Prg.316: Bisiklet Sürücülerinin Araç Kullanamama-Ehliyetsizlik Hali, Trafikte Alkol, Uyuşturucu Madde ve İlaç”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6 Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara 2006.

GEDİK, Doğan/YÜCE, Ersoy, “Bir İdari Yaptırım Türü Olarak Kabahatler Hukukunda Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi”, Legal Kitapevi, İstanbul 2011.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, ““İdari Ceza Hukuku” ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.18, S.2, Y.1963, ss.115-182.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İdari Ceza Müeyyideleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolları”, (Kanun Yolları), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.18, S.3, Y.1963, ss.189-215.

Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, “İdare Hukuku”, C.I, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

GÜÇLÜ, Yaşar, “İdari Para Cezaları ve Diğer Yaptırımlar”, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2010.

GÜNDAY, Metin, “İdare Hukuku”, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2015.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni”, US-A Yayıncılık Ltd. Şti., İkinci Baskı, Ankara 1996.

HANCI, İ. Hamit/AŞÇIOĞLU, Faruk/ARSLAN, Çetin/COŞKUNOL, Hakan/ŞİRİN, Hadiye/DENER, Yücel/ÜNVER, Yener/USER, Neşe Nur/KARAKÜLAH, Devrim/YAYLACI, Serpil/ALKAN, Nevzat/YÜKSEL, Nurhayat/İDİZ, Nuri/DÜLGER, Özden/AKTAY, Göknur/ÇOLAK, Ayfer, “Türk Ceza Yasasına Göre Alkollü Araç Kullanımının Güvenli Sürüş Yeteneğine Etkileri” Çalıştay Sonuç Bildirgesi”, Adli Bilimler Dergisi, Ankara 2009,(<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-ihamithanci-2.htm&kw=t%C3%BCrk+ceza+yasas%C4%B1na+g%C3%B6re+alkoll%C3%BC#fm>, E.T.16.02.2018).

HIZLI, Yılmaz, “Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu”, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1984.

KANGAL, T. Zeynel, “Kabahatler Hukuku”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

KILIÇARSLAN İSFEN, Sibel, “Alman ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları (AlmCK md.315 ila 316 ve TCK.m.179)”, (Suçları), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

KILIÇARSLAN İSFEN, Sibel, “Güvenli Araç Sürme Yeteneğinin Kaybının Tespiti Bağlamında Kanun Örneği Alınması Cmk.M.75 Alman Hukuku Açısından Eleştirel Bir Yaklaşım”, Hukuk Köprüsü Dergisi, S.3, Ankara 2013, ss.241-254.

KUNTER, Nurettin/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, Birinci Kitap, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.

KUTLU GÜRSEL, Meltem, “İstanbul Menkul Kıymetler Borsası İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme”, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

MALKOÇ, İsmail, “Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu”, Cilt I, Malkoç Kitabevi, Ankara 2007.

MERAN, Necati, “Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

NAZAROĞLU, Yavuz, “Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri”, Danıştay Dergisi, S. 14-15, Ankara 1974.

OĞURLU, Yücel, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1, Y.1999, ss.143-194.

OĞURLU, Yücel, “İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma -İdari Ceza Hukuku Ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları”, (Yargısal), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.

ONAR, Siddik Sami, “İdare Hukukunun Umumi Esasları”, C.III, Maarif Matbaası, İstanbul 1966.

ÖNOK, Murat, “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK.m.179)”, TBB Dergisi, S.121, Y.2015, ss.157-202.

ÖZAY, İl Han, “İdari Yaptırımlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, (Muhakemesi), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

ÖZEN, Mustafa, “İdari Ceza Hukuku”, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, “Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, “Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla Uygulamalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu”, C.III, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

SANCAKDAR, Oğuz/US, Eser/KASAPOĞLU TURHAN, Mine/ÖNÜT, Lale Burcu/SEYHAN, Serkan, “İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı”, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

SANCAKDAR, Oğuz, “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku’ndaki Anayasal Temelleri”, (İdari Cezalar), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

SEZGİN, Gökçe/ ALTUN, A. Altan/ AKMAN, Süleyman, ÖZCAN, Mustafa, “Adli Bilimlerde Alkoller”, web.itu.edu.tr/~ozcanm/kim/adli%20kimya%20sunum.ppt, E.T.22.02.2018.

SORGUÇ, Bahri, “Disiplin ve İdari Soruşturma”, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1986.

SOYER GÜLEÇ, Sesim, “Yeni Türk Ceza Kanununda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 9, Aralık 2006, ss.167-184.

ŞEN, Ersan, “Çevre Ceza Hukuku”, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994.

TAHİROĞLU, Bülent, “Trafik Kazalarında Ceza ve Hukuk Sorumluluğunun Belirlenmesinde Bilirkişi Raporları”, Fasikül Dergisi, S.11, Y.2010, ss.6-17.

TÜRAY, Aras, “Alkollü Araç Kullanmak Suretiyle Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Bakımından Mutlak Karine Sisteminin Değerlendirilmesi”, Suç ve Ceza, S.1-2, Y.2016, ss.131-182.

ULUSOY, D. Ali, “İdari Yaptırımlar”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

YARSUVAT, Duygun, “Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılamaında Yeni Sorunlar”, İÜFM, C.50, S.1-4, Y.1984, ss.153-177.

YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, “Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, Cilt IV, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK.m.179-180)”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C.III, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:18, İstanbul 2010.

ZANOBİNİ, Guido, “İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes’esi”, (Çev. GÜNAL, Yılmaz), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S.3, C.18, Y.1963, ss.301-318.

<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=77&t=58108>, E.T.25.01.2019.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/5d49a9b9-42a2-4226-b6bf-0f5e2512c46d?highlightText=alkoll%C3%BC%20ara%C3%A7&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/1dc4e9e6-d764-4e7c-840d-72f592012079?highlightText=alkoll%C3%BC%20ara%C3%A7&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/1dc4e9e6-d764-4e7c-840d-72f592012079?highlightText=alkoll%C3%BC%20ara%C3%A7&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/3c843685-108f-47d0-9b06-f1d1495ac418?highlightText=idari%20para%20ceza&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ecc456f6-eb78-410f-a1e4-d94933cad731?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a305cdc8-5e91-4f29-898d-324494365740?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/950d34fa-da91-4135-aab7-7a0e3b6dfa5d?highlightText=idari%20yapt%C4%B1r%C4%B1m&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/bf13cc44-8f9a-4440-b441-14e9b5cdb676?highlightText=idari%20yapt%C4%B1r%C4%B1m&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7d7cf76b-e56f-4c39-a50d-56a1bcd1ec3a?highlightText=idari%20yapt%C4%B1r%C4%B1m&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.24.01.2019.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/22e8f1ea-5ea6-4d23-aab2-27c28d69ef21?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.25.01.2019.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/51810085-e55b-42d4-8047-a333eb7abc83?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.28.01.2019.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/4ab5b9a0-3a8e-47ae-92ff-8bf99f0b08be?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.28.01.2019.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/88a6bbfe-20e6-4313-b306-08dd381e8f9d?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.28.01.2019.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/aad27b8e-73b1-4975-bbe8-9ce550c2c6e6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.28.01.2019.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/22e8f1ea-5ea6-4d23-aab2-27c28d69ef21?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.28.01.2019.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/a38fda0d-4d2a-4228-be77-06efbfef405f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.28.01.2019.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/82f460de-1c5d-428d-ab6c-b2c7315c6389?highlightText=s%C3%BCr%C3%BCc%C3%BC%20belgesi%20geri%20al%C4%B1nmas%C4%B1&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.30.01.2019.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2012-2-1426.htm&kw=`2-103/111`#fm>, E.T.05.03.2018.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2016-8500.htm&kw=`100+promil`#fm>, E.T.05.03.2018.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2016-8074.htm&kw=`100+promil`#fm>, E.T.05.03.2018.

- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2015-8719.htm&kw=`sadece+alkol`#fm>, E.T.05.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2017-136.htm&kw=`sadece+alkol`#fm>, E.T.05.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2cd-2009-17772.htm&kw=`t%C4%B1bbi+bulgular+ya+da`#fm>, E.T.07.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2cd-2009-19042.htm&kw=`t%C4%B1bbi+bulgular+ya+da`#fm>, E.T.07.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2016-12-748.htm&kw=`alkol+%C3%B6l%C3%A7%C3%BCm%C3%BC`+`tan%C4%B1k+beyan%C4%B1`#fm>, E.T.12.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2012-22052.htm&kw=`2013/15150`#fm>, E.T.12.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2011-13412.htm&kw=`13412`#fm>, E.T.12.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2cd-2007-566.htm&kw=`se%C3%A7enek+yapt%C4%B1r%C4%B1m`+`alkoll%C3%BC+ara%C3%A7`#fm>, E.T.13.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2004-3669.htm&kw=`2004/3669`#fm>, E.T.28.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2016-3092.htm&kw=`2016/3092`#fm>, E.T.28.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-2015-2469.htm&kw=`2015/2469`#fm>, E.T.28.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2016-460.htm&kw=`2016/460`#fm>, E.T.28.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2016-6663.htm&kw=`2016/6663`#fm>, E.T.28.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2014-8948.htm&kw=`2014/8948`#fm>, E.T.28.03.2018.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2015-2061.htm&kw=`2918+say%C4%B1l%C4%B1+kanunun+112`#fm>, E.T.25.01.2019.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=19cd-2015-17829.htm&kw=`karayollar%C4%B1+trafik+kanunu+112`#fm>, E.T.25.01.2019.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=19cd-2015-16526.htm&kw=`karayollar%C4%B1+trafik+kanunu+112`#fm>, E.T.25.01.2019.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=19cd-2017-2955.htm&kw=`karayollar%C4%B1+trafik+kanunu+112`#fm>, E.T.25.01.2019.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-2015-3633.htm&kw=`alkoll%C3%BC+ara%C3%A7`#fm>, E.T.25.01.2019.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2014-10116.htm&kw=`s%C3%BCr%C3%BCc%C3%BC+belgesinin+geri+al%C4%B1nmas%C4%B1`#fm>, E.T.25.01.2019.
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2015-1707.htm&kw=`s%C3%BCr%C3%BCc%C3%BC+belgesi+geri+al%C4%B1nmas%C4%B1`#fm>, E.T.25.01.2019)

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2014-10116.htm&kw=`s%C3%BCr%C3%BCc%C3%BC+belgesi`+`tutana%C4%9F%C4%B1`#fm>, E.T.30.01.2019.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a8ecd5b5fafa7.16691594, E.T.22.02.2018.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=YAPTIRIM, E.T.17.03.2018.

^{4f} ANAYASAL İKTİSADİ REJİM VE TEORİK TEMELLERİ

(CONSTITUTIONAL ECONOMIC REGIME AND
THEORETICAL BASIS)

Arş. Gör. Rabia Beyza İNAN* **

ÖZ

Anayasal iktisat, siyasi iktidarın anayasaya konacak ekonomik hükümlerle sınırlandırılması gerekliliğini ifade eder. Bunun teorik temellerini ise neoliberal söylemin bir varyantı olan genel olarak kamu tercihi teorisi ve onun varsayımları oluşturmaktadır. “Metodolojik bireycilik”, “bireysel rasyonellik” “maximand (homo economicus)” ve “politik mübadele” ilkeleri anılan teorinin varsayımları olarak durmaktadır. Öncelikle anayasal iktisadın beslendiği kanallar olduğundan bu varsayımların içeriği incelenmiştir. Fakat anılan inceleme kapitalizmin neoliberal dönemini başlatan eğilimlerden bağımsız gerçekleştirilmemiştir. Nitekim birikimi mümkün kılan koşulların yeniden yaratılması süreci devletin işlevleri ve hareket alanını da yeniden tanımlamıştır. Anılan bağlamda gerçekleştirilen tahlilin ardından anayasal iktisadın teorik öncüllerinde ifade edildiği gibi demokrasi ile bağlantısı olup olmadığı tartışılmıştır. Çalışmanın amacını da oluşturan bu hususa anayasal iktisadi rejime yöneltile eleştirilerle sonuç kısmında yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Neoliberalizm, Bireycilik, Kamu Tercihi Teorisi, Demokrasi, Anayasal İktisat

ABSTRACT

Constitutional economics implies the necessity of restricting political power by economic provisions to be put into the constitution. The theoretical basis of this are the theory of public choice in general, which is a variant of neoliberal discourse, and its assumptions. The principles of "methodological individualism", "individual rationality" "maximand (homo economicus)" and "political exchange" stand as the assumptions of the aforementioned theory. First of all, the content of these assumptions has been examined since they are the channels through which constitutional economics is fed. However, the aforementioned analysis was not carried out independently of the trends that initiated the neoliberal era of capitalism. As a matter of fact, the process of recreating the conditions that make accumulation possible has redefined the functions and the field of action of the state. After the analysis carried out in the aforementioned context, it was discussed whether constitutional economics has a connection with democracy as expressed in its theoretical

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi:13.04.2021 İlk hakem raporu tarihi: 03.05.2021 İkinci hakem raporu tarihi: 05.05.2021 Onaylanma tarihi: 07.05.2021

* Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Araştırma Görevlisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3377-6086

Esere Atıf Şekli: Rabia Beyza İnan, "Anayasal İktisadi Rejim ve Teorik Temelleri", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1747-1761.

premises. This issue, which also constitutes the purpose of the study, is included in the conclusion part with the criticisms directed to the constitutional economic regime.

Keywords: Neoliberalism, Individualism, Public Choice Theory, Democracy, Constitutional Economics

Giriş

Dünya ekonomisinin 1930'lu yıllar öncesindeki piyasa mekanizmasını merkeze alan ve devletin ekonomiden elini çekmesini öngören liberal bir eksene geri dönüşü manasında neoliberal dalga² küreselleşme sürecine katkıda bulunmaktadır. Ayrıca bu dalganın paravani konumunda olan devletlerin yapısında değişiklikleri öngören birtakım yapısal uyum programları oluşturulmaktadır³. Bu düzenlemeler esas olarak içe dönük üretim yerine ihracata yönelik üretimin özendirilmesi, mülkiyeti ve/veya yönetimi kamuya ait işletmelerin özelleştirilmesi, böylelikle çoğu zaman yabancı sermayeye açılması, sübvansiyonların kaldırılması, sağlık ve eğitim alanında gerçekleştirilen kamu harcamalarının azaltılmasıdır⁴.

Neoliberal ideoloji devlete üstlendiği ekonomik ve toplumsal işlevlerinden geri çekilerek sadece düzenin devamını sağlayacak bir figür gözüyle bakmakta, ekonomiklik, etkinlik ve etkililik değerlerine dayalı bir anlayışla özel sektörü hizmet sunumunda etkin ve etkili bir araç olarak ele almakta, kamu sektöründe de bu alanın tekniklerinin kullanılması gerektiğini savunmaktadır⁵.

Kamu yönetiminden kamu işletmeciliğine bu vurgu değişiminde⁶ OECD, IMF, Dünya Bankası gibi kuruluşların da rolü yadsınmaz. Zira söz konusu kuruluşların devlete

² F. Başkaya (1997). **Kalkınma İktisadının Yükselişi ve Düşüşü**. Ankara: İmge Yayınevi, s. 36-37.

³ M. K. Aydın (2003). **Sermayenin Küreselleşmesi**. İstanbul: Değişim Yayınları, s. 87.

⁴ M. K. Aydın (2003), s. 87-88. “...enflasyona karşı mücadelede parasal istikrara ve denk bütçeye öncelik verme bahanesiyle, sosyal harcamaları ve altyapı harcamaları insafsızca azaltılmıştır... gerçekte devlet harcamaları...1980'li yıllar ve 1990'ların başlarında olduğu kadar hiçbir zaman yüksek olmamıştır. Gerçekte olan şey, belirtilen dönemde 3 trilyon dolar olduğu tahmin edilen sosyal ve altyapı harcamalarının, askeri harcamalara ve...işletmelere kaymasıdır. İflas eden ve iflasın eşliğinde olan finansal kurumların kurtarılması bu kategoride bulunan ve hızla artan borca yapılan devasa faiz ödemelerinin karşılanması, Birleşik Devletler'deki tasarruf ve ödünç veren birlikler tarafından memnuniyetle karşılanmıştır”, E. Mandel (2009). **Sosyalizm mi, Neoliberalizm mi? Neoliberal İktisadın Marksist Eleştirisi**. İstanbul: Kalkedon Yayınları, s. 218.

⁵ S. Güzelsarı (2004). Kamu Yönetimi Disiplininde Yeni Kamu İşletmeciliği Ve Yönetişim Yaklaşımları. **Kamu Yönetimi: Gelişimi ve Güncel Sorunları**. (Ed: M. K. Öktem, U. Ömürgönlüsen), Ankara: İmaj Yayınevi, s. 89-90.

⁶ “Kamu yönetiminde yaklaşık son 30 yıldır yaşanan, işletme yönetimi ilke, uygulama ve değerlerinin egemen kılınmasına yönelik reformlar, Yeni Kamu İşletmeciliği (YKI) (New Public Management) yaklaşımı çerçevesinde kavramlaştırılmaktadır. YKI yaklaşımı, refah devleti uygulamalarına bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşımla kamu kuruluşları verimsiz ve hantal yapılarından kurtarılmaya çalışılmakta, kamu örgütlerinde verimliliğin sağlanması amaçlanmaktadır. Getirilen yeniliklerse sadece belirli yönetsel değişimler içermemekte, esas olarak devletin varlığı ve anlamı sorgulanmaktadır. Bu yüzden kamu yönetiminden YKI yaklaşımına geçiş süreci derin tartışmalara sahne olmaktadır. İki anlayış, temelde demokrasi konusundaki yorumlarında farklılaşmakta ve bu durum dayandıkları değerlerin farkını açıklamaktadır. Klasik kamu yönetimi anlayışı temel değerleri, toplumu merkeze alan bir demokrasi yorumu ekseninde şekillenmekte, YKI temel değerleri ise bireyi merkeze alan bir demokrasi yorumunu desteklemektedir. İşletme temel değerleri doğrultusunda kamu yönetiminde yapılmak istenen değişimler, bu düşüncenin karşıtlanınca demokratik katılımı azal-

önerdikleri reform gündemlerini “liberalizasyon”, “deregülasyon”⁷ “özelleştirme”, “performans ölçümleri”, “işletme türü yönetim”, “rekabet” gibi unsurlar oluşturmaktadır⁸.

Neoliberal politikaların bir aracı olan ve kamu tercihi teorisinden doğan anayasal iktisadın özünde de ekonomi yönetiminde keyfiliğe ve popülizme son verilmesi amacıyla siyasal iktidarların harcama, vergilendirme, borçlanma ve para basma yetkilerinin anayasal hükümlerle sınırlandırılması vardır. Anayasal düzenlemeler ve kriterler, kendilerini sınırlamayan siyasal iktidarların istikrar sağlamada başarılı olamadığı durumlarda onlara rehberlik edecektir. Bu yaklaşıma göre, hem siyasal iktidarın ekonomik güç ve yetkilerini sınırlamak hem de hükümet faaliyetlerinin toplumsal konsensüse uyumunu sağlamak amacıyla anayasa bazı ekonomik hükümler konması gereklidir⁹.

Çalışmada öncelikle anayasal iktisadın doğuşu ve bu yaklaşımın teorik temellerini oluşturan neoliberalizm ve kamu tercihi teorisinden söz edilmiş, daha sonra anayasal iktisadın beslediği kamu tercihi teorisinde ortaya konan dolayısıyla anayasal iktisadın da temel aldığı varsayımlar incelenmiştir. Bunun üzerine anayasal iktisadın demokrasiyle kurulan ilişkisi temel argümanlar ve eleştiriler –anayasal iktisadın, bu yaklaşımın iddia ettiği gibi demokrasinin yozlaşmasına bir çözüm mü olduğu yoksa bilakis demokrasiyi özünden uzaklaştırıp içini mi boşalttığı- üzerinden ele alınmıştır.

1. Anayasal İktisadın Tanımı ve Teorik Temelleri

Kaynak dağılımıyla ilgilenen “sosyal refah teorisi” ile “kamusal mallar teorisi” olarak anılan neoklasik iktisadın piyasa başarısızlığı tezine karşı devletin başarısızlığı teorisine dayanan anayasal iktisat yaklaşımı¹⁰, temelini 19. yüzyıl liberalizminde bulan ve devletin ekonomik sınırlarının belirlenmesini amaçlayan neoliberalizm yaklaşımının Hayek, Buchanan, Tullock gibi iktisatçılar tarafından savunulan güncel bir uygulamasıdır. Anayasal iktisadın temel tezlerinin 1962 yılında yayımlanan James Buchanan ve Gordon Tullock’un “Oybirliğinin Hesabı” (The Calculus of Concept) kitabıyla ortaya konulduğu söylenebilir. Politik öznelerin tercih ve faaliyetlerini sınırlayan alternatif yasal, kurumsal ve anayasal kurallar bütününe ilişkin işleyiş kurallarını açıklamaya çalışan anayasal iktisat teorisi, devletin anayasal düzeyde sınırlandırılmaması durumunda, ekonomideki rolünün ve işlevinin giderek artmasından dolayı serbest piyasa ekonomisine yönelik kamusal müdahalelerin bireysel

tacağı yorumuyla eleştirilmekte, işletmecilik yandaşları da yeni uygulamalarla demokrasinin daha yüksek düzeyde hayata geçirileceğini savunmaktadırlar” Ş. M. Karcı (2008). Yeni Kamu İşletmeciliği Yaklaşımının Temel Değerleri Üzerine Bir İnceleme. Akdeniz İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 16, s. 41.

⁷ Deregülasyonu devletin karar alanını daraltan bir kavram, regülasyonu ise toplumun yönetimini üstlenen kamu kudretini özel sektöre, sermayeye devreden düzenlemeler olarak nitelendiren Birgül Ayman Güler’in “Devlette Reform” adlı yazısı için bkz. Mimarlık Dergisi, Mart 2003 eki ayrı bası. Kara’ya göre, deregülasyon sermaye hareketlerini engelleyecek veya yavaşlatacak düzenlemelerin kaldırılması anlamına gelmektedir; U. Kara (2014). *Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü*. Adana: Karahan Kitabevi, s. 137.

⁸ S. Güzelsarı (2004), s. 93.

⁹ N. Öztürk (2004). Anayasal İktisat Çerçevesinde Demokrasiyi Yozlaştıran İktisadi Etmenler. *Amme İdaresi Dergisi*, 37(3), s. 31-32.

¹⁰ E. Akgagındüz (2010). Kamu Tercihi Teorisi ve Türkiye Üzerine Olan Etkisi Üzerine Bir İnceleme. *Ekonomi Bilimleri Dergisi*, 2(2), s. 30.

özgürlükleri yok edeceğini, dolayısıyla demokrasinin anlam ve işlevini yitireceğini ileri sürer¹¹.

Anayasal kuralları ekono-politik yaşamın “oyun kuralları” olarak gören Buchanan ve Tullock’a göre iyi bir oyun için oyuncuların niteliklerinden çok oyunun kuralları önemlidir. Anayasal kuralların belirlenmesi esnasında kural koyucular –Rawls’ın bilgisizlik peçesi metaforunda olduğu gibi- gelecekte durumlarının ne olacağını bilmemelerinden dolayı koydukları kuralların kendilerini nasıl etkileyeceklerini de bilmediklerinden olabilecek en doğru kuralı koymaya çalışırlar. Buchanan ve Tullock’un toplumsal tercihlerin oluşturulma usullerini önemli görmelerine neden olan bir başka husus, Keynesyen teorinin devletin ekonomiye bütçe politikasıyla müdahale etmesini savunmasıdır. Onlara göre Keynesyen teoride kamu harcamaları hızla artırılırken vergiler artırılmadığından denk bütçe ilkesi zedelenmiştir. Bütçe ilkesinin dikkate alınmaması, bütçe açıklarını ortaya çıkarmış ve bu durum hem hükümetlerin iç ve dış borçlarının artmasıyla hem de para basma yetkisinin sınırsız biçimde kullanılmasıyla sonuçlanmıştır¹².

Devletin ekonomiye doğrudan müdahalesini savunan üretici ve özellikle sosyal önlemler yoluyla yeniden dağıtıcı rol üstlenmesini öngören sosyal refah devleti toplumsal refahın bu şekilde artırılabilirliğini iddia eder. Sosyal refah devletinin temel olarak üç özelliğinden söz edilebilir¹³. Bunlar;

-kamusal harcamaların yüksek olması; devletin ekonomide üretici olması ve kamusal mal ve hizmetlerin özel teşebbüslerle beraber kamu teşebbüsleri ve kamu kurumları tarafından sunulmasının bir sonucudur,

-sosyal güvenliğin devletin temel görevlerinden biri olması sebebiyle sosyal güvenlik hizmetlerinin devlete sunulması,

-işgücü piyasalarının esnek olmaması; devletin mal ve hizmet piyasalarının yanı sıra emek(işgücü) piyasasına da aktif olarak müdahalesidir.

Bu özelliklerden kamusal harcamaların yüksek olmasına getirilen eleştiri, anılan harcamaların kaçınılmaz olarak vergi yükünü ağırlaştırdığı, bunun da toplam yatırımlar üzerinde olumsuz sonuçlar doğurarak işsizliği artırdığı ve ekonomik büyümeyi yavaşlatmasıdır. Devletin sosyal güvenlik hizmetlerini üstlenmesinin sakıncası olarak gösterilen neden ise, bireylerin geleceklerini garanti altına alma endişesinden uzak olmaları ve bu durumun da ekonomide özel tasarrufları düşürerek yine ekonomik büyümeyi yavaşlatmasıdır. Öte yandan diğer bir eleştiri, çalışma hayatını düzenleyen norm ve kuralların esnek olmayıp katı iş kurallarıyla düzenlenmesi başta ömür boyu iş garantisi, işten çıkarmaların imkansızlaşması üzere ücret yapısı ve düzeyinin değişen iş gücü piyasası kurallarına göre ayarlanamaması sonucunu doğurmasıdır. Bu da üretimde verimliliğin düşmesi, çalışma ve başarıyı teşvik eden bir istihdam anlayışından uzaklaşılması anlamına gelmektedir¹⁴.

Esas olarak devletin müdahale alanıyla ilgilenen anayasal iktisat, devletin var oluş sebebi de dahil olmak üzere bütün yetkilerinin vatandaşların serbest iradelerinden kaynaklanan uzlaşma varsayımında bulunduğu üzerine kuruludur. Başka bir ifadeyle devlet iktidarı-

¹¹ J. Buchanan ve G. Tullock (1962). **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**. Ann Arbor: University of Michigan Press, s. 269-270.

¹² V. Savaş (1998). **Politik İktisat**. İstanbul: Beta Basım Yayın, s. 190-191.

¹³ G. Esping-Andersen (1996). **The Three Worlds of Welfare Capitalism**. Cambridge: Polity Press, s.21 vd; Ian Gough (2003). Refah Devleti. (çev: K. Güngör), **New Palgrave Dictionary of Economics**. Vol: 4, s. 896.

¹⁴ C. C Aktan (1990). **Ekonomik Anayasa**. Ankara: İnceleme Yayınları, s. 39-40.

nın hareket alanı ve sınırları toplumsal sözleşmeden kaynaklanır¹⁵. Buna bağlanan sonuç ise vergileme yetkisinin de dahil olduğu devlet alanına ilişkin tüm yetkilerin vatandaşlar tarafından sınırlanabileceğidir. Dolayısıyla Buchanan'ın sosyal sözleşmeyi kabul etmekle Hobbes ve diğer toplumsal sözleşmeciler teorisyenlerin sözleşmeyi kullanım alanını da genişlettiği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre sosyal sözleşmenin ortaya çıktığı koşullar anarşi eşitliğidir. Söz konusu ortam malın/mülkiyetin üretimi, çalınması ve korunmasının marjinal maliyet ve faydalarının eşit olduğu bir ortamdır. Bu ortamda sözleşme, bireylerin mülkiyetlerini ve mallarını korumak için harcadıkları kaynak maliyetinin azaltılması için gereklidir. Bireylerin kendilerini mahkum ikileminde bulması sonucu rıza temelli toplumsal sözleşme ile "koruyucu devlet" oluşturulmuştur. Ayrıca bireyler, özel üretimin karlı bulunmadığı alanlarda kolektif malların üretimi için de koruyucu devleti oluşturmuşlardır. Buchanan'a göre toplumsal sözleşme sadece mevcut kurumları açıklamada değil, aynı zamanda değerlendirmeyi mümkün kılacak bazı kriterlerin ortaya çıkartılmasında da önemli bir araçtır. Anayasal kurullarla ortaya konan sınırlamaların faydasının bir boyutu, genellik ilkesi sayesinde rant kollama eğilimini ortadan kaldırarak toplumsal uyumun rasyonelleştirileceği iddiasıdır¹⁶.

Anayasal iktisat anayasaların politik kimliği dışında ekonomik kimliğinin de olmasını gerektiği yönündeki bakış açısına sahiptir. Ekonomik bir anayasada devletin ekonomik hak, yetki, görev ve sorumlulukları ile bireyin ekonomik hak ve özgürlükleri açıkça yer almazdır. Bu bağlamda ekonomik anayasa başlıca mali kurallar, parasal kurallar ve sosyal güvenlik, dış ticaret, rekabet ile ilgili düzenlemeleri içerecek şekilde oluşturulmalı, böylece siyasal iktidarı bu hükümlerle sınırlandırarak her yeni iktidarın kamu harcamalarını dilediği kadar artırarak vergi oranları üzerinde değişiklik yapma serbestisine sahip olmasının önü kapatılmalıdır. Bu durum bütçenin denkliliğini de gerçekleştirecektir¹⁷.

1.1. Anayasal İktisat Bağlamında Neoliberalizm ve Kamu Tercihi Teorisi

1.1.1. Neoliberalizm

Kapitalizmin iç dinamiklerindeki çelişkiler sonucu ortaya çıkan kriz dönemlerinde kapitalist sistem, kar hadlerinin düşmesi ve istikrarlı sermaye birikim olanaklarının ortadan kalkması sonucu birikimi mümkün kılan koşulları yeniden yaratarak sistemin bütününde bir yapılanmaya gider¹⁸. Bu yapılanma süreci üretici güçlerden toplumsal ilişkilere, devletin örgütlenmesini ifade eden kurumsal biçimlenişinden siyasi ve ideolojik yapılanmasına dek uzanan bir alanı kapsayarak devletin rolünü değişime uğrattır¹⁹. Kapitalist sistem, 1970'lerden itibaren düşen kar oranlarıyla birlikte toplumsal ve ekonomik dengeleri sarsan yeni bir bunalıma girmiş ve bu bunalım liberalizmin özüne dönüş manasında neoliberalizmi doğurmuştur. Derinleşen kriz ve bu kriz sırasındaki kar hadlerindeki düşüş, kamu yararı ya

¹⁵ M. Sakal ve E. A. Şahin (2009). Anayasal iktisat. **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 11(1), s. 74.

¹⁶ L. V. Den Hauwe (1999). **Public Choice, Consitutional Political Economy And Law And Economics**. <http://encyclo.findlaw.com/0610book.pdf> (Erişim tarihi: 25.01.2021), s. 616.

¹⁷ C. C. Aktan (1990), s. 57.

¹⁸ H. Balseven ve İ. Önder (2009). Türkiye'de Kamu Kesiminde Neoliberal Dönüşüm. **Küreselleşme, Kriz ve Türkiye'de Neoliberal Dönüşüm**. (Ed: N. Mütevellioğlu, S. Sönmez), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 78.

¹⁹ H. Balseven ve İ. Önder (2009), s. 78.

da toplumsallık kavramının tasfiyesiyle bireysel sorumluluğu ön plana çıkaran, iktisadi liberalizmin yapılandırılması gerekliliğini yaratmıştır²⁰.

Gelişmiş kapitalist ülkelerde Keynesci ekonomik politikalar ve refah devleti anlayışına, az gelişmiş ülkelerde ise ulusal kalkınmacı devlet politikalarına ve bunları uygulayan kurumlara karşı bir cephe açılmış, böylece neoliberalizm küresel ölçekte siyasal ve ideolojik hegemonyanın kuruluşuna yönelmiştir. Bu hegemonya kamu yönetiminde reform adı verilen uygulamalarla kamu hizmetleri anlayışını ve kamu görevlilerinin çalışma yaşamındaki konumunu da etkilemiştir. Özellikle küreselleşme ile bağlantılı olarak düşünülmesi gereken neoliberalizm yerel politikalarla devletin küçültülmesi ve piyasanın her alana yaygınlaştırılması, yerel piyasaların çeşitli yapısal uyum programlarıyla yabancı piyasalarla bütünleştirilmesi olarak somutlaştırılmaktadır²¹.

Neoliberal düşünce devletin ekonomi üzerindeki etkinliğini mümkün olduğu ölçüde kısmak gayesindedir. Böylece ekonominin düzgün biçimde işlemesi sağlanacak ve bu durum toplumun tamamının hem ekonomik hem de politik olarak faydasına olacaktır. Neoliberal düşünce, devletin küçültülmesine yönelik olarak kamunun mülkiyetindeki değerlerin sermayeye devri anlamında özelleştirmeyi, deregülasyonu, kamu harcamalarının azaltılmasını, vergi oranlarının düşürülmesini öngörmektedir. Buna yönelik düzenlemeler ise ekonominin siyasetten ayrı teknokratik bir karar alma sürecine dönüşmesi, ekonominin politik bir mücadele olan sınıf mücadelesinin bir parçası olmaktan çıkması ile sonuçlanmaktadır²².

1.1.2. Kamu Tercih Teorisi

Anayasal iktisadın teorik altyapısını oluşturan kamu tercihi teorisi 1940'lı ve 1950'li yıllarda gelişmeye başlarken anayasal iktisat, ayrı bir disiplin olarak 1970'li yılların sonlarında doğup önem kazanmıştır. Fakat devletin ekonomiye müdahalesinin anayasal olarak sınırlandırılmasına yönelik bir teori olan anayasal iktisadın, iktisat biliminin siyaset bilimine uyarlanması olarak ifade edilebilecek kamu tercihi teorisi ile birlikte düşünsel temellerinin oluştuğu söylenebilir. Anayasal iktisat kamu tercihi teorisinden beslenmekle birlikte sınırları daha küçüktür. Kamu tercihi teorisyenleri toplumsal seçimlerin sonuçlarını ilgi alanlarının merkezine koyarken, anayasal iktisatçılar esas olarak anayasal kuralların oluşturulma süreçlerinin analizini merkeze koymaktadır²³. Bu fark üzerinden yola çıkan Brennan ve Buchanan çoğunlukla kamu tercihi yaklaşımlarını, siyasilerin eylemlerinin belirlenmesinde ortanca seçmen teorisine atıf ve vurgu yapmakla eleştirirken bu yaklaşımları politik piyasanın arz yanını dikkate almamakla suçlamaktadır. Brennan ve Buchanan'a göre siyasi öznelerin iradesi sadece ortanca seçmen teorisıyla süreç seviyesinde sınırlanamaz, bunun için anayasal kurallar düzeyinde sınırlamalar gereklidir²⁴.

Kamu ekonomisinin gelişmesi ile ortaya çıkan ekonomik ve sosyal sorunlar kamu tercihi teorisyenlerinin ilgilerinin ekonomik kararların alındığı politik alana yönelmesine neden olmuştur. Kamu tercihi teorisinin birincil önerisi, ekonomik etkinliklerinde kişisel çıkarını kollayan, çıkarlarını azamileştirme çabasında olan "rasyonel insan" ilkesinin, birey-

²⁰ G. N. Demirel ve diğerleri (1999). *Neo-Liberal Saldırı Kriz ve İnsanlık*. Ankara: Ütopya Yayınları, s. 96-97.

²¹ S. Güzelsarı (2004), s. 85.

²² F. Yaşlı (2007). Ekonomi Anayasası Tartışması ve Neoliberalizm. <https://sendika63.org/category/makaleler/sendika-org-yazilari/page/37/makaleler/sendika-org-yazilari/page/906/> (Erişim tarihi: 22.01.2021).

²³ M. Sakal ve E. A. Şahin (2009), s. 77.

²⁴ S. Voigt (1997). Positive Constitutional Economics: A Survey. *Public Choice*, 90, s. 15.

lerin politik davranışlarına da uygulanmasıdır. Burada “ekonomik insan”ın yanı sıra seçmen, politikacı, bürokrat olarak “politik insan”ın davranışlarını da belirleyen ve hem piyasada hem de politik sahada insan davranışlarına hakim olan şahsi menfaat kaygısı motifi öne çıkmaktadır²⁵.

Kamu tercihi yaklaşımı, politikacılar, seçmenler, siyasi partiler ve çıkar grupları arasındaki ilişkileri politik karar alma sürecindeki davranışlarıyla birlikte iktisat, politika, hukuk, sosyoloji bilimi çerçevesinde inceleyen politik bir yaklaşımdır. Bu yaklaşımın temelinde bireylerin politik süreçte şahsi menfaatlerini, refahlarını maksimize edecekleri varsayımı bulunmaktadır. Anılan teoriye göre çözüm, politik karar sürecinde rol oynayan öznelere daha iyisiyle değiştirilmesi, eğitimi ve ahlak sahibi olanların iş başına getirilmesi değil, anayasal-yasal-kurumsal çerçeveden yeniden oluşturulmasıdır. Kamu tercihi, politik olayların altında yatan ekonomik sebepleri incelemekte olduğundan seçmenden politikacıya her kesimi inceleme alanına dahil etmektedir. Geçmişte “monopol” gibi piyasa başarısızlıklarını dengeleyecek yolları tartışan iktisatçıların aksine, kamu tercihi iktisatçıları devletin başarısızlıklarına yoğunlaşmaktadır²⁶.

Kamu tercihi yöntemi sosyal kurumların özellikle de politik kurumların nasıl işlediklerinin analiz edilmesidir. Bu kuram piyasa dışı karar alma sürecinin ekonomik incelemesi olarak iktisat biliminin siyaset bilimine uygulanması şeklinde tanımlanmaktadır²⁷. Buna göre, piyasa ekonomisinde özel kesimin amacı kar elde etmek, bireyin amacı ise en iyi malı en uygun fiyata almak olup benzer bir çıkar ilişkisi kamu ekonomisinde de mevcuttur. Siyasi partilerin taşıdığı oy kaygısı, politik kişilerin baskı ve çıkar grupları ile bir araya gelmesine sebep olur. İktidarı elde etmek isteyen siyasiler baskı ve çıkar gruplarının kendilerine destek olmasını isteyerek seçim öncesi çeşitli vaatlerle seçmenlerin oylarını kazanmaya çalışır. Politikacılar özel çıkarları doğrultusunda hareket edip kamuya eşit olarak götürülmesi gereken hizmeti götürmediklerinde bu durum kamu ekonomisinde marazlar çıkmasına sebep olur²⁸.

Kamu tercihi teorisyenlerine göre kamu ekonomisinin başarısızlığı aşağıdaki faktörlerden kaynaklanmaktadır²⁹:

-rasyonel seçmenlerin bilgisizliği; bireylerin eğitim ve kültür özelliklerinin heterojen özellikte olması ve kitle iletişim araçlarının siyasi iktidarın baskı ve müdahalesi altında olmasından dolayı kişilerin bilgiye yeterince ulaşamamasından kaynaklanır,

-rasyonel seçmenlerin ilgisizliği; üç durumdan kaynaklanır. Öncelikle bedavacılık sorunu olarak da ifade edilebilecek şekilde seçmen oylamada bulunsa da bulunmasa da kendisine kamusal mal ve hizmet sunulacağını bilir. İkinci olarak seçmen oyunun/tercihinin kamusal mal ve hizmet arzının belirlenmesinde etkili ve önemli olmayacağını düşünür. Üçüncü olarak seçmen, kamusal mal ve hizmet sunacak siyasi partiler hakkında bilgi top-

²⁵ R. Gökbnar (1997). Kamu Finansmanında Demokratikleşme ve Ekonomik Anayasa Önerisi. **Dozuk Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Şükrü Postacıoğlu'na Armağan**, s. 506.

²⁶ C. C Aktan (2008). **Yeni İktisat Okulları**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 97; Z. Ekşi (2006). **Kamusal Tercih Alanında Kuramsal Yaklaşımlar ve Anayasal İktisat**. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 27.

²⁷ E. A. Güvel (1998). Demokrasi, Piyasa Ekonomisi ve Liberal Düşünce Geleneği. **Liberal Düşünce Dergisi**, 3(12), s. 110.

²⁸ Z. Ekşi (2006), s. 28.

²⁹ C. C. Aktan (2008), s. 86; D. B. Johnson (1991). **Public Choice**. California: Mayfield Publishing Company, s. 213-227; M. Penington (2014). **Sağlam Politik Ekonomi**. (Çev: Atilla Yayla), Ankara: Liberte Yayınları, s. 64-65.

lamaya ve bunları analiz etmeye maliyetinin yüksek olması sebebiyle yanaşmaz. Sayılan bu sebepler seçmenleri ilgisizleştirir,

- çıkar ve baskı gruplarının rant kollama faaliyetleri; lobicilik şeklinde gerçekleştirelerek şahsi çıkarlar doğrultusunda iktidarı ve bürokrasiyi etkileyerek seçmen tercihlerini yansıtmayan sonuçlar doğurur,

- oy ticareti; siyasal karar sürecinde milletvekillerinin oylarını maksimize etmek gayesiyle kendi seçim bölgelerine daha fazla hizmet götürmelerine, bütçe kaynaklarının o alanlara kaydırılması sonucunu doğurarak politik yozlaşmaya ve kamu ekonomisinin optimum karar alımının engellenmesine neden olur,

- politik miyopluk; politikacıların uzun vadede ekonomiye fayda sağlayacak politikalar yerine kısa sürede sonuç alınabilecek politikalar yürürlüğe koymalarıdır,

- oy birliği ilkesinin gerçekleştirilememesi; gerçek yaşamda oybirliği ilkesinin gerçekleştirilmesinin imkansızlığını ifade eder,

- kamusal mal ve hizmetlerin bir bütün halinde sunulması; gerçek toplum tercihlerini yansıtmaz,

- ortanca seçmen teorisi; politikacıların önemli bir oy potansiyelini teşkil eden “demokrasinin diktatörü” olarak ifade edilen³⁰ ortanca seçmenlerin iktidar tarafından memnun edilmesi.

1.2. Kamu Tercihi Teorisinde ve Anayasal İktisatta Temel Varsayımlar

Kamu tercihi teorisi kamu ekonomisinde karar alma mekanizmasının analizini yaparken çeşitli ilkelere yola çıkar. Buchanan’ın öncülük ettiği anayasal iktisat teorisinde iradi ve şahsi politikaların sebep olduğu ahlaki ve ekonomik yozlaşmanın önlenbilmesinde politik hayata yönelik anayasal düzeyde düzenlemelerle ekonomik sınırlamaların getirilmesi önerilmektedir. Bu sınırlamaların belirlenmesinde kamu tercihi teorisinin ilkeleştirdiği varsayımlar kullanılmaktadır. Bunlar “metodolojik bireycilik”, “bireysel rasyonellik” “maximand (homo economicus)” ve “politik mübadele” ilkelere³¹.

1.2.1. Metodolojik Bireycilik

Anayasal iktisat öncelikle politika ve ekonomi olmak üzere her alanda mükemmel karar alıcının bireyler olduğu varsayımından hareket eder. Bireysellik ilkesinde belirlenen en üst değer birey olup bireyin diğer kişiler, gruplar ve tüm toplum karşısında sınırsız özgürlüğe sahip olma idealiyle donatılmış olduğu varsayımı yatmaktadır. Birey her tür faaliyette olduğu üzere kamusal faaliyette de son karar verici olarak düşünülmelidir. Piyasada çeşitli mal ve hizmetler arasında tercih yapan bireyle siyasette çeşitli adaylar ve parti programları arasında tercih yapan birey arasında davranış bakımından ayırt edici bir fark bulunmamaktadır. Birey için aslolan şahsi faydasını hem piyasa ekonomisinde hem de kamu ekonomisinde azami seviyeye çıkarmaktır. Anılan fayda piyasa ekonomisinde karı ifade ederken kamu ekonomisinde siyasal süreçte menfaatini en iyi karşılayacak siyasilere oy vermek biçimindedir. Bu ise politikacıların -ileride politik mübadele ilkesinde de bahsedileceği üzere- toplumun menfaati yerine bireylerin menfaatleri uyarınca hareket etmesine sebep olmaktadır. Anayasal iktisat teorisinde başrolü, partiler, devletler veya uluslar gibi

³⁰ G. Akalın (1996). **Ekonomik Anayasa Paneli**. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, s. 47.

³¹ C. C Aktan (2008), s. 81.

örgütlenmeler değil seçimde bulunup çeşitli eylem ve davranış motifleriyle bireyler oynamaktadır³².

1.2.2. Bireysel Rasyonellik ve Maximand (Homo Economicus) İlkesi

Anayasal iktisat teorisi bütün kolektif hareketlerin ekonomik boyuta dönüştürülebileceğini kabul etmektedir. Bu noktadan bakıldığında birey rasyonelliğini piyasada olduğu gibi kolektif tercihlere de genişletebilme imkanına sahip olacaktır. Böylece piyasadakine benzer biçimde bireylerin kolektif alanda da alternatifleri sıralayabildiği ve bunların geçişken bir özellik gösterdiği söylenebilir. Rasyonellik ya da rasyonel davranış kavramı üç varsayım ile ifade edilecek olursa; öncelikle bireyler belli sınırlar dahilinde isteklerini belirleyecekleri bir tercihe sahiptir. İkincisi, bireyler kaynak sınırlaması altında isteklerini gerçekleştirmelerini sağlayacak olan elde edilmesi mümkün alternatifleri en çok tercih ettiklerine göre sıralayabileceklerdir. Bu şekildeki bireysel tercih sıralamalarının tutarlı yani tercih ilişkisinin geçişli olduğu varsayılır. Üçüncü olarak ise daima öncelikle kendi kişisel çıkarlarını izleme eğiliminde olan rasyonel bireyler bu sıralama dahilinde seçimlerini elde edecekleri tatmini maksimize edecek şekilde yapacaklardır³³.

Politik karar alma sürecinde seçmenler kamusal mallardan sağlanacak faydayı, siyasilere politik kararlarını azami seviyeye çıkarmaya gayret ederler. Siyasal iktidarla beraber çalışan bürokratlar ise maaş ve diğer yan gelirlerini, prestijlerini ve siyasal iktidara bilgi sunmadaki tekelci konumlarını sürdürmeye çalışırlar. Baskı ve çıkar grupları da kararların kendi lehine çıkması için bu süreçte lobicilik yaparlar. Bu açıdan bakıldığında bu ilkeye göre özel tercihlerde olduğu gibi toplumsal tercihlerde de bireysel çıkarlar ön plandadır³⁴. “Homo economicus” olarak siyasal karar alma sürecinde rol alan aktörlerden seçmenlerin fayda maksimizasyonu, siyasal partilerin oy maksimizasyonu, bürokrasinin çıkar maksimizasyonu, baskı ve çıkar gruplarının ise rant maksimizasyonu peşinde koşması “maximand” ilkesi olarak nitelenmektedir³⁵. Maximand ilkesinin piyasada olduğu gibi kamu ekonomisinde de geçerli olduğunu savlayan kamu tercihi teorisi kamu ekonomisinde kamu çıkarını ya da toplumsal çıkarı maksimize etmek gibi bir amacın yokluğunu savlar.

1.2.3. Politik Mübadele (Catalaxy) İlkesi

Anayasal iktisat teorisinin dayandığı temel noktalardan üçüncüsü ve diğer ikisinin tamamlayıcısı olarak politikaya mübadeleci yaklaşımda, bireyler organize olmuş piyasalarda mal ve hizmete ulaşmak amacıyla işbirliğiyle mukayeseli kazançlar elde edebilirler³⁶. Buna göre, siyasal karar alma mekanizmasının da piyasa mübadelesine benzer şekilde politik süreçte rol alan kimseler arasındaki politik mübadele ile gerçekleştiği varsayılır. Başka bir ifadeyle politikada bireyler kolektif ihtiyaçlarını tatmin için gerekli olan mal ve hizmetler ile bunların maliyetleri için yapacakları katkı payları arasında bir mübadelede bulunurlar. Buchanan “kişisel çıkar yoksa başka hiçbir çıkar yoktur” derken Wicksell’in bir toplu-

³² Z. Ekşi (2006), s. 32.

³³ R. B. McKenzle ve Gordon Tullock (1978). **Modern Political Economy**, s. 17, McKenzle ve Tullock’dan aktaran Z. Ekşi (2006), s. 33.

³⁴ Z. Ekşi (2006).

³⁵ C. C. Aktan (2008), s. 83.

³⁶ M. U. Tosun (1999). Mali Sorunlara Yeni Bir Yaklaşım: Anayasal İktisat Teorisi. **Yeni Türkiye Dergisi**, Sayı: 25, s. 421.

luktaki her bir bireyin bireysel faydasının sıfır olması halinde topluluğun toplam faydasının da sıfır olacağına ilişkin görüşüne de atıfta bulunur³⁷.

2. Anayasal İktisat Demokrasi İlişkisi ve Anayasal İktisat Teorisine Yöneltilen Eleştiriler

(Sonuç Yerine)

Anayasal politik iktisat, demokrasiyi ilk aşaması politik oyunun kurallarının oluşturduğu, ikinci aşaması ise bu kurallara göre oyunun oynandığı iki aşamalı bir süreç olarak ele alır³⁸. Buradan yola çıkarak anayasal iktisadın kural ve kurumların çalışma özellikleriyle oluşturulma şekillerini sorgulayan bir araştırma programı olduğu söylenebilir³⁹.

Anayasal iktisatçılar, demokrasinin ekonomik liberalizmden kaynaklandığını öne sürerek demokrasinin ahlaki temellerini oluşturan bireysellik ile ekonomik hak ve özgürlüklerin teminat altına alınıp korunması gerektiğini savunmaktadırlar. Onlara göre siyasal iktidarların keyfi müdahaleleri sonucu oluşan bütçe açıkları, günümüz demokrasilerinde bireysel özgürlükleri ve toplum refahını temsil eden, ekonomik istikrarsızlıklara yol açan gelişmelerin başında gelir. Siyasal iktidarların popülist davranışlarını sınırlayacak optimal kurallar kümesi olarak ekonomik anayasayla siyasi iktidarın ekonomik konularda düzenleme yetkisinin sınırlanması amaçlanmaktadır⁴⁰.

Neoliberalizmin devletin küçültülmesi ve siyaset ile ekonominin ayrıştırılması taleplerine teorik bir zemin oluşturmak için geliştirilmiş anayasal iktisadın ilk bakışta son derece "haklı" bir talebi dile getirdiği söylenebilir. Nasıl ki liberal demokrasinin gelişmesi ile birey hak ve özgürlüklerinin güvencesi açısından devlet müdahalelerine bir sınırlama getirilmişse, benzer bir sınırlamanın ekonomi alanında da gerekli olduğu, devletin ekonomiye yönelik müdahalelerin sınırının da anayasal kurallar çerçevesinde oluşturulmasının gerekliliği ifade edilmektedir. Anayasal iktisat yaklaşımında devletin hareket alanının daraltılması ve müdahalelerinin sınırlandırılması talebi liberal sözleşme kuramına referansla özgürlük söylemiyle taçlandırılır. Anılan özelliklere sahip devlet böylece bireysel özgürlüklerin güvence altına alındığı güçlü bir demokrasi anlamına gelecektir. Oysa anayasalar, siyasal güç ilişkilerince üzerine uzlaşmış değerlerin normatif ifadesidir. Anayasal iktisat teorisine yöneltilen eleştirilerin ilki, anayasaya iktisat politikalarının sınırlarını çizecek şekilde hükümler koymanın iktidara hangi parti gelirse gelsin benzer iktisat politikalarının uygulanacağı anlamına geldiği ve devlet müdahalesini daraltan anayasal hükümlerin kamu harcamalarının da sınırını çizmesinden dolayı yeni sosyal politikaların geliştirilmesini imkansız hale getireceği yönündedir. Bu durum emek örgütlerinin taleplerine anayasal hükümler gerekçe gösterilerek yanıt verilememesine neden olacaktır. Örneğin vergilemenin çerçevesi ve miktarı anayasayla belirlendiği için emekçilerin emek üzerindeki vergi yükünün azaltılması ve sermayeye

³⁷ J. M. Buchanan (1987). Constitution of Economic Policy. **The American Economic Review**. 77(3), S. 244.

³⁸ D. C. Mueller (2005). Constitutional Political Economy in The European Union. **Public Choice**, 124, s. 57.

³⁹ C. K. Rowley (1997). Introduction: The Relevance of Public Choice For Constitutional Political Economy. **Public Choice**. 90, s. 1.

⁴⁰ O. Demir ve N. Öztürk (1999). Anayasal iktisat çerçevesinde devletin sınırlandırılması. **Orhan Oğuz'a Armağan**. İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayın no: 640, s. 163. Anayasal iktisadın verginin sınırlandırılması adı altında vergi reformunda, geniş vergi tabanıyla ılımlı marjinal vergi oranlarını birleştiren bir vergi sistemi yapılanması öngörülerek yüksek gelir gruplarına dönük vergilerin azaltılıp düşük gelir gruplarına kaydırılarak geniş tabanlı hale getirilmesi kastedilmektedir; U. Kara (2013), s. 136.

yeni vergiler yüklenmesi yönündeki mücadelelerine anayasal hükümleri değiştirmenin kanunları değiştirmekten her zaman daha zor olması da gerekçe gösterilerek güçlü direnç geliştirilecektir⁴¹.

Hukukun sınıf tahakkümü ile bağının bulunduğu tezinden yola çıkan Marksist kurama göre, anayasal iktisadın içinden çıktığı neoliberal söylem de dahil olmak üzere liberal söylemin hiçbir türü toplumsal üretim ilişkilerinin çatışmalı doğasından kaynaklanan eşitsiz sonuçların hukuki düzenlemelerle bağını, ellerindeki teorik üretim araçları buna imkan da vermediğinden ele almazlar. Buradan varılan sonuç şudur ki, burjuva hukuk ideolojisine ve dolayısıyla kapitalist toplum düzeninin sağlamlaştırılmasına temel teşkil eden liberal söylemler gibi anayasal iktisat da liberal ifadeyle “gelir dağılımı eşitsizliklerinden” doğan sosyal sorunlara, kapitalist toplumsal formasyonların eşitsizlikler üreten etkilerinden doğal olarak olumsuz etkilenenler lehine müdahale etme olasılığını gündeme getirebilecek kavramsal donanıma sahip olmamakla beraber bu konuda bir öneri de sunmamaktadır. Marksist yaklaşımlara göre anayasal iktisat hukukun kapitalist üretim ilişkilerinin işletilebilmesi işlevinin aksamadan yerine getirilmesi maksadına hizmet eder⁴².

Olgular kendi nam ve hesaplarına konuşamayacağından onları konuşturabilmek için iç tutarlılığı olan önerme ve kavramlar setine muhtaç olan teori gerekir. Neoliberal söylem de sorunlara karşı kolluk görevini piyasada alınıp satılır bir hizmet haline dönüştürerek metalaştırmadan⁴³ insanları “kendi sorununu kendin çöz” türünden çaresizliklere/talihsizliklere itmeye kadar çeşitli şekillerde “keşifler”le birtakım kavramlar üretmiştir. Hakim sınıfın söylemi olarak neoliberal söylemde bireyin çıkarını azamileştirme çabası, rasyonel davranışın gereğidir. Rasyonalite, yapıları, aktörün toplumsal olarak koşullanmışlığını, değerleri ve değerler ekseninde gelişebilecek üstün toplumsal amaçları göz ardı etmekle kalmaz, reddeder. Bunun yerine refah ya da güvenlik şeklinde ifade edilen muğlak yararları gerçekleştirebilecek araçları kullanan süper öznenin iradi etkinliğini koyarak rasyonaliteyi söz konusu iradi etkinliğe indirger. Bununla beraber kaotik durum da araçsal rasyonalitenin meşrulaştırıcı bağlamı olarak işlev görür. Bireyin en yüksek marjinal faydayı sağlamak derdinde olduğu neoliberal yaklaşımda birey, ahlaki kaygılarından bütünüyle arınmamışsa da her nasılsa ahlaki davranışlar ile faydayı en üst seviyeye getirmeye yönelik davranışları arasında bir sınır çizebilmektedir ve fayda peşinde koşarken sergilediği etik dışı davranışlar “oyunun kuralları” içerisinde değerlendirilebilecektir⁴⁴.

Her ne kadar anayasal iktisat sosyal sözleşmeye ve halkın siyasi iktidarı sınırlayabileceğine ilişkin vurgusuyla bu sınırlayıcı hükümlerin anayasada yer alması gerektiğini savunsa da siyasetin de metalaştırıldığı düzeneklerde kişiler kendi hayatlarını biçimlendiren kuralların oluşum sürecine sadece oy verme aşamasında katılırlar. Anayasaların değerden

⁴¹ F. Yaşlı (2007).

⁴² A. M. Özdemir ve E. Aykut (2011). Liberalizm ve Haklar. **Kuramsal Ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri**, (Ed: Y. Bürkev, M. Özüğurlu, Y. Özdek, E. V. Elgür), Ankara: Notabene Yayınları, s. 297-302.

⁴³ “...kamu hizmeti kavramına kolluk etkinliklerinin de dahil edilerek metalaştırma girişimlerin en temel işlevlerini kapsayamaya yönelmesi bağlamında ultra-liberal söylem yahut kurgulama çabaları...” S. Çal (2014). İdare Hukukunda Metalaş(Tır)ma Serüveni: 1980’lerden Bugüne Kamu Hizmetinde Başkalaşım ve İdare Hukukunun Bu Dönemdeki Kimlik Sorunsalına Bakışlar. **Türkiye’nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm**. (Ed: A. M. Özdemir, M. Ketizmen), Ankara: İmge Kitabevi, s. 115.

⁴⁴ A. M. Özdemir (2014). Giriş Ya Da Sonuç Yerine 1: Yeni Teşebbüsleri Beklerken. **Türkiye’nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm**. (Ed: A. M. Özdemir, M. Ketizmen), Ankara: İmge Kitabevi, s. 32-40.

bağımsız olamayacağı kabul edildiğinde, anayasaların izah etmeyip izah edilmiş ve uzlaşıl-
mış olanı normatif bir bağlamda sundukları sonucunu da elde etmiş oluruz⁴⁵. Bu açıdan
bakıldığında, mevcut düzenin egemen anlayışına göre oluşturulan anayasalardaki bireyin
ekonomik hak ve özgürlüklerinin, devletin ekonomik yetkileriyle ilgili sınırlayıcı hükümle-
rin sınıfsal pozisyonu daha zayıf olanların iradesini yansıtmayacağı ve bu var olan pozis-
yonları pekiştireceği ileri sürülebilir. Ayrıca çoğunluğu elinde bulunduran siyasi iktidar
döneminde söz konusu iktidarın tercihlerini yansıtacak şekilde oluşturulan ekonomik anaya-
salar, sonraki (büyük ihtimalle anayasayı değiştirecek çoğunluğa ulaşamayan) siyasi iktida-
rın ekonomik anlamda faaliyet alanını daraltarak, özgün bir politika izlemesinin önünü
tıkayacaktır. Bu durum biçimsel demokrasiyi⁴⁶ sağlasa da demokrasinin özünü akıtarak içini
boşaltacaktır.

Esasen söz konusu olan, iktisat politikası gibi oldukça tartışmalı olan bir alanda ana-
yasanın siyasi iktidarı sınırlandırarak çok partili demokrasi ilkesini zedeleyecek olmasıdır.
Her siyasal partinin aynı iktisat politikasını uygulamak zorunda kalması çok partililiği an-
lamsızlaştırır⁴⁷. Elbette bahsedilen sınırlamaların olmadığı bir anayasal rejimde hükümetle-
rin yetkilerini bahsedilen şekillerde kötüye kullanması mümkündür ve “*siyasetin tanımla-
narak kabul görmüş bir çerçevede gerçekleşmesi zorunluluktur. Fakat halkın iradesini
yansıtan seçilmiş organların, liberal iktisadi aklın her dönem için genel geçerli gördüğü
kamusal politikaları uygulamasını anayasal olarak zorunlu kılmak kabul edilemez görünü-
yor*”⁴⁸.

Anayasal iktisadın bu anlamda sosyal devlet ilkesi ile çelişip çelişmediğini, anaya-
saya sosyal devlete ilişkin hükümlerin konulmasının anayasal iktisat bakımından nasıl bir
anlam ifade ettiği değerlendirilebilir. Sosyal devlet konusunda konunun kapsamı itibarıyla

⁴⁵ A. M. Özdemir (2014). Temsil Kurumu, Cumhuriyet Projeleri Ve Anayasa Bağlamında Başkanlık Sistemi. **Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm**. (Ed: A. M. Özdemir, M. Ketizmen), Ankara: İmge Kitabevi, s. 58-68.

⁴⁶ Wood, kapitalizm ile biçimsel demokrasinin bir arada var olabileceğini ve sömürünün temel olarak sağlam biçimde korunması için de biçimsel demokrasinin gerekliliğini vurgular; E. M. Wood (2008). **Kapitalizm Demokrasiye Karşı**. (Çev: Şahin Artan), İstanbul: Yordam Kitap, s. 235. Kapitalist toplumda bireylerin bir yandan ekonomi alanında sınıfsal açıdan eşitsiz ilişkiler içinde varolu-
şu ve diğer yandan siyasal alanda eşit yurttaş olarak kabul edilmeleri şeklinde iki varoluş biçimi vardır. Bu çelişkili durum liberal demokrasinin üstesinden gelmesi gereken temel bir sorundur; F. Ataay (2013). Liberal Demokraside Ekonomi-Siyaset Ayrılığı Sorunu. **Dipnot Dergisi**, Sayı: 13-14, s. 13.

⁴⁷ K. Gözler (2000). **Türk Anayasa Hukuku**. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, s. 168. Gözler ilave eder: “İktisat politikaları da, anayasal sistem de insan eseridir. Evrensel, değişmez, ebedi ve ezeli bir tabii hukuk düzeni veya insana yaratılmış bir statü veren ilâhî bir düzenin mevcut olduğu var-
sayımı kabul edilmedikçe, insanlar ve keza bu insanların çoğunluğunun rızasına dayanan siyasal iktidarın yanılma hakkı vardır. Siyasal iktidar belki yanlış bir politika uygulayacaktır. Ancak unu-
tulmamalıdır ki, demokratik mantıkta, kendinden (per se) doğru ve yanlışlar yoktur; neyin doğru, neyin yanlış olduğuna nihai tahlilde halk karar verir. Sonuç olarak bizim anayasal sistemimizde si-
yasal iktidar, devletçi iktisat politikaları izleyebileceği gibi, liberal iktisat politikaları da izleyebilir. Anayasamızda seçimleri kazanan bir partinin devletçi politikalar izlemesini, yeni vergiler koymasını, para basmasını emreden bir hüküm yoktur. Tersine, anayasal sistemimizde, seçimleri kazanan liberal bir parti neoliberal politikalar izleyebilir; yeni vergi koymak yerine mevcut vergileri ortadan kaldıracaktır; para arzını sınırlandırabilir. Demokratik sistemimizde, liberal bir partinin bunları ya-
pabilmesinin koşulu, seçimleri kazanmasıdır. ‘Anayasal iktisat’ veya ‘iktisat politikası anayasası’ anlayışı ise, bu amaçlara seçim kazanmadan da ulaşılmasını hedeflemektedir. Bu yönüyle bu görüş-
leri demokrasi ilkesiyle bağdaştırmak güçtür”.

⁴⁸ M. Caniklioğlu. (1996). **Liberalizm 3**. İstanbul BDS Yayınları, s. 22.

iki temel noktaya işaret etmek gerekir. Birincisi, sosyal devlet, kişilerin asgari yaşam standardını sağlamak amacıyla devlete birtakım olumlu edimlerde bulunma yükümlülüğü yükler. Bununla beraber ikinci olarak belirtilmesi gereken husus, Gözler'in de ifade ettiği gibi sosyal devlet ilkesinin salt hukuki değil iktisadi politikalarla hayata geçirilebilir nitelikte bir ilke olduğudur⁴⁹. Başka bir ifadeyle anayasalarda sosyal devlet ilkesinin yer alması, iktisadi politikalarla desteklenmedikçe fazla bir anlam ifade etmeyecektir. Dolayısıyla anayasal iktisat anlamında sosyal devlet ilkesini hayata geçirecek bir iktisadi politikayı anayasanın tercih etmesi de zaten anılan teoriyle çelişir bir durum yaratacaktır. Zira anayasal iktisadın ortaya çıkışı sebebi vergilendirme, bütçe, para basma gibi konularda devletin müdahale alanını daraltma ve kamu harcamalarını azaltmaktır. Bu anlamda devlete kamu harcamalarına yönelik kısıtlamalar getirilmesini savunan, devlete pozitif bir rol yükleyen sosyal hakların genişlemesinin özgürlükler için tahripkar olduğunu vurgulayan⁵⁰ bir teorinin sosyal devlet ilkesini hayata geçirebileceğini düşünmek anlamlı olmayacaktır. Zaten anayasal iktisat teorisinin amacı sosyal devlete alternatif bir devletin görev ve yetki haritasını düzenlemek olup, yerleşik kurumsal yapıları kökten değiştirerek demokrasiyi liberal iktisadın temel varsayımları, ilkeleri ve hedefleri doğrultusunda kurmaktır. Ekonomi vurgulu iktisadi politik anayasa da bu anlamda ekonomik liberalizmin hukuka çizdiği bir çerçevedir⁵¹.

Öte yandan iktisadi politik anayasanın kendi içinde de çelişkiler taşıdığı iddia edilebilir. Zira iktisadi politik anayasa liberal mantık içinde doğal addedilen pazar ekonomisi düzenini doğal olmayan başka bir yol olan siyasi zor ile getirme denemesidir. Söz konusu anayasayı savunanlar, hedefledikleri düzene ulaşmak açısından kullandıkları yol ve yöntemlerle hedefleriyle çelişmekte, eleştirdikleri iradeci yaklaşımla bu anlamda aynı çizgide buluşmaktadırlar. İktisadi politik anayasa ile anayasal iktisatçılar hukuki, siyasi, sosyal, ekonomik tüm temel sorunların siyaseti hukukla sınırlamak suretiyle çözülmesini istemektedirler. Bu yöntem, siyasi iktidarın bahsedilen anlamda sınırlanmasını sağlayamayacağı gibi dinamik bir süreç olan siyaseti anayasal setleri aşmak için başka yolları zorlamaya itecek ve anayasanın işlevselliği sorununu ortaya çıkaracaktır. Caniklioğlu'nun isabetle belirttiği gibi, “...bilhassa ekonomik yaşam ve ekonomik ilişkiler gibi toplumsal sistemin en dinamik alanını ayrıntılı kurallar halinde ve belli bir iktisat ideolojisi doğrultusunda anayasalara hapsetmek iki ihtimali ortaya çıkarıyor: Ya ekonomik yaşam katı anayasal kurullarla dondurulacak, ya da içerdiği katı kurullara rağmen ekonominin doğal gelişimini engelleyemeyen anayasalar rafa kaldırılacaktır. Her iki ihtimal de anayasal devlet idealini köklü biçimde sarsan olumsuz sonuçlar doğurmaya uygun ortamlar yaratır”⁵².

⁴⁹ K. Gözler (2000), s. 168.

⁵⁰ M. Caniklioğlu, (1996), s. 19.

⁵¹ M. Caniklioğlu. (2009). Liberal İktisadın Anayasa Tasarımına Bir Bakış Ve Anayasacılık Açısından Bir Değerlendirme. **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Bilge Umar'a Armağan 11(özel sayı), s. 1539, 1560, 1561.

⁵² M. Caniklioğlu (2009), s. 1551, 1562. İktisadi anayasa modelinin anayasacılık açısından yaratacağı sorunları inceleyen söz konusu modelin anayasa kavramını anayasa metnine indirgeyen, anayasa hukukunun tüm kavram ve kurumlarını karmaşıklaştırarak çelişkilere bürünen ve uygulama imkanının hemen hemen olmadığını söyleyen yapısına ilişkin değerlendirmeleri için bkz. M. Caniklioğlu (1998). **Anayasa Arayışları ve Türkiye**. İstanbul: BDS Yayınları.

KAYNAKÇA

- Akalın, G. (1996). Ekonomik anayasa paneli. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, ss. 39-53.
- Akcagündüz, E. (2010). Kamu tercihi teorisi ve Türkiye üzerine olan etkisi üzerine bir inceleme. *Ekonomi Bilimleri Dergisi*, 2(2), ss. 29-35.
- Aktan, C. C. (1990). Ekonomik anayasa. Ankara: İnceleme Yayınları.
- Aktan, C. C. (2008). Yeni iktisat okulları. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Esping-Andersen (1996). The three worlds of welfare capitalism. Cambridge: Polity Press.
- Ataay, F. (2013). Liberal demokraside ekonomi-siyaset ayrılığı sorunu. *Dipnot Dergisi*, Sayı: 13-14, ss. 9-21.
- Aydın, M. K. (2003). Sermayenin küreselleşmesi. İstanbul: Değişim Yayınları.
- Balseven, H. ve Önder, İ. (2009). Türkiye’de kamu kesiminde neoliberal dönüşüm. Küreselleşme, kriz ve Türkiye’de neoliberal dönüşüm. (Ed: N. Mütevellioğlu, S. Sönmez), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Başkaya, F. (1997). Kalkınma iktisadının yükselişi ve düşüşü. Ankara: İmge Yayınevi.
- Buchanan J. Tullock, G. (1962). The calculus of consent: Logical foundations of constitutional democracy. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Buchanan, J. M. (1987). Constitution of economic policy. *The American Economic Review*. 77(3), ss. 243-250.
- Caniklioğlu, M. (1996). Liberalizm 3. İstanbul BDS Yayınları. Caniklioğlu, M. (1998). Anayasa arayışları ve Türkiye. İstanbul: BDS Yayınları.
- Caniklioğlu, M. (2009). Liberal iktisadın anayasa tasarımına bir bakış ve anayasacılık açısından bir değerlendirme. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Bilge Umar’a Armağan 11(özel sayı), ss. 1493-1570.
- Çal, S. (2014). İdare hukukunda metalaş(tır)ma serüveni: 1980’lerden bugüne kamu hizmetinde başkalaşım ve idare hukukunun bu dönemdeki kimlik sorunsalına bakışlar. Türkiye’nin hukuk sisteminde yapısal dönüşüm. (Ed: A. M. Özdemir, M. Ketizmen), Ankara: İmge Kitabevi, ss. 111-150.
- Demir, O. Öztürk, N. (1999). Anayasal iktisat çerçevesinde devletin sınırlandırılması. Orhan Oğuz’a Armağan. İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayın no: 640, ss. 163-174.
- Demirer, G. N. ve diğerleri (1999). Neo-liberal saldırı kriz ve insanlık. Ankara: Ütopya Yayınları. Den Hauwe, L. V. (1999). Public choice, consitutional political economy and law and economics. <http://encyclo.findlaw.com/0610book.pdf> (Erişim tarihi: 25.01.2021), ss. 603-659.
- Ekşi, Z. (2006). Kamusal tercih alanında kuramsal yaklaşımlar ve anayasal iktisat. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Gökbunar, R. (1997). Kamu finansmanında demokratikleşme ve ekonomik anayasa önerisi. *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, ss. 505-516.
- Gözler, K. (2000). Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları.
- Güler B. A. (2003). Devlette Reform. *Mimarlık Dergisi*, Mart 2003 eki ayrı bası.
- Güvel, E. A. (1998). Demokrasi, piyasa ekonomisi ve liberal düşünce geleneği. *Liberal Düşünce Dergisi* 3(12), ss. 105-121.

Güzelsarı, G. (2004). Kamu yönetimi disiplininde yeni kamu işletmeciliği ve yönetim yaklaşımları. Kamu yönetimi: Gelişimi ve güncel sorunları. (Ed: M. K. Öktem, U. Ömürgönülşen), Ankara: İmaj Yayınevi.

Ian Gough (2003). Refah Devleti. (çev: K. Güngör), New palgrave dictionary of economics. Vol: 4, pp. 895-897.

Johnson, D. B. (1991). Public choice. California: Mayfield Publishing Company.

Kara, U. (2014). Sosyal devletin yükselişi ve düşüşü. Adana: Karahan Kitabevi.

Karcı, Ş. M. (2008). Yeni kamu işletmeciliği yaklaşımının temel değerleri üzerine bir inceleme. Akdeniz İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 16, ss. 40-64.

Mandel, E. (2009). Sosyalizm mi, neoliberalizm mi? Neoliberal iktisadın Marksist eleştirisi. İstanbul: Kalkedon Yayınları, ss. 217-231.

Mueller, D. C. (2005). Constitutional political economy in the european union. Public Choice, 124, ss. 57-73.

Özdemir, A. M. Aykut, E. (2011). Liberalizm ve haklar. Kuramsal ve tarihsel boyutlarıyla hak mücadeleleri, (Ed: Y. Bürkev, M. Özügurlu, Y. Özdek, E. V. Elgür), Ankara: Notabene Yayınları, ss. 297-310.

Özdemir A. M. (2014a). Giriş ya da sonuç yerinde 1: Yeni teşebbüsleri beklerken. Türkiye'nin hukuk sisteminde yapısal dönüşüm. (Ed: A. M. Özdemir, M. Ketizmen), Ankara: İmge Kitabevi, ss. 15-44.

Özdemir, A. M. (2014b). Temsil kurumu, cumhuriyet projeleri ve anayasa bağlamında başkanlık sistemi. Türkiye'nin hukuk sisteminde yapısal dönüşüm. (Ed: A. M. Özdemir, M. Ketizmen), Ankara: İmge Kitabevi, ss. 47-69.

Öztürk, N. (2004). Anayasal iktisat çerçevesinde demokrasiyi yozlaştıran iktisadi etmenler. Amme İdaresi Dergisi, 37(3), ss. 17-35. Penington, M. (2014). Sağlam politik ekonomi. (Çev: A. Yayla), Ankara: Liberte Yayınları.

Rowley, C. K. (1997). Introduction: The relevance of public choice for constitutional political economy. Public Choice, 90, ss. 1-10.

Sakal, M. Şahin, E. A. (2009). Anayasal iktisat. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 11(1), ss. 69-112.

Savaş, V. (1998). Politik iktisat. İstanbul: Beta Basım Yayın.

Tosun, M. U. (1999). Mali sorunlara yeni bir yaklaşım: Anayasal iktisat teorisi. Yeni Türkiye Dergisi Sayı: 25, ss. 418-426.

Voight, S. (1997). Positive constitutional economics: A survey. Public Choice, 90, ss. 11-53.

Wood, E. M. (2008). Kapitalizm demokrasiye karşı. (Çev: Ş. Artan), İstanbul: Yordam Kitap.

Yaşlı, F. (2007). Ekonomi anayasası tartışması ve neoliberalizm. <https://sendika63.org/category/makaleler/sendika-org-yazilari/page/37/makaleler/sendika-org-yazilari/page/906/> (Erişim tarihi: 22.01.2021).

^{4f} HUKUKUN GENEL BİR İLKESİ OLARAK TABİİ HÂKİM İLKESİ

(THE NATURAL JUDGE PRINCIPLE AS A GENERAL PRINCIPLE OF LAW)

Arş. Gör. Burak TAŞ* **

ÖZ

Tabiî hâkim ilkesi hukukumuzda oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Geçmişten bugüne geçirdiği evrim ise bu ilkenin hukuk düzenimizdeki yerini sorgulamayı gerekli kılmaktadır. Hukukun genel bir ilkesi olarak tabiî hâkim ilkesi beraberinde birçok tartışmalı hususa mahal vermektedir. Ceza muhakemesinde davanın nakli kurumu, Yüce Divan yargılamaları, hâkimin gereksiz çekinmesi, hukukçu bilirkişi görevlendirilmesi, mahkemeler arası bağlantı, karşılaştırmalı hukukta bu ilkenin düzenleniş biçimi, kanunî hâkim güvencesiyle tabiî hâkim arası farklılık ve tabiî hâkim ilkesi bakımından coğrafi teminat bu çalışmanın temel tartışmalarını oluşturmaktadır. Özellikle Yargı Reformu Strateji Belgesiyle yeniden gündeme oturan coğrafi teminatın tabiî hâkim ilkesi bakımından gerekliliği, çalışmanın sonunda deontolojik açıdan temellendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukukun Genel İlkeleri, Tabiî hâkim İlkesi, Kanunî Hâkim Güvencesi, Bağımsızlık ve Tarafsızlık, Coğrafi Teminat

ABSTRACT

The principle of natural judge covers a wide area in our law. Its evolution from past to present makes it necessary to question the place of this principle in our legal order. As a general principle of law, the principle of natural judge gives rise to many controversial issues. The main discussions of this study are the institution of transfer of legal action in the criminal procedure, the Supreme Court trials, the unnecessary hesitation of the judge, the appointment of a legal expert, the connection between the courts, the way this principle is regulated in comparative law, the difference between the legal judge guarantee and the natural judge, and the geographical guarantee in terms of the principle of natural judge. The necessity of the geographical assurance, which was brought to the agenda again with the Judicial Reform Strategy Document, in terms of the natural judge principle was grounded deontologically at the end of the study.

Keywords: General Principles of Law, Natural Judge Principle, Legal Judge Principle, Independence and Impartiality, Geographical Assurance

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 31.03.2021. İlk hakem raporu tarihi: 16.04.2021 İkinci hakem raporu tarihi: 19.04.2021. Onaylanma tarihi: 29.04.2021.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6481-1580

Eser Atf Şekli: Burak Taş, "Hukukun Genel Bir İlkesi Olarak Tabii Hakim İlkesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1763-1791.

GİRİŞ

Hukukun genel ilkeleri, meşruiyetini toplumsal vicdandan almaktadır ve bir hukuk sisteminde tanınmasa dahi mevcudiyetini doğası gereği sürdürür.² Bu özelliğinin sonucu olarak hukuk düzeni, hukukun genel ilkelerini somutlaştırıp tespit etme vazifesini üstlenmemektedir.³ Hukukun genel ilkeleri, hâkim tarafından keşfedilir. Bu yönüyle hukukun genel ilkelerinin işlevselleştirilmesi, mahkemelerin uhdesindedir. Tüm hukuk düzenlerinde ortak olan bu özelliği sebebiyle, hâkimin konumunu daha da önemli kılmaktadır. Yargılama mercileri, yargılama faaliyetlerini gerçekleştirirken katalizör görevi gören bu ölçü normları temel alarak, bireylerin hak ve özgürlüklerini teminat altına almaktadırlar. Bu sayede hukuka uygun devlet idealini (*hukuk devleti*) gerçekleştirmede hâkimin rolünün önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

AYM, geçmişten bugüne hukuk devleti kavramının, *anayasa üstü hukukun genel ilkelerini* içerdiğini vurgulayarak *hukuk devleti*, “*hukukun genel ilkelerinin geçerli olduğu devlettir*” biçiminde, devlet ile hukuk arasında ilkeler bazında bir bağdaşım oluşturmaktadır.⁴ Soyut nitelikte ve tek başına uygulanma kabiliyetini haiz olmayan hukukun genel ilkeleri, hâkimin hukuku tatbik etme görevi ile işlevsel olmaktadır. Hukukun genel bir ilkesi olan tabii hâkim ilkesinin bir değer olarak korunması gerekliliği de kendisini bu aşamada ortaya koymaktadır. Hukuka uygun bir hâkimin muhatap olacağı uyumsuzluğu çözme görevinin, uyumsuzluk doğmadan önce belirli olmasını ifade eden bu ilke sayesinde hak ve özgürlükler güvence altında olacak ve hukuk devleti idesi bağlamında tabii hâkim ilkesinin önemi kendisini gösterecektir.

Çalışmada öncelikle tabii hâkim ilkesinin muhteviyatı incelenmiştir. Bu bölümde söz konusu ilkenin unsurları üzerinden detaylı bir araştırma yapılmıştır. Tabii hâkim ilkesinin iki unsuru üzerinden değerlendirmelerde bulunularak ikinci bölüme geçilmiştir. İkinci bölümde bu unsurların kapsamı belirlenerek Türk Hukukundaki ilke ve kuralların tabii hâkim ilkesi ile bağdaşabilirliği ortaya konmuştur. Ardından ceza muhakemesinde davanın nakli kurumu, Yüce Divan yargılamasının söz konusu ilkeye uygunluğu ve hâkimin baktığı davadan gereksiz çekinmesinin tabii hâkim ilkesine aykırılığı bu bölümde ayrı bir başlık altında incelenmiş ve hukuki temele oturtulmuştur. İlaveten uygulamada sıklıkla karşılaşılan hukuki sorunlarda bilirkişi görevlendirilmesi ve hukukçu bilirkişi görevlendirilmesinin tabii hâkim ilkesine aykırılığı, kronolojik olarak gerçekleştirilen kanun değişiklikleri ve ilgili AYM kararı bazında ortaya konulmuştur.

Çalışmanın üçüncü bölümünde karşılaştırmalı hukukta tabii hâkim ilkesi, devletlerin anayasalarında bu ilkenin düzenleniş şeklindeki farklılığa dikkat çekilerek incelenmiştir. Bir hak bahşediş olarak pozitif yükümlülük ve hakka müdahaleyi sınırlayan negatif yükümlülük içeren hükümler bağlamında tespitlerde bulunulmuştur.

Çalışmanın dördüncü bölümünde tabii hâkim ilkesinin Türk Hukukundaki görünümü incelenmiştir. Öncelikle kanunî hâkim güvencesi ile tabii hâkim ilkesi arasındaki fark ortaya konmuştur. Ardından tabii hâkim ilkesinden kanunî hâkim ilkesine doğru gerçekleşen evrimin tarihi ve ideolojik sebepleri irdelenmiştir. Nihayetinde hâkimler için coğrafi teminat bakımından tabii hâkim ilkesinin önemi ortaya konularak bu bölüm sonlandırılmıştır.

² Kaboğlu, İ. (1991). “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 8 (Sayı Belirtilmemiş), s. 292.

³ Kaboğlu (1991), s. 292.

⁴ Kaboğlu (1991), s. 314.

I. TABİİ HÂKİM İLKESİNİN MUHTEVİYATI

Tabii hâkim ilkesi; bir uyuşmazlıkta görevli ve yetkili mahkemenin uyuşmazlık doğmadan önce kanunla belirlenmiş olması gerekliliğini ifade eder.⁵ Bu ilkeyle, uyuşmazlık doğduktan sonra bu uyuşmazlığı subûta erdirmekle görevli ve yetkili mahkeme kurulmasını engellemektir.⁶ Nitekim CMK m. 7 hükmü de tabii hâkim ilkesini görev hususu üzerinden şu şekilde önemsedini belirtmektedir: “Yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hâkim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür.”

Yargılama, tabii hâkim dışında başka bir hâkim tarafından gerçekleştirilemez.⁷ Bu şekilde şahsa ve vakiya has mahkeme kurulması engellenmiş olacaktır. Bu ilke bir devlet yargısında etkin kılındığında olağanüstü yetkili mahkemeler kurulamayacaktır. Bu durumda bireyler devlet karşısında hukuki öngörülebilirliğin sağlanması sayesinde hukuki güvenceye kavuşmuş olacaklardır.⁸ Ayrıca bu sayede kişi güvenliğinin korunması da sağlanmış olacaktır.⁹

Söz konusu ilke Anayasamızın 37. maddesinde şu şekilde hüküm altına alınmıştır: “(1) Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. (2) Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde de şu şekilde düzenlenmiştir: “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş (kanunî), bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.” Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi 14. maddede ise tabii hâkim ilkesi ile bağlantılı olarak kanun tarafından kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye tabii olma güvencesi şu şekilde ifade edilmiştir: “Herkes mahkemeler ve yargı organları önünde eşittir. Herkes, bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri

⁵ Aktepe-Artık, S. (2014). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 178; Günay, E. (2018). *Hâkimin Yasaklılığı – Reddi ve Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 39.; Aldemir, H. (2019). *Hâkimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 208; Öztürk, B./Tezcan, D./Alan, E./Erdem, M.R./Sırma, Ö./Saygılar, Y.F. (2018). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 173,197; Erem, F. (1973). *Ceza Usulü Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 88.

⁶ Erem (1973), s. 88.

⁷ Doktrinde bir görüşe göre, kesin hüküm ihdas etme yetkisine sahip olan hâkimin ya da diğer bir ifadeyle hüküm hâkiminin tabii hâkim ile bağlantısı söz konusudur. Soruşturma işlerinde görev alan yahut hüküm ihdas etmeye yetkili olmayan sorgu hâkimlerinin tabii olmasının tabii hâkim ilkesiyle maddi bir bağlantısı bulunmamaktadır [Erem (1973), s. 96]. Ancak kişilerin özgürlük alanlarını etkileyen hususlarda ister soruşturma evresinde ister kovuşturma evresinde görev alsın ister hüküm ihdas etsin ister yalnızca sorguya katılsın her hâkimin tabii olması gerekmektedir. Eğer kişilerin özgürlük alanına müdahale etmeye yönelik geniş yetkileri olan bir kamu görevlisinden bahsediyorsak, bu kamu görevlisinin kişilerin hak ve özgürlüklerini koruyucu uygulamaları gerçekleştirmesi ve bu anlamda tabii hâkim niteliğine sahip olması gerekmektedir.

⁸ Gözler, K. (2016). *Hukuka Giriş*, 13. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 127.

⁹ 469 sayılı Kanun’un 2. Maddesi ile birden çok dairesi bulunan mahkemelerde Adalet Bakanı’na işlerin içeriğine göre davaya bakacak görevli mahkemeyi belirleme yetkisi tanımlandı. AYM 1977/75E., 1977/45K., 7.4.1978T. sayılı kararıyla isabetli olarak, bu uygulamanın tabii hâkim ilkesine aykırı olması sebebiyle söz konusu kanun hükmünü iptal etmiştir. Nitekim işin niteliğine göre mahkeme belirlenmesi, mahkemenin görevinin belirlenmesi ve özel görevli mahkeme yaratılması anlamına gelmektedir. Ancak bu uygulamalar yalnızca kanunla yapılabilsen dahi tabii hâkim ilkesinin ruhuna da aykırılık oluşturmaktadır. Aktepe-Artık (2014), s. 178-179.

hakkında karar verilirken, yasalar uyarınca kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve kamuya açık bir duruşma hakkına sahiptir.”¹⁰

Tabii hâkim ilkesi, adli ve idari yargı bütününde; idari yargılamada, hukuk yargılamasında ve ceza yargılamasında bir usulî bir şart niteliğinde olan temel bir yargılama hukuku ilkesidir.¹¹ Anayasada emredici bir şekilde düzenlenmiş olması itibarıyla de bireyler için bir hak, devlet içinse bir yükümlülük niteliğinde olan, adil yargılanma hakkı ile bağlantılı ve onu güvence altına alan bir ilkedir.¹² Bu açıdan tabii hâkim ilkesinin ihlali, aynı zamanda adil yargılanma hakkının da ihlali anlamına gelecektir.

Tabii hâkim ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi ile de bağlantılı bir ilkedir.¹³ Kanun önünde eşitlik ilkesi, mahkemeler önünde eşitliği de ihtiva etmektedir. Mahkemeler önünde eşitlik gereği aynı durumda, konum ve statüde olan iki farklı kişinin farklı hâkimler tarafından yargılanmaması gerekir. Nitekim bu uluslararası ve ulusal hukukta dayanağını bulan eşitlik ilkesinin ve hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir.¹⁴

Tabii hâkim ilkesi ile ilgili önem arz eden husulardan birisi de bu ilkenin, davanın taraflarının kendi hâkimlerini seçebileceği anlamında gelmediğidir.¹⁵ Tarafların hâkimi seçebilmesi, taraflar arası eşitliği bozacak Anayasa m.10/3’te ifadesini bulan “*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.*” kuralına aykırılık teşkil edecektir.

A. Tabii Hâkim İlkesinin Unsurları

Öncedenlik ve kanunîlik olmak üzere tabii hâkim ilkesinin iki temel unsuru bulunmaktadır.¹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 15.04.1975 gün ve 19/87 sayılı kararında tabii hâkim

¹⁰ Aldemir (2019), s. 209.

¹¹ “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 142. maddesine göre; mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Anayasanın kanunî hâkim güvencesi başlığını taşıyan 37. maddesi; “Hiç kimse kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılmaz.” hükmünü öngörmektedir. Bilimsel çevrelerde ve uygulamada, kanunî hâkim güvencesi, uyuşmazlığı yargılayacak ve çözecek olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması olarak kabul edilmektedir. 1982 Anayasasını kabul eden Danışma Meclisinin Anayasa Komisyonunun gerekçesinde; “bu suretle davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla yaratılan bir mahkeme önüne getirilmesi yasaklanmakta, yani kişiye yahut olaya göre kişiyi yahut olayı göz önünde tutarak mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır. Bu ise tarafsız yargı merciinin ilk gereğidir.” denilmektedir. Dikkat edilecek olursa Anayasadaki bu düzenleme hukuk ya da ceza davaları yönünden herhangi bir ayırım gözetmemiştir ve uyuşmazlığın doğduğu tarihte bu uyuşmazlığı çözecek olan mahkemenin belli olması durumunda yargılama yapacak veya yargılamaya devam edecek mahkemeyi gösteren yasal bir düzenleme yapılmadığı takdirde davanın, mutlaka bu mahkeme tarafından çözüme kavuşturulması Anayasa buyruğudur... uyuşmazlık konusunu teşkil eden her hukuki olay, meydana geldiği tarihteki yasal düzenlemelere tabidir ve olayın meydana geldiği zamanda mevcut olan mahkemeler tarafından çözümlenmelidir.” YHGK, 2006/11-58E., 2006/228K., 19.04.2006T.

¹² Zeitune, J. (2007) International Commission of Jurists, Practitioners Guide No. 1, “International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors”, Geneva Switzerland, s. 7, <https://www.refworld.org/pdfid/4a7837af2.pdf> Erişim Tarihi: 30.11.2020; Tanrıver, S. (2013). “Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş (104), s. 14; Aldemir (2019), s. 209.

¹³ Zeitune, J. (2007), s. 7.

¹⁴ Jeuland, E. (2008). “Le Droit Au Juge Naturel Et L’organisation Judiciaire”, *Revue Française D’administration Publique*, 1 (125) s. 36.

¹⁵ Jeuland (2008), s. 37.

¹⁶ Ülker (2013), s. 111.

ve tabii mahkeme şu şekilde tanımlanmıştır: “*Olaylardan önce, genel bir biçimde kurulmuş olup, belli bir olayla ilgisi bulunmayan yargı yerlerine, olağan yargı yeri; böyle yerlerin hâkimine de, olağan hâkim denir.*”¹⁷ Bu tanımlama girişimi, tabii hâkim ilkesinin iki temel unsurunu açığa çıkarmaktadır. *Olaylardan önce* nitelemesi ile öncedenlik, “*genel bir biçimde kurulmuş*” nitelemesi ile de kanunîlik betimlenmiştir. Bu kapsamda ilk olarak öncedenlik unsuru ardından da kanunîlik unsuru irdelenmelidir.

1. Öncedenlik Unsuru

Öncedenlik unsuru¹⁸; mahkemenin kanunla, yargılama konusu uyuşmazlıkla ilgili hukuki korumanın talep edileceği zamandan evvel kurulması ve bu yargılama konusu uyuşmazlık ile kuruluş açısından ilgi bulunmaması, herkes bakımından genel ve soyut olarak yetki ve görevlerinin evvelden belirlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁹ Yani uyuşmazlık konusu davanın vuku bulmasından evvel belirlenmiş görevli ve yetkili mahkemenin halihazırda var olması gerekmektedir.²⁰ Öncedenlik unsuru, bu ilkeye esas özelliğini veren bir unsur olmakla birlikte öncedenliğin, uyuşmazlığın doğmasından önce yetkili ve görevli mahkemenin önceden ve kesin olarak belirlenmiş olmasını gerektirir.²¹ Görevli ve yetkili mahkemenin uyuşmazlığın doğumundan önce kanunla belirlenmiş olması yetmez. Bu belirlenmenin objektif kriterlere dayanması gerekmektedir.²² İlaveten kapsamı ve şekli uyuşmazlığın doğumundan evvel belirlenmiş dava şartları, görev, yetki, ispat yükü gibi kurumlar sayesinde hangi mahkemede hangi tarzda yargılama yapılacağı belirlenmiş olacaktır. Böylece keyfi davranışların önüne geçilirken aynı zamanda taraflar, hangi şekli kurallara göre yargılanacaklarını önceden bilebilirler. Bu yönüyle öncedenlik unsuru, hukuki güvenliğin ve öngörülebilirliğin korunması ve yargıya olan güvenin sağlanması işlevini yerine getirir.²³

Öncedenlik unsuru ile ilgili bahsetmemiz gereken önemli bir husus, ceza muhakemesi hukukunda derhal uygulanırlık kuralının tabii hâkim ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmayaacağıdır. Bilindiği üzere derhal uygulanırlık kuralı muhakemeye ilişkin işlemlerin, muhake-

¹⁷ Tanrıver (2004), s.11.

¹⁸ “Kanunî hâkim güvencesi ilkesi, olayın niteliğine göre yargılamanın hangi mahkemede yapılacağından önceden belirlenmiş olması ilkesidir. Yargılama, tabii hâkimi dışında başka bir hâkim tarafından yapılamaz (Muhammet Kaplan, B. No: 2013/1586, 18/9/2013, § 31).” AYM, *Adnan Gül Tepe*, Başvuru Numarası: 2014/16516, Karar Tarihi: 8/3/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 30/3/2018-30376.

¹⁹ Tanrıver, S. (2013). “Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş (104), s. 12; “*Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibarıyla hukuki yapılanmasının, doğal hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlenimin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlenimin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, doğal hâkim ilkesinin bünyesinde, “kanuniliğin” yanı sıra “önceden belirlenmiş” olmaya da yer verilmiştir.*” (AYM, 2012/146E., 2013/93K., 17/7/2013T.)

²⁰ Pekcantez, H. (1995). “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 12 (Sayı Belirtilmemiş), s. 268; Öztürk, B. (1995) Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi ‘Yüce Divan’”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 12 (Sayı Belirtilmemiş), s. 75.

²¹ Tanrıver (2013), s. 13; *Zand/Avusturya*, 16/5/1977, B. No. 7360/76.

²² Neppi-Modona, G. (2012). The Various Aspects of External and Internal Independence of the Judiciary, *Seminar on the Independence of Justice, Tunis (Tunisia)*, s. 4, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2012\)035-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2012)035-e) Erişim Tarihi: 1.12.2020.

²³ Kara, S. ve Demircioğlu, M. Y. (2001). “Baro Hakem Kurullarının Anayasal Dayanağı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (2), s. 13.

menin gerçekleştirildiği anda yürürlükte bulunan kurallara göre gerçekleştirilmesidir.²⁴ Burada sonraki kanun hükmünün ilgilinin lehinde veya aleyhinde olması aranmamaktadır. Suçun işlenmesi anından sonraki bir zaman diliminde yürürlüğe giren görev ve yetkiye ilişkin sonraki muhakeme normu, muhakemeye başlanmış olsa bile derhal uygulanacaktır.²⁵ Bu durum ise tabii hâkim ilkesinin öncedenlik unsuru ile bağdaşmamaktadır. Kişilerin suç işlenmeden önce kanunla belirlenmiş olan mahkemelerde yargılanmaları gerekir. Bu açıdan derhal uygulanırlık kuralının görev ve yetkiye ilişkin kısmı hukuka aykırılık oluşturmaktadır. AYM ise bu görüşte değildir. AYM'ye göre yetki kuralları, görev kurallarında olduğu kadar tabii hâkim ilkesiyle sıkı bir bağlantı içinde değildir. Yetki kavramı, genel manada bir davaya bakmakla görevli mahkemeler arasında yargılama yetkisinin dağılımını ifade etmektedir. Ceza muhakemesi hukukunda görev hususu, kamu düzenine ilişkindir ve bu sebeple yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilir ve mahkemelerce de re'sen dikkate alınır. Yetki kurallarıysa davaların makul süre içinde, en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını temin edecek nitelikte oldukları için kamu düzeniyle ilişkili değildir. Kamu düzenine ilişkin olmamalarının sonucu olarak da, yetki itirazı iddiasının ileri sürülmesi ve mahkemelerce dikkate alınması hususu görev konusundan farklı olarak düzenleme altına alınmıştır. Yine AYM'ye göre yetki kuralları, görev kuralları gibi "yargı erkinin işleyişini, doğrudan doğruya etkileyen ve bu çerçevede belirleyici bir işlev gören kurallar niteliğini haiz olmadığından tabii hâkim ilkesinin, mahkemelerin yetkisi ile ilgili kurullarla, görevdeki kadar sıkı bir bağ ya da bağlantı içerisinde bulunduğu söylenemez."²⁶

Yetki kurallarının yargı sürecinin işleyişini doğrudan doğruya etkilemediği tespitinin, yetki kurallarıyla tabii hâkim ilkesi arasındaki irtibatın yoğunluğunu belirlemede bir ölçüt olamayacağı kanaatindeyiz. İlkeler ile kurallar arasındaki bağlantı, işlevsellik üzerinden kurulduğunda ilkelerin doğasından bir sapma gerçekleşmektedir. İlkelerin amacı somut duruma çözüm bulmak ya da belli bir kurumu işlevselleştirmek değil, her durumda soyut, genel, kişilik dışı ve deontolojik gereklilikler dikte etmektir. İlkeler ile somut olay arasında irtibat kurmak etik biliminin konusudur. Kaldı ki bu irtibat ise işlevsellik üzerinden değil, değer koruma üzerinden kurulmaktadır. Bu açıdan bakıldığında kanımızca; derhal uygulanırlık kuralı, görev ve yetki özelinde bir haksızlığa, bir hukuka aykırılığa sebep olduğu için geçiş dönemi ile ilgili olarak kanunla istisnai hükümler düzenlenmelidir.²⁷ Doktrinde kanun yollarına ilişkin süreleri kısaltan muhakeme normlarının yürürlüğünü ertelemeye yönelik geçici kanun düzenlemelerine gidilmese bile; kişilerin mevcut süreye güvenmeleri dolayısıyla bu kuralın kazanılmış hak, eşitlik, adalet benzeri enstrümanlar vasıtasıyla yumuşatılması önerilir.²⁸ Görev ve yetkiye ilişkin hususlarda da bu yumuşatılmanın gerçekleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yani görevi veya yetkisi sonraki kanun düzenlemesi ile değişen mahkemenin, kazanılmış hak, adalet, eşitlik ve benzeri enstrümanlarla görev ve yetkisini koruyup yargılamaya devam etmesi gerektiği kanaatindeyiz.²⁹ Keza Anayasanın 37. madde-

²⁴ Zafer, H. (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)*, 7. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 132; Artuk, M. E. ve Gökçen, A. ve Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 218.

²⁵ Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır (2020), s. 218.

²⁶ AYM, 2012/146E., 2013/93K., 17/7/2013T.

²⁷ Derhal uygulanırlık kuralının haksızlığa yol açması halinde geçiş döneminde kanunla istisnai hükümlerin ihdas edilmesi görüşü için bkz. Zafer (2019), s. 133.

²⁸ Zafer (2019), s. 133; dn. 70; Aksi yönde bkz. Toroslu, N. ve Feyzioğlu, M. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, s. 21.

²⁹ Bu durum hukuk mahkemeleri bakımından da benzer sonuçları doğurmaktadır. Medeni usul kuralları da derhal uygulanacağından söz konusu kanaatimiz, hukuk mahkemeleri bakımından da geçerli kabul edilmektedir.

sinde düzenlenen ve aynı zamanda hukukun genel ilkesi niteliğinde olan tabîî hâkim ilkesi, bu uygulamaya imkân sağlamaktadır.³⁰

2. Kanunîlik Unsuru

Tabîî hâkim ilkesinin kanunîlik unsuru; mahkemelerin kurulması, görevleri ve yetkileri ve bunların işleyişi ile yargılama usullerinin sadece kanun yoluyla düzenlenebilmesini³¹, normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer alan düzenlemeler yoluyla idare tarafından bu işlemlerin gerçekleştirilememesini ifade eder.³² Bu yönüyle kanunîlik unsuru, yürütme erkinin yargı erkine müdahalesinin önlenmesi işlevi görürken aynı zamanda erkler ayrılığı ilkesine de hizmet etmektedir.

Kanunîlik unsuru bakımından tabîî hâkim ilkesini irdelediğimizde karşımıza öncelikle 1982 Anayasının 142. maddesi çıkmaktadır. İlgili maddeye göre: “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.”. Keza mahkemelerin kuruluş ve görev ve yetkilerini düzenleyen 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun halen yürürlükte. Ancak tabîî hâkim ilkesi bakımından sorun oluşturan nokta, yüksek mahkemelerde dairelerin görevlerinin belirlenmesinin kanunla gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesidir.

09.02.2011 tarihine değin 2797 sayılı Yargıtay Kanunu madde 14’te ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu madde 33 ile 41 arasında dairelerin görevleri açıkça belirlenmişti. 09.02.2011 tarih ve 6110 sayılı Kanunla dairelerin görevlerinin kanunla belirlenmesi uygulamasına son verilmiş, uyulması gereken ilkelerin kanunda belirtilmesi şartıyla dairelerin görevlerini belirleme yetkisi Danıştay’da Genel Kurula, Yargıtay’da Büyük Genel Kurula verilmiştir. Sebebi ise sistemin sadeleştirilmesi gerekliliğine bağlanmıştır. İlk derece mahkemeleriyle istinaf mahkemeleri arasındaki iş bölümü ise kanunla değil, Hâkimler ve Savcılar Kurulu’na belirlenmektedir. Bu durum da tabîî hâkim ilkesi bakımından sakıncalı görülebilir. Aynı durum Sayıştay bakımından da geçerlidir. 6085 sayılı Sayıştay Kanunu m. 21/5 hükmünde Sayıştay başkanına daire başkanları ve yelerin dairelerini belirleme ve ihtisas dairelerini tespit etme yetkisi verilmiştir. Doktrinde bir görüşe göre her ne kadar kanun bu yetkiyi bahsetse de mahkemelerin yetkisini belirleme görevinin idari bir kurula veya başkana verilmesi, tabîî hâkim ilkesine aykırılık bakımından hukukî değildir. Bu açıdan yüksek

³⁰ Zafer’e göre üst dereceli mahkemelerde iş yoğunluğunu azaltma amacıyla görev hükümlerinde değişiklik öngören sonraki kanunun, derhal uygulanırlık kuralı mucibince üst dereceli mahkemelerde görülmekte olan davalarda uygulanmaması usul ekonomisinin bir gereğidir. Bu durumda derhal uygulanırlık kuralına geçici kanunla istisnaî hükümler getirilmelidir. Zafer bu görüşünü aynı yönde YCGK, 15.03.1993, 15/62 sayılı Yargıtay kararı ile pekiştirmektedir. Bkz. Zafer (2019), s. 133. Zafer ile sonuçta aynı görüşte olsak da argümanlarımız farklıdır. Biz sonraki kanunla görev değişikliği durumunun tabîî hâkim ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırı olduğu görüşündeyiz.

³¹ 2017 anayasa değişikliği ile yürürlükten kalkan askeri mahkemeler de yürürlükte buldukları süre boyunca, tabîî hâkim ilkesinin kanunîlik unsuru bakımından hukuka aykırılık oluşturmaktaydı. Askeri mahkemelerin yürürlükte olduğu zaman diliminde bir makalede bu mahkemelerin tabîî hâkim ilkesine aykırılığı şu şekilde ifade edilmektedir: “Askeri mahkemelerin kuruluşu konusunda idarenin bir organı olan Genelkurmay Başkanlığı ile Milli Savunma Bakanlığının yetkili olması “tabîî hâkim” ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.” Metin, Y. ve Alp, E. (2012). “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askeri Mahkemeler: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), s.115.

³² Ülker, İ. (2013). “Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Kanun-i Esasi’deki Yargılamaya İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (2), s. 111.

mahkeme dairelerinin görevleri ve yetkilerine ilişkin belirlemelerinin, Anayasa m. 142 hükmü gereği kanunla ya da kanuna dayanan düzenlemelerle yapılması gerekmektedir.³³ Ancak AİHM'ye göre yargı teşkilatlanmasına ilişkin genel kurallar kanunla düzenlendiği sürece her ayrıntının kanunla düzenlenmesi gerekmemektedir. Yargı teşkilatlanması ve organizasyonuna ilişkin konularda yasama, yürütmeye yetki devri dahi yapabilmelidir. Hatta ihtiyaçlar gerektirdiğinde yargı mercilerinin kurulması ve yerinin belirlenmesi yürütmeye bırakılabilir. Ancak bu durumda dahi yürütmenin hukuka uygunluğunun ve keyfilik önlenmesine yönelik yargı denetimi engellenemeyecektir. (*Zand v. Austria, Request No 7360, 12.1.1978*). Nitekim bizim hukuk sistemimizde de mahkemelerin kurulmasında yetkili idari organ Adalet Bakanlığı'dır. Ancak bu durum, yargı teşkilatını belirlemenin yürütmenin takdirinde olduğu anlamına gelmemektedir.

3. Değerlendirme

Tabii hâkim ilkesi; yargı yolunun, yer ve madde itibarıyla yetkinin tayininden başlayıp, her defasında yetkili mahkeme makamlarına iş dağılımıyla devam edip, nihayet bir mahkeme heyeti dahilinde münferit hâkimlerin görev alanını tespiti kadar inceden inceye normlaştırılmış bir yetki düzenlemesini gerektirir. Bundan başka, bireysel keyfilik önlenmesi ciddiye alındığı takdirde, zikredilen her üç yetki alanında, esas itibarıyla münferit olayda hüküm vermeye yetkili hâkimin adeta gözü kapalı görüldüğü, şekli kanuna dayanan soyut ve genel bir yetki düzeni ortaya çıkar. Ancak, böyle önceden soyut ve genel biçimde belirleme ilkesinin katı biçimde mi uygulanacağı, yoksa daha çok zorunlu pratik düşüncelerle diğer eşit değerdeki hukuk devleti ilkeleri yararına belli sınırlamaların kaçınılmaz mı görüleceği konusu tartışmalıdır. Görev ve yetkiye ilişkin soyut ve genel düzenlemeler, sadece biçimsel kanunla sınırlandırılmamalıdır. Bu sebeple salt lafzi yorumla tabii hâkim ilkesine aykırılık değerlendirmesi yapılmamalıdır.³⁴ Tabii hâkim ilkesinin kanunilik unsuru, yargının teşkilatlanmasına ilişkin her hususun kanunla düzenlenmesi gerekliliğine indirgenmemelidir. Her konuyu kanunlarda düzenleme aramak, kazuistik olan yargı sistemimizin bu özelliğini daha da derinleştirecektir. Nitekim yargı da kendi içinde idari bir işleyişe sahiptir. Faaliyetleri yürütebilmesi için dinamik, sürekli ve planlı olmak zorundadır. Ne de olsa bu usul ekonomisi ve makul sürede yargılanma hakkının bir gereğidir. Bu açıdan hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, tabii hâkim ilkesinin öncedenlik unsurunu ihlal etmediği sürece yargının teşkilatlanmasında idari tasarrufların mevcut olması ezberden bu ilkenin ihlal edildiği anlamına gelmemelidir. Her somut durum kendi içinde bir özellik taşıyacağından genel yargıya varmaktansa bağımsızlık, tarafsızlık, öncedenlik, kişiye özel mahkeme kurmama gibi enstrümanlar yoluyla tabii hâkim ilkesine aykırılık değerlendirilmelidir.

II. TABİİ HÂKİM İLKESİNİN HUKUK UYGULAMASINDA GÖRÜNÜMÜ

Tabii hâkim ilkesi bakımından hukuk uygulamasında en sık karşılaşılan hususların bu ilke ile bağlantısına değinmek önem arz etmektedir. Bu kapsamda davanın nakli kurumunun, Yüce Divan uygulamasının, mahkemelerce gereksiz yere verilen çekinme kararlarının, hukukçu bilirkişi görevlendirilmesinin ve nihayetinde mahkemeler arası bağlantının

³³ Yiğit, U. ve Öztürk, İ. (2020). *Yargı Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 35, 621.

³⁴ Eser, A. (Çev. Centel N.) (1995). "Yasal Hâkim ve Münferit Olayda Tespiti (Der "gesetzliche Richter")", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 9, (Sayı Belirtilmemiş), s. 53.

tabii hâkim ilkesine etkisinin ortaya konulması, uygulamada tabii hâkim ilkesinin ne şekilde tezahür ettiğini anlamak için önemlidir.

A. Ceza Muhakemesinde Davanın Nakli Kurumunun Tabii Hâkim İlkesi Bakımından İncelenmesi

Bu başlık altında tabii hâkim ilkesi ile ilgili değerlendirilmesi gereken diğer bir husus ise CMK m. 19/1 ve 2 'de düzenlenen davanın nakli müessesidir. İlgili maddeye göre: “(1) Yetkili hâkim veya mahkeme, hukukî veya fiilî sebeplerle görevini yerine getiremeyecek hâlde bulunursa; yüksek görevli mahkeme, davanın başka yerde bulunan aynı derecede bir mahkemeye nakline karar verir. (2) Kovuşturmanın görevli ve yetkili olan mahkemenin bulunduğu yerde yapılması kamu güvenliği için tehlikeli olursa, davanın naklini Adalet Bakanı Yargıtaydan ister.” İlgili maddeye göre iki durumda davanın nakli gündeme gelir. Bunlardan ilki yetkili hâkim veya mahkemenin hukuki veya fiili sebeplerle görevini yerine getiremeyecek halde bulunması, ikincisi ise kovuşturmanın görevli ve yetkili mahkemenin bulunduğu yerde yapılmasının kamu güvenliği için tehlike oluşturması halidir. Davanın nakli yoluyla tabii hâkim ilkesinden ayrılıp, suçun işlendiği tarihte yargılamayı yürütmekle yetkili mahkemede değil, ilgili maddede öngörülen zorunluluk sebepleriyle aslen yetkisiz bir mahkemede yargılama gerçekleşmektedir. Kanunen önceden belirlenmiş yargı merciinde yargılanma hakkının kanunla sınırlandırılması ve bu sınırlamanın gerekçelerinin de kanunla belirlenmiş olması tabii hâkim ilkesinin ihlal edilmesinin önüne geçmektedir. Ancak bu durum her zaman için bu şekilde değildir.

Davanın nakli, tabii hâkim ilkesiyle ile ters düşmeyecek “somut gerekliliklere ve kaçınılmaz hukuki ve fiili engellere” dayanmalıdır.³⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin birinci fıkrasına göre herkes, kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan mahkeme tarafından uyumsuzluğun görülmesini talep edebilir. Kamu yararı, kamu güvenliği, kamu yararı, fiili yetersizlikler, davadaki sanıkların sayısının fazla olması, duruşma salonlarının yetersizliği ve benzer sebeplere dayalı olarak tabii hâkim ilkesi Anayasamızın 13. maddesi temelinde kanunla sınırlanabilir. Ancak anayasal sebeplerden hangilerine bağlı olarak hakkın özüne müdahale gerçekleştirilebileceği ve hakkın böylece sınırlanabileceği hususu, her somut olayın şartları detaylı şekilde irdelenerek açığa çıkarılabilecektir. Fakat bu durum, salt duruşma salonlarının kalabalık olması ve kapasitelerinin yetersiz olması gibi fiili yetersizliklerin, davanın kanunen görülmesi gereken asıl mahkemeden başka bir mahkemede görülmesini gerektirmeyecektir. Nitekim makul bir gerekçeye dayanmadan kamunun veya basının erişimine daha kolay açılan merkezi adliyelerden uzaklaşmak, etkin ve dürüst yargılamanın bir gereği olan “alenilik” ilkesini zedelenmektedir.³⁶ İlaveten, “kaçırılan yargı veya yargılama” algısını kamuoyunda oluşturacak bir tablonun, adalete olan güveni sarsabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.³⁷ Bu kapsamda kanunî ve makul gerekçelere dayanması koşulu ile davanın nakli kurum, tabii hâkim ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Madde gerekçesine göre de bu kurum, CMK'nın ilgili düzenlemesiyle yargılamanın daha elverişli bir ortamda yürütülmesi sağla-

³⁵ Şen, E. (2015). *Mahkemenin ve Davanın Nakli*, İnternet Makalesi, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1615390-mahkemenin-ve-davanin-nakli#:~:text=Mahkeme%20nakli%2C%20bir%20davan%C4%B1n%20hâkimlerinin,bulunan%20bir%20ba%C5%9Fka%20salona%20ta%C5%9F%C4%B1nmas%C4%B1d%C4%B1r>. Erişim Tarihi: 25.11.2020.

³⁶ Şen, E. (2015). *Mahkemenin ve Davanın Nakli*.

³⁷ Şen, E. (2015). *Mahkemenin ve Davanın Nakli*; Aynı yönde Erem (1973), s. 93.

makta ve yargılamadan beklenen verimi artırmaktadır.³⁸ Ancak bunun gerçekleşebilmesi; yani davanın nakledilebilmesi için argümanlar hukukî olmalı ve soyut gerekçelere dayanmamalıdır, davanın yeni görüldüğü çevrenin etkisinde kalınmamalıdır.³⁹ Ancak bu şekilde tabii hâkim ilkesine aykırılık söz konusu olmayacaktır.⁴⁰ Ancak Doktrinde Erem haklı olarak davanın naklini Yargıtay'dan Adalet Bakanının talep etmesine yönelik uygulamayı doğru bulmamaktadır. Ona göre tabii hâkim ilkesiyle bağlantılı olarak bu uygulama hâkimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını zedelemektedir.⁴¹ Görünüşte bile siyasi bir kimliği bulunan bir kişinin bir mahkemeden talepte bulunması görünüşte bağımsızlık ilkesini zedelemektedir.

Bu başlık altında değerlendireceğimiz diğer bir husus da tevzi aşamasında davaların paylaşılması usulünün tabii hâkim ilkesi ile ilişkisidir. Dava dağıtım süreçlerinin kanunla önceden belirlenmiş ve şeffaf olması, tabii hâkim ilkesinin gereklerinden birisidir. Nitekim Yargıtay bu durumu şu şekilde önemsemektedir: “...7. Asliye Hukuk Mahkemesi ile... 2. Asliye Ticaret Mahkemesi arasında görev uyumsuzluğu çıktığı, dosyanın mahkememiz ile bir ilgisinin bulunmadığı;... 2. Ticaret Mahkemesinden verilen görevsizlik kararında dosyanın... 7. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir iken, Nöbetçi Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi nedeniyle dosyanın Mahkememize tevzi edildiği; davanın... 7. Asliye Hukuk Mahkemesine tevzi edilmesi gerektiği, zira davanın ilk açıldığı mahkemenin adı geçen mahkeme olduğu; aksi halde mahkemelerdeki dosyaların “gönderme” kararı ile başka mahkemelere gönderilip o mahkemelerden verilen görevsizlik kararları üzerine dosyaların başka mahkemelere tevzi edilmesinin tabii hâkim ilkesine de aykırı olacağı anlaşıldığından, dosyanın... 7. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.”

Davanın naklinden bahsetmişken “bozmadan sonra nakil” kurumundan bahsetmek mümkün değildir. CMK m. 280/1-f hükmüne göre Bölge Adliye Mahkemesi: “İlk derece mahkemesinin kararında 289 uncu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verir.”. Aynı şekilde CMK m. 304/2 hükmüne göre de Yargıtay: “Yargıtay, dosyayı 303 üncü maddede belirtilenlerin dışında kalan hâllerde yeniden incelenmek ve hüküm verilmek üzere hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine veya

³⁸ Artuç, M. ve Elmas, M.T. (2019). *Duruşma Yönetimi ve Yasa Yolları*, Ankara: Adalet Yayınevi, dn. 85, s. 108.

³⁹ Erem (1973), s. 93.

⁴⁰ “Davanın nakli hususunda mahkemece talepte bulunulmuş ise de; somut olayda davanın nakline karar verilmesi durumunda dosyanın tarafları arasında bundan sonra meydana gelecek tüm olaylara ilişkin yargılamalarda davanın nakline karar vermek gerekeceği, önemli olanın bu hadiselerin önüne geçmek olup bunun da kolluk güçleri ile idari makamların görevleri dahilinde olduğu, öte yandan davanın geldiği aşama ve dava ekonomisi ile tabii hâkim ilkesi de düşünüldüğünde, keza dosya kapsamında kanunun aradığı manada ciddi, yakın ve kamu emniyetini tehlikeye düşürecek bir durumun bulunmadığı, hakeza dosyada davanın nakledilmemesi halinde sanıkların adliyede öldürülmesi, kaçırılması veya kargaşa çıkması gibi kamu güvenliğini bozacak üzücü olayların meydana gelmesinin emniyet ve asayiş kuvvetlerince önceden alınacak tedbirlerle önlenemeyeceği yönünde bir düşünce ve görüş bulunmaması ile muhtemel olayları... ili emniyet güçlerinin önlemeye yönelik imkânları da birlikte değerlendirildiğinde, CMK'nın 19/2. maddesinin öngördüğü dava nakli şartlarının somut olayda bulunmadığı...” Y5.CD, 2020/3215E., 2020/11657K., 29.06.2020T.

⁴¹ Erem (1973), s. 98.

diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderir."⁴² Bozmadan sonra nakil kurumuna imkân tanıyan bu kurallar, yetki kuralının birer istisnasını oluşturmaktadırlar.⁴³ Ancak belirtmek gerekir ki bu tür uygulamalar kanunla önceden belirtildiği için doğrudan tabii hâkim ilkesine aykırı oldukları söylenemez. Ancak yüksek mahkemeler, bozmadan sonra nakil imkânından *dava dışı sebeplerle* faydalanmayı amaçlarsa tabii hâkim ilkesinin fiiliyatta ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir.⁴⁴

B. Yüce Divan Yargılamasının Tabii Hâkim İlkesi Bakımından İncelenmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki tabii hâkim ilkesine uygun bir şekilde kurulmuş bulunan AYM, çocuk mahkemeleri gibi bir ihtisas mahkemesi olarak ceza mahkemesinde olağan mahkeme statüsünde bulunmaktadır. Belli bir alanda uzmanlık alanı oluşturmak amacıyla ihtisas mahkemeleri kurmak ile tabii hâkim ilkesini birbirine karıştırmamak gerekmektedir.⁴⁵ Doktrinde aksi görüşler⁴⁶ bulunsa bile AYM'nin olağanüstü (istisnai) yetkili mahkeme olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.⁴⁷

Tabii hâkim ilkesinin diğer boyutu, olağanüstü mahkemelerin kurulmasını önlemektir. Böylece anayasal bir hak olan kişi dokunulmazlığı ve kişi güvenliği ilkelerinin korunmasını sağlamaktadır.⁴⁸ 1982 Anayasasının Milli Güvenlik Konseyinde oluşturulan taslak gerekçesine bakıldığında Yüce Divan yargılamasının olağanüstü yargı mercii olarak nitelendirilemeyeceği temellendirilmiştir. Şöyle ki: "*Yüce Divanda bakılması gereken dava konusu olayların işlenmesinden sonra Yüce Divan kurulması "Tabii hâkim" ilkesine aykırı görüldüğünden önceden kurulmuş bir kuruluş haline getirilmesi gerekli görüldü. Burada bakılacak davaların konusunu teşkil edecek eylemlerin pek seyrek vukua geleceği mülahaza*

⁴² Benzer bir hüküm HMK m. 373/1,2 hükmünde de mevcuttur. Bu hükme göre Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararı, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir. Bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya yeniden esas hakkında verdiği karar Yargıtaya tamamen veya kısmen bozulduğu takdirde dosya, kararı veren bölge adliye mahkemesi veya uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir. Ancak bu uygulama keyfi bir uygulamayı meşru kılmamaktadır. Mahkemenin buradaki takdir yetkisi, muhakemenin temel ilkelerinden olan usul ekonomisi ilkesi bu uygulamayı gerekli ve önemli kılmalıdır. Mahkeme doyayı gönderdiği yeni mahkemenin hangi sebeplerle mevcut uyumsuzluğu daha iyi çözeceği hususunu gerekçelendirdiğinde tabii hâkim ilkesine ve diğer yargılama hukuku ilkelerine bir aykırılık söz konusu olmayacaktır. Deliduman, S. (2009). "Yargıtay'ın Bozma Kararı Üzerine Dosyanın Başka Bir Mahkemeye (İlk Derece veya Bölge Adliye Mahkemesi) Gönderilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 4 (40), s. 23-24.

⁴³ Erem (1973), s. 93.

⁴⁴ Erem (1973), s. 93.

⁴⁵ Zeitune (2007), s. 7; Başaran, B. (2007). "Adil Yargılanma Hakkı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 73-74; Belirli tiplerdeki uyumsuzlukların çözülmesi amacıyla ihtisas mahkemelerinin kurulması kanunî dayanağa sahip olmak şartıyla olağanüstü mahkeme olarak nitelendirilmeyi gerektirmeyecektir. *Fruni v. Slovakia*, no. 8014/07, 21 June 2011. Aktepe-Artık (2014), s. 179.

⁴⁶ Erem, belirli kişileri yargılamaya yönelik özel mahkemeler kurmanın pek tabii, tabii hâkim ilkesini ihlal edeceği; çünkü bu uygulamanın anayasada güvence altına alınmış olan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği kanaatinde. Erem (1973), s. 91.

⁴⁷ Aslan, Y. (2009). "Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş (82), s. 5.

⁴⁸ Tanrıver (2013), s. 15.

zası ile müstakil bir kuruluştan ziyade Yargıtay'ın Ceza Daireleri Başkanlarından teşkil olunması prensibi kabul edildi."⁴⁹ 1982 Anayasasını oluşturan asli kurucu iktidar, kendinden önceki anayasayı ilga etmişti. Bu sebeple Yüce Divan'ın hukuki meşruiyetini tekrar kazanması yeni anayasada düzenlenmesine bağlıydı. Söz konusu gerekçede tabii hâkim ilkesinin ihlal edilmemesi için Yargıtay bünyesinde Yüce Divan yargılaması yapılması öngörülmüştür. Neticede bu çözüm, tabii hâkim güvencesine verilen önemi göstermesi sebebiyle önemlidir.

Yüce Divan ile ilgili olarak önem arz eden diğer bir husus ise meslekten hâkim niteliğinde olan hukukçu olmayan AYM üyelerinin Yüce Divan yargılamasında karara katılmasıdır. Bu hususta Öztürk'un düşünceleri oldukça iddialıdır. Şöyle ki: "...Hayatlarında hiçbir şekilde Ceza Hukuku ile karşılaşmamış bulunanların bir ceza muhakemesinde hâkimlik yapabilmesi gibi, bir hukuk devletinde asla kabul edilemeyecek bir garip durumla karşılaşmaktadır. Yüce Divan üyeleri halktan hâkim esasına göre belirlenmediklerinden, başka bir deyişle meslekten hâkim olduklarından, bu işi meslek olarak yaptıklarından onlarda Ceza Hukuku bilgisinin aranmaması söz konusu olamaz."⁵⁰ Bu hususta Öztürk'e katılmamak elde değildir. Bu hususta çözüm önerimiz; günümüzde pek örneği görülmesi de Yüce Divan yargılamalarında hukukçu hâkimlerin hüküm kurmasına, meslekten hâkim sayılan ve hukuk alanında uzmanlığı bulunmayan kişiler hükmün müzakeresinde yer alamamasına yönelik kanunî bir düzenlemenin getirilmesidir. Yüce Divan yargılaması genel kurul şeklinde gerçekleştirildiğinden hukukçu olmayanların ya da hukuk alanında uzmanlıklarını belgelemeyenlerin katılmalarının engellenmesi mümkün değildir. Ancak burada yapılması gereken AYM gibi kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile doğrudan temasta bulunma kapasitesine sahip bir mahkeme üyelerinin meslekten hâkim ya da hukuk alanında uzmanlığını belgeleyen kişilerden seçilmesi ile tabii hâkim ilkesine riayet edilmiş olacaktır.

Yüce Divan yargılamasının tabii hâkim ilkesi ile olan irtibatında bahsedeceğimiz son husus yargılama sırasında görevsizlik hususunun gerçekleşmesidir. Yüce Divan yargılaması sırasında mahkemenin görevsizlik kararı verip vermeyeceğine ilişkin yasal bir düzenleme mevcut değildir. Bir ceza mahkemesi olarak Yüce Divan elbette görevsizlik kararı verebilecektir. Yüce Divan'da yargılamanın Ceza Muhakemesi Kanununa göre yürütülecektir. Ancak bu usulde görevsiz olduğunu düşünen mahkeme görevsizlik kararı verirken görevli olduğunu düşündüğü mahkemeye dosyayı göndermektedir. Bu mahkeme de kendisini görevsiz görürse bu hususta kararı ortak yüksek yetkili mahkeme verecektir (CMK m.4/2). Ancak Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapacak olan AYM'nin vermiş olduğu kararlar herkesi bağlar (1982 Anayasası m. 153/6). Bu noktada AYM kendisini görevsiz görüp dava dosyasını görevli gördüğü mahkemeye gönderdiğinde; artık bu mahkeme kendisinin görevsiz olduğunu iddia edemeyecektir. Çünkü görevsizlik kararı bu mahkemeyi de bağlayacak; olumsuz görev uyuşmazlığı, genel kurala göre çözümlenemeyecektir. Bu sebeple doktrinde Yüce Divan'ın görev uyuşmazlığı hususunda ayrıkçı durumların doğmaması için görevsizlik kararı verirken, görevli mahkemeyi belirtmemesi gerektiği belirtilmektedir.⁵¹ Bu hususta tabii hâkim ilkesi ile ilgili olan kısım, Yüce Divan sıfatıyla AYM'nin dava dosyasını görevli gördüğü mahkemeye göndererek, ilgili mahkeme kanunen görevli olmasa bile AYM kararıyla görevli kılabilmesi sorunudur. Halbuki mahkemelerin görevi kanunla düzenlenir.

⁴⁹ Taslak madde 166 Gereççesi, T.C. Anayasa Tasarısı Gereççesi, Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 118. Birleşim, 18.10.1982, 2. Oturum, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118.pdf s. 58, Erişim Tarihi: 02.11.2020.

⁵⁰ Öztürk (1995), s. 76.

⁵¹ Erem, F. (1963). *Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Olarak İncelenmesi*, Ankara: Ajans Türk Matbaası, s. 7, Aktaran, Aslan (2009), s. 5.

AYM'nin Kanunen görevli olmayan bir mahkemeyi görevli kılması ihtimali tabîi hâkim ilkesini ihlal edebilecektir. Ne de olsa her mahkeme gibi AYM de usul kurallarına aykırı karar verebilme kapasitesine sahiptir. Bu ihtimale bizim getirdiğimiz çözüm; AYM'nin verdiği görevsizlik kararlarına karşı yeniden inceleme yolunun işletilmesine imkân sağlayacak kanunî düzenlemenin getirilmesidir. Böylece sık karşılaşılsa da teoride gerçekleşme ihtimali bulunan böylesi durumlarda tabîi hâkim ilkesi ve ceza muhakemesi hukuku ilkeleri zedelenmemiş olacaktır.

C. Mahkemelerde Gereksiz Çekinme Kararı Verilmesinin Tabîi Hâkim İlkesine Etkisi

Tabîi olarak halihazırda belirli bulunan hâkimin gereksiz çekilmesi ya da çekinmesi aynı zamanda tarafsızlık ilkesine de aykırı düşmektedir.⁵² Bu hususu Pekcanitez şu şekilde özetlemektedir: “*Sadece mahkemelerin uyumsuzluk konusu davanın vuku bulmasından önce belirli olması değil aynı zamanda hâkimin de belirli olması gerekmektedir ki bu durum da hâkimin bağımsızlığı ilkesi ile doğrudan ilgilidir.*”⁵³

Uygulamada en çok karşılaşılan hususlardan biri red talebine karşı hâkimin “*duygusallığa kapılıp davadan çekilme yolunu seçmesi*” olarak karşımıza çıkmaktadır ve bu durum tabîi hâkim ilkesini zedelemektedir.⁵⁴ Hâkimin sebepsiz yere çekilmesi ya da çekinmesi, hâkime olan güven duygusunu zedelemekle beraber adalete duyulan güveni de sarsmaktadır.⁵⁵ Hâkimin taraflarla arasında husumet yaratmamak için çekinmesi Yargıtay’a göre doğru bir uygulama değildir. Yargıtay’ın bu husustaki yerinde uygulamalarına göre “*maddî bulgu ve delillerle desteklenmeyen soyut iddiaların hâkimlerce duygusallıkla karşılanıp davadan çekilmelerine neden olunması, ileride giderilmesi mümkün olmayacak zararlara yol açacağından kabul edilemez. Aksi halde bir yerde görev yapan hâkimlerin, aynı yöntemle davadan çekilmeleri sağlanarak, tabîi hâkim ilkesinin zedelenmesine*” sebep olmaktadır.⁵⁶

Uygulamada karşılaşılan hususlardan birisi de bir davada şikayet veya dava edilen hâkimin doğrudan davadan çekinmesi halidir. Görülmekte olan bir davada taraflardan birinin hâkimini şikayet etmesi yahut aleyhine dava açması, hâkimin doğrudan davadan çekinebileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim hâkimin şikayet edilmesi ya da hakkında dava açılması hâkimi doğrudan “davalı” pozisyonuna getirmemektedir. Aksine uygulama tarafların kötü niyetli olarak reddedilmesini kolaylaştıracak ve aynı zamanda bu hakkı kötüye kullanmak isteyenlerin davranışını da korumak anlamına gelecektir. Kötü niyetli kişilerce açılacak uydurma dava ve şikayetler, davaya bakan hâkimlerin sağlıklı, baskıdan uzak ve vicdani kanaatlerine dayalı olarak hür iradeleri ile görev yapmalarına engel olacaktır.⁵⁷

⁵² Ömeroğlu, Ö. (2012). *Ceza Muhakemesinde Hâkim ve Savcının Yasaklılığı*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 7.

⁵³ Pekcanitez, (1995). s. 268; AYM, 2009/52E., 2010/16K., 21.01.2010T. sayılı kararında hâkimin çekinmesi kurumunun tabîi hâkim ilkesinin gerçekleşmesi için gerekli güvencelerden biri olarak değerlendirilmiştir. Ömeroğlu (2012), s. 27.

⁵⁴ Günay (2018), s. 5.

⁵⁵ Aynı şekilde usulüne uygun olmadan yetkisizlik kararı verilmesi de aynı sonucu doğurmaktadır. “Usulüne uygun yetki itirazı bulunmaksızın..... verilen yetkisizlik kararının Anayasa’da güvence altına alınan tabîi hâkim ilkesine de aykırılık teşkil edeceği”.Y20.HD, 2020/767E., 2020/1344K., 12.3.2020T.

⁵⁶ Y20.HD, 2019/6386E., 2020/455K., 5.2.2020T.

⁵⁷ İlgili Yargıtay kararı için bkz. Y20.HD, 2016/10751E., 2016/11570K., 1.12.2016T.

Ancak bu durum hâkimlerin somut ve makul gerekçelere dayanmadan çekilmeleri ya da çekinmelerine imkân sağlamamaktadır.

D. Hukukçu Bilirkişi Görevlendirilmesinin Tabii Hâkim İlkesine Etkisi

Uygulamada bilirkişilik kurumu, bizatihi hâkim tarafından yorumlanması gerekli normların bilirkişilere yorumlatılması gibi durumlarla karşılaşmaktadır. Buna bağlı olarak hâkim tarafından kullanılması gereken takdir yetkisinin bilirkişilerce kullanıldığı da uygulamada karşılaşılan bir sorundur.⁵⁸ Aşağıda bahsedeceğimiz üzere hukukçu bilirkişi görevlendirme yasağına rağmen uygulamada sorunların devam ettiği görülmektedir.

Bilirkişinin görevi görüş bildirmek değil somut olaydaki vakia tespitlerini ortaya koymaktır. Argümantasyon teknikleri ile belirli bir görüşe varma ve sonuç çıkarma işi mahkemeye aittir.⁵⁹ Nitekim hâkim Türk hukukunu re'sen uygular (HMK m. 33). Hukuku bilmek ile uygulamak hâkimin görevi olup, bilirkişiden görüş istenmesi ancak hâkimin bilmediği bir alanda gündeme gelebilir.⁶⁰ Mahkemeye ait bu yetkilerin bilirkişilerce kullanılması ve mahkemenin pasif hareketle bilirkişi raporunu hükme esas alması, elbette tabii hâkim ilkesini zedelemektedir. Nihayetinde kararı hâkim değil objektif ve maddi gerçeği ortaya koymakla yükümlü olmayan bilirkişi vermiştir. Ancak hukukçu bilirkişi görevlendirmesi doğrudan tabii hâkim ilkesini ihlal eder sonucuna ulaşmak mantık hatasına sebep olur. Bu açıdan konu ile ilgili AYM kararını incelemek yerinde olacaktır.

AYM'nin 20/3/2014 tarih ve 2013/1780 başvuru numaralı kararında başvurucu ilgili olayda, hukukçu bilirkişi görevlendirilmesinin tabii hâkim ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir; ancak AYM talebi açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle reddetmiştir. Yine de bu hususun tabii hâkim güvencesi ve yargı yetkisinin devri konusunda incelenmesi gerekmektedir. Söz konusu AYM kararında, bir davada bilirkişi görevlendirmesine bağlı olarak bilirkişi raporları, ilgili usul kuralları uyarınca yargılamayı yürüten mahkeme ile taraflarca başvurulabilecek takdiri bir delil olduğu vurgulanmıştır. Görülmekte olan davada hâkim tarafından bilgi sahibi olunmayan özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişi görüşüne başvurulabileceğine değinilmiştir. Bilirkişi raporları, hâkimin delilleri serbestçe takdir edebilmesine yönelik serbest delil ilkesi ile bu raporun hâkimi bağlamayacağına ilişkin usul kuralları birlikte değerlendirildiğinde, nihai kararın hâkim tarafından tarafların iddiaları ile dosyadaki delillerin takdiri ve kanunun yorumlanması suretiyle verileceği sonucuna ulaşılmıştır. Buradan hareketle AYM, başvurucunun kanunî hâkim güvencesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. İlaveten ilgili kararda “*Adalet Bakanlığı görüşünde, somut yargılama faaliyetinin daha önceden belirlenmiş kurallara göre yürütülerek sonuçlandırıldığı ve hukukçu bilirkişiye başvurulmasının, yargılamanın mahkeme hâkimi tarafından yapılmadığı anlamına gelmeyeceği yönünde görüş bildirilmiştir.*” denilerek talep kabul edilmemiştir.

İlgili karar 20.03.2014 tarihinde verilmiştir. Yargılamada hukukçu bilirkişiliği yasaklayan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinin son cümlesi ve Ceza Muhakemesi Kanununun 63. maddesinin ikinci cümlesi 03.11.2016 tarihinde eklenmiştir. Bu açıdan AYM'nin bu hususta ihlal kararı vermemesi anlaşılabilir niteliktedir. Yine de hukukçu bilirkişi görevlendirmenin tabii hâkim ilkesini zedeleyip zedelediğini araştırmak

⁵⁸ Türel, T.I. (2006) “Hâkimler Memurlaşıyor Bilirkişiler Hâkim’leşiyor Mu?”, *Bursa Barosu Dergisi*, 30 (80), s. 137

⁵⁹ Türel, (2006), s. 137-138.

⁶⁰ Papakçı, A. (2016). “Hukuki Bilirkişilik”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (1), s. 438-439.

gerekmektedir. Ne de olsa günümüzde birçok mahkeme usule aykırı kararlar verebilmektedir.

Kararda, bilirkişi raporunun takdiri delil niteliğinde olduğu ve hüküm aşamasında hâkimi bağlamayacağından dolayı ve hukukçu bilirkişiye başvurmanın, yargılamayı mahkemenin değil de bilirkişinin yaptığı anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır. Keza hukukçu bilirkişi görevlendirmesi yargı yetkisinin devri olarak değerlendirilemez.⁶¹ Eğer mahkeme; esasa ilişkin uyumsuzlukla ilgili hukuki konulara ilişkin görüş bildiren, hukuk normlarını yorumlayan veya sübuta ilişkin değerlendirmelerde bulunan bilirkişinin raporunu hükme esas olursa tabii hâkim ilkesi bakımından sakıncalı sonuçlar doğacaktır. Hüküm, önceden belirlenmiş hâkim dışında bu sifata sahip olmayan üçüncü bir kişi tarafından verildiğinde tabii hâkim ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

AYM; katıldığımız bu yerinde kararı ile hukukçu bilirkişi görevlendirmenin, ezbere dayalı olarak doğrudan tabii hâkim ilkesine aykırı olmayacağına hükmetmiştir. Her ne kadar ilgili mevzuat hükümleri hukuki konularda bilirkişi görevlendirmesini kesin olarak yasaklasa da⁶² somut olay tüm yönleriyle incelendiğinde sübuta ilişkin sonuca varan bilirkişinin raporunun hükme esas alınmaması durumunda tabii hâkim ilkesine aykırılıktan söz edilemeyecektir. Ancak bu rapor hükme dayanak oluşturduğu vakit bilirkişi hâkim yerine karar vermiş sayılacak ve tabii hâkim ilkesi ihlal edilmiş sayılabilecektir.

E. Mahkemeler Arası Bağlantının Tabii hâkim İlkesine Uygunluğu

Mahkemeler arasında bağlantı kararı verilmesi hususu, tabii hâkim ilkesine etkisi bakımından incelemeye değerdir. Hangi durumlarda ve gerekçelerle verilen bağlantı kararlarının bu ilkeyi ihlal etmeyeceğini saptamak mühimdir. Bu husus Danıştay'ın 8.Dairesinin 1999/2884E., 1999/7706K., 15.12.1999T. sayılı kararına da konu olmuştur. İlgili karara göre: *“Kamu düzenine dair nitelikler içeren ve doğal hâkim ilkesinin de söz konusu olacağı sonuçlara etkili olan mahkemelerin görevlerine ve yetkilerine dair kuralların, idari yargılamada özel bir yeri ve önemi bulunmaktadır. 2577 Sayılı Kanun'un 14. maddesinde ilk inceleme konularının başında öngörülen görev ve yetkiye dair ilkelerin öncelikle ele alınıp değerlendirileceği kuşkusuzdur. İlk inceleme aşamasında uyumsuzluk, mahkemenin görev veya yetkisinde görülmezse usul yasanın daha sonraki evrelerine geçilemeyeceğinden duraksama bulunmamaktadır. Ayrıca 2577 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen birlikte dava açılabilme olanağının, görev ve yetkiden sonra gelen bir ilk inceleme konusu ve usul ilkesi olduğu da açıktır.”* Daire bu kararı ile usul ekonomisi ile tabii hâkim ilkesinin karşılaşması halinde 2577 sayılı yasanın 14. maddesi gerekçe gösterilerek ilk incelemede görev

⁶¹ “Hukuki konuda bilirkişiye gidilmesinin yargı yetkisinin devri anlamına geldiği şeklinde bazen dile getirilen ve esasında gerçekte hiçbir ilgisi olmayan anlayışa yönelik itirazımızı saklı tutarak şuna işaret etmek isteriz ki, tespit edebildiğimiz kadarıyla, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin sırf bu sebeple Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine vermiş olduğu hiçbir mahkûmiyet kararı yoktur. Davanın bu sebeple uzaması, gereksiz masraf yapılması gibi yönler itibarıyla, anayasal bir yargılama ilkesi durumundaki “usul ekonomisi” ilkesinin (AY. m. 141, HMK. m. 30) ihlâl edildiğini söylemek somut duruma göre hiç şüphesiz mümkün olabilir. Ancak, sırf bu sebeple yargı yetkisinin hâkim tarafından bilirkişiye devredildiğini iddia etmenin gerçekte örtüşmediği açıktır.” Atalı, M. (2016). “6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (65), s. 3277.

⁶² Papakçı (2016), s. 440.

ve yetkinin daha önce yer aldığı ve bu ilkenin usul ekonomisini düzenleyen 5. maddesinden önce usul yönünden dikkate alınacağı yönünde içtihat oluşturmuştur.”⁶³

İdare ve vergi mahkemeleri arası bağlantı kararının sonucu olarak yargılama usulü de değişikliğe uğrayacağından ve mahkemece karar verilmesi halinde bu kararın temyiz usulü 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 48. ve 49. maddelerine göre farklı olacağından, doğal hâkim ilkesi uyarınca farklı mahkemelerin görevine giren işlemlere karşı açılan davaların idare mahkemesinde çözümlenmesi gerekeceği gerekçeleri ile bağlantı talebi red olmuştur. İdari davaların bağlantısını düzenleyen İYUK 38/2'de bağlantı için aynı idari yargı yerinde yani birden ziyade davanın tamamının Vergi Mahkemesi'nde veya İdare Mahkemesi'nde olması gerektiğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı maddi veya hukuki sebeplerden veya birbiri ile sebep sonuç ilişkisi bulunan işlemlerden birisi İdare Mahkemesi'nin diğeri ise Vergi Mahkemesi'nin görevine girebilecektir.⁶⁴

Haklı bir gerekçe olmadan, görülmekte olan bir davanın mahkemesinden alınıp başka bir mahkemeye verilmesi ya da davaya bakmakta olan hâkimin yerine haklı bir gerekçe göstermeksizin başka bir hâkim görevlendirilmesi hem adil yargılanma hem de tabii hâkim ilkesine hem de hâkimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesine aykırı olacaktır.⁶⁵

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TABİİ HÂKİM İLKESİ

Tabii hâkim ilkesinin Anglosakson ve kıta Avrupası hukuk sistemlerinde önemli bir yeri bulunmaktadır. Sistemine dahil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sisteminde bu ilkenin görünümünü incelemek, çalışmanın sınırlarını aşmaması nedeniyle makul olarak değerlendirilmiştir. Nitekim Anglosakson hukuk sisteminde mahkemelerin yapısı ve işleyişi, kıta Avrupası hukuk sistemine göre daha karmaşık ve farklı bir uygulamayı içermektedir. Bu kapsamda bu bölümde Alman Hukukunda, İsviçre Hukukunda, Belçika Hukukunda, Slovenya Hukuku ve İspanya Hukukunda tabii hâkim ilkesinin görünümü irdelenmiştir. Konuyu dağıtmamak adına kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan ve tabii hâkim ilkesine anayasal düzeyde yer veren bu devletlerin bu ilkeyi düzenleme biçimleri ve bu ilkenin içeriği hususunda inceleme yapmayı uygun gördük.

A. Alman Hukukunda

Federal Almanya Cumhuriyet Anayasasınının 101. maddesinde tabii hâkim ilkesi düzenlenmiştir. “İstisnaî mahkemelerin kurulması yasağı” başlıklı 101. madde şu şekildedir: “(1) İstisnai mahkemeler kurulamaz. Hiç kimse, yasayla tabii olduğu yargıçtan başka bir yargıç önüne çıkarılamaz. (2) Özel konular için mahkemeler ancak bir yasayla kurulabilir.”⁶⁶

Madde incelendiğinde muhteviyat itibariyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile aralarında fark bulunmamaktadır. İki düzenlemenin de amacı kişilerin tabii oldukları mahkemelerden başka olağanüstü mahkemelerde yargılanamaması ve cezalandırılmamalarıdır. Bu açıdan bakıldığında iki düzenlemede de kanunî hâkim ilkesi, temel bir haktır. Bu hakkın ihlâli ise temel hakkın ihlâl edildiği anlamına gelecektir.

⁶³ Aslan, M. (2011). “İdari Yargıda Usul Ekonomisi Bağlantı Doğal Hâkim İlkesi Çekişmesi”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş (362), s. 118.

⁶⁴ Aslan (2011), s. 121.

⁶⁵ Aldemir (2019), s. 209.

⁶⁶ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Çev. Christian Rumpf ve Gökçe Uzar, 2015, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> Erişim Tarihi: 02.11.2020.

Federal Anayasa Mahkemesi, bu ilkeyle ilgili düzenlemelerin hatalı uygulanışını her durumda m. 101/1-son cümlesine aykırı görmemiş; bu aykırı durumun sadece keyfî oluşunu temel bir hakkın ihlal edildiği şeklinde kabul etmiş; fakat kişinin kanunî hâkiminden mahrum kalışının bir hataya dayanması durumunu bu ilkenin ihlali olarak değerlendirmemiştir. Bu durum doktrinde eleştirilere maruz kalmış olsa da Federal Anayasa Mahkemesi, bu ilke ile ilgili denetim yetkisini keyfîlik kıstası ile sınırlamış ve ihlâlin de ağır olmasını aramıştır. Bununla birlikte hâkimin evvelinden belirli olup olmadığı, hâkimin yürütme erki için faaliyette bulunup bulunmadığı, hâkimin kanuna uygun olarak atanıp atanmadığı gibi kıstaslara da başvurmaktadır.⁶⁷

Federal Anayasa Mahkemesine göre, sadece münferit olayda yetkili hâkimin soyut ve genel yasayla belirlenmesine ilişkin biçimsel güvenceyle sınırlı değildir. Tersine bu ilke, yargısal faaliyetin anayasanın yargıç betimlemesinden kaynaklanan, bağımsızlık ve tarafsızlık gibi maddî nitelikteki unsurlarını da kapsamaktadır.⁶⁸ Bu kapsamda Alman uygulamasında tabii hâkim ilkesinin içeriğinin ve güvencesinin daha kapsamlı olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.

B. Belçika Hukukunda

Belçika Anayasasında tabii hâkim ilkesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Hiç kimse rızası hilaflına kanunun kendisi için tayin etmiş olduğu hâkimden alınmaz.”⁶⁹ İlgili hüküm incelendiğinde Belçika hukukunda tabii hâkim ilkesinin bir hak bahşetmekten ziyade devlete kaçınma yükümlülüğü yüklediği görülmektedir. Kişilerin tabii oldukları hâkimden başka bir hâkim önüne çıkarılmayacağı güvencesi, negatif bir yükümlülük olarak devlete yüklenmiştir.

C. İtalya Hukukunda

İtalyan Anayasasının ilgili hükmünde tabii hâkim ilkesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Hiç kimse önceden kanunla belirlenmiş olan tabii hâkimden alınmaz.” İlgili düzenlemeye bakıldığında bu hakkın negatif bir şekilde devlete kaçınma yükümlülüğü yüklediği göze çarpmaktadır. Bu açıdan Belçika Anayasasında ve İtalyan Anayasasında tabii hâkim ilkesi, Türk Anayasasında olduğu gibi negatif statü hakkı olarak düzenlenmiştir.⁷⁰

D. İsviçre Hukukunda

İsviçre Federal Anayasasına bakıldığında kanunî hâkim ilkesinin 30. maddede düzenlendiği görülmektedir. İlgili maddeye göre: “Kanunda aksi belirtilmedikçe, aleyhine hukuk davası açılan herhangi bir kişi, ikamet ettikleri yargı çevresindeki bir mahkemede davalarını karara bağlatma hakkına sahiptirler.”⁷¹ Görüldüğü üzere İsviçre Federal Anayasası, kanunî hâkim ilkesini detaylı bir şekilde düzenlememiştir. Türk Anayasasında ve Federal Alman Anayasasında olduğu üzere emredici bir norm şeklinde değil, hak bahşetme şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumun başta anayasa hukuku kültürü olmak üzere çeşitli sebepleri olmakla birlikte bu durum bir eksiklik olarak görülmemelidir.

⁶⁷ Pekcanitez (1995), s. 268.

⁶⁸ Eser (1995), s. 52.

⁶⁹ Aldemir, (2019), s. 158.

⁷⁰ Neppi-Modona (2012), s. 5; Aldemir, (2019), s. 158.

⁷¹ Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (Status as of 1 January 2020), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html> Erişim Tarihi: 02.11.2020.

E. Slovenya Hukukunda

Slovenya Anayasasına bakıldığında tabîî hâkim ilkesinin diğer devletlerin Anayasalarından farklı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Şöyle ki: “*Herkes hakları, sorumlulukları, veya üzerine atılı cezaî suçlamalara ilişkin kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemece gecikme olmaksızın karar verilmesi hakkına sahiptir. Ancak önceden tesis edilmiş olan kanun ve adli düzenlemelere uygun bir şekilde tayin edilmiş olan bir hâkim, anılan kişiyi yargılayabilir.*”⁷² Bu hükümlerde anlaşılan devletin, vatandaşlarına bir hak bahşetmesi şeklinde düzeleme yoluna gittiğidir. Burada negatif bir yükümlülüğten ziyade pozitif bir yükümlülük söz konusudur. Bu kapsamda Slovenya hukukunda tabîî hakim ilkesinin, pozitif statü hakkı niteliğinde koruma altına alındığı söylenebilir.

F. İspanya Hukukunda

Slovenya hukuku ile aynı tarzda bir düzenleme İspanyol Anayasasında da karşımıza çıkmaktadır.⁷³ İspanya Anayasası'nın ilgili maddesine göre: “(1) *Herkes meşru hak ve menfaatlerini kullanırken hâkim ve mahkemelerin etkili korumasından yararlanma hakkını haizdir ve hiçbir durumda savunma hakkından mahrum bırakılamaz.* (2) *Aynı şekilde herkes, kanunla önceden belirlenmiş olağan hâkime erişim hakkını, ... haizdir.*”⁷⁴ Tabîî hâkim ilkesinin düzenlendiği bu anayasa hükmünün, devletin vatandaşına bir hak bahşetmesi şeklinde düzenlendiği göze çarpmaktadır. Diğer devletlerin anayasalarının tabîî hâkim ilkesini düzenleyen hükümlerinden farklı olarak İsviçre, Slovenya ve İspanya Anayasaları'nda pozitif bir yükümlülük söz konusudur. Devlete; bağımsız ve tarafsız mahkemeleri, uyumsuzluğun doğmasından önce belirlemesi gerekliliğine yönelik pozitif bir yükümlülük yüklenmektedir.

G. Tabîî hâkim İlkesini Düzenleme Altına Alman Hukuk Düzenleri

Tabîî hâkim ilkesi İngiliz, Fransız, Amerika Birleşik Devletleri, İsveç, Danimarka, Japon anayasalarında düzenleme altına alınmamıştır. Özellikle 1791 tarihli Anayasasında hâkiminden mahrum bırakma yasağını ilk olarak modern biçimde öngörmüş ve bunu izleyen dönemlerde hem Alman ve hem de bu ilkeyi tanıyan diğer Avrupa hukuk sistemlerince iktibas edilmiş bulunan Fransa'nın durumu için dikkati çekicidir. Bu ilkeyi neden hukuki düzenleme altına almayı şaşırtıcıdır. Fransız ceza muhakemesinin görev alanında iddia makamına hiçbir biçimde takdir alanı bırakmayan, tersine yetkili mahkemeyi objektif kriterlere göre açıkça önceden tespit eden bir düzenlemeyi öngörmesi daha da şaşırtıcı gözükmektedir. Soyut ve genel bir düzenlemeyle mahkemenin görev ve yetkisini belirleme hususundaki eksiklik içtihatlar bakımından da söz konusu olmaktadır. Bu durum ise yer ve madde itibarıyla yetki alanında iddia makamına yetkili mahkemeyi belirleme konusunda biraz daha fazla takdir alanı tanınmaktadır. Ki bu durum da tabîî hâkim ilkesini zedelemektedir.⁷⁵

Ancak yukarıda sayılan hukuk düzenlerinin tabîî hâkim ilkesini düzenleme altına almaması baştan bu ilkenin yok sayıldığı anlamına gelmemektedir. Bu ülkelerin hukuk

⁷² Aldemir, (2019), s. 158.

⁷³ Tabîî hâkim ilkesi, İspanyol Anayasası m. 117/6'da, m. 24'te düzenlendiği tarzdan farklı bir şekilde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre: “*Olağanüstü (istisna) mahkemeler yasaktır.*” Bu hükümde ise pozitif bir düzenlemeden ziyade emredicilik ve yasaklayıcılık ön plana çıkmaktadır.

⁷⁴ The Spanish Constitution, <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf> ET: 17.2.2020.

⁷⁵ Esen (1995), s. 63-64.

yapısı ve ilkelere bakış açısı farklı olabilir. Bazı hukuk sistemleri ilkeleri bir değer olarak ölçü norm şeklinde bir enstrüman olarak değerlendirebilir. Bu açıdan bakıldığında hukukun genel bir ilkesi olan tabii hâkim ilkesinin yazılı hukukta düzenlenmemiş olması ezberden bir eksiklik olarak görülmemelidir.

IV. TABİİ HÂKİM İLKESİNİN TÜRK HUKUKUNDAKİ TARİHSEL SÜRECİ

Tabii hâkim ilkesinin, genel olarak anayasa düzeyinde korunduğu görülmektedir. Anayasa tarihimiz boyunca bir şekilde düzenleme alanı bulan bu ilke çeşitli isimlerle bir şekilde koruma altına alınmıştır. Bu kapsamda tabii hâkim ilkesinin geçirdiği tarihsel süreçte genel bir bakış atmak, ardından kanunî hâkim güvencesi ile tabii hâkim ilkesi arasındaki kavramsal farklılığı ortaya koymak ve bu farklılığın nedenlerini sorgulamak ve nihayetinde tarihsel olarak tabii hâkim ilkesi ile sıkı irtibat içerisinde bulunan hâkimlerin coğrafi teminatları hususunu irdelemek yerinde olacaktır.

A. Genel Olarak Tabii Hâkim İlkesinin Tarihsel Gelişimi

Tabii hâkim ilkesine, geçmişten bugüne farklı anlamlar atfedilmiş ve bu ilke farklı hukuki düzenlemelere konu olmuştur. Bu kapsamda tabii hâkim ilkesinin geçirdiği tarihsel süreci ifade ederken anayasa tarihimiz özelinde konuyu irdelemek yerinde olacaktır.

Kanun-i Esasi, Osmanlı Devleti'nde modern açıdan ilk yazılı anayasa olarak değerlendirilir.⁷⁶ Bu anayasada yargıya dair hükümler mehâkim başlığı altında düzenlenmiştir. Bu alanda yargılama hukukuna ilişkin birçok ilkeye yer verilmiştir.⁷⁷

Kanun-i Esasi'nin 23. maddesi şu şekildedir: *“Yapılacak usulü muhakeme kanunu hükmünce hiç kimse kanunen mensup olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye icbar olunamaz.”* Bu maddede usulî kanunlar uyarınca önceden belirlenmiş mahkemelerden başka mahkemelere başvurmayaya zorlanamayacakları ifade edilmektedir.

89. maddeye göre: *“Her ne nam ile olursa olsun bazı mevaddı mahsusayı rüiyet ve hükmetmek için mehâkimi muayene haricinde fevkalâde bir mahkeme veyahut hüküm vermek selâhiyetini haiz komisyon teşkili katiyen caiz değildir. Fakat kanunen muayyen olduğu veçhile tâyini mevla ve tahkim caizdir.”* Bu maddeye göre, mevcut olağan mahkemelerin haricinde, olağanüstü nitelikte mahkeme ya da hüküm kurma yetkisine sahip komisyon teşkil edilemeyecektir.⁷⁸ Olağanüstü mahkeme kurma yasağıyla ilgili 85. maddenin ilk cümlesi ise şu şekildedir: *“Her dâva ait olduğu mahkemede rüiyet olunur.”* Yani bir dava ancak ait olduğu mahkemede bakılacaktır. Buradan anlaşılan, 89. ve 84. maddeler ile 23. madde hükmü kuvvetlendirilmiştir. Kanun-i esasi, kanunî hâkim ilkesine oldukça önem atfetmiştir.

84. maddeye göre: *“Bir mahkeme vazifesi dahilinde olan dâvanın herne vesile ile olursa olsun rüiyetinden imtina edemez ve bir kerre rüiyetine veyahut rüiyeti için iktiza eden tahkikatı evveliyeye başlandıktan sonra tatil veya tâviki dahi caiz olamaz. Meğerki dâvadan keffiyed etmiş ola. Şu kadar ki cezaya müteallik deavide hükümete ait olan hukuk nıazı vechile yine icra olunur.”* Burada davaya bakma zorunluluğu düzenlenmektedir.

⁷⁶ Özbudun, E. (1995). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 4.

⁷⁷ “Örneğin yargılamanın aleniliği, savunma hakkı, kanun önünde eşitlik gibi ilkeler, Osmanlı yargı teşkilatının kurulduğu ilk günden itibaren taraflara tanınan güvencelerdi. Kanun-ı Esasi, 'de bu hükümlerin düzenlenmesi ile fiili olarak uygulanan bu ilkeler sistematik bir şekilde düzenlenmiş ve anayasal bir hüküm haline gelmiştir.” Ülker (2013), s. 103.

⁷⁸ Bulut, N. (2008). “Türkiye’de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (1–2), s. 5.

Bakıldığında bu madde 1982 anayasasının “hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin ikinci fıkrasıyla örtüşmektedir.

Davaya bakma zorunluluğu tabii hâkim ilkesinin mütemmim cüzüdür. Çünkü bir mahkeme meşru bir sebep olmaksızın davaya bakmaktan imtina ettiğinde dolaylı olarak kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılma sonucu doğmaktadır. Anayasamız madde 36/2’de düzenlenen “davaya bakma zorunluluğu” (*jus de non evocando*) müessesesi, tabii hâkimi ilkesiyle sıkı irtibat halindedir ve bu sebeple bu müessesenin 37. maddede düzenlenmesi gerekmektedir. Böylece anayasa sistematığına daha uygun bir düzenleme gerçekleşmiş olacaktır. Çünkü mahkemelerin uyumsuzluk konusu vakianın gerçekleşmesinden önce belli olması gerekmektedir. Bu açıdan 1982 Anayasasında davaya bakma zorunluluğunun 37. maddenin son fıkrasında düzenlenmesi gerekmektedir.

Cumhuriyet dönemine gelindiğinde İstiklal Mahkemeleri⁷⁹ tabii hâkim ilkesi bakımından sakıncalı bir yapı arz etmedi. Nitekim *Gözler*’e göre: “1920 ile 1927 yılları arasında yargılama faaliyetlerinde bulunan ‘İstiklal Mahkemeleri’ tabii hâkim ilkesini ihlâl etmekteydi Çünkü bu mahkemeler, yargılama konusu olay gerçekleştikten sonra kurulmakta ve bu mahkemelerin hâkimleri olaydan sonra atanmaktaydılar.”⁸⁰ Dönemin siyasi konjonktürüne bakıldığında bu ihlallerin keyfilik taşımadığı açıkça görülmekle birlikte bu husus ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Burada hukuk tarihimizde böylesi ihlalleri tespit ederek bunlardan bahsetmemizin sebebi, ülkenin en karışık ve en zorda olduğu durumlarda bile hukuku üstün tutması gerekliliğini hatırlatmak içindir. Bir devleti ayakta

⁷⁹ İstiklal Mahkemeleri örneğinde olduğu gibi olağanüstü durumlarda olağanüstü yetkili mahkeme kurma fikri birçok devlette karşılaşılabilen ve doğal bir olguyu ifade etmektedir. Bastiat’ın Mably’den yaptığı alıntı, istiklal mahkemeleri fikrinin temel felsefesini ortaya koymaktadır. Şöyle ki: “...Bu koşullarda hükümetin yayları gevşemiştir. Onları tekrar sıkıp güçlendirirsen yozlaşmanın kaynağını kurutabilirsin. Kusurları cezalandırmaktan çok sana gerekli olan şeyleri ödüllendirmeye ve kazanmaya bak. Böylece cumhuriyetine gençlik aşısı yapmış olursun, işte, insanlar bunu unuttukları için hürriyetlerini yitirmişlerdir. Ancak yozlaşma, geleneksel hükümet uygulamalarıyla tedavi edilemeyecek kadar azarsa kısa bir süre için olağanüstü güçlerle donatılmış mahkemeler kurulmalısın. Vatandaşların, daldığı rüya âleminden uyandırılıp kendine gelebilmek için, ara sıra güçlü tokatlara ihtiyacı olduğunu unutma!”. Bastiat bu görüşü şu şekilde eleştirmektedir: “İşte, klâsik düşünceden kaynaklanan bu öğretilerin etkisiyle önüne gelenin, kendisinde, tüm insanlığı istediği gibi düzenleme, organize etme ve yönlendirme kabiliyeti vehmettiği ve kendisini insanlık âleminin zirvesine yerleştirdiği bir çağa gelindi.” Bastiat, F, (Çev. Fr-İng. Russell, D. Çev. İng-Tr. Arsan, Yıldırım ve Yayla, Atilla) (2014). *Hukuk*, 5. Baskı, Ankara: Liberte Yayınları, s. 54. Burada Mably’nin düşünceleri özü itibarıyla yanlış değildir. Her devlet, olağanüstü durumlarla karşılaştığında yine vatandaşlarını koruyup varlığını pekiştirmek amacıyla olağanüstü mahkeme kurma yoluna gidebilir. Bunda bir beis yoktur. Keza olağanüstü durumlarda hakların kullanımının durdurulması da bu duruma yöneliktir. Tabii olarak bunun sınırı olmak zorundadır.

Mably’nin görüşlerinde yatan problem, devleti vatandaş karşısında yerleştirdiği konum itibarıyledir. Bastiat’ın haklı eleştirisinden hareketle devletin, vatandaşlarını belirli şekillerde yönlendirmek amacıyla hukuku araçsallaştıramayacağı ve devlet karşısında bireyi harcayamayacağı söylenebilir. Devlet bu olağanüstü koşullarda yine vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini korumak, devletin varlığını devam ettirmek, toplumsal barışı ve sükûnu tekrar sağlamak amacıyla İstiklal Mahkemeleri zamanında olduğu gibi olağanüstü yetkili mahkeme kurabilir. Böyle yaptığında ise onu kinayabilecek bir kurum yoktur. Ancak bunun sınırını bizim anayasamızda olduğu gibi hakların kullanımının durdurulmasında aranan “milletlerarası hukuku ihlâl etmeme” ve “ölçülülük” kıstasları oluşturmaktadır. Unutulmamalıdır ki birey-devlet ilişkisinde ne birey ne de devlet bir taraftır. İkisi de birbirinin ta kendisidir. Bu bakış açısıyla bakan devletin “kamu yararı” karşısında alacağı tedbirler yine kendisinin menfaatine olacaktır.

⁸⁰ *Gözler* (2016), s. 127.

tutan kolonlar, hukukun üstünlüğü idesidir. Ne kadar zor durumda kalınsa bile ilkeler üzerinden hukuk ayakta tutulmalıdır.

Tarihimizde bu ilkeye esaslı bir aykırılık teşkil eden ikinci durum ise Yassıada yargılamalarıydı. Yine *Gözler*'e göre: "27 Mayıs 1960 hükümet darbesinden sonra kurulan ve "Yassıada Mahkemesi" olarak da bilinen "Yüksek Adalet Divanı" da olaydan sonra kurulmuş, hâkimleri olaydan sonra atanmış, tipik bir "olağanüstü mahkeme" niteliğindedir."⁸¹ Nitekim günümüzde bu hukuka aykırılıkların telafisine yönelik çalışmalar gerçekleştirilmektedir.⁸²

B. Kanunî Hâkim İlkesi İle Tabii Hâkim İlkesinin Farkları

En başta belirtmek gerekir ki kanunî hâkim ilkesi, her zaman için hukuk devleti⁸³ ilkesinin gereği olan tabii hâkim ilkesi ile örtüşmemektedir.⁸⁴ Ancak *Anayasa Mahkemesi* 1982 Anayasasının 37'nci maddesinde düzenlenen "kanunî hâkim" ilkesinin "tabii hâkim" olarak anlaşılması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme görüşünü, 20 Ekim 1990 tarih ve K.1990/30 sayılı Kararında şu şekilde ifade etmiştir: "Hukuk devletinde yasal yargıç (kanunî hâkim), doğal yargıç (tabii hâkim) olarak anlaşılmalıdır. Doğal yargıç kavramı ise, dar anlamda, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görececek yargı yerini yasanın belirlemesi diye tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, doğal yargıç ilkesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıçların atanmasına engel oluşturur; sanığa veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermez." Ancak aşağıda belirteceğimiz üzere bu iki ilke birbirinden farklıdır. Bu açıdan AYM'nin görüşünü doğru bulmadığımızı baştan belirtmek gerekir.

"Tabii hâkim ilkesini karakterize eden öğeleri, "öncedenlik" ve "kanunilik" oluşturduğu halde; kanunî hâkim ilkesini karakterize eden yegâne öge, "kanunilik"tir." Kanunî hâkim ilkesinde mahkemelerin kuruluşunun ve hâkimlerin atanması usulünün kanunla belirlenmesi yeterli olup ayrıca bu belirlemenin uyumsuzluğun doğumundan önce gerçekleştirilmiş olması gerekmemektedir. Oysa tabii hâkim ilkesinde mahkemenin görev ve yetkisinin uyumsuzluğun doğumundan önce halihazırda kanunla belirlenmiş olması münferiden yeterli değildir; ilaveten bu belirleme, uyumsuzluğun doğumundan önce⁸⁵, "somut uyumsuz-

⁸¹ Gözler (2016), s. 127.

⁸² Bkz. Akan, A.K. ve Atalay, A. (23.6.2020). Yassıada Yargılamalarının Hukuki Dayanağını Kaldıran Teklif TBMM Genel Kurulunda, Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/politika/yassiadaya-yargilamalarinin-hukuki-dayanagini-kaldiran-teklif-tbmm-genel-kurulunda/1887315> Erişim Tarihi: 29.11.2020; Erdoğan, M.N. (14.10.2020). Yassıada Yargılamalarında Zarar Görenler İçin Komisyon Kuruldu, Anadolu Ajansı 14.10.2020, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/yassiadaya-yargilamalarinda-zarar-gorenlere-icin-komisyon-kuruldu/2005595> Erişim Tarihi: 29.11.2020.

⁸³ Tabii hâkim ilkesi hukuk devletinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Hukuk devletinin karşıt kavramı olan polis devletinde siyasi menfaatler gerektirdiği sürece davaların istenilen şekilde sonuçlandırılmasını sağlamak üzere olağan mahkemelerin görevliliğini bertaraf edecek şekilde olağanüstü yetkili mahkemeler kurulabilmektedir ve bunu engelleyici hukuki mekanizmalar bulunmamaktadır. Adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eden bu uygulamalar hukuk devleti iddiasında olan bir devlette tabii hâkim ilkesini dışlamaktadır.

⁸⁴ Atar Y. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 112.

⁸⁵ "Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibarıyla hukuki yapılanmasının, doğal hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyumsuzluğun gerçekleştirilmesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, doğal hâkim ilkesinin bünyesinde,

lıkla herhangi bir ilişkilendirme yapılmadan gerçekleştirilmiş bulunması” da gerekmektedir.”⁸⁶

Tanrıver’e göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi ve Anayasamızın 37. maddesinde düzenlendiği şekilde “kanunî mahkeme” nitelemesinden kasıt, tabii hâkim ilkesine uygun şekilde örgütlenmiş yargı yerleridir. 37/2 de yer alan “bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz” hükmü, kanunî hâkim güvencesinin esasen tabii hâkim ilkesini ifade etmektedir. Bunun sebebi, tabii hâkim ilkesinin alametifarikasının, olağanüstü mahkemelerin kurulmasını engellemesidir. İstisnaî mahkeme olarak da adlandırılan olağanüstü mahkemelerin kurulamamasının nedeni bu mahkemelerin kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğurmasıdır. İlâveten bu ilke, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak hukuki güvenlik ilkesi ile derin irtibat içinde bulunmaktadır.⁸⁷

AYM’nin 11.10.1975 tarih ve 15380 sayılı kararında “...1773 sayılı Yasanın 1. ve 6. maddeleri iptal edildiğinde Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinde görülmekte olan, Türk Ceza Kanununun 163/2. maddesine muhalefetle ilgili dava, böylece genci yargı mercisine iade edilmiş, sanıklar da tabii hâkim (Anayasa’nın 1488 sayılı Yasa ile değişen 32. maddesinde belirtilen - Kanunen tabi olduğu mahkeme - deyişi ile tabii hâkim deyişiminin aynı mana taşıdığı maddenin gerekçesinde belirtilmiştir.) huzurunda yargılanmaları sağlanmış olacaktır.” denilmek suretiyle kişilerin kanunen tabi olduğu mahkeme tabiri ile aynı zamanda tabii hâkim ile aynı anlamda kullanıldığı belirtilmiştir. Tüm bu verilerden anlaşılan Türk hukuk düzeninde kanunî hâkim güvencesi terimiyle tabii hâkim ilkesinin kapsamı sınırlandırılmış olsa bile uygulama bakımından bu kavram tabii hâkim ilkesi biçiminde anlaşılmakta ve uygulanmaktadır. Bu ise teori ve pratikteki farklılığı daha da derinleştirdiğinden anayasamızda kanunî hâkim güvencesi yerine tabii hâkim ilkesi başlığında bu hususun yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Tabii hâkimle kanunî hâkim arasındaki farklardan birisi de hâkimin hukuka uygun olma niteliğidir. Kanunî hâkim güvencesi, hâkimin niteliğine ilişkin bir belirleme içermektedir. Venedik Komisyonu’nun 21-22 Mart 2012 tarihli yargı bağımsızlığına ilişkin düzenlediği seminerde tabii hâkim ilkesi ile kanunî hâkim ilkesini birbirinden ayırmaya yardımcı olacak belirlemelerde bulunulmuştur. Öyle ki tabii hâkim ilkesinin, herkesin hukuka uygun bir hâkimin (*lawful judge*)⁸⁸ huzurunda yargılanma hakkına sahip olmasını gerektirdiği vurgulanmıştır.⁸⁹ Halbuki kanunî hâkim ilkesi bakımından hâkimin hukuka uygun olması gerekmemektedir. 20.09.1971 tarihinde yapılan Anayasa değişikliğiyle içi boşaltılan tabii hâkim ilkesi; evrensel hukukun bir ilkesi olarak, kanunî hâkim güvencesinden elbette farklılık arz edecektir. Bu fark da kendisini, Anayasamızın “Mahkemelerin Bağımsızlığı” başlıklı 138. maddesinin birinci fıkrasında düzenleme alanı bulan “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.*” hükmünde göstermektedir.

“kanunîliğin” yanı sıra “önceden belirlenmiş” olmaya da yer verilmiştir”. (AYM, 2012/146E., 2013/93K., 17/7/2013T.)

⁸⁶ Tanrıver (2004), s. 14.

⁸⁷ Tanrıver, S. (2004). “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1 (53) s. 194.

⁸⁸ Neppi-Modona (2012), s. 4.

⁸⁹ Venedik Komisyonu’nun bahsi geçen raporunda, hukuka uygun yargıç kavramının aynı zamanda hâkimlerin iç bağımsızlığını ifade ettiği belirtilmiştir. Çalışmamızda hâkimlerin bağımsızlığı hususunun iç ve dış boyutuna yer vermedik. Bu hususta bkz. Neppi-Modona (2012), s. 4 vd.

Hâkim; hukuki bilgiye sahip (hâkim), anlama ve kavrama yeteneğine sahip ve zeki (fehîm), doğru yoldan ayrılmayan ancak salt doğru uğruna da değer harcamayacak şekilde etik bilgiyi haiz (müstakîm), dış görüntüsü ve iç yapısı itibarıyla güvenilir (emîn), vakar sahibi ve bulunduğu konum itibarıyla iktidar sarhoşu olamayan (mekîn), duyguları ve mantığı arası dengeyi iyi ayarlayabilen ve dirayetli (metîn) olmalıdır.⁹⁰ Mecelle’de hüküm altına alınan bu vasıflara sahip hâkim, hukuka uygun hâkim olarak değerlendirilebilecek ve kanunî hâkimden ayrılacaktır. Bu açıdan bakıldığında tabii hâkim ile kanunî arasındaki fark *Tanrıver*’in de ifade ettiği üzere *hukuk devletiyle kanun devleti ayrımı*⁹¹ gibi değerlendirilebilecektir.

C. Tabii Hâkim İlkesinden Kanunî Hâkim Güvencesine

1961 Anayasasının değişime uğramamış ilk halinde tabii hâkim ilkesi şu şekilde ifade edilmekteydi: “Hiç kimse, tabii hâkiminden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi tabii hâkiminden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”. 12 Mart 1971 Muhtırasından sonra 20.09.1971 tarihinde yapılan Anayasa değişikliğiyle söz konusu hüküm şu şekle dönüştürülmüştü: “Hiç kimse, kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”. Maddenin kenar başlığı da “Kanunî yargı yolu” şeklinde değiştirilmiştir.

Yiğit/Öztürk’e göre bu değişiklikte “önce yargılamanın asli unsuru olan “hâkim” sıradan bir obje haline dönüştürülmüş, ikincilleştirilmiştir.”⁹². Nitekim Beccaria’a göre de “yasalar ne zaman insanı savar ve onu bir nesneye dönüştürürse ortada özgürlükten eser kalmaz.”⁹³ Bizce de bu değişiklik herhangi bir nedeni olmayan, sözgelimi bir değişiklik olarak kabul edilmez.⁹⁴ Öncelikle burada tabii hâkim ilkesinden kanunî hâkim güvencesine geçiş göze çarpmaktadır. Bize göre de bu değişiklik Türk Anayasa Hukukunda, hukukun araçsallaştırılmasının bir tezahürüdür. Olağanüstü mahkeme kurmanın kanunî yolları aranmış ve tabii hâkim güvencesinin müsaade etmediği bu durum kanunî hâkim güvencesi ile aşılmaya çalışılmıştır.

Tarihsel süreci incelediğimizde 15.3.1973 tarih ve 1699 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliğiyle ayrıca “kanunî yargı yolu” kuralıyla uyumlu, sürekli ve alanında uzmanlaşmış yargı mercii olarak 136. maddede⁹⁵ “Devlet Güvenlik Mahkemeleri” yer aldığını görürüz.⁹⁶ Kanımızca tabii hâkim ilkesinde yapılan bu değişikliğin sebebi Devlet Güvenlik Mahkemelerine anayasal meşruiyet kazandırmaktır. Keza Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve sıkıyönetim mahkemeleri, tabii hâkim ilkesi ile uyuşmamaktaydı. Bu görüşümüzü temellendirmek için 1982 Anayasasının taslak görüşmelerine bakmak yerinde olacaktır.

⁹⁰ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye m.1792; Öztürk vd. (2018), s. 173.

⁹¹ Tanrıver (2013), s. 14.

⁹² Yiğit ve Öztürk (2020), s. 34.

⁹³ Beccaria, C. (Çev. Selçuk, S.) (2019). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Ankara: İmge Kitabevi, s. 105.

⁹⁴ Anayurt, Ö. (2020). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, dn. 116.

⁹⁵ MADDE 136/1- “Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasa’da belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devlet Güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulur. Ancak, Sıkıyönetim ve savaş haline ilişkin hükümler saklıdır.”

⁹⁶ Tikveş, Ö. (1977). “Anayasada Onbeş Yıllık Dönemde (1961 — 1976) Yapılan Değişiklikler ve Ekler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 34, (1), s. 32.

1982 Anayasasının taslak görüşmelerine baktığımızda; tabii hâkim ilkesini düzenleyen maddenin başlığında “kanunî” ve “tabii” hâkim güvencesinin birlikte ifade edildiği görülmektedir. İlgili maddenin taslak görüşmelerinde tabii hâkim ilkesinden kanunî hâkim güvencesine geçiş süreci, ilkeler bazında tartışılmıştır.⁹⁷ Kanunî hâkim güvencesinin *yargılamanın kanunîliği ilkesinin* bir görünümü olduğu ifade edilmiştir. Tabii hâkimi ise yargılama konusu uyumsuzluğun gerçekleştiği anda kanunla belirlenmiş yargı mercii olarak değerlendirilmiştir. Bu uygulamanın olağanüstü mahkemelerin kurulmasını engellediği ifade edilmiştir. Bu taslak gerekçesinde aslında teori ile uygulama arasında yaratılan farklılığın farkında olunmakla birlikte kanunî hâkim güvencesi ile tabii hâkim ilkesinin aynı anlamı ifade ettiği belirtilmiştir. Halbuki Devlet Güvenlik Mahkemelerinin hukuki altyapısını oluşturmak amacıyla yapılan anayasa değişikliğinin gerekçesi bulunmamaktadır. Mademki tabii hâkim ilkesi ile kanunî hâkim güvencesi aynı anlamı ifade etmekteyse 1961 anayasası dönemindeki bu değişikliği sürdürmekteki maksat anlaşılır değildir. Bu açıdan teoride ve pratikteki bu uygunsuzluğun giderilmesi, anayasa değişikliği ile kanunî hâkim güvencesi ifadesi yerine tabii hâkim ilkesi ifadesi getirilmelidir. Doktrinde Erem de bu farklılığın pratikte farklılığa yol açacağı kanaatindedir. Şöyle ki suçun işlenmesinden önce kanunla belirtilen hâkimin tabii hâkim sayılması yeterli görüldüğünde, tabii hâkim ilkesinin anlamı sınırlandırılmış olur ve tabii hâkim dar bir anlama sıkışır. Nitekim bu uygulama, tabii hâkim ilkesini zaman bakımından uygulama konusuna sabitlemektedir. Bu bağlamda tabii hâkimden anlaşılması gereken, maddi vakianın gerçekleşmesinden önce kurulmuş, bu vakia ile kuruluş açısından bir bağlantısı olmayan mahkemenin hâkimidir.⁹⁸ Ceza muhakemesi açısından değerlendirdiğimizde sanığın hak süjesi olarak değerlendirilebilmesi, onun ancak yargılanmak üzere kanunla belirlenen hâkiminin tabii hâkim olmasını gerektirmektedir.⁹⁹

⁹⁷ “Kanunî hâkim”, “kanunun gösterdiği hâkim” deyimiyle, mahkemelerin veya hâkimlerin görev ve yetkilerinin kanunla belirleneceği; yani ancak yasama tasarrufları yoluyla görev ve yetkinin saptanacağı belirtilmiştir. “Suç ve cezaların kanunîliği” ilkesinin, şekli ceza hukuku yani suç yargılaması hukukundaki mukabili olan bu ilke esasen “yargı” bölümünde açıkça ifade edilmiştir. Bu ilke, suç yargılaması hukukunda çok iyi bilinen ve yargılamada keyfiliği önlemek ve güvenilirliği sağlamak amacıyla güden “yargılamanın kanunîliği” kuralının tabii ve ilk sonucudur. “Tabii hâkim” kavramı ise, yargılanacak nizanın vukuu anında yürürlükte bulunan kanunun öngördüğü yargı mercii demektir. Bunlara «olağan mahkemeler» denir. Diğer bir deyimle, bir ceza, ancak vukuu anında yürürlükte bulunan kanunun tabii kıldığı yargılama mercii önüne götürülecek; bu kanuna göre hangi mahkemenin görev ve yetkisine giriyorsa o mahkeme tarafından çözüme bağlanacaktır. Bu suretle davanın “olaydan” sonra çıkarılacak bir kanunla yaratılan bir mahkeme önüne götürülmesi yasaklanmakta, yani “kişiyeye” yahut “olaya” göre “kişiyi” yahut “olayı” göz önünde tutarak mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır. Bu ise “tarafsız yargı mercii” güvencesinin ilk gereğidir. Tabii hâkim güvencesi, bu anlamıyla, ne bütün cezaların adliye mahkemeleri önüne götürülmesini zorunlu kılar; ne de adliye mahkemeleri kümesi içinde veya dışında yer alacak “özel mahkemeler” kurulmasına engeldir. Tek anlamı, yukarıda da açıklandığı gibi, “görev ve yetki” belirlemede *ex post facto* kanunları yasaklamak, “görev ve yetki” belirleyen kanunların geçmişe yürümesini önlemektir; bu da tarafsız mahkemenin ilk gereğidir. Maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkra hükmünün tabii sonucudur; sonradan çıkarılan bir kanunla kurulan mahkemelerin, önceki olayları yargılaması önlenmekte, yani “olağanüstü mahkemeler” yasaklanmaktadır.”(Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, D. Meclisi: 1/463; M. G. Konseyi: 1/397). T.C. Anayasa Tasarısı Gerekçesi, Millî Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 4, 118. Birleşim, 18.10.1982, 2. Oturum, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118.pdf s. 19, Erişim Tarihi: 02.11.2020.

⁹⁸ Erem (1973), s. 90.

⁹⁹ Erem (1973), s. 90.

D. Tabii hâkim ilkesi Açısından Coğrafi Teminat Güvencesi

Yargı bağımsızlığının sağlanmasının araçlarından birisi olan coğrafi teminat güvencesi, tabii hâkim ilkesi ile sıkı bir ilişki içerisinde. Bu açıdan coğrafi teminat güvencesinin hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı gibi temel ilkeler üzerinden önemi değerlendirilmelidir.

Yer güvencesi olarak da adlandırılan coğrafi teminat güvencesi, belli bir kıdeme ulaşıp hâkimlerin rızası olmadan derece yükselmesi bahanesiyle dahi çalıştıkları bölgenin değiştirilememesidir. Bu teminat 4/7/1934 tarihli ve 2556 sayılı Hâkimler Kanunu m.79'da, ilga edilmeden önce "Hâkimlerin mevki ve memuriyetleri, terfi suretiyle de olsa muvafakatlari alınmadan değiştirilemez." olarak yer alıyordu. 1972 yılına gelindiğinde bu sistem kaldırılıp yerine bölge sistemine geçildi.^{100 101}

Adalet Bakanlığı tarafından Mayıs 2019'da yayımlanan "Yargı Reformu Strateji Belgesi"¹⁰²nde coğrafi teminat güvencesinin yeniden yapılandırılması amaçlanmıştır. Belgede öncelikle bu güvencenin kapsamı belirlenmiştir. Şöyle ki: "teminat kapsamında öngörülen, belli bir kıdemdeki hâkim ve savcılarının mesleki başarılarının da gözetilmesi suretiyle istekleri olmaksızın görev yerlerinin değiştirilememesidir. Coğrafi teminat, yalnızca hâkim ve savcılarının endişe duymadan yargısal faaliyetlerini sürdürebilmeleri yönünden değil, aynı zamanda yargısal verimliliğin artırılması açısından da önem taşımaktadır. Zira hâkim ve savcılarının görev yeri değişiklikleri önemli bir verimlilik sorununu da beraberinde getirmektedir. Belge'nin hazırlık sürecinde de bu konuda kamuoyu nezdinde dikkate değer bir kanaatin olduğu anlaşılmıştır."¹⁰² Bu durum Bakanlığın bu güvenceye verdiği önemi göstermekle birlikte bu güvenceye günümüz itibarıyla işlerlik kazandırma noktasında hareketsiz kalması göze çarpmaktadır. Keza 2019 yılında yayımlanan bu belgede yer alan *belirli bir mesleki kıdeme sahip hâkim ve savcılar için coğrafi teminat getirilecektir* vaadi¹⁰³ halen yerine getirilmemiştir. Şu an için 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda bölge sistemi benimsenmiş durumdadır. En kısa zamanda kanun değişikliği ile coğrafi teminat güvencesinin hukukumuzda tekrar girmesi; hâkimlik teminatı, hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, tabii hâkim ilkesi, adaletin tecellisi ve tüm bu enstrümanların çatısı bakımından hukuk devleti idesini kuvvetlendirecektir.

Bu teminatın en önemli boyutlarından birisi tabii hâkim ilkesi ile bağıntısıdır. Tabii hâkim ilkesiyle bağlantılı olarak davaya bakma zorunluluğu (Anayasa m. 36/2), derdest bir davada hâkimlerin görev yerlerinin keyfi bir şekilde değiştirilmemesi gerekliliğini içermektedir.¹⁰⁴ Hâkimlerin görev yerlerinin sık sık değiştirilmesi, yargılamanın uzamasına sebep olmasıyla usul ekonomisi ilkesi ve makul sürede yargılanma hakkı ile de bağlantılıdır. Bu

¹⁰⁰ "1924 Anayasasında hâkimlerin kanunen belirlenen usul ve durumlar dışında görevden alınamayacağı hükmü vardır (m.55). 1961 Anayasası ile 134. maddesinde "Hâkimlerin görevlerinin veya görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi... mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre kanunla düzenlenir" denmektedir (m.134)". Sever, Ö. (2007). Hâkim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s. 106.

¹⁰¹ Coğrafi teminat güvencesinin kanunlarımızda geçirdiği aşama ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Berkin, N. M. (1973). "Hâkimler ve Savcılar Hukukuna Yenilik Getiren Hükümler: Noterlik Mevzuatında ve Hukuki Yargılama Usulünde Değişiklik Yapılan Yeni Kanunlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 38, (1-4), s. 343-354.

¹⁰² T.C. Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi, s. 33, https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf Erişim Tarihi: 26.11.2020.

¹⁰³ T.C. Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi, s. 35.

¹⁰⁴ Jeuland (2008), s. 36.

durum aynı zamanda hâkimlerin vicdani kanaatlerine göre karar vermelerine de engel olabilecektir. Sürekli görev yeri değişikliği tedirginliği ile görev yapan hâkimlerin verimliliğini de etkileyebilmektedir. Özellikle toplu mahkemelerde heyet üyelerinin sık sık değişmesi, davanın tarafları bakımından sürekli bir belirsizlik ve güvensizlik ortamı oluşmasına sebep olmaktadır. Hâkimlerin çalıştıkları bölgede mûkim olması, kanunen önceden belirlenmiş mahkemeye ya da hâkime tabi olma kuralına uygun olacaktır. Bireylerin böylece hukuki korunmaya yönelik menfaatleri de hâle görmeyecektir.

SONUÇ

Adil bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için tabii hâkim ilkesi tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi de gerekli bir enstrümandır. Tarafsız ve bağımsız olmayan ancak tabii olan hâkim, adil yargılanma bakımından hiçbir anlam ifade etmeyecektir.

Hukuk sistemimizde, tabii hâkim ilkesiyle bağlantılı birçok kurum bulunmaktadır. Bu bağlantı daha çok kendisini bu ilkeye aykırı olup olmaması noktasında göstermektedir. Öncelikle davanın nakli kurumu, bu ilkeyi doğrudan ihlal edebilme kapasitesine sahiptir. Ancak içtihatlarla, bu kurumun makul temele dayanmayan gerekçelerle uygulanmasının hukuka aykırı olduğu birçok kez dile getirilmiştir. Bu sebeple davanın nakli kurumu hukuki gerekçelendirilmesi tabii bir bağlantıya dayanmaktaysa bu ilkenin ihlal edilmediği ve bu kurumun münferiden bu ilkeye aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu kurumun dışında Yüce Divan yargılamanının bu ilkeye aykırı olup olmadığı problemi karşımıza çıkmaktadır. Özellikle hukukçu olmayan üyelerin kişilerin hak ve özgürlükleriyle ilgili hüküm kurabilme yetisi bu sakıncanın en görünür gerekçesini oluşturmaktadır. Özellikle tabii hâkimin hukuka uygun hâkim olması gerekliliğinden hareketle hüküm kurarken hukuk alanında uzmanlıklarının bulunması gerekliliği her şeyden öte adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Bu sebeple hukuka uygun olmayan ya da hukuk alanından uzmanlığını belgeleyemeyen ve meslekten olmayan kişilerin AYM'ye üye olarak atanmada tercih edilmemesi bu ilkenin hayatiyeti bağlamında önemlidir. Bu konunun ardından hâkimlerin makul gerekçe göstermeksizin davadan çekinmelerinin tabii hâkim ilkesine aykırılığı ve ilgili mevzuat hükümlerine rağmen uygulamada hukukçu bilirkişi veya hukuki konularda bilirkişi atanması, tabii hâkim ilkesini ihlal etmeleri bakımından sakıncalıdır. Son olarak mahkemeler arası bağlantı hükümlerinin makul ve haklı gerekçelere dayanmadan verilmesi de uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir usul hatası olarak tabii hâkim ilkesi ile bağlantılı olarak incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

Tabii hâkim ilkesinin karşılaştırmalı hukukta, farklı hukuk sistemlerinin anayasalarında düzenleniş şekli incelemeye değerdir. Bakıldığında Alman, İsviçre, Belçika ve Türk hukukunda bu ilke devlete negatif bir yükümlülük yüklemekte ve kişileri bu ilkeye aykırı uygulamalara karşı korumaktadır. Slovenya ve İspanyol anayasalarına baktığımızdaysa tabii hâkimin bir güvence olarak belirlediği görülmektedir. Bu anayasalarda bu ilke bireylere bir hak bahsetme şeklinde düzenlenmiştir ki bu durum da kanımızca deontolojik anlamda daha yerindedir.

Tabii hâkim ilkesinin Türk hukukunda geçirdiği serüven oldukça mühimdir. Bu serüvende kanunî hâkim güvencesiyle tabii hâkim ilkesinin farklarını ortaya koymak, 1961 anayasa değişikliğinde DGM özelinde tabii hâkim ilkesinden kanunî hâkim güvencesine geçiş sürecinin siyasi ve ideolojik boyutu çalışma alanımız dışında kalsa da bu değişikliğin sebeplerini irdelemek, hukuki açıdan önemlidir.

Son zamanlarda yargı reformu strateji belgesiyle gündeme tekrar gelen coğrafi teminat güvencesinin tabii hâkim ilkesi bakımından önemi, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı

bakımından da dikkat çekmektedir. Nihayetinde bir ilkenin hukukumuzda bu denli yoğun bir şekilde gündemde olması ve temel hak ve özgürlüklerle olan bağlantısı sebebiyle hem yasama hem yürütme hem de yargı organları tarafından dikkat edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKAN, A.Kemal ve ATALAY, Alper (23.6.2020). Yassıada Yargılamalarının Hukuki Dayanağını Kaldıran Teklif TBMM Genel Kurulunda, Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/politika/yassıada-yargılamalarının-hukuki-dayanagini-kaldıran-teklif-tbmm-genel-kurulunda/1887315> Erişim Tarihi: 29.11.2020

AKTEPE-ARTIK, Sezin (2014). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ANAYURT, Ömer (2020), *Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ARTUÇ, Mustafa ve ELMAS, M.Tevfik (2019). *Duruşma Yönetimi ve Yasa Yolları*, Ankara: Adalet Yayınevi

ARTUK, M. Emin ve GÖKCEN, Ahmet ve ALŞAHİN, M. Emin ve ÇAKIR, Kerim (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi

ASLAN, Memduh (2011). “İdari Yargıda Usul Ekonomisi Bağlantı Doğal Hâkim İlkesi Çekişmesi”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş (362), ss. 116-127.

ASLAN, Yasin (2009). “Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş, (82), ss. 1-12.

ATALI, Murat (2016). “6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (65), ss. 3271-3282.

ATAR, Yavuz (2019). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık

BASTIAT, Frédéric, (Çev. Fr-İng. Russell, D. Çev. İng-Tr. Arsan, Yıldırım ve Yayıla, Atilla) (2014). *Hukuk*, 5. Baskı, Ankara: Liberte Yayınları

BAŞARAN, Başar (2007). “Adil Yargılanma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

BECCARIA, Cesare (Çev. Selçuk, S.) (2019). *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Ankara: İmge Kitabevi.

BERKİN, Necmettin M. (1973). “Hâkimler ve Savcılar Hukukuna Yenilik Getiren Hükümler: Noterlik Mevzuatında ve Hukuki Yargılama Usulünde Değişiklik Yapılan Yeni Kanunlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 38, (1-4), ss. 339-398.

BULUT, Nihat (2008). “Türkiye’de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (1-2), ss. 1-15.

DELİDUMAN, Seyit (2009). “Yargıtay’ın Bozma Kararı Üzerine Dosyanın Başka Bir Mahkemeye (İlk Derece veya Bölge Adliye Mahkemesi) Gönderilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 4 (40), ss. 21-26.

ERDOĞAN, M.Nuri (14.10.2020). Yassıada Yargılamalarında Zarar Görenler İçin Komisyon Kuruldu, Anadolu Ajansı 14.10.2020, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/yassıada-yargılamalarında-zarar-görenler-icin-komisyon-kuruldu/2005595> Erişim Tarihi: 29.11.2020.

EREM, Faruk (1963). *Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Olarak İncelenmesi*, Ankara: Ajans Türk Matbaası.

EREM, Faruk (1973). *Ceza Usulü Hukuku*, 4. Bası, Ankara: Sevinç Matbaası.

ESER, Albin (Çev. Centel N.) (1995). “Yasal Hâkim ve Münferit Olayda Tespiti (Der "gesetzliche Richter")”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 9, (Sayı Belirtilmemiş), ss. 49-71.

Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (Status as of 1 January 2020), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html> Erişim Tarihi: 02.11.2020.

GÖZLER, Kemal (2016). *Hukuka Giriş*, 13. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.

GÜNAY, Erhan (2018). *Hâkimin Yasaklılığı – Reddi ve Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ankara.

JEULAND, Emmanuel (2008). “Le Droit Au Juge Naturel Et L’organisation Judiciaire”, *Revue Française D’administration Publique*, 1 (125), ss. 33-42.

KABOĞLU, İbrahim (1991). “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 8 (Sayı Belirtilmemiş), ss. 291-322.

KARA, Sencer ve DEMİRCİOĞLU, M. Yaşar (2001). “Baro Hakem Kurullarının Anayasal Dayanağı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (2), ss. 0-0 (Belirtilmemiş).

METİN, Yüksel ve ALP, Erhan (2012). “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askeri Mahkemeler: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), ss. 81-120.

NEPPI-MODONA, Guido (2012). The Various Aspects of External and Internal Independence of the Judiciary, *Seminar on the Independence of Justice, Tunis (Tunisia)*, s. 4, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2012\)035-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2012)035-e) Erişim Tarihi: 1.12.2020.

ÖMEROĞLU, Ömer (2012). *Ceza Muhakemesinde Hâkim ve Savcının Yasaklılığı*, Bursa: Ekin Yayınevi.

ÖZBUDUN, Ergun (1995). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZTÜRK, Bahri (1995). Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi 'Yüce Divan"', *Anayasa Yargısı Dergisi*, 12, (Sayı Belirtilmemiş), ss. 59-108.

ÖZTÜRK, Bahri ve TEZCAN, Dursun ve ALAN, Esra ve ERDEM, M.Ruhan ve SIRMA, Özge ve SAYGILAR, Yasemin (2018). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

PAPAKÇI, Acun (2016). “Hukuki Bilirkişilik”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (1), ss. 433 - 456

PEKCANITEZ, Hakan (1995). “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 12 (Sayı Belirtilmemiş), ss. 255-282.

SEVER, Ömer (2007). Hâkim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2007.

ŞEN, Ersan (2015). *Mahkemenin ve Davanın Nakli*, İnternet Makalesi, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1615390-mahkemenin-ve-davanin-nakli#:~:text=Mahkeme%20nakli%2C%20bir%20davan%4B1n%20hâkimlerinin,bulunan%20bir%20ba%59Fka%20salona%20ta%59F%4B1nmas%4B1d%4B1r>. Erişim Tarihi: 25.11.2020.

T.C. Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi, https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf Erişim Tarihi: 26.11.2020.

TANRIVER, Süha (2004). “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1 (53), ss. 191-215.

TANRIVER, Süha (2013). “Tabiî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Belirtilmemiş (104), ss. 11-35.

The Spanish Constitution, <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitutionINGLES.pdf> ET: 17.2.2020.

TİKVEŞ, Özkan (1977). “Anayasada Onbeş Yıllık Dönemde (1961 — 1976) Yapılan Değişiklikler ve Ekler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 34, (1), ss. 19-60.

TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU, Metin (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi.

TÜREL, Işık (2006) “Hâkimler Memurlaşıyor Bilirkişiler Hâkim’leşiyor Mu?”, *Bursa Barosu Dergisi*, 30 (80), ss.137-138.

ÜLKER, İbrahim (2013). “Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Kanun-i Esasi’deki Yargılamaya İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (2), ss. 101-124.

YİĞİT, Uğur ve ÖZTÜRK, İlhami (2020). *Yargı Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.

ZAFER, Hamide (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)*, 7. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi.

ZEITUNE, José, (2007) International Commission Of Jurists, Practitioners Guide No. 1, “International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors”, Geneva Switzerland, <https://www.refworld.org/pdfid/4a7837af2.pdf> Erişim Tarihi: 30.11.2020

 POLİTİKA İLE CEZA HUKUKU ARASINDAKİ ARAFTA HUKUKA UYGUNLUK: SORUMSUZLUK TEYİTLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME
(JUSTIFICATION IN PURGATORY BETWEEN POLITICS AND CRIMINAL LAW:
A RESEARCH ON THE AFFIRMATIONS OF IMPUNITY)

Arş. Gör. Erdi YETKİN* **

ÖZ

Çalışmamızda, sorumsuzluk teyitleri olarak adlandırdığımız normları hukuken değerlendireceğiz. Bu düzenlemeler normatif olarak "hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz" gibi ifadeler ile karakterize olmaktadır. Sorumsuzluk teyitlerine dair tarihimize Ağrı İsyanı ile bağlantılı olarak 1850 sayılı Kanunu ve 15 Temmuz 2016 darbe girişimi ile bağlantılı olarak ise 7079 sayılı Kanunun 113. maddesini örnek olarak gösterebiliriz. Bu bağlamda "sivillere yargı muafiyeti" tartışmaları kamuoyunda hayli ses getirmiş olup Anayasa Mahkemesi ise geçen yılki kararında anılan maddeyi iptal etmemiştir. Mukayeseli hukuka dair bir örnek olarak ise, "Uzun Bıçaklar Gecesi" sonrasında kabul edilen 3 Temmuz 1934 tarihli Kanun, hayli ilginç ve hakkında birçok yorum yapılmış bir düzenlemedir.

Araştırmamızdaki temel hedef, sorumsuzluk teyitlerinin hukuki niteliklerini ve hukuka uygunluk kıstaslarını belirlemek ve bunların sınırlarını göstermektedir. En nihayetinde sorumsuzluk teyitlerinin hukuki niteliklerini "mevcut hukuka uygunluk nedenlerine özel bir vurgu" olarak kabul etmiş olmamız sebebiyle, bu normlar ile hangi hukuka uygunluk nedenlerine vurgu yapılıyor sorusunun cevabını arayacağız. Bu yorumumuzun, sorumsuzluk teyitlerinin "sorumsuzluk güvencesi" olarak anlaşılıp adeta bir cezai sorumsuzluk hükmü olarak işlev görmelerine mani olacağı kanısındayız.

Anahtar Kelimeler: *Cezai Sorumluluktan Muafiyet, Çıkış Kayıtları, Direnme Hakkı, Uzun Bıçaklar Gecesi, Devlet Lehine Meşru Savunma, Herkes için Genel Polislik Normu*

ABSTRACT

This study will provide a legal analysis of the norms which we call "affirmation of impunity". These provisions are normatively characterized by statements such as "legal, administrative and criminal liabilities shall not arise". From our history regarding the affirmation of impunity, we can give examples of Law No. 1850 in connection with the Ağrı Rebellion and Article 113 of Law No. 7079 which was enacted after the 15 July 2016 coup attempt. In this context, there had been heated public debate on the issue of "granting im-

[] Eserin Dergimize geliş tarihi: 09.04.2021. İlk hakem raporu tarihi: 04.05.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 08.05.2021. Onaylanma tarihi: 16.05.2021.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-5618-6009

Eser Atf Şekli: Erdi Yetkin, "Politika ile Ceza Hukuku Arasındaki Arafta Hukuka Uygunluk: Sorumsuzluk Teyitleri Üzerine Bir İnceleme", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1793-1857.

munity to civilians”, while Constitutional Court did not annul the article mentioned in its decision last year. As an example from comparative law, the Law of 3 July 1934, adopted after *The Night of the Long Knives*, is a quite interesting regulation that has been subject to many reviews.

The main objective of our research is to determine the legal character of affirmation of impunity and the criteria for justifications and to show their limits. Ultimately, we will seek the answer to the question of which legal justifications are particularly emphasized with these norms, since we have accepted the legal nature of affirmation of impunity as “a particular emphasis on the current justifications”. We are of the opinion that this interpretation prevents the affirmation of impunity from being understood as an “assurance of impunity” and functioning as a clause of impunity.

Keywords: *Exemption from Criminal Liability, Exit Guarentees, The Right to Resistance, Night of the Long Knives, Self - defence in favor of the State, General Police Clause for Everyone*

I. GİRİŞ VE ARAŞTIRMA KONUSUNUN İZAHI

“Robespierre’ciler, anti - Robespierre’ciler, sizden aman diliyoruz: Bize merhamet edin ve sadece Robespierre’in ne olduğunu anlatın²”. Bloch bu sözleri, tarihsel tarafsızlık sorunu çerçevesinde, tarihin bir yeniden canlandırma girişimi mi yoksa bir analiz girişimi mi olduğuna dair açıklamalarında yer vermiştir³. Bloch, tarihçinin “cehennem yargıçlığı” yapmasını, kendisini ölmüş kahramanlara övgü ya da yergi dağıtmakla yükümlü görmesini eleştirmektedir⁴.

Politikanın dolayimsız bir biçimde yansıdığı hukuksal sorunlara hukukçuların yaklaşımı bağlamında da iki sorun ortaya çıkmaktadır. İlki – Bloch’un sözlerinden de kolaylıkla anlaşılacağı üzere - anlamaya çalışmaksızın fikir beyan etmektir. Bir başka deyişle yalnızca tarafgir şekilde, ilgili soruna karşı tavır almak, onu anlamaya çalışmamaktadır.

İkinci sorun için de önce yine Bloch’u yardıma çağırabiliriz. Bloch, tarih ile fen bilimleri arasındaki farka dikkat çeker zira fen bilimlerinin dünyası erekçiliği dışlamakta iken başarı – başarısızlık, hüner – beceriksizlik, ihanet gibi kelimelere tarihin söz dağarcığında yer verildiğini ifade eder. Örneğin bir general ordusunu bilerek bozguna uğratmışsa, bunun adı hiç şüphe yok ki ihanettir⁵. Tarihçinin burada ihanet tanımlamasını yapmaktan çekinmesi için bir sebep yoktur ancak elbette ki o ilgili dönem ahlakının ihanet hakkında ne düşündüğünü araştırmaktan da geri durmayacaktır. Dolayısıyla ikinci sorunu da bir kelime ile teşhis edebiliriz: Suskunluk.

*Quare siletisjuristae in munere vestro? (Hukukçular, sizleri ilgilendiren meseleler hakkında niçin suskunsunuz?)*⁶. Agamben’in, pek ses getiren istisna hali çalışması, bu sözle başlamaktadır. Suskunluk, politika dolayimsız bir biçimde bir hukuki soruna yansıdığına,

² Marc Bloch, *Tarih Savunusu veya Tarihçilik Mesleği*, 2. Baskı, Çev: Ali Berktaş, İstanbul, İletişim, 2015, s. 173.

³ Bloch, *Tarih Savunusu veya Tarihçilik Mesleği*, s. 171.

⁴ Bloch, *Tarih Savunusu veya Tarihçilik Mesleği*, s. 172.

⁵ Bloch, *Tarih Savunusu veya Tarihçilik Mesleği*, s. 175 - 176.

⁶ Giorgio Agamben, *İstisna Hali*, Çev: Kemal Atakay, İstanbul, Ayrıntı, 2018.

belki de hukukçular için kural haline gelmektedir. Politikanın dolaylı bir biçimde yansıdığı hukuksal sorunlara, “götürün sehpaye⁷” diye bağırarak yetinmeden, anlamaya çalışarak, nesnel durumu anladıktan sonra da bu duruma karşılık gelen tanımlamayı yapmaktan çekinmeden yaklaşılması gerektiğini kanısındayız.

İnceleme konumuz olan normları, “*Sorumsuzluk Teyitleri*” olarak kategorize etmekteyiz. Bu düzenlemeler normatif olarak “*hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz*” gibi ifadeler ile karakterize olmaktadır. En baştan belirtelim ki, kanımızca, sorumsuzluk teyitlerine, insan haklarına dayanan bir hukuk devletinde yer yoktur. Bununla birlikte biz bu çalışmamızda, sorumsuzluk teyidi olarak adlandırdığımız düzenlemelerin mevzuatımızda mevcut olması gerçeği karşısında, sorumsuzluk teyitlerine ilişkin hukuka uygunluk kistaslarını belirlemeye çalışacağız. Böylelikle de hedefimiz, sorumsuzluk teyitlerinin, insan haklarını ihlal bakımından bir manivela olarak kullanılmaması için, – hukuki nitelik ve sonuçlar bakımından - Anayasa’ya uygun yoruma ulaşmaktır.

“*Sorumsuzluk Teyitleri*” biçimindeki adlandırma tercihimizin sebebi ise şu şekildedir: Bu düzenlemeler, daha çok kamu görevlilerinin ama bazen de ilgili olabilecek herkesin sorumluluk meselesine ilişkindirler ve bu sorumluluk problemine, “*sorumsuzluk sonucunu vurgulayarak*” bir çözüm getirmeye çalışmaktadırlar. Ancak “*sorumsuzluk güvenceleri*” değil de “*sorumsuzluk teyitleri*” ifadesini kullanmamızın tam olarak nedeni de, bir öncesi cümlemizde belirtilen “*sorumsuzluk sonucu vurgusudur*”. Bir başka deyişle anılan düzenlemelerin yeni bir sorumsuzluk alanı yaratmadığı, yalnızca var olan hukuka uygunluk alanını vurguladığı kanısındayız. Esasen bu düşüncemizin nedeni ise insan haklarına dayanan bir hukuk devletinde, söz konusu normlar geçerliliklerini koruyacaklarsa, ancak bu şekilde anlaşılabileceklerine dair kanaatimizdir.

Sorumsuzluk teyitleri olarak isimlendirdiğimiz normlara, son yıllarda Türk hukukunda sık şekilde rast geliyoruz ve bu normlar, önemli kamusal – politik tartışmalara da sebebiyet veriyorlar. Bu kategoriye dâhil bir düzenleme örneği, Ağrı İsyanı bağlamında çıkarılan, 20.07.1931 tarihli ve 1850 sayılı İsyân Mıntakasında İşlenen Ef’alin Suç Sayılmayacağına Dair Kanun’dur⁸. 2014 yılında ise kamuoyunda yoğun olarak tartışılan, kanun formundaki iki düzenlemede sorumsuzluk teyitleri ile karşılaşmaktayız. Bunlardan ilki, 2014 yılında 6532 sayılı Kanun ile değiştirilen, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun (MİT Kanunu) 28. maddesi⁹ ve yine 6532 sayılı Kanun ile MİT Kanunu’na eklenen ek madde 1/2¹⁰ hükmüdür. Yine aynı yıl, çözüm süreci döneminde ve bu meseleyle ilgili olarak çıkarılan, 6551 sayılı Terörün Sona Erdirilmesi ve Toplumsal Bütünleşmenin Güçlendirilmesine Dair Kanun’un 4. maddesinin 2. fıkrası¹¹ da konumuza dair bir diğer örneği teşkil etmektedir.

⁷ Bloch, **Tarih Savunusu veya Tarihçilik Mesleği**, s. 176.

⁸ 29.07.1931 tarihli ve 1859 sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1859.pdf>, Çevrimiçi.

⁹ “*Bu Kanunda MİT’e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir, bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz.*

Bu Kanun ile diğer kanunlarda aynı konuyu düzenleyen farklı hükümler bulunması hâlinde bu Kanun hükümleri uygulanır”.

¹⁰ “*6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenler, MİT’in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamaz”.*

¹¹ “*Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamındaki görevleri yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari veya cezai sorumluluğu doğmaz”.*

Konumuz bağlamında asıl tartışma, 15 Temmuz darbe girişimi ardından ilan edilen Olağanüstü Hal (OHAL) döneminde çıkarılan Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemeleri (OHAL KHK) ile tesis edilen ve sonradan kanunlarla kabul edilen sorumsuzluk teyitleri hakkındadır. İlgili OHAL KHK'larının sayıları ile sorumsuzluk teyidine dair madde numaraları şu şekildedir: 667 sayılı OHAL KHK m. 9, 668 sayılı OHAL KHK m. 37, 675 sayılı OHAL KHK m. 17/6, 690 sayılı OHAL KHK m. 52, 696 sayılı OHAL KHK m. 121¹² / ¹³.

Son olarak, yaptığımız mevzuat taramasında, 2018 yılında Kültür Varlıkları İhale Yönetmeliği'ne eklenen m. 6/1 – f ile 2019 yılında yürürlüğe giren Türkiye Demiryolu Makinaları Sanayi Anonim Şirketi İhtiyaç Fazlası Varlıkların Değerlendirme ve Satış Yönetmeliği m. 19 – 4 hükümleri de, yönetmelik düzeyinde sorumsuzluk teyitleri örnekleri olarak tespit edilmiştir.

Görülmektedir ki 2014 yılında iki kanunda yer alan sorumsuzluk teyitleri, OHAL döneminde, OHAL KHK'larında yer almış, yakın zamanda da yönetmeliklerde dahi bu kategorideki düzenlemelere yer verilmiştir. OHAL KHK'ları ile sorumsuzluk teyitlerine dair düzenlemeler, aşama aşama genişlemiştir¹⁴. Asıl tartışmanın da bu noktada patlak verdiği söylenmelidir. Çünkü 696 sayılı OHAL KHK'sı ile yapılan düzenleme, kamuoyunda "sivillere yargı muafiyeti mi getiriliyor" şeklinde bir tartışmaya yol açmıştır. 696 sayılı OHAL KHK'sı kanunlaştıktan sonra da anılan düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) önüne gelmiştir. AYM'nin 2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli kararı ile ilgili norma yönelik Anayasa'ya aykırılık iddiası reddedilmiştir.

Çalışmamızın hemen başlangıcında belirttiğimiz üzere politik niteliğin ağır basması nedeniyle olsa gerek, sorumsuzluk teyitlerine dair yapılan hukuki incelemeler hayli sınırlıdır¹⁵. Dolayısıyla bu çalışmamız konunun incelenme metodu, son derece önem kazanmaktadır. Bu nedenle sorumsuzluk teyitlerinin anlamlarını belirlemek için yapacağımız yorumların hangi esaslara dayanacağını belirtmek istemekteyiz. Bilindiği üzere yorum, hukukta vazgeçilmez bir yere sahiptir. Hiçbir norm, kendi anlamını açıklayamayacağından, bütün normlarda bir şekilde yorum faaliyeti icra edilir. Öncelikle bir norm, Anayasa'ya uygun olacak biçimde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla sorumsuzluk teyitlerinin hukuki niteliğini ve

¹² Anılan OHAL KHK'larını kabul eden kanunlar ve sorumsuzluk teyitlerine dair maddeleri ise, sırasıyla şu şekildedir: 6749 sayılı Kanun m. 9, 6755 sayılı Kanun m. 37, 7082 sayılı Kanun m. 17/6, 7077 sayılı Kanun m. 4/4, 7079 sayılı Kanun m. 113.

¹³ Bu düzenlemeler sırasıyla, 667 sayılı OHAL KHK'sı kapsamında karar alan – görev yürütenler, darbe girişiminin bastırılması ve OHAL KHK'ları çerçevesinde faaliyet icra eden kamu görevlileri, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun olağanüstü hal kapsamında satış ve tasfiyeye dair yetkileri bağlamında Fon tarafından atanılan veya görevlendirilenler, Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu üyeleri ve darbe girişiminin bastırılmasında faaliyet gösteren siviller dahil herkes hakkında sorumsuzluk teyitlerini içermektedirler. Keza 7194 sayılı Kanun'un 50. maddesi ile de OHAL ile bağlantılı olarak kamu görevinden çıkarılmış kişilerin sosyal güvenlik haklarına dair 31.10.2019 tarihine kadar faaliyet icra eden kamu görevlileri bakımından bir sorumsuzluk teyidi düzenlemesi yapılmıştır.

¹⁴ Murat Aydın, **OHAL Kanunu Kapsamında Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnemeler Uyarınca Yapılan İşlemlerde Sorumluluk**, Hukuk Defterleri, S:6, Mart – Nisan 2017, <http://hukukdefterleri.com/ohal-kanunu-kapsaminda-cikarilan-kanun-hukmunde-kararnemeler-uyarinca-yapilan-islemlerde-sorumluluk/>, Çevrimiçi, 18.02.2021.

¹⁵ Sivillere yargı muafiyeti tartışması çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin 2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli kararı hakkında bir inceleme için bkz: Buğrahan Fertellioğlu, "Sivillere Yargı Muafiyeti" Mi? Anayasa Mahkemesinin 2018/31 E., 2020/38 K., Numaralı Kararının Yakın Bir Okuması", Anayasa Hukuku Dergisi, C:9, S:18, 2020, s. 673 – 687.

sınırlarını tespit ederken Anayasa'daki esaslar, söz gelimi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması – kayıtlanması rejimlerine dair kurallar, hukuk devleti ilkesinin alt başlıkları – örneğin insan haklarına dayanma, belirlilik ilkesi - önem taşımaktadır.

Sorumsuzluk teyitlerinin anlamını belirleme uğraşımızda, yalnızca anayasal kuralardan ve ilkelerden yararlanmayacağız. Çeşitli yorum tekniklerini ve geniş bir bilgi yelpazesini, yorumlarımız için enstrüman olarak kullanacağız. Bu bağlamda yürütme organı yetkililerinin açıklamaları ve yasama çalışmaları, doktriner görüşler ve kamuoyu tartışmaları, tarihsel ve karşılaştırmalı – tarihsel örnekler, AYM içtihadı değerlendirmelerimizi dayandıracığımız temeller olacaktır. Keza bu şekilde, hukuksal bir tartışma için bir önceki cümlede belirttiğimiz kaynaklardaki bilgilerin sistematize edilmesinin de sonraki çalışmalar için faydalı olacağına inanıyoruz. Yine belirtmek gerekir ki araştırmamızda, sorumsuzluk teyitleri arasından en fazla ses getirmiş olan 696 sayılı OHAL KHK'sına nam-ı diyar “*sivil-lere yargı muafiyeti*” tartışmasına daha yoğun bir biçimde eğileceğiz. Bu tartışma bağlamında, Türk ceza hukuku doktrininde önemli ölçüde ihmal edilmiş bir konu olan, kamusal ve devlete ait hukuksal değerlerin bireyler tarafından savunulması meselesi, Alman ceza hukuku doktrininde konuya dair zikredilen görüşlerden de yararlanarak, meşru savunma, zorunluluk hali ve direnme hakkı bağlamında değerlendirilecektir.

II. “SİVİLLERE YARGI MUAFİYETİ” TARTIŞMASI

15 – 16 Temmuz 2016 tarihlerinde Türkiye’de, Fethullahçı Terör Örgütü mensupları tarafından planlandığı ve icra edildiği yargı kararlarıyla da tespit ve kabul edilen bir darbe teşebbüsü meydana gelmiştir¹⁶. Darbe teşebbüsüne dair ilk tartışmaların akabinde, darbe teşebbüsünün bastırılmasında rol oynayan kamu görevlileri ve sivil vatandaşlar hakkında, girişimin bastırılması esnasında çeşitli suçlar işledikleri yönünde iddialar gündemde yer tutmuştur. Keza OHAL KHK’ları çerçevesinde yapılan işlem ve eylemlerin de hukukiliği önemli bir tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmaların neticesinde olsa gerek, yukarıda ifade edilen OHAL KHK’ları ile çeşitli sorumsuzluk teyitleri düzenlenmiştir.

Yargı muafiyeti tartışmalarına geçmeden önce, tartışmaların odağındaki 6755 sayılı Kanun’un 37. maddesi aşağıda gösterilmiştir. Maddenin ilk fıkrası, 668 sayılı OHAL KHK’sının kabul edilmiş şeklidir. Diğer iki fıkranın künye bilgileri de fıkra önünde yer almaktadır.

Sorumluluk

MADDE 37- (1) 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararname kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.

(2) (Ek: 20/11/2017-KHK-696/121 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7079/113 md.) Resmî bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmî bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır.

¹⁶ 15 Temmuz 2016 darbe girişimi hakkında öz ve nitelikli bilgi için bkz: Anayasa Mahkemesi, 2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar, pg. 24 – 27.

(3) (Ek:5/12/2019-7194/50 md.) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve bu nedenle kamu görevinden çıkarılmış olan kişilerden, adli veya idari soruşturma veya kovuşturması devam edenlerin sosyal güvenlik haklarına ilişkin başvuruları hakkında 31/10/2019 tarihine kadar karar alan, bu kararları yerine getiren veya işlem yapmayan kamu görevlilerinin bu karar ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.

A. Yürütme Organı Yetkililerinin Açıklamaları ve Yasama Çalışmaları

Öncelikle 667 sayılı OHAL KHK'sı ile başlayan, 668 sayılı OHAL KHK'sı ile artan ve 696 sayılı OHAL KHK'sı ile alevlenen hem kamu görevlileri hem de siviller bağlamında yargı muafiyeti tartışmalarına dair, yürütme organı mensuplarınca yapılan değerlendirmelerde, yapılan eleştirilerin haksız olduğu belirtilerek normun uygulama alanına dair de kimi açıklamalara yer verilmiştir. Bu açıklamaların önemi, sivillere yargı muafiyeti tartışmasına konu düzenleme, ilk olarak OHAL KHK'sı vasıtasıyla yürürlüğe girdiğinden, yürütme organının norm ile ulaşmak istediği amaca dair bilgi vermesidir. Bu şekilde normun, subjektif amaçsal yorum ile anlamı berraklaştırılabilir.

Cumhurbaşkanı Erdoğan, bir önceki Cumhurbaşkanı Gül'ün normun muğlak olduğuna dair eleştirisi üzerine, neden muğlaklık eleştirisinin yapıldığını anlamadığını, daha önce de benzer yönde düzenlemeleri içeren OHAL KHK'larının çıktığını, düzenlemenin yalnızca 15 Temmuz'u kapsadığını, düzenlemenin kapsamının yanlış yorumlanıp uygulanması durumunda yargı ya da meclisin gereğini yapacağını belirtmiştir¹⁷.

Meseleyi yürütme organı mensuplarının ne şekilde yorumladığına ve hükmün anlamını ne şekilde değerlendirdiklerine dair en ayrıntılı açıklamalar, Başbakan yardımcısı Bozdağ tarafından yapılmıştır. Bozdağ, esasında böylesi bir düzenlemeye gerek olmadığını zira darbe teşebbüsünün suç ve bu fiile karşı demokrasiyi savunmanın kamu görevlileri dâhil tüm vatandaşların vazifesi olduğunu, bu olayda açık bir şekilde meşru savunmanın söz konusu olduğunu ve dolayısıyla ortada bir suç olmadığını ve olmayan bir suçun da affedilemeyeceğini yani düzenlemenin af niteliğinde olmadığını belirtmiştir. Bozdağ devamla, düzenlemenin olası bir ihtiyacı ya da endişeyi gidermeye yönelik olduğunu, düzenlemede zikredilen terör eylemleri ifadesinin darbe girişimi esnasındaki fiiller, devamı ifadesinin ise darbenin devamı yani 16 Temmuz'da gerçekleştirilen fiiller anlamına geldiğini, düzenlemenin 15 Temmuz öncesini ya da 16 Temmuz sonrası kesinlikle kapsamadığını, düzenlemenin "geçmişe dönük bir hukuka uygunluk düzenlemesi" olduğunu ifade etmiştir¹⁸.

Keza yine Başbakan Yıldırım¹⁹ ve Adalet Bakanı Gül²⁰ de, yukarıdaki açıklamalara koştur şekilde, söz konusu düzenlemenin başka OHAL KHK'larında da yer aldığını ve bu düzenlemelerin muhalefet tarafından AYM'ye götürülmediğini, düzenlemedeki terör eylemleri ifadesinin darbe girişimi esnasındaki terör eylemleri olduğunu belirtmişlerdir.

¹⁷ <https://www.ntv.com.tr/turkiye/erdogandan-gule-khk-sitemi,6cJUA1mOZEikN4mZ4lix-w,> Çevrimiçi, 17.02.2021.

¹⁸ <https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/basbakan-yardimcisi-bozdagdan-khk-aciklamasi/1015330,> Çevrimiçi, 17.02.2021.

¹⁹ <https://www.haberler.com/basbakan-yildirim-sivillere-yargi-muafiyeti-10390773-haberi/>, Çevrimiçi.

²⁰ <https://www.ntv.com.tr/turkiye/adalet-bakani-gulden-khk-121-madde-aciklamasi,M-V3Y09QQE-6klMTtOrx3A,> Çevrimiçi.

Düzenlemenin yasallaşmasına dair sürece baktığımızda ise, OHAL KHK'sının genel gerekçesinde ve ilgili madde gerekçesinde yalnızca normun tekrar edildiğini görmekteyiz²¹. Mecliste yapılan görüşmelerde söz alan iktidara mensup milletvekillerinin de, yürütme organı yetkililerine benzer değerlendirmelerde buldukları görülmektedir²². Ancak tam oylama öncesinde CHP Grup Başkanvekilinin bir kez daha düzenlemenin kapsamına dair açıklama talep etmesi üzerine, önce AKP Grup Başkanvekili tarafından düzenlemenin yalnızca 15 – 16 Temmuz 2016 tarihlerine ilişkin olduğu yinelenmiş, Hükümet adına görüşmelerde bulunan Bakan tarafından da bu açıklama teyit edilmiştir²³.

B. Normun Anlamına Dair Görüşler

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, söz konusu hüküm, büyük ölçüde tepki toplamış²⁴ ve tedirginliğe neden olmuştur²⁵. Norma yönelik eleştirileri ve tedirginlikleri, genel olarak düzenlemeye karşı çıkışlar ve normun düzenleniş biçimine dair eleştiriler olmak üzere ikiye ayırmak uygun olacaktır.

Normun varlığına dair temel eleştiri, insan hakları ihlallerine ve suç teşkil eden davranışlara karşı bir koruma zırhı getirdiği düşünülen²⁶ böylesi bir normun, ne olağan dönem ne de olağanüstü hal KHK'sı ile ve hatta ne de kanunla düzenlenebileceğidir. Zira af niteliğinde olduğu belirtilen bu düzenleme konusunda yetkinin mecliste olduğu ve dahası ceza muafiyetine dair bir düzenlemenin de orantılılık ilkesine tabi olduğu, darbeye karşı duranlarca işlenen mala zarar verme ya da hürriyeti tehdit gibi fiillerin zaten suç olarak değerlendirilmeyeceği ve fakat asıl ceza muafiyetinin işkence ve linç sonucu öldürme gibi fiillere getirildiği ileri sürülmüştür²⁷. Dolayısıyla ilgili hükmün, özellikle yaşam hakkına yönelik fiillere dair bir sorumsuzluk ve geleceğe dair bir suç işleme özgürlüğü getirdiği, bunun ise kanunla dahi yapılamayacağı ifade edilmiştir²⁸.

Bu noktada bilhassa Venedik Komisyonu'nun 667 sayılı KHK ile getirilen sorumluluk teyidine dair değerlendirmeleri önem arz etmektedir. Venedik Komisyonu raporun-

²¹ Gerekçe için bkz: <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0907.pdf>, Çevrimiçi, 18.02.2021. Genel gerekçedeki ilgili kısım için s. 46, ilgili madde olan 121. maddenin gerekçesi için ise s. 62. 121. maddenin, 7079 sayılı Kanun'un 113. maddesi olarak kanunlaştığını da ayrıca tekrar edelim.

²² Türkiye Büyük Millet Meclisi, **Genel Kurul Tutanağı**, 26. Dönem 3. Yasama Yılı 54. Birleşim 01/Şubat /2018 Perşembe, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=23052&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=91, Çevrimiçi, 19.02.2021, s. 65 – 67.

²³ Türkiye Büyük Millet Meclisi, **54. Birleşim Genel Kurul Tutanağı**, s. 86.

²⁴ İlgili düzenlemenin basındaki yansımaları için ayrıca bkz: Fertelliöğlu, **Sivillere Yargı Muafiyeti Mi?**, s. 674, dp. 4.

²⁵ Bu bağlamda meclis görüşmelerinde muhalefetin dile getirdiği endişeler için bkz: Türkiye Büyük Millet Meclisi, **54. Birleşim Genel Kurul Tutanağı**, s. 22, 70 - 72

²⁶ İsmet Akça, Süreyya Algül, Hülya Dinçer, Erhan Keleşoğlu, Barış Alp Özden, **Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri**, https://tr.boell.org/sites/default/files/ohal_rapor_web.pdf, Çevrimiçi, s. 66 – 67.

²⁷ Ertuğrul Uzun, “OHAL KHK'ları Üzerine Yalan Yanlış Şeyler veya KHK'lar ile Kâğıttan Kule İnşa Etmek”, Birikim Dergisi, <https://birikimdergisi.com/guncel/8675/ohal-khkleri-uzerine-yalan-yanlis-seyler-veya-khk-ile-kagittan-kule-insa-etmek>, Çevrimiçi, 18.02.2021; Benzer şekilde Altıparmak da, düzenlemenin esasen, linç olayları da başta ve dâhil olmak üzere darbe girişimi gecesi gerçekleşen olayları kapsadığını belirtmiştir. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-42471577>, Çevrimiçi, 18.02.2021.

²⁸ OHAL KHK'ları ve Devletin Güç Kullanma Yetkisini Sivillere Devreden 696 Sayılı OHAL KHK'sı Hakkında Olağanüstü Baro Başkanları Toplantısı Sonuç Bildirgesi, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=12968>, m. 8 ve 9.

da, Türkiye'nin, ilgili normun, kişisel suçları kapsamadığını, olağanüstü hal döneminde olağan kurallardan sapmak zorunda kalan kamu görevlilerine bu çerçevede güvence verme – endişeleri giderme²⁹ amacına matuf olduğunu açıkladığı belirtilmektedir³⁰. Buna karşın Komisyon, bu ve benzeri düzenlemelerden endişe duyduğunu olduğunu vurgulamıştır. Zira ilgili düzenlemeler, cezai sorumsuzluğa dair tehlikeli bir mesaj niteliğindedir. Venedik Komisyonu'na göre bu norm, aslında suç teşkil eden fiillere izin verildiği hatta bunların yapılmasının emredildiği ya da en azından suç işleyenlere yönelik bir cezazırlık politikasını – bir dokunulmazlığı ima ettiği şeklinde anlaşılabilir³¹. Dolayısıyla Venedik Komisyon'u, 667 sayılı OHAL KHK m. 9 ve benzeri düzenlemelerin mevzuattan çıkarılmasını ısrarla tavsiye etmektedir³².

Normun düzenleniş biçimine dair eleştirilerin ilki, sorumsuzluk teyidinin zaman bakımından kapsamına dairdir. Özellikle normun lafzında yer alan “*bunların devamı niteliğindeki eylemlerin*” ibaresinin, kaygının sebebi olduğu ve her türlü muhalefete karşı normun kullanılma tehlikesinden endişe duyulduğu anlaşılmaktadır³³. Bu çerçevede normun lafzının son derece geniş olduğu, 15 – 16 Temmuz sonrasını da kapsamına alır görüldüğü ve bu nedenle açıkça 15 ve 16 Temmuz 2016 tarihlerinin belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁴. Bu kaygılara ek olarak da yetkili makamların aksi yöndeki sözlü beyanlarının bağlayıcı olmadığı, darbenin devamı ifadesinin belirsiz olduğu, normun temel haklarını kullanan kişilere saldırı aracı olarak kullanılabileceği, daha da kötüsü bir kısım vatandaşın söz konusu düzenlemeyi geleceğe dair bir yetki olarak yorumladıklarına dair kamuoyunda görüş oluştuğu belirtilmiştir³⁵.

Bir diğer eleştiri ve tedirginlik konusu ise normun lafzında geçen “*ve terör eylemleri*” ibaresidir. Bu bağlamda, OHAL ilanına sebep olan hususun darbe girişimi olduğu ve OHAL KHK'larının OHAL'in sebebi olan olayla bağlantılı şekilde ihdas edilmeleri gerektiği, normda yer verilen terör eylemleri ifadesi ile kapsamın genişlediği belirtilmiştir³⁶. Keza normda yer verilen terör eylemleri ifadesi ile sivil linç eylemlerinin meşrulaştırılması tehlikesinin bulunduğuna dikkat çekilmiştir³⁷.

Bu başlıkta son olarak, norma dair eleştirilerini zikretmekle birlikte normun alanının daraltıcı şekilde yorumlanabileceğini savunan görüşlere yer vermek uygun olacaktır. Örneğin böylesi bir değerlendirme yazısında, Anayasa ve Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler gereğince öldürme, işkence, eziyet gibi suçların normun kapsamında olamayacağı ancak normun, mala zarar verme (kamu malına zarar verme dâhil) bakımından bir

²⁹ 667 sayılı KHK'daki ilgili hükmün amacına dair benzer bir değerlendirme için bkz: Aydın, **aynı eser**. Yine yazara göre hüküm o kadar acele yazılmıştır ki amaçlanan sonucu doğurmayacağı anlaşıldığından 668 sayılı OHAL KHK'sındaki düzenleme ihdas edilmiştir.

³⁰ Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), **Türkiye – 15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 İla 676 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükümünde Kararnemeleri Hakkında Görüş**, Venedik, 2016, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)037-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-tur), Çevrimiçi, 18.02.2021, pg. 96.

³¹ Venedik Komisyonu, **anılan rapor**, pg. 97 ve 99.

³² Venedik Komisyonu, **anılan rapor**, pg. 100.

³³ Akça, Algül, Dinçer, Keleşoğlu, Özden, **adı geçen eser**, s. 67

³⁴ Uzun, **aynı eser**.

³⁵ **Baro Başkanları Toplantısı Sonuç Bildirgesi**, m. 10, 11, 12 ve 13.

³⁶ Uzun, **aynı eser**.

³⁷ Altıparmak, **aynı yer**.

sorumsuzluk getirdiğinin kabul edilebileceği savunulmuştur³⁸. Kaldı ki darbe girişimini bastırma bağlamında hareket etmeyenlerin dahi meşru savunma gibi hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabilecekleri ve hükmün bu bakımdan bir sonuç doğurmayacağı, son olarak da her ne kadar düzenlemenin lafzında muğlaklık söz konusu olsa da hükmün ancak 15 – 16 Temmuz 2016 tarihlerindeki bastırma fiilleri çerçevesinde uygulanabileceği, gelecekteki olaylarda uygulanamayacağı ifade edilmiştir³⁹. Yine 668 sayılı KHK bağlamında yani inceleme konumuz hükmün kamu görevlilerine dair olan versiyonuna dair bir değerlendirilmede de, Anayasa'nın 2, 10, 11 ve 129. maddeleri ile Devlet Memurları Kanunu m. 11/3 gereğince anılan düzenlemenin, suç teşkil eden fiilde bulunma imkânı tanımayarak, yalnızca kamu görevlisinin kişisel kusuru gereği doğan zararın devlet tarafından karşılanması durumunda, rücu imkânını engeller mahiyette olduğu ifade edilmiştir⁴⁰. Sivillere yargı muafiyeti tartışmasına dair AYM kararı üzerine bir incelemede ise, ilgili düzenlemenin AYM'nin kabulünün aksine temel hak ve özgürlükleri sınırlar nitelikte olduğu, kapsamına girmeyen olayları belirtmemek suretiyle belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, yine de AYM'nin meşru savunmanın gerçekleşmesini arar yorumunun temel hak ve özgürlükler bakımından lehe olduğu ve fakat uygulamada bu görüşe itibar edilmezse Türk hukukuna yeni bir “*cezazsızlık enstrümanının*” katılmış olacağı ifade edilmiştir⁴¹.

C. Değerlendirme

İnceleme konusu normun hukuki niteliğine, anlamına ve kapsamına dair, yürütme organı yetkililerinin ve mecliste düzenleme lehine görüş bildiren milletvekillerinin beyanlarından çıkan sonuçlar şu şekildedir.

- Düzenlemenin af niteliğinde olmadığına önemli ölçüde vurgu yapılmıştır. Darbe teşebbüsüne karşı koyan vatandaşların suç işlemediğinin açık olduğu gerekçesi, yürütme organı yetkililerince, düzenlemenin, kesin bir biçimde af olarak nitelendirilmemesinin nedeni olarak gösterilmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinden – bilhassa da meşru savunmadan – bahsedilmekteyse de açıklamalar, normun hukuki niteliğini kavramak bakımından pek yardımcı değildir.

- Normun, 15 – 16 Temmuz 2016 tarihlerindeki darbe girişimine karşı koyan kamu görevlilerinin ve vatandaşların yaptıkları her fiili suç olmaktan çıkardığına dair bir beyanda bulunulmamıştır. Bununla birlikte açıklamalarına yer verdiğimiz yetkililerce konunun, daha çok mala zarar verme suçu etrafında tartışıldığı görülmektedir. AİHS m. 2 ve 3 kapsamına girebilecek fiillere dair ise herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu bakımdan açıklamalarda muğlaklık söz konusudur.

- Sorumsuzluk teyidinin, kesin bir biçimde ve yalnızca 15 – 16 Temmuz 2016 darbe girişimine karşı faaliyetleri kapsadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla zaman bakımından yalnızca bu iki günle sınırlı, daha öncesini ve daha sonrasını kapsamayan bir düzenlemenin varlığı yetkililerce vurgulanmıştır.

³⁸ Ersan Şen, **OHAL KHK'ları ve “Sivil Cezazsızlık”**, <https://www.hukukihaber.net/ohal-khklari-ve-sivil-cezazsizlik-makale,5618.html>, Çevrimiçi, 18.02.2021.

³⁹ Şen, **OHAL KHK'ları ve “Sivil Cezazsızlık”**. Bununla birlikte Şen de aynı yazısının sonuç kısmında, söz konusu düzenlemeyi, muğlak ve geniş yoruma müsait, bu nedenle de yanlış anlaşılma ve toplumsal gerginliğe neden olma potansiyeli yüksek ve kanunilik ilkesine (belirsizliği nedeniyle) aykırı olarak nitelendirmekte ve kendi önerisi olan düzenleme örneklerini paylaşmaktadır.

⁴⁰ Aydın, **aynı eser**.

⁴¹ Fertilioğlu, **Sivillere Yargı Muafiyeti Mi?**, s. 677 – 680, 684 – 685, 685 – 687.

- Normun lafzında geçen terör eylemleri ifadesinin, darbe girişimi esnasında ve girişime katılanlarca gerçekleştirilen suçlar olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla 15 – 16 Temmuz 2016 tarihlerindeki darbe girişiminin içindeki suçlar hariç, herhangi bir terör eylemi bakımından bu hükmün uygulanamayacağı ifade edilmiştir.

- Normun kapsadığı zaman dilimi ve lafzında geçen terör eylemleri ifadesine yönelik açıklamalar, normun alanını, insan haklarına dayanan bir hukuk devleti bağlamında olumlu yönde sınırlamıştır. Ancak hangi fiillerin normun kapsamında olduğuna dair soru işareti ise bu açıklamalarla giderilememiştir.

Yukarıda zikrettiğimiz değerlendirmeler ışığında, norma dair görüş, eleştiri ve kaygıları ise şu şekilde belirtebiliriz:

- Hükmün niteliği konusunda çeşitli görüşler söz konusudur. Çıkış garantisi, özel bir hukuka uygunluk sebebi ve af öne çıkan kavramlardır.

- Normun belirsizliği ve geniş yorumlanmaya müsaitliği, ittifakla kabul edilmektedir.

- Yürütme organı yetkililerinin açıklamalarına karşın, normun, zaman bakımından 15 – 16 Temmuz 2016 tarihleri ile sınırlı şekilde uygulanmayacağı, gelecekte de uygulanabileceği endişesi önemli ölçüde yaygındır.

- Yürütme organı yetkililerinin açıklamalarına karşın, normun, 15 – 16 Temmuz 2016 tarihlerindeki darbe girişimi esnasındaki terör eylemleri ile sınırlı şekilde uygulanmayacağı, sair terör eylemlerine karşı uygulanabileceği endişesi yaygın olarak dile getirilmektedir.

- Normun kapsamına giren suç tipleri hususu tartışmalıdır. Bu meseleye dair en büyük endişe, hakların sert çekirdeğinde yer alan hakların ihlali durumunda dahi bu normun uygulanması tehlikesidir. Anayasa ve Türkiye'nin bağitlandığı uluslararası sözleşmeler gereğince normun, bu durumlarda uygulanamayacağı ifade edilmektedir.

III. TARİHTEN BİR ÖRNEK: 1850 SAYILI KANUN

Tarihteki benzer bir olay ya da kurum bağlamında yaşanan tartışmaların, günümüzdeki tartışmalara ışık tutmasına ve anlam arayışı içerisinde tarihteki benzer olaylara müracaat edilmesine sıklıkla rastlanılmaktadır. Biz de bu çerçevede, 1850 sayılı Kanun bağlamında, yasama çalışmalarına yansıyan tartışmaları zikrederek, inceleme konumuz bağlamında tespitlerimizi ifade edeceğiz.

Kanun layihasının gerekçesinde, ülkenin doğusunda 1930 yılının 20 Haziran – 1 Aralık tarihleri arasında vuku bulan isyanda, milis olarak kullanılan veya doğrudan isyanın tenkilinde çalışan kişiler tarafından gerçekleştirilen fiiller ve harekâtlar nedeniyle ihbar ve şikâyetlerin mevzu bahis olduğu belirtilmiştir. Buna göre, Cumhuriyet başsavcılıklarınca yürütülen takibatlar mevzuata göre ertelenememekte, dava ve ceza düşürülememekte ve hukuka uygunluk sebeplerine dair 765 sayılı TCK'nın 49. maddesi, şartları itibarıyla, bütün olaylara uygulanamamaktadır. Vatanın müdafaa ve muhafazası için yapılan eylemlerden dolayı gerek askeri kuvvetler mensuplarının gerek devlet memurlarının ve gerekse de aynı maksatla hareket eden kişilerin, takibata maruz kalmaları memleketin yüksek menfaatlerine uygun görülmediğinden, ilgili kanun layihasının düzenlendiği belirtilmiştir^{42 / 43}.

⁴² T. C. Başvekâlet Muamelat Müdürlüğü, "Sayı: 6/1480, 28.05.1931", **İşyan mıntakasında işlenen efağın suç sayılmamasına dair I 94 numaralı kanun lâyihası ve Adliye ve Dâhiliye Encümleri**

Kanun layihasına ilişkin Adliye Encümeni Mazbatasında, kanun layihası gerekçesi tamamen yerinde görülmüş ve ayrıca, her ne kadar ihbar ve şikâyetlerin çoğunluğunun uydurma olacağı ihtimali bulunduğu belirtilse de vatanın huzurunu ihlal eden bir isyanı tenkile iştirak eden kişiler hakkında takibat yapılmasının, toplumun menfaati ve cezanın amacı çerçevesinde uygun bulunmadığı ifade edilmiştir⁴⁴.

Dâhiliye Encümeni mazbatasında, layihada iki değişiklik yapıldığı göze çarpmaktadır. Bu değişikliklerden biri olan kanunun zaman bakımından kapsamını tayin meselesi, 1850 sayılı Kanun'un yasallaşması sürecinde, meclis genel kurul görüşmelerinde üzerinde durulan yegâne konu olmuştur. Buna göre layihadaki “*1 kânunuevvel 1930*” tarihi, “*bu kanunun neşri*” olarak değiştirilmiş keza “*Devlet memurları ve bunlarla birlikte*” ibaresinden sonra “*veya onların emrile ayrıca hareket*” ibaresi eklenmiştir^{45 / 46}. Dolayısıyla yapılan değişikliklerle kanunun zaman bakımından kapsamı genişletilmiş ve ayrıca konu bakımından da kamu görevlileriyle doğrudan birlikte hareket etmese de onların emri ile yapılan fiiller de kapsama alınmıştır.

Layihanın meclis görüşmelerinde ise, Dâhiliye Encümeni'nin normun kapsam tarihine dair yapmış olduğu değişiklik tartışma konusu olmuştur. Söz konusu tartışma, hukuki meselenin de can alıcı noktalarına temas etmesi itibariyle kanaatimizce önem arz etmektedir. Şöyle ki, Yozgat milletvekili Hamdi Bey, kanunun zaman bakımından kapsamının isyanın ortadan kaldırıldığı tarih olması gerektiğini, hiçbir af kanununda, kanunun yayımlandığı tarihe kadar işlenen suçların affedildiğine dair bir ibareye rastlanılmadığını, zira bu şekilde bir belirlemenin tehlikeli olma ihtimalinin olduğunu, kanun yayımlanmaya değin icra edilen fiil affedilmiştir denilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁷. Keza Hamdi Bey, hükümet teklifinin kabulünü yani kanunun 20 Haziran – 1 Aralık 1930 arası dönemi kapsamasını önermiştir.

Hamdi Bey'in teklifi üzerine Dâhiliye Vekili Şükrü Kaya tarafından, belirtilen tarihten görüşmelerin yapıldığı güne kadar hala devam eden hadiselerin olduğu ifade edilerek

mazpataları, s. 1, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c003/tbmm0403032ss0057.pdf>, Çevrimiçi.

⁴³ Mıntaka – mıntika, mazpata – mazbata, encümeleri – encümenleri gibi kelimeler, orijinal kaynağındaki gibi yazılmıştır.

⁴⁴ T. B. M. M. Adliye Encümeni, “Karar No. 6 Esas No. 1/94, 06.06.1931”, **İşyan mıntakasinda işlenen efaflın suç sayılmamasına dair I 94 numaralı kanun lâyihası ve Adliye ve Dâhiliye Encümeleri mazpataları**, s. 2, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c003/tbmm04003032ss0057.pdf>, Çevrimiçi.

⁴⁵ T. B. M. M. Dâhiliye Encümeni, “Karar No. 6 Esas No. 1/94, 01.07.1931”, **İşyan mıntakasinda işlenen efaflın suç sayılmamasına dair I 94 numaralı kanun lâyihası ve Adliye ve Dâhiliye Encümeleri mazpataları**, s. 2, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c003/tbmm04003032ss0057.pdf>, Çevrimiçi.

⁴⁶ Dâhiliye Encümeninin tadili ile ortaya çıkan metin aşağıdaki gibi olup değiştirilen ve eklenen ibareler daha kolay anlaşılabilmesi adına tarafımızca koyu hale getirilmiştir. Bkz: aynı yer, s. 3.

“*MADDE 1 — Erçiş, Zilân, Ağrıdağ Havalisinde vuku bulan isyanla, bunu müteakip birinci umumî müfettişlik mıntakası ve Erzincanın Plümür kazası dâhilinde yapılan takip ve tedip hareketleri mü-nasebetlerle 20 Haziran 1930 dan bu kanunun neşri tarihine kadar askerî kuvvetler ve Devlet memurları ve bunlarla birlikte veya bunların emrile ayrıca hareket eden bekkî, kocu, milis ve ahali tarafından isyanın ve bu isyanla alâkadar vakaların tenkili emrinde gerek müstakilen ve gerek müş-tereken işlenmiş efafl ve harekât suç sayılmaz.*”

⁴⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi, **4. Dönem 3. Cilt 32. Birleşim**, s. 242, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.sayfa_getir?sayfa=242:243&v_meclis=1&v_donem=4&v_yasama_yili=&v_cilt=3&v_birlesim=032, Çevrimiçi.

ikinci bir kanun çıkarmaya gerek olmaması adına kapsamın kanunun yayımlandığı tarih olması gerektiği savunulmuştur.

Akabinde Hamdi Bey bir kez daha, kapsamın kanunun yayımlandığı tarihe kadar olması durumunun çok tehlikeli olduğunu, süre değiştirilse bile yine de belirli bir tarihin belirtilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Dahası kanun bir ay sonra yürürlüğe girse ve o ana değin birtakım kimseler öldürülmüş olsa bu fiillerin de mi affedileceğini sorarak itirazlarını yinelemiştir⁴⁸.

Şükrü Kaya son olarak, adi suçların kapsama dâhil olmadığını, burada söz konusunun “siyasi meseleler” olduğunu, dolayısıyla terim olarak öldürmenin değil imhanın – eşkiyanın imhasının – tercih edilmesi gerektiğini ve sürenin uzatılması gerektiğini, bu bakımdan örneğin – görüşmeler 20 Temmuz 1931 günü sürmekte iken - Ağustos ya da Ekim ayının belirlenebileceğini beyan etmiştir.

Hamdi Bey ise son olarak, kanunun zaman bakımından kapsamına, gelecekteki bir tarihi alamayacağını ifade etmiştir.

Tüm bu tartışmaların neticesinde kanun, hükümetin teklifi doğrultusunda, bir başka ifade ile Dâhiliye Encümeni tarafından yapılan değişikliklere itibar edilmeksizin yasalasmıştır. Biri yürürlük ve biri de yürütme maddesi olmak üzere toplam 3 maddeden müteşekkil 20.07.1931 tarihli ve 1850 sayılı İsyân Mıntakasında İşlenen E’f’alin Suç Sayılmayacağına Dair Kanun’un⁴⁹ ilk maddesi aşağıdaki gibidir:

“Madde 1 — Erciş, Zilân, Ağrıdağ havalisinde vuku bulan isyanla, bunu müteakip birinci umumî müfettişlik mıntakası ve Erzincanın Plümür kazası dahilinde yapılan takip ve tedip hareketleri münasebetlerle 20 haziran 1930 dan 1 kânunuevvel 1930 tarihine kadar askerî kuvvetler ve Devlet memurları ve bunlarla birlikte hareket eden bekçi, korucu, milis ve ahali tarafından isyanın ve bu isyanla alâkadar vak’aların tenkili emrinde gerek müstakillen ve gerek müştereken işlenmiş e’fal ve harekât suç sayılmaz.”

Tüm bu bilgiler ışığında, 1850 Kanun’da düzenlenen sorumsuzluk teyidine dair aşağıdaki sonuçlara ulaşmaktayız.

- Meclis görüşmeleri esnasında norma dair bir eleştiri mevcut olmamıştır; ancak zaman bakımından kapsamın genişletilmesine dair teşebbüs, bir milletvekilinin ısrarları ile önlenmiştir. Dolayısıyla sorumsuzluk teyidinin zaman bakımından kapsamının hayli önemli olduğu bir kez daha anlaşılmaktadır.
- Esasen söz konusu düzenleme, zaman aralığı belirtmesi, isyan ve isyanla alakalı olayları kapsadığını ifade etmesi “ve devamı” gibi bir ifadeye yer vermemesi nedenleriyle muğlak değildir ve bu bakımdan belirlilik ilkesine aykırı görünmemektedir.
- Bununla birlikte konu bakımından kapsam itibarıyla hayli olumsuz bir tablo karşımıza çıkmaktadır. Madde metninde kullanılan tenkil⁵⁰ kelimesi dahi başlı başına bir sorun iken hükmün - özellikle meclis görüşmeleri de çerçevesinde - isyanın bastırılmasıyla bağ-

⁴⁸ Türkiye Büyük Millet Meclisi, **4. Dönem 3. Cilt 32. Birleşim**, s. 243, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.goruntule?sayfa_no_ilk=242&sayfa_no_son=243&sayfa_no=243&v_meclis=1&v_donem=4&v_yasama_yili=&v_cilt=3&v_birlesim=032, Çevrimiçi.

⁴⁹ 29.07.1931 tarihli ve 1859 sayılı Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1859.pdf>, Çevrimiçi.

⁵⁰ Türk Dil Kurumu, tenkil kelimesinin sözlük anlamı olarak şunları belirtmektedir: 1) Uzaklaştırma. 2) Herkese örnek olacak bir ceza verme 3) Düşman veya zararlı kimseleri topluca ortadan kaldırma. Keza tenkil etmek ibaresinin anlamı olarak ise kelimenin 3 numaralı anlamının master kullanımı gösterilmektedir.

lantılı olmak koşuluyla her türlü fiili kapsadığı ya da en azından bu bakımdan güçlü bir izlenim bıraktığı söylenebilir.

- Hukuki nitelik bağlamında ise, özellikle gerekçe ve encümen raporlarında, düzenlemenin bir muhakeme engeli olarak düşünüldüğü anlaşılmaktadır. Buna karşın madde metninde yalnızca maddi hukuka dair bir sonuç yani “*suç teşkil etmeme*” ifadesi yer almıştır. Dolayısıyla muhakeme engelinden madde metninde açıkça bahsedilmemiştir. Hükümün af niteliğinde olduğu da görüşmeler esnasında dile getirilmiştir. Dolayısıyla yukarıda zikredilen bilgiler ışığında hukuki niteliği tespit mümkün olmamaktadır.

IV. KARŞILAŞTIRMALI – TARİHSEL YORUM İÇİN BİR ÖRNEK: UZUN BİÇAKLAR GECESİ VE DEVLET MEŞRU SAVUNMASININ TEDBİRLERİ HAKKINDA KANUN

A. Uzun Bıçaklar Gecesi ve 3 Temmuz 1934 Tarihli Devlet Meşru Savunmasının Tedbirleri Hakkında Kanun

Bir sorumsuzluk teyidi olarak karşılaştırmalı hukuktan zikredebileğimiz örnek, nasyonal sosyalist Almanya’da, “Uzun Bıçaklar Gecesi” (*Nacht der langen Messer*) ya da bir diğer adıyla Röhm darbe girişimi (*Röhm – Putsch*⁵¹) sonrasında 03.07.1934 tarihinde çıkarılan, Devlet Meşru Savunmasının Tedbirleri Hakkında Kanun’dur (*Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr*).

20. yüzyılın kısa tarihinde Dünya, Avrupa merkezli olarak bir alt üst olma süreci yaşamıştır. “Karanlık Kıta”⁵² Avrupa’daki olayların merkezinde ise Almanya’nın yer aldığını söylemek mümkündür. Militan demokrasi anlayışı, Anayasa’nın değiştirilemeyecek hükümleri var mıdır sorunsalı, parlamenter demokrasileri korumaya yönelik kurumsal ve normatif düzenlemeler, büyük ölçüde Weimar Cumhuriyeti deneyiminden/mirasından etkilenmiştir. Keza bu dönem ve devamındaki nasyonal sosyalist iktidar dönemi, ceza hukuku ve diğer sosyal bilim dalları bakımından da önemli gelişmelerin yaşandığı yıllardır. Bununla birlikte cumhuriyet ilanının, savaş sonrası Almanya’nın yaşadığı toplumsal, sınıfsal, politik ve ekonomik sorunları çözmede etkisi son derece sınırlı kalmış ve Weimar Cumhuriyeti, krizler içindeki bir cumhuriyet olmuştur. 1929 Ekonomik Krizi’nden yine en çok etkilenen ülkelerin başında Weimar Cumhuriyeti gelmiştir.

Weimar Cumhuriyeti’ndeki partilere ilişkin olarak Sigmund Neumann, partilerin birbirleriyle iletişim kurmak yerine (bunu müzakere olarak da kabul edebiliriz) karşı karşıya

⁵¹ “*Putsch (der)*” kelimesinin sözlük anlamı, (genellikle askeri personelden oluşan) bir küçük grubun iktidarı devralmaya yönelik icra ettiği darbedir. Bir başka deyişle kısaca bu kelime, Türkçe’deki darbe kelimesinin karşılığıdır. Bkz: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Putsch#Bedeutung-1>, Çevrimiçi. Keza “*Putschversuch (der)*” ise darbe teşebbüsü anlamındadır. <https://www.duden.de/rechtschreibung/Putschversuch>, Çevrimiçi. Bununla birlikte Alman politik tarihi için önem arz eden kimi iktidarı ele geçirme girişimleri, gerçek anlamda bir darbe teşebbüsü olsa da, Alman dilinde olay adı – Putsch kombinasyonu ile adlandırıldığı görülmektedir. Örneğin *Röhm – Putsch* dışında, Hitler’in birahane darbesi olarak adlandırılan 1923 yılındaki darbe teşebbüsü *Hitlerputsch*, keza 1920 yılındaki sağcı darbe girişimi olan Kapp olayı da *Kapp – Putsch* olarak adlandırılmaktadır. Ancak Türkçe’deki adlandırmanın ise darbe girişiminin başarılı olup olmasını vurguladığı görülmektedir: 1980 darbesi, Talat Aydemir darbe girişimleri gibi. Dolayısıyla *Putsch* kelimesinin doğrudan anlamı nedeniyle *Röhm – Putsch* olayının başarıya ulaşmış bir darbe olarak anlaşılması hatalı olur.

⁵² Mark Mazower, **Karanlık Kıta: Avrupa’nın Yirminci Yüzyılı**, Çev: Dilek Cenkçiler, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2010.

gelmeyi tercih ettiğini ifade etmektedir⁵³. Yani müzakerenin başlıca temsilcileri olan siyasi partiler, müzakereye en büyük darbeyi vuran yapılar olmuşlardır. Keza hemen her siyasi parti, bir milis örgütlenmesine sahiptir. Nasyonal sosyalistler için “*Die Sturmabteilung (SA)*”, komünistler için “*Roter Frontkämpferbund (Rot Front)*”, sosyal demokrat ve merkez partiler için “*Reichsbanner Schwarz – Rot – Gold*”, aşırı milliyetçiler için “*Stahlhelm*” bu bağlamda zikredilebilir⁵⁴. Uzun Bıçaklar Gecesi olaylarının merkezinde ise SA yer almaktadır.

30.01.1933’te Hitler iktidara geldikten sonra, aşama aşama devletin NSDAP ile özdeşleştirilmesi, devlet – parti kaynaşması süreci yaşanmıştır⁵⁵. Ancak bu sürece bir nevi koşturucu şekilde de devlet tarafından partinin ehlileştirilmesi ve ordu ile büyük sermaye çevrelerinde rahatsızlık kaynağı olan, parti içindeki aşırılık yanlılarının temizlenmesi süreci başlamıştır⁵⁶. İşte bu sürecin sonunda, 30 Haziran ile 2 Temmuz 1934 tarihleri arasında SA’nın önemli liderleri – başta Ernst Röhm olmak üzere – ve pek çok üyesi, darbe girişimi iddiası üzerine, yargısız infazlar ile tasfiye edilmişlerdir⁵⁷. Ancak o hengâme içerisinde tasfiye edilenler yalnızca Röhm ve arkadaşları olmayıp nasyonal sosyalist iktidar ile kerhen işbirliği içindeki monarşist – tutucu muhafazakâr kesimin önde gelenleri de - başta eski şansölye von Schleicher olmak üzere – öldürülmüşlerdir⁵⁸.

Uzun Bıçaklar Gecesi’nin ardından ise çalışmamız bağlamında son derece önemli olan bir kanun kabul edilmiştir. Şansölye Adolf Hitler, İçişleri Bakanı Wilhelm Frick ve Adalet Bakanı Franz Gürtner tarafından imzalanan bu tek maddeden müteşekkil kanun⁵⁹, 03.07.1934 tarihli Devlet Meşru Savunmasının Tedbirleri Hakkında Kanun’dur (*Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr*)⁶⁰:

⁵³ Mazower, **Karanlık Kıta**, s. 31.

⁵⁴ Colin Storer, **Weimar Cumhuriyeti’nin Kısa Tarihi**, Çev: Sedef Özge, İkinci Baskı, İstanbul, İletişim, 2015, s. 94 - 95.

⁵⁵ Daniel Guerin, **Faşizm ve Büyük Sermaye**, Çev: Bülent Tanör, İstanbul, Habitus Yayıncılık, 2012, s. 153 – 154, 57 – 160.

⁵⁶ Guerin, **Faşizm ve Büyük Sermaye**, s. 161 – 162, 166 – 170.

⁵⁷ Guerin, **Faşizm ve Büyük Sermaye**, s. 170 – 171; Karl Loewenstein, **Law in the Third Reich**, The Yale Law Journal, Vol. 45, No. 5, Mar., 1936, s. 811.

⁵⁸ Guerin, **Faşizm ve Büyük Sermaye**, s. 177 – 178.

⁵⁹ *Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr*, bir kanundur. Üç kişinin imzaladığı metnin, nasıl olup da “kanun” formunda olduğuna dair akıllarda soru işareti belirebilir. 23 Mart 1933 tarihli Halkın ve Devletin Sıkıntılarını Ortadan Kaldırmaya dair Kanun (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Staat*) ile hükumete kanun çıkarma yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle ki söz konusu kanun kısaca, Yetkilendirme Kanunu (*Ermächtigungsgesetz*) olarak anılmaktadır. *Ermächtigungsgesetz*, Weimar Cumhuriyeti’nin yıkımı ve nasyonal sosyalist Almanya’nın doğuşu bakımından belirleyici aşamalardan biridir. *Ermächtigungsgesetz*’in kapsamı, yapılan değişiklikler, amacı ve anlamı hakkında ayrıca bkz: Sabine Stampf, **Das Delikt des Hochverrats im NS – Staat, in der DDR und in der Bundesrepublik Deutschland, Inaugural-Dissertation**, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, Münster, 2016, s. 117 – 118; Storer, **Weimar Cumhuriyeti’nin Kısa Tarihi**, s. 228 – 230.

⁶⁰ Reichsgesetzblatt I, s. 529, Çevrimiçi, <https://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=dra&datum=1934&page=643&size=45>, 28.03.2021.

“Reich hükümeti, aşağıdaki yasanın kabul edildiğini ilan eder.

30 Haziran, 1 Temmuz ve 2 Temmuz 1934 tarihlerinde gerçekleşen vatana ihanet ve casusluk⁶¹ niteliğindeki saldırıları bastırmaya yönelik icra edilen önlemler, devlet meşru savunması olarak hukuka uygundur.⁶²”

Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr, II. Dünya Savaşı'ndan sonra, 30 Ocak 1946 tarihli ve 11 sayılı Müttefik Kontrol Konseyi Kanunu m. 2/1 - c uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır⁶³.

B. Devlet Meşru Savunmasının Tedbirleri Hakkında Kanun'a Dair Görüşler

Ünlü hukukçu Schmitt'in, henüz olayın üzerinden 1 ay geçmeden, Uzun Bıçaklar Gecesi ve Hitler'in 13.07.1934 tarihli konuşması üzerine yazdığı “Führer Hukuku Korur⁶⁴”

⁶¹ Kanunun orijinal metninde, “hoch – und landesverräterischer Angriffe” şeklinde saldırıların tanımlandığı görülmektedir. Bu noktada terminolojik bir açıklamaya ihtiyaç duyuyoruz. “Hochverrat”, Türkçedeki “vatana ihanet” kavramına karşılık gelmektedir. Bkz: Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) (Açıklamalar, Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2015, s. 548. “Ver-rat” kelimesi ise ihanet anlamındadır. Bkz: Yenisey, Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, s. 573. Bu çerçevede “Hochverrat”, İngilizcedeki “High Treason” kavramının karşılığıdır. Türkçede ise vatana ihanet ile karşılanmaktadır. Bugünkü Alman Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabının birinci bölümünün ikinci faslı “Hochverrat” olarak adlandırılmakta ve 81 ila 83a maddelerinden (sırasıyla federal devlete ihanet, bir eyalete karşı ihanet, bir ihanet girişimi hazırlığı ve etkin pişmanlık) oluşmaktadır. Madde metinleri için bkz: Yenisey, Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, s. 150 – 152.

Kanun metninde geçen “Landesverrat” kavramı ise, kelimeyi oluşturan “Land” ve “Verrat” kelimelerinin anlamını düşündüğümüzde, birebir çeviri ile “ülkeye ihanet” demektir. Bununla birlikte, “Landesverrat”, ceza hukuku bakımından teknik bir anlama gelmekte olup bu anlam da casusluktur. Bkz: Yenisey, Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, s. 174, dp. 65. Keza Alman Ceza Kanunu'nun 94. maddesi “Landesverrat” başlığını taşımakta ve casuslukla ilgili fiilleri cezai yaptırıma bağlamaktadır. Yine devam eden maddelerde de “Landesverrat” kavramı casuslukla ilgili fiiller bağlamında kullanılmıştır.

Biz de “Hochverrat” ve “Landesverrat” kavramlarının, ceza hukukundaki anlamları gözeterek çevirimizde “vatana ihanet ve casusluk niteliğindeki saldırıları” tabirini tercih ettik. Ancak bu noktada acaba 1934 yılında da söz konusu kavramlar, belirttiğimiz anlama mı gelmektedir sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun cevabı da evettir. Naziler tarafından, 24 Nisan 1934 tarihinde Alman Ceza Kanunu'nda değişiklikler yapılmıştır. Bu düzenleme ile özellikle “Hochverrat” ve “Landesverrat” kavramları ile ilgili suçlarda değişiklikler yapılmıştır. Kanunun 80 ila 87 maddeleri “Hochverrat”, 88 ila 93a maddeleri ise “Landesverrat” kavramının karşılığı olan suçlara ilişkindir. “Hochverrat” kavramı ile vatana ihanet suçları düzenlenmiştir. Örneğin değişiklik ile birlikte 80. maddede İmparatorluk'tan toprak ayırmak ya da anayasal düzeni değiştirmek gibi fiiller yaptırıma bağlanmıştır. 88. maddede ise “Landesverrat” kavramıyla bağlantılı olarak “verrat” kelimesi casusluk eylemleri bağlamında tanımlanmış ve takip eden suçlar da casuslukla ilintili şekilde oluşturulmuştur. 3 Temmuz 1934 tarihli kanunun terminolojik olarak atıfta bulunduğu, 24 Nisan 1934 tarihli kanunla değişik Alman Ceza Kanunu'nun 80 ila 93a maddeleri için bkz: Reichsgesetzblatt I, s. 341 – 342, Çevrimiçi, https://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?a_id=dra&datum=1934&page=455&size=45, 28.03.2021.

⁶² Kanunun orijinal hali ise şu şekildedir:

“Die Reichsregierung hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird:

Einzigiger Artikel

Die zur Niederschlagung hoch- und landesverräterischer Angriffe am 30. Juni, 1. und 2. Juli 1934 vollzogenen Maßnahmen sind als Staatsnotwehr rechtens.”

⁶³ Kanun metni için bkz: Stampf, **Das Delikt des Hochverrats**, s. 735 – 736.

(*Der Führer schützt das Recht*) yazısı, ilk olarak değinmemiz gereken yazıdır. Hemen belirtelim ki bu yazı, Schmitt'in Nazi iktidarına teşne olduğu dönemin ürünüdür ve aslında anılan kanunun hangi zihniyet koşullarında ve fiilen nasıl uygulandığını tahmin etmemize yarayan güzel bir örnektir.

Schmitt, öncelikle Alman İmparatorluğu'nun I. Dünya Savaşı'nı kaybetmesine neden olarak "*Arkadan Hançerlenme Efsanesini*" (*Dolchstoßlegende*) kabul etmiş görünmektedir. Zira ona göre, gerçek olmayan bir tarafsızlık ve içi boş bir yasallık içinde kendini yok eden Weimar Cumhuriyeti'nin aksine Hitler, bu durumdan gerekli dersi çıkarmıştır ki böylelikle o, yeni bir devlet ve yeni bir düzen kurmaktadır⁶⁵. Yine Schmitt'e göre "*Führer*", "*Alman halkının en yüksek yargıci*" olarak en acil durumda en yüksek hukuku korur ve onun yargıçlığı "*en yüksek derecedeki adli intikamı*" ortaya çıkarır⁶⁶. Bu açıklamaların ardından Schmitt'e göre tasarruflarının içeriğini ve kapsamını, Führerin kendisi belirleyecek olup 3 Temmuz 1934 tarihli yasa da onun edimlerinin zamansal ve konu bakımından kapsamlarını göstermektedir. 30 Haziran – 2 Temmuz 1934 tarihleri arasında, Führer tarafından yetkili kılınmamış, onun fiilleriyle bağlantılı olmayan her fiil, onun hukuku ne denli yüksek ve safsa, tam tersine o derece ve hatta daha beter bir haksızlıktır. Ayrıca ikircikli durumlarda, yetkili kılınmış ve kılınmamış fiiller arasındaki ayırım da mahkemelerin görevi değildir⁶⁷. Yine anılan günlerde Hitler, hareketin en yüksek politik önderi olarak ve suçun özel niteliği gereği de en yüksek yargıci olarak, astlarına, sadakatsizliklerinin kefaretni ödetmiştir⁶⁸. Sonuç olarak Schmitt'e göre Uzun Bıçaklar Gecesi günleri, bünyesindeki politik özden ayrı biçimde ve belirli ceza muhakemesi metotları içerisinde, "*saf adli suç tipi*" ya da "*tipte uygun olmayan*" olarak yalıtılarak düşünülemez. Böylesi metotlarla hiçbir yüksek politik süreç yargılanamaz⁶⁹.

Bir diğer ünlü hukukçu ve Nazi rejiminden kaçmak zorunda kalan Loewenstein da, *Drittes Reich'ta* hukuku ele aldığı ünlü makalesinde – *Law in the Third Reich* - konuya değinmiştir. Loewenstein, 30 Haziran 1934'teki kan temizliğinde, adil yasal süreçleri ve eşit korumayı yadsımanın doruk noktasına çıktığını belirtir⁷⁰. Esasen bir devrimci hadise olarak politik düşmanların tasfiyesi, hukuki açıklamaların ötesine geçmektedir. Buna karşın yazar, bu saf politik eylem için yine de yasal olarak hukuka uygunluk durumu yaratıldığına işaret eder. Loewenstein'a göre bu kanun, güvence talep eden aynı kişiden doğan bir güvence yasasının eşsiz bir örneğidir⁷¹. Keza bu geriye dönük yasama tasarrufu ve hukuka uygun hale getirme, Hitler ve yoldaşlarının hukukun üstünlüğünün ötesinde olduklarını kanıtlamaktadır. Bir kişinin politik niyetlerine karşılık geldiği müddetçe pozitif hukuk geçerli oluyorsa, o halde bu durum, açık bir şekilde kuvvetler ayrılığının ve hukukun üstünlüğünün bütünüyle reddedildiği anlamına gelmektedir⁷². Dolayısıyla 30 Haziran'daki fiillerin geçmi-

⁶⁴ Carl Schmitt, *Der Führer schützt das Recht (Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934)*, Deutsche Juristen – Zeitung, Heft: 15, 39. Jahrgang, Berlin, 01.08.1934.

⁶⁵ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, Bölüm I - s. 946 – 947.

⁶⁶ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, Bölüm II - s. 947.

⁶⁷ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, Bölüm III - s. 948 - 949.

⁶⁸ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, Bölüm IV - s. 949.

⁶⁹ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, Bölüm V - s. 949.

⁷⁰ Loewenstein, *Law in the Third Reich*, s. 810.

⁷¹ Loewenstein, *Law in the Third Reich*, s. 811.

⁷² Loewenstein, *Law in the Third Reich*, s. 811.

şe yürürlüğünün işaret ettiği husus, nasyonal sosyalist hukuk kavrayışında, cezai meselelerde hukuksuz bir genel adalet uygulayışının başlangıcıdır⁷³.

3 Temmuz 1934 tarihli kanun, 1950’li yıllarda da bir hukuki tartışmanın konusu olmuştur. Dr. Richard Schmid, *Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr* altındaki üç imzadan birine sahip olan Adalet Bakanı Franz Gürtner’in, anılan kanunu imzalayarak “*Alman suç tarihindeki, en korkunç suça yataklığı gerçekleştirdiğini*” belirtmiştir⁷⁴. Bu sözler üzerine ise Franz Gürtner’in oğlu avukat Fritz Gürtner tarafından bir cevabi yazı kaleme alınmıştır. Fritz Gürtner, Uzun Bıçaklar Gecesi’nde hem SA liderlerine ve militanlarına hem de bu olaydan istifade ile politik muhaliflere karşı şiddet uygulandığını ifade etmektedir. Ancak ona göre, meşru devlet düzenine yönelik saldırıları önleme amacının dışında mevzu bahis şiddet kanun kapsamında değildir. Örneğin SA mensuplarının tutuklanması anılan yasaya uygun iken bu kişilerin kurşuna dizilmesi yasanın kapsamı dışındadır. Zira tutuklanmış SA militanlarının devlete yönelik bir saldırıları olamayacağından, bir saldırının bastırılmasından da bahsedilemez⁷⁵.

Fritz Gürtner, bu açıklamaları ile meseleye dar bir normatif bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Çünkü ona göre, yasanın amacı, Alman Ceza Kanunu’nun meşru savunmaya ilişkin eski 53. maddesinin, devletin menfaatlerini de kapsamasını sağlamaktır. Ancak nasyonal sosyalistler, devlet zorunluluk haliyle hiçbir ilgisi olmayan suçlarını, anılan kanunu paravan olarak kullanarak meşrulaştırmaya çalışmışlardır. Yargının sorumluları cezalandırmaya yönelik girişimleri ise Hitler ve nasyonal sosyalistler tarafından engellenmiştir⁷⁶. Yine Fritz Gürtner, SA’nın devlet kontrolü dışında toplama kampları kurmasının ve SA’nın kendi polis gücünü oluşturmasının vatana ihanet teşkil ettiğini ifade etmektedir. Röhm’ün tutuklanması düşünülen hükümet üyeleri listesi hazırlaması da cabasıdır. Ona göre, kabinenin isteği uyarınca Adalet Bakanlığı bir yasa hazırlayıp eski 53. madde uyarınca gerçekleşen eylemleri hukuka uygun kabul ederek, o devrimci kargaşa günlerinde bastırmaya dair eylemlere dönük bakış açısını sınırlamıştır⁷⁷.

Hemen ifade edelim ki, derginin yazı işleri, Fritz Gürtner’in görüşlerine yer verdikten sonra, onun babasını müdafaa etmesi her ne kadar anlaşılabilirse de, yapılanların yasalık ya da yasa koyucunun iradesi paravanları ile meşrulaştırılmayacağını ayrıca belirtmiştir. Keza yazı işleri, ünlü hukukçu Radbruch’un da Bakan Franz Gürtner hakkındaki değerlendirmesine bu bağlamda yer vermiştir. Radbruch, genel itibarıyla daha önceden meydana gelen tüm dehşet verici ve keyfi eylemler gözden kaçırılabilirse dahi, Bakan Franz Gürtner zihninin, söz konusu yasa vasıtasıyla, sözde Röhm darbesini bastırmaya dair önlemler adı altında, işlenen suçları hukuka uygun hale getirme çabası ile yüklü olduğunu ifade etmiştir⁷⁸.

C. 1930’lu Yıllarda Devlete Ait Hukuki Değerlerin Bireyler Tarafından Korunması Hakkındaki Görüşler

Geleneksel olarak devlet teorisinde ve anayasa hukuku problemi olarak ele alınan olağanüstü hal meselesi, Weimar Cumhuriyeti döneminde, ceza hukuku bağlamında da

⁷³ Loewenstein, *Law in the Third Reich*, s. 812.

⁷⁴ Bu sözleri aktaran Fritz Gürtner’dır. Bkz: Fritz Gürtner, “*Das Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr vom 3. Juli 1934*”, *JuristenZeitung*, 9. Jahrg., Nr. 23/24, 10. 12. 1954, s. 763.

⁷⁵ Gürtner, *Das Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr vom 3. Juli 1934*, s. 763 – 764.

⁷⁶ Gürtner, *Das Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr vom 3. Juli 1934*, s. 764.

⁷⁷ Gürtner, *Das Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr vom 3. Juli 1934*, s. 764.

⁷⁸ Yazı işleri notu için bkz: Gürtner, *Das Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr vom 3. Juli 1934*, s. 764.

tartışılmıştır. İçtihadın genelde “*Staatsnotstand*” kavramı ile hukuka uygunluğu kabul ettiği belirtilmektedir⁷⁹. Nasyonal sosyalist iktidar döneminde ise Alman ceza hukuku doktrininde (bilhassa 1934 – 1937 yılları arasında, sanırız ki *Röhm – Putsch* etkisiyle), 1930’lu yılların başından itibaren çok çalışılmaya başlanılmış olan devlet meşru savunması (*Staatsnotwehr*) ve devlet zorunluluk hali (*Staatsnotstand*) kavramları ile bu kavramları birleştiren bir üst kavram olarak devlet acil durum yardımı (*Staatsnothilfe*) üzerine ardi ardına doktora tezleri yazılmıştır⁸⁰.

1936 yılında savunduğu “Meşru Savunma, Devletin Meşru Savunması ve Devletin Zorunluluk Hali” “(*Notwehr, Staatsnotwehr und Staatsnotstand*)” adlı doktora tezinde Baron, bireylerin devlet lehine meşru savunmada bulunabileceğini kabul etmiştir. Yazar, bu konudaki tezlerini şu şekilde özetlemiştir⁸¹:

1- Devlet meşru savunması, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilir. Bu sonuca, o dönemin meşru savunmayı düzenleyen 53. maddesinin amaçsal yorumuyla ulaşılabilir.

2- Topluluğun tüm menfaatleri saldırıya uğrayabilir ve hukuk düzeni de saldırıya uğramaya elverişli olduğu gibi savunulmaya da elverişli bir hukuki değerdir. Ancak topluluğun daha düşük nitelikli değerleri, bireyler tarafından savunulma imkânından hariç tutulmalıdır. Bu bakımdan örneğin, bu tür değerlere yönelik saldırının meni başka türlü mümkün olmasa dahi, saldırganın yaşamının ortadan kaldırılması söz konusu olamaz.

3- Filhal saldırı koşulu geniş yorumlanmalıdır. Topluluğa yönelik saldırı hazırlığı da meşru savunma için yeterlidir.

4- Topluluğun menfaatlerine yönelik her saldırı, hukuka aykırıdır.

5- Savunma, yalnızca tali bir yetkidir. Liderliğin (*die Führung*) açık iradesi hilafına savunma yapılamaz.

6- Devlet meşru savunması, savunma araçlarının seçiminde amaç dışına çıkılmasını sağlamaz. Araçların seçiminde, tartım mecburiyeti bulunmaktadır.

7- Hareketin hukuka uygunluğu, öncelikle fiil anındaki savunma iradesinin varlığı ile ve bir hakiki /samimi zihnin gerçekliği ile temellenir.

Yazar, neticede aşağıdaki düzenlemeyi önermektedir⁸²:

⁷⁹ Hans - Ullrich Paeffgen, Benno Zabel, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen)**, 5. Auflage, Baden – Baden, 2017, § 32ff/179 ve içtihat örnekleri için dp. 983.

⁸⁰ Hinrich Rüping, **Bibliographie zum Strafrecht im Nationalsozialismus**, München, R. Oldenbourg Verlag, 1985, s. 89. Burada, bu konuya ilişkin 5 doktora tezi gösterilmiştir. Ancak ne yazık ki eski tarihli olmaları nedeniyle eserlere, Türkiye’den elektronik kaynak vasıtasıyla erişimimiz mümkün olmadı. Yalnızca İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi vasıtasıyla, Paul Baron, **Notwehr, Staatsnotwehr und Staatsnotstand**, Emsdetten, Druckerei Heinr & J. Lechte, 1936, die Universität Köln – 1936, doktora çalışmasına erişebildik.

Yine 1932 yılında yazılmış 1 doktora tezi için bkz: Vera Haider, **Rechtfertigung im Allgemeininteresse (Expose)**, Wien, 2020, https://ssc-rechtswissenschaften.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_rechtswissenschaft/Doktoratsstudium_PhD/Expose1/Strafrecht/Rechtfertigung_im_Allgemeininteresse.pdf, Çevrimiçi, 20.02.2021, s. 2, dp. 10.

Anılan eserler bağlamında 1930’lu yıllarda bahsi geçen kavramlara yüklenen anlamlar ve genel kabuller, ceza hukuku ile hukuk tarihini birleştiren ve kaynaklara erişim bağlamında yurt dışı araştırmamı da gerektiren başlı başına bir çalışma konusudur.

⁸¹ Baron, **Notwehr, Staatsnotwehr und Staatsnotstand**, s. 31 – 32.

⁸² Baron, **Notwehr, Staatsnotwehr und Staatsnotstand**, s. 46.

“Her kim, topluluğun bir menfaatini, tehdit eden bir tehlikeden korumak ya da hâlihazırda bir tehlikeden kurtarmak amacıyla, yükümlülüğe uygun şekilde tartılmış zorunlu araçlarla, devletin koruma vasıtalarının yokluğunda, topluluğa yardım saikiyle tipik bir fiil işlerse, hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Halkın önderliğinin açıkça bilinen iradesine aykırı bir fiil, yasaktır.”

Baron, devlet meşru savunması kavramına o kadar taraftardır ki, bunun yalnızca bireylere bir hak vermediğini aynı zamanda bir yükümlülük de oluşturduğunu ve topluluğun menfaatlerine yönelmiş saldırıya karşı ihmal göstermenin cezalandırılabilceğini ifade etmektedir⁸³.

Ancak ifade etmek gerekir ki, 3 Temmuz 1934 tarihli yasa ile uygulamada anlamını bulan ve ifade ettiğimiz üzere doktrinden de destek gören devlet meşru savunması kavramı, Naziler tarafından dahi kuşuyla karşılanmıştır. Örneğin Nasyonal sosyalist yeni devlete uygun bir ceza kanunu hazırlamak için görevlendirilen “*Resmî Ceza Hukuku Komisyonu*” (“*die amtliche Strafrechtskommission*”), bireylere özgü devlet meşru savunması hakkını, gelecekteki ceza kanununda yer almasını yasaklamadıysa da - reddetmiştir. Komisyon üyelerinden Klee’ye göre, otoriter Führer devletinde yetkisiz kişilerce devletin temsil edilmesi için bir boşluk bulunmamaktadır; devlet kendini koruyabilir ve dahası - kanımızca en önemlisi – bu kavramın kötüye kullanılma tehlikesi bulunmaktadır⁸⁴. Keza geleceğin ünlü ve gaddar *Volksgericht* yargıcı Freisler’in bile kavram hakkında şüphe dolu olduğunu ifade etmemiz sanırız ki çarpıcı olacaktır. Öyle ki Freisler, bireylere devlet meşru savunması hakkının tanınmasının, “*bir genel suçla mücadelede hakkı (ein allgemeines Recht der Verrechensbekämpfung)*” ortaya çıkarmasından endişe etmektedir⁸⁵. Hemen belirtelim ki kamusal değerlerin ve bu çerçevede devlete ait değerlerin bireyler tarafından savunulması meselesinde, meşru savunmayı genel polislik normuna, vatandaşları ise yardımcı polise dönüştürme noktasındaki haklı eleştiri bugün hâkim fikirdir. İlginç olan ise Freisler gibi en fanatiklerden bir Nazi hukukçusunun dahi bu tehlikeye dikkat çekmesidir.

D. Değerlendirme

Bu başlık altında devlet meşru savunması kavramına değinmeyeceğiz. Zira bu konuyu aşağıda güncel görüşler etrafında ele alacağız. *Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr* ise, nasyonal sosyalist dönemin hukuk tarihi açısından en ilginç düzenlemelerden biridir. Uzun Bıçaklar Gecesi’nde gerek asıl hedef SA mensuplarına gerekse de politik muhaliflere karşı şekli bir yargılama dahi yapılmaksızın infaz yolu tercih edilmiştir. Ancak hemen ardından söz konusu yasa ile yaşananlara bir hukukilik perdesi çekme çabasına girilmiştir. Her ne kadar, yetkililerin açıklamaları ve söz konusu yasanın kabulü ile 30 Haziran – 2 Temmuz 1934 arasındaki eylemlerin sınırlanıp hukuka uygun kılma yönünde bir çaba göze çarpsa da, uygulamada sorumsuzluk esas olmuştur. Dolayısıyla anılan düzenleme de, keyfi eylemleri ve orantısız – hukuk dışı cebri güç kullanımlarını “*hukuka uygun kılma çabasına yönelik bir belge*” olmaktan öte gitmemiştir.

Uzun Bıçaklar Gecesi’ne dair değerlendirmelerde, Hitler’in 13 Temmuz 1934 tarihinde yaptığı konuşmaya da mutlak suretle değinilmektedir. Bu konuşmasında Hitler “*Bu anda ben, Alman halkının kaderinden sorumluydum ve dolayısıyla Alman halkının en yük-*

⁸³ Baron, *Notwehr, Staatsnotwehr und Staatsnotstand*, s. 46.

⁸⁴ Baron, *Notwehr, Staatsnotwehr und Staatsnotstand*, s. 32.

⁸⁵ Baron, *Notwehr, Staatsnotwehr und Staatsnotstand*, s. 33.

sek yargıcıydım⁸⁶” demiştir. Bu sözleri Hitler, neden olağan mahkemelerde isyancıların yargılanmadığı yönündeki tenkitler için söylemektedir. Keza bu ünlü konuşmasında Hitler, süreci kendi bakış açısına göre anlatıp, isyancıların doğrudan imha edildiğini belirtmiştir⁸⁷. Uzun Bıçaklar Gecesi ile Hitler, politik olarak iktidarını tahkim etmiştir. Zira SA liderlerinin tasfiyesi ile önemli bir politik rakip tasfiye edilmiş, “ikinci bir devrim” ihtimalinin bertaraf edilmesi ile ordu ve büyük sermayenin desteği sağlanmış ve muhafazakâr sağ politik rakipler de bu arada temizlenmiştir.

Hukuken her ne kadar şekli bir kanunilik zırhına hala ihtiyaç var gözüke de Hitler’in bu olay üzerine kendini “*Alman halkının en yüksek yargıcı*” ilan etmesi kayda değerdir. Nitekim Fraenkel nasyonal sosyalist Almanya’ya dair klasikleşen “*İkili Devlet*” kitabında, 3 Temmuz 1934 tarihli yasaya, Hitler’in diktatörlük yetkilerine ve bu yetkilerini tamamen keyfi bir şekilde kullanabileceğine dikkat çekmek için değinmiştir. Fraenkel, eleştirel bir biçimde, 3 Temmuz 1934 tarihli yasanın, yalnızca beyan edici bir niteliğe sahip olduğunu, Führerin her türden tedbiri almaya yetkisinin olduğunu, Führerin yetkisine dair hiçbir kısıtın bulunmadığını ve bu nedenle gelecekteki benzer bir olayda böylesi bir yasaya ihtiyaç olmayabileceğini zira nasyonal sosyalist Almanya’da yetki sorununun ve Anayasa sorununun kesinkes çözüldüğünü belirtmiştir⁸⁸. Keza yukarıda olayın hemen ardından Schmitt’in yaptığı değerlendirmeler hatırlanabilir. Bu görüşler, her şeyden evvel kanunilik ilkesinin çok açık bir şekilde tahrikidir. Yine Schmitt’in zikredilen görüşleri, sorumluluk teyitlerine dair olabilecek en tehlikeli yorum biçimidir. Bütün süreç hakkında tek bir kişinin iradesinin yegâne belirleyici olması, bir intikam hareketinin yargısal olarak nitelendirilmesi, ceza olarak kefarete ve intikamdan bahsedilmesi, yetkili – yetkisiz fiiller arasındaki ayrımı yapmanın mahkemelerin görevinde olmadığını söylenmesi, Nazi iktidarı dönemine özgü ve çağdaş hukuk düşüncesine göre kabulü olanaksız görüşlerdir.

3 Temmuz 1934 tarihli yasa, nasyonal sosyalist iktidarın gücünü tahkim etmesi bakımından sembolik değeri olduğu gibi Fraenkel’in terminolojisiyle tedbir devletine (*Maßnahmenstaat*) geçiş bakımından da bir dönüm noktasıdır demek abartılı olmayacaktır. Dikkat edilmelidir ki, 30 Haziran – 2 Temmuz arasındaki yaşananlar, kanunların uygulanmasından öte doğrudan Hitler tarafından yürütülen “*tedbirlerdir*”. Bu tedbirler bakımından tamamen keyfilik hüküm sürmektedir, yargısal süreçler ise tamamen devre dışı bırakılmıştır. Neticede ihanet suçlarını oluşturduğu iddia edilen eylemlere karşı, hukuksal vasıtalar işletilmeyerek tamamen olaya özgü ve keyfi tedbirler uygulanmıştır. Anlaşılmaktadır ki kanuniliğin yerini “*en yüksek yargıcın iradesi*” almaktadır.

Dahası *Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr*, Nazi hukuku var mıdır yok mudur tartışmaları bakımından da kritik derecede önemlidir. Bu noktada Radbruch Formülü, Hart – Fuller tartışması gibi klasik konulara yer vermek çalışmamızın kapsamını hayli artıracığından yalnızca şu tespitleri yapmakla yetineceğiz:

Radbruch “kinci muhbir” davaları çerçevesinde ünlü formülünü örneklendirmiştir. Ancak Kühl’ün isabetle işaret ettiği üzere, Radbruch Formülü’nün asıl uygulama alanı, kanun biçiminde gerçekleşen haksızlıklar karşısında pozitif – kanuni hukuka uygunluk

⁸⁶ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, Bölüm II - s. 946; Loewenstein, *Law in the Third Reich*, s. 812; Gürtner, *Das Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr vom 3. Juli 1934*, s. 764.

⁸⁷ Söz konusu konuşmanın metni için bkz: <https://archive.org/details/19340713AdolfHitlerReichstagsredeUeberDieEntstehungUndDenVerlaufDerSARevolte68m22s>, Çevrimiçi, 28.03.2021.

⁸⁸ Ernst Fraenkel, *İkili Devlet: Diktatörlük Teorisine Bir Katkı*, Çev: Tanıl Bora, İstanbul, İletişim, 2020, s. 40.

nedenlerinin tasfiyesidir⁸⁹. Her ne kadar Kühl, bu olayı örnek olarak göstermese de, muhtemelen Radbruch formülü eğer tatbik edilmek istenirse, bu bakımdan verilebilecek en iyi örneklerden biri 3 Temmuz 1934 tarihli yasa olacaktır.

Bilindiği üzere Fuller “*hukukun içsel ahlakından*” bahseder. Ona göre, hukuk kuralları birtakım özelliklere sahiptir, hukuku değerlendirecek ölçütler hukukun içinden, biçimsel niteliklerden ortaya çıkmaktadır⁹⁰. Dolayısıyla Fuller’in sekiz başlık altında saydığı ilkeler, asgari bir prosedürel doğal hukuk içeriği oluşturmaktadır. İşte bunlardan biri de hukuk kurallarının geçmişe yürümemesi kuralıdır. Fuller, bu ilkeyi açıklarken *Röhm – Putsch’a* da değinmiş ve 3 Temmuz 1934 tarihli yasayı, geriye yürürlü bir yasanın en vahim sonucu olan, “*haksızlıkları haklı hale getirme girişimi*” olarak değerlendirmiştir⁹¹. Yine Fuller, Nazi düzenlemelerinin hukukun içsel ahlakına aykırı olduğu noktada hukuk olmadığı kanaatini ileri sürmüştür. Bu bağlamda Fuller “*geçmişteki en kaba hukuki düzensizlikleri / usulsüzlükleri geçmişe etkili yasalarla meşru hale getirmeyi gelenek haline getiriyorsa, sahte bir kanuniliğin bile sınırlamalarından kaçmak için sokaklarda hiç kimsenin karşı koyamayacağı terör baskınlarına başvuruyorsa,... bu düzene hukuk adı vermeyi reddetmek, en azından, benim için zor değildir*”⁹² ifadeleriyle Nazi hukukunu reddederken, dayanaklarından birinin Uzun Bıçaklar Gecesi ve 3 Temmuz 1934 tarihli yasa olduğu çıkarımını yapabiliriz.

Bu noktada ayrıca belirtelim ki, bilindiği üzere ceza hukukunda lehe kanunun geriye yürümesi esastır ve Türk ceza hukukunda normatif düzlemde de (TCK m. 7) bu husus kabul edilmiştir. Keza AYM’nin yakın tarihli kararlarında, lehe kanunun geçmişe yürürlü şekilde uygulanmasının, Anayasa m. 38 bağlamında anayasal bir ilke olduğu da kabul edilmiş ve lehe kanunun geçmişe yürürlü şekilde uygulanmasına mani olan kanun maddeleri iptal edilmiştir⁹³. Dolayısıyla ilgili suça dair toplumdaki kabullerin değiştiğinin göstergesi olarak lehe kanun değişikliğinin geçmişe yürürlü şekilde uygulanması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Ancak 3 Temmuz 1934 tarihli kanunda ise böylesi bir durum değil, Fuller’in ifadesiyle “*haksızlıkları haklı hale getirme girişimi*” söz konusudur. Hitler’in açıklamalarıyla da sabit olan tarihsel gerçeklik, Nazilerin, SA liderlerine ve muhalif muhafazakâr siyasetçilere karşı, hukuki sınırlar içerisinde bir işlem icra etmeyip, hedefteki kişileri doğrudan infaz ettikleri şeklindedir. Dolayısıyla 3 Temmuz 1934 tarihli yasa, bir lehe kanun örneği olarak vasıflandırılmaz. 3 Temmuz 1934 tarihli yasanın karakteristik anlamı, tamamen keyfi ve hukuk dışı “fiilleri” sonradan kanunilik zırrı ile maskeleyektir.

Netice olarak Radbruch ve Fuller gibi kimi düşünürlerin görüşleri çerçevesinde, *Ge-setz über Maßnahmen der Staatsnotwehr* değerlendirme konusu yapılırsa, yasa niteliğini dahi haiz olmayabilir. Anılan düzenleme bir yasadan ziyade Hitler’in ölçsüz ve keyfi tedbirlerinin hukuki kılıfı görünümündedir. Bu düzenleme eğer bir yasa olarak adlandırılırsa, yorumlanması ve uygulanması itibarıyla sorumsuzluk teyitlerine dair belki de olabilecek en kötü örnektir.

⁸⁹ Kristian Kühl, “**Radbruch Formülü**”, Çev: Mehmet Cemil Ozanüstü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXX, S: 1, 2012, s.374.

⁹⁰ Sururi Aktaş, **Prosedürel Doğal Hukuk (Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 5 – 18.

⁹¹ Aktaş, **Prosedürel Doğal Hukuk**, s. 24.

⁹² Aktaran Aktaş, **Prosedürel Doğal Hukuk**, s. 95.

⁹³ Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu geçici m. 1/1 hakkındaki karar için bkz: Anayasa Mahkemesi, **2019/9 E, 2019/27 K sayılı ve 11.04.2019 tarihli karar**, pg. 17 – 27; basit yargılama usulünün yürürlüğü hakkındaki karar için bkz: Anayasa Mahkemesi, **2020/81 E, 2021/4 K sayılı ve 14.01.2021 tarihli karar**, pg. 22 – 29.

V. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADİ

A. Anayasa Mahkemesi'nin MİT Kanunu'ndaki Düzenlemeye İlişkin Kararı

MİT Kanunu'nun m. 28/1 ile ek madde 1/2 hükümleri bağlamında AYM değerlendirmesi, benzer konularda verilecek sonraki kararlar bakımından öncü niteliğindedir. Bu kararında – 2014/122 E, 2015/123 K sayılı ve 30.12.2015 tarihli - AYM, söz konusu kural- ların ilgili kişilerin olası kanun dışı ve hatta suç teşkil eden eylemleri nedeniyle sorumlu tutulmayacakları şeklinde anlaşılmasının, hukuk devleti ilkesi başta olmak üzere birçok anayasal kural ve ilkeye aykırılık teşkil edeceğini ve fakat kurallardan böylesi bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığını kabul etmiştir⁹⁴. Mahkemeye göre “*dolayısıyla Kanun'la MİT'e verilen görev ve yetkiler dışında MİT'in herhangi bir kişi veya kuruluştan talepte bulunması mümkün olmadığı gibi, MİT'in Kanun'da belirtilen görevleri dışında kalan fiiller yönünden herhangi bir kimseye hukuki ve cezai bağımsızlık tanınması da mümkün değildir*”⁹⁵.

Bu meselede mahkemeye göre özellik arz eden nokta, MİT'in görev ve yetkileridir. Bu görev ve yetkilerin bir kısmı, kural olarak yasak ve fakat MİT'e özel olarak verilmiş görev ve yetkiler olabilmektedir. Mahkeme bu noktada iki örnek vermektedir. Örneğin MİT Kanunu m. 6/c uyarınca MİT, kimi suçlar bağlamında – temelde devlet güvenliğine ve anayasal düzene karşı suçlar - soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir. Ancak bu noktada örneğin Cumhuriyet savcılarının bakımından ayrıca soruşturmanın gizliliğini sağlama yükümlülüğü de bulunmaktadır. O halde böylesi bir durumda, ilgili Cumhuriyet savcısı, MİT'ten gelen bu talebi karşılamak hususunda tereddüt duyabilir. Yine mahkemeye göre, MİT'in görevlendirmesi ile bir terör örgütüne karşı önleyici faaliyet yapılması bağlamında, kamu görevlisi olmayan bir kişinin örgüte sızdırılması söz konusu olabilir. İşte bu verilen iki örnekte mahkemeye göre can alıcı nokta, bu faaliyetler MİT'in görev alanında kalsa da genel olarak hukuk düzeninde yasaklanmış fiiller olmalarıdır. Hal böyle iken söz konusu normlar ile bu görevleri yerine getiren kişiler, endişe ya da tereddüt duymadan görevlerini ifa edebilmeleri söz konusu olmaktadır⁹⁶.

Bu açıklamalar ışığında mahkeme, söz konusu normların, haksız fiil ya da suç işleme ayrıcalığı tanıyan düzenlemeler olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, son olarak bir kez daha ilgili normların yalnızca suç veya haksız fiil teşkil etmeyen eylemlerin icrasına dair endişe ve tereddütleri giderme amacına matuf olduğunu ifade etmektedir: “*Dolayısıyla dava konusu kurallarda, anılan görev ve faaliyetlerin yerine getirilmesi için tanınan hukuka uygunluk nedenine dayalı olarak tamamlayıcı bir sorumluluk hukuku kuralının düzenlenmesi söz konusu*” olmaktadır⁹⁷.

B. Anayasa Mahkemesi'nin 667 Sayılı OHAL KHK'sındaki Düzenlemeye İlişkin Kararı

İlk olarak belirtmek gerekir ki AYM, 667 sayılı OHAL KHK'sının değiştirilerek kabul edilmiş hali olan 6749 sayılı Kanun'da düzenlenen sorumsuzluk teyidine dair kararında da - 2016/205 E, 2019/63 K sayılı ve 24.07.2019 tarihli karar - yukarıda incelenen karardaki kabullerden hareket etmiştir.

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, 2014/122 E, 2015/123 K sayılı ve 30.12.2015 tarihli karar, pg. 179 – 180, 182.

⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, 2014/122 E, 2015/123 K sayılı ve 30.12.2015 tarihli karar, pg. 181.

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi, 2014/122 E, 2015/123 K sayılı ve 30.12.2015 tarihli karar, pg. 183.

⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, 2014/122 E, 2015/123 K sayılı ve 30.12.2015 tarihli karar, pg. 184.

AYM tarafından söz konusu norm, kanun hükmünü icra – görevin ifası hukuka uygunluk sebeplerinin, ilgili kanun kapsamındaki görevler bağlamında ayrıca açıklanmasından ibaret olarak vasıflandırılmıştır. Zira mahkeme, kararın 132. paragrafında açıkça, söz konusu hukuka uygunluk sebepleri gereğince ilgili kamu görevlileri bakımından herhangi bir sorumluluk doğmayacağını belirtmiştir. Ancak mahkemeye göre söz konusu düzenlemenin yapılmasının gerekçesi, OHAL kapsamında alınacak tedbirlerin olağan döneme göre farklılık arz etmesi nedeniyle, bu tedbirleri icra etme hususunda kamu görevlilerinde oluşabilecek tereddütlerin önüne geçmek ve çekinmeden görev yapmalarını sağlamaktır⁹⁸.

Yine mahkemeye göre dava konusu norm bir yargılama engeli getirmemektedir. Keza anılan kanunla kamu görevlilerine suç işleme görev ya da yetkisi de verilmemektedir ve zaten böyleli bir görev ya da yetkinin verilmesi mümkün de değildir. Hal böyle iken yapılacak inceleme sonucunda eğer, gerçekleştirilen fiilin görevle ilgisi yoksa ya da sınır aşımı söz konusu ise sorumluluk söz konusu olacaktır. Böylelikle de anılan kanun kapsamında sorumsuzluğa ilişkin bir özel imtiyazdan, ayrıcalıktan bahsedilmemektedir⁹⁹.

C. Anayasa Mahkemesi'nin “Sivillere Yargı Muafiyeti” Tartışması Hakkındaki Kararı

696 sayılı OHAL KHK'sının TBMM tarafından onaylanması ile anılan OHAL KHK'sının 121. maddesi, 7079 sayılı Kanun'un 113. maddesi olarak yasalaşmış ve 6755 sayılı Kanun'un 37. maddesine 2. fıkra olarak eklenmiştir. Bunun üzerine ana muhalefet partisi milletvekilleri tarafından AYM'ye başvurulmuştur.

Kararda zikredilen ana muhalefet partisi milletvekillerinin iptal gerekçeleri esasen norma dair eleştiriler kısmında bahsedilenler bağlamındadır¹⁰⁰. Dolayısıyla doğrudan karardan bahsetmek uygun olacaktır.

AYM, söz konusu hükmün af niteliğini haiz olup olmadığını kararın 15. paragrafında tartışmaktadır. Mahkemeye göre dava konusu kural, herhangi bir suçla ilişkin olmayıp yalnızca 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişilerin cezai sorumluluğunun bulunmadığına ilişkindir. Dolayısıyla mahkemeye göre “*suç teşkil eden fiillerin kural kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir*”. Böylelikle de mahkemenin, suç teşkil etmeyen bir fiilin af kapsamında olması olanak dışıdır mantığını izlediği görülmektedir.

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, **2016/205 E, 2019/63 K sayılı ve 24.07.2019 tarihli karar**, pg. 135 – 136.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, **2016/205 E, 2019/63 K sayılı ve 24.07.2019 tarihli karar**, pg. 134, 136.

¹⁰⁰ Yine de kısaca dipnot olarak bu gerekçeleri ifade etmemiz uygun olacaktır. Ana muhalefet partisi milletvekilleri tarafından düzenlemenin af niteliğinde olduğu ve af için Anayasa'nın 87. maddesinde öngörülen nitelikli çoğunluk (3/5) ile kabul edilmemiş olduğu gerekçesiyle dava konusu kuralın, şekil yönü itibarıyla Anayasa'nın 87 ve 88. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bkz: Anayasa Mahkemesi, **2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar**, pg. 6. Esasa ilişkin olarak ise dava konusu kuralın başta yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğü ölçsüz şekilde sınırlandırdığı belirtilmiştir. Bu bağlamda özellikle maddenin gelecekte de kullanılma ve muhalefeti şiddet yoluyla susturma tehlikesine dikkat çekilmiş, anılan düzenlemenin yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı bağlamında etkili soruşturma yapma yükümlülüğü ile çeliştiği, yaşam hakkı gibi hakların sert çekirdeğinde yer alan bir hakkı dahi ihlal ettiği ve yine mülkiyet hakkı veya özel hayata saygı hakkı gibi diğer hakları da müdahalelere karşı korumasız bıraktığı savunulmuştur. Bkz: Anayasa Mahkemesi, **2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar**, pg. 7.

Mahkemenin normun belirlilik ilkesine uygunluğu sorununa verdiği yanıt ise şu şekildedir: Mahkemenin değerlendirmesine göre, “*terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında*” ibaresi, kanunların genel niteliğe sahip olmaları ve somut olay çerçevesinde amaca uygun tüm czmleri barındırma – bu czmlerden hiçbirini dışlamama ilkesi gereğince belirlilik ilkesini ihlal etmemektedir¹⁰¹. Zira hüküm kapsamındaki eylemlerin tek tek yazılmaması belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Yine AYM, normun gelecekte de uygulanma ihtimali hakkında değerlendirmede bulunmuştur. Mahkemeye göre, “*devamı*” kelimesi anılan kuralın ileri dönük olarak belirsiz bir süre için uygulanmasına neden olmayacaktır. Kuralın konusu olan darbe teşebbüsü ve bu bağlamdaki terör eylemleri anlık fiiller olmayıp belirli bir süreye yayılmıştır. Mahkeme normun, “*darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunlarla bağlantılı olarak hemen sonrasındaki sınırlı zamanda*”¹⁰² meydana gelen fiilleri kapsadığı” kanısındadır¹⁰³.

Mahkemeye göre anılan kuralla, egemenlik hakkına sahip çıkan vatandaşların herhangi bir zarara uğramalarının baştan bertaraf edilmesi amalanmaktadır¹⁰⁴. Zira mahkemeye göre, darbe teşebbüsü ile millet ve millet adına egemenliği kullanmaya yetkili organlar ağır bir saldırı altında olup bu istisnai koşullarda, bu saldırının bastırılmasına yönelik ve sadece bununla sınırlı eylemler hukuka aykırı fiiller olarak nitelendirilemezler¹⁰⁵. Ancak AYM’nin tam da bu paragrafta zikredilen değerlendirmeleri, hemen aşağıdaki görüşleri ile tezat halindedir.

AYM, konusu haksız fiil ya da suç teşkil eden fiillerin işlenmesi durumunda dava konusu kuralın uygulama bulmayacağını ifade etmektedir. Zira gerek lafzen gerekse de kuralın getiriliş amacı itibariyle yapılacak bir yorum, aksi sonuca ulaşmaya izin vermemektedir¹⁰⁶. Yine mahkeme, geçmiş kararlarına da atıfta bulunarak, Anayasa’ya uygunluk karinesi gereğince bir hukuk devletinde kişilere hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilemeyeceğinin açık olduğunu ifade etmiřtir¹⁰⁷.

Mahkeme söz konusu kuralın bir yargılama engeli de getirmediği kanısındadır. AYM, yargı yerlerinin, somut olayların, hükmün kapsamına girip girmediğini denetleyeceğini belirtmektedir. Buna göre mahkemeler “*bastırılma kapsamındaki fiilleri değerlendirirken meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığıni belirlemek durumundadırlar*”. AYM ayrıca mahkemelerin ilgili norm uyarınca nasıl bir değerlendirme yapması gerektiğini de ifade etmektedir. Buna göre mahkemeler, kuralın atf yaptığı döneme dair bir suç ya da haksız fiil isnadı varsa, ilgili fiilin bastırma kapsamında olup olmadığını ve ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını değerlendireceklerdir. Fiil, bu şartları sağlamıyorsa ya da sınır aşımı söz konusu ise ilgili kişi bakımından sorumluluk doęacaktır¹⁰⁸.

AYM, tüm bu değerlendirmelerini şu şekilde sonuca bağlamaktadır: Normun ngrdğ bastırma kapsamındaki hareketler, hukuka uygunluk sebepleri sınırları içinde kalan

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi, 2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar, pg. 22.

¹⁰² Karar metninde anılan ibare italik olarak vurgulanmıştır.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, 2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar, pg. 23.

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, 2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar, pg. 29.

¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, 2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar, pg. 28.

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, 2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar, pg. 30.

¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, 2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar, pg. 31.

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, 2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar, pg. 32.

fiillerdir. Dolayısıyla fiil hukuka uygun olduğundan yani hukuk düzeni ile çelişmediğinden bu fiilden sorumluluk da doğmayacaktır¹⁰⁹.

D. Anayasa Mahkemesi'nin 668 Sayılı OHAL KHK'sındaki Düzenlemeye İlişkin Kararı

OHAL KHK'ları ile çeşitli sorumsuzluk teyitlerinin düzenlendiğini ifade etmiştik. Konuya dair en güncel karar ise, AYM'nin – 2017/21 E, 2020/77 K sayılı ve 24.12.2020 tarihli kararıdır. Bu karar, 668 sayılı OHAL KHK'sının kabul edilmiş şekli olan 6755 sayılı Kanun'un 37. maddesi hakkındadır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere, söz konusu hüküm, sivilere yargı muafiyeti getirdiği iddia edilen düzenleme ile bir fark hariç birebir aynıdır. O fark, söz konusu normun kamu görevlilerini ilgilendiriyor oluşudur¹¹⁰.

AYM bu karardan kısa süre önce, sivilere yargı muafiyeti tartışmasına dair kararını verdiği için, anılan karardaki kabulleri çerçevesinde hareket etmiştir. Söz gelimi hükmün belirlilik ilkesine uyum sağladığına dair doğrudan 2018/31 E sayılı karardaki kabullere atıfta bulunulmuş, düzenlemenin yargılama engeli getirmediğine vurgu yapılmış, amacın özel nitelikteki görevlerin icrasında endişe duyulmasına mani olmak olduğu ifade edilmiş ve norm ile cezai bağışıklık tanınmadığı kabul edilmiştir¹¹¹. Netice olarak AYM'nin bu en güncel kararında, şaşırtıcı olmayacak şekilde, önceki içtihadın takip edildiği görülmektedir.

E. Değerlendirme

Yukarıda zikredilen 4 AYM kararı bakımından ortak noktanın, suç teşkil eden fiiller bakımından bir cezasızlık halinin düzenlenmediği yorumu olduğu görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu normlar yalnızca fiilin gerçekleştirilmesine yönelik tereddüdü ortadan kaldırmaktadır ve fakat ilgili hukuka uygunluk nedeninin kapsamı dışında bir fiil icra edilirse bu halde sorumluluk söz konusu olacaktır. Dolayısıyla anılan normlar bu bağlamda ne af ne de özel bir hukuka uygunluk nedeni niteliğindedir. O halde, kanun koyucu tarafından bu normlar ile mevcut hukuka uygunluk nedenlerine – söz gelimi kanun hükmünü icra – görevin ifası, meşru savunma - bir vurgu yapılmaktadır. Biz de AYM ile aynı kanaatteyiz. Bununla birlikte sorumsuzluk teyitlerine dair genel değerlendirmelerimizde, bu görüşümüzü AYM'den farklı şekilde gerekçelendireceğiz. Ancak bu noktada bir hususun altını çizmek gerekiyor: AYM, sivilere yargı muafiyeti tartışmasına dair kararında çelişkiye düşmüştür¹¹².

Hatırlatalım ki mahkemeye göre, darbe girişimini bastırmaya yönelik ve bu amaçla sınırlı eylemler hukuka aykırı değildir, dolayısıyla suç da teşkil etmeyeceklerdir ve zaten normun kapsamına suç teşkil eden bir fiil girmemektedir. Ancak yine mahkemeye göre bir

¹⁰⁹ Anayasa Mahkemesi, **2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar**, pg. 33.

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi, **2017/21 E, 2020/77 K sayılı ve 24.12.2020 tarihli karar**, pg. 243.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi, **2017/21 E, 2020/77 K sayılı ve 24.12.2020 tarihli karar**, pg. 248, 251 – 253.

¹¹² Ayrıca belirtelim ki, özellikle sivilere yargı muafiyeti kararı bağlamında, bu kadar kamuoyunda tartışılmış ve önem arz eden bir konuya dair AYM kararının gerekçesi, tatmin edici olmaktan uzaktır. AYM, her ne kadar tartışılan hususların neredeyse tümüne değinmişse de yapılan değerlendirmeler son derece sınırlı kalmıştır. Kamuoyunda tartışılan hususlar, temel hak ve özgürlükler bakımından son derece mühimdir. Norma yönelik eleştiriler haksız olarak kabul edilse dahi en azından kamuoyunun bir kısmında norma dair ciddi bir şüphe söz konusudur ve dahası norm, önemli ölçüde endişe kaynağı olmuştur. AYM, elbette ki konunun hukuki yönüyle ilgilenebilir. Ancak anayasacılık geleneğinde temel hak ve özgürlükleri daha etkili şekilde korumak amacıyla kurulan bu kurumun, temel hak ve hürriyetlere dair temel tartışmaların cereyan ettiği bu meseleye dair kararındaki gerekçeleri, kanımızca ne yazık ki zayıf kalmıştır.

suç isnadı söz konusu ise mahkemeler, isnat konusu fiilin, hem bastırma kapsamında olup olmadığını hem de bir hukuka uygunluk nedeninin var olup olmadığını araştırmalıdır.

Bir önceki paragrafta bahsi geçen AYM'nin kabulleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ceza hukuku dogmatığı itibarıyla sorunludur¹¹³. Zira kanundaki tipe uygun fiil gerçekleşmeden zaten hukuka aykırılık değerlendirilmesi yapılamaz. Ancak tipe uygun fiilin işlenmesi de ancak hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunmaması koşuluyla suç teşkil edecektir. Bastırma kapsamında görülebilecek fiiller, tipiklik bakımından çeşitli suçları oluşturabilirler. Dolayısıyla bu kapsamdaki fiillerin suç oluşturmaması, bir hukuka uygunluk sebebinin varlığına ihtiyaç duyar. O halde buradaki sorun, bu hukuka uygunluk sebebinin ne olduğudur.

Önceki iki kararda bu sorunun yanıtı rahatlıkla verilebilmektedir: Kanunun hükmünü icra – görevin ifası. Ancak kamu görevlisi olmayan vatandaşlar bakımından darbe girişimini bastırmaya yönelik bir kanun hükmü bulunmamaktadır¹¹⁴. Bu noktada AYM'nin iki farklı gerekçe ileri sürdüğü görülmektedir.

• **Kararın 28. paragrafında egemenlik gaspı teşebbüsüne karşı gerçekleştiren fiillerin hukuka aykırı fiiller olarak nitelendirilemeyeceği açıktır denilmektedir. O halde, sadece böylesi istisnai durumlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni vardır ve ilgili norm da bu hukuka uygunluk sebebinin açıkça teyit etmektedir denilebilir.** Bu hukuka uygunluk sebebi ise, ya Alman hukukundaki terminolojiyi ödünç alırsak devlet lehine acil durum yardımı (devlet lehine meşru savunma veya devlet lehine hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk hali) ya da kararın hiçbir yerinde açıkça zikredilmese de – iktidarı gasp etmeye çalışanlara karşı koyma yönü itibarıyla – direnme hakkıdır.

• **Ancak AYM, 28. paragrafın aksine, 32. paragrafta ise, bu kez hukuka uygunluk için şu formülü kabul etmektedir: Fiilin bastırma kapsamında olması + meşru savunma gibi hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunması.** Bu durumda dikkat edilmelidir ki her ne kadar darbe girişimini bastırmaya yönelik bir fiil mevcut olsa bile, diğer hukuka uygunluk sebeplerinden birinin de ayrıca varlığı gerekir. Pek tabiidir ki hangi hukuka uygunluk nedeni uygulanacaksa onun şartları ayrıca gerçekleşmelidir.

Özetle karardaki çelişki şu noktadır: **AYM, 28. paragrafta, darbe teşebbüsünü bastırmaya yönelik bir fiilin, başkaca bir hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesine ihtiyaç duymadan hukuka uygun olduğu kanısındadır. Ancak 32. paragrafta ise hukuka uygunluk için, bastırma kapsamında bir fiil + meşru savunma gibi bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı formülü kullanılmıştır.**

Sorunu şu şekilde somutlaştırabiliriz: Darbe teşebbüsüne karşı bir sivil olan A sokağa çıkar. A'ya karşı, darbeye katılanlar tarafından bir saldırıda bulunulur. Bu halde tereddütsüz bir şekilde A'nın, meşru savunma gereğince kendisini savunabileceğini söyleyebiliriz. Ancak A, sokağa çıkar ve kendisine yönelik bir saldırı olmamasına karşın darbe teşebbüsünü bastırma amacıyla ve herhangi bir sınır aşımı da yapmaksızın darbecilere cebren müdahale eder. Bu ihtimalde, kararın 28. paragrafı uyarınca A, bastırma kapsamında bir fiil icra ettiğinden yine hukuka uygun hareket etmiştir. Buna karşın 32. paragraf uyarınca ise aynı sonuca ulaşmak için, henüz bir saldırı olmamasına karşın A'nın müdahalesi bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olmalıdır. A bakımından, kanun hükmünü icra, görevin ifası, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenleri uygulanmamaktadır. A'nın kendisine yönelik bir saldırı da mevzubahis olmadığından, sorun, kamusal hukuksal değerlere yönelik

¹¹³ Benzer yöndeki değerlendirme için bkz: Fertelliöglü, **Sivillere Yargı Muafiyeti Mi?**, s. 681 – 682.

¹¹⁴ Fertelliöglü, **Sivillere Yargı Muafiyeti Mi?**, s. 682 – 683.

bir saldırı – darbe teşebbüsü ile anayasal düzene yönelik bir saldırının varlığı kuşkusuzdur – söz konusu ise meşru savunma yapılabilir mi noktasındadır¹¹⁵. Belirtelim ki – tartışmalı da olsa - hâkim görüş bu soruya olumsuz yanıt vermektedir. O halde zorunluluk hali düşünülebilir. Hâkim görüşe göre, kamusal değerlerin tehlikede olması durumunda zorunluluk haline başvurulabilir. Ancak bu kez de hem böylesi bir durumda zorunluluk halinin uygulanmasının uygunluğu hem de Türk hukuku bakımından zorunluluk halinin yalnızca bir mazeret nedeni olduğu görüşü sorun yaratmaktadır. Son olarak direnme hakkı kabul edilirse A'nın müdahalesi suç teşkil etmez. Fakat direnme hakkı da Türk hukukunda hâkim görüş uyarınca kabul edilmemektedir. AYM kararının 28. paragrafı, mahkemenin, örtülü bir biçimde direnme hakkını – meşru iktidarın gaspına karşı direnme olarak – kabul ettiği izlenimini oluşturmaktadır. Ancak 32. paragraf ise direnme hakkının mahkemece kabul edilmediği şeklinde yorumlanabilir. Hukukumuzdaki mevcut diğer hukuka uygunluk nedenleri ise, koşulları itibarıyla, A'nın doğrudan bir saldırı altında olmaksızın yapmış olduğu müdahaleyi, hukuka uygun hale getirme bakımından sorunlara gebe gözükmektedir.

AYM kararına dair yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz çelişki, sorumsuzluk teyitlerinin hukuki niteliğini belirleme gereğini doğurmaktadır. Yazımızın kalan kısmında bu hususa, sorumsuzluk teyitlerinin meşruluk sorununa, sınırlarına ve yukarıdaki paragrafta zikredilen çelişkiye odaklanacağız.

VI. SORUMSUZLUK TEYİTLERİ VE “SİVİLLERE YARGI MUAFİYETİ” TARTIŞMALARI HAKKINDAKİ DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. Bir Hukuk Devletinde Sorumsuzluk Teyitlerinin Hukuka Uygunluk ve Meşruluk Sorunu ile Sınırları

1. Sorumsuzluk Teyitlerinin Tehlikeliliği

İnsan haklarına dayanan çağdaş bir hukuk devletinde, sorumsuzluk teyitleri mevzuatta yer almamalıdır.

İlk olarak yukarıda zikrettiğimiz bir kısım kamu görevlilerine ya da belli bir gruba sınırsız sorumsuzluk tanındığı ve çekirdek haklara dahi müdahalenin meşrulaştırıldığı endişesi ile bu hükümlerin amaç dışı kullanılması korkusu, söz konusu düzenlemelerin üzerinde adeta bir kara bulut gibi dolaşmaktadır. Bu hususta en kötü ve korkutucu örnek, Nazi Almanyası'ndaki 3 Temmuz 1934 tarihli kanundur. Bu kanun hakkında olumsuz örnek olarak Schmitt'in görüşlerinin ve ilgili başlıkta ifade ettiğimiz eleştirilerin hatırlanması kâfidir. Dolayısıyla sorumsuzluk teyitleri, bazı ağır haksızlıklara karşı sistematik ve kategorik bir cezazırlık politikasının şekli aracına dönüşebilir.

İkinci olarak, sorumsuzluk teyitleri, uygulamada belirli ölçüde bir “*cezazırlık enstrümanına*”¹¹⁶ dönüşebilirler. Zira tatbikatta, katı derecede bir lafzi yorumla normun anlamı saptırılarak ya da yargı yerlerince ilgili normlar Anayasa'ya uygun şekilde yorumlanmaya-

¹¹⁵ Bu noktayı gözden kaçırın bir görüş, henüz bireysel hukuki değerlere yönelik bir saldırı söz konusu değilken, hem meşru savunmanın hem de sorumsuzluk teyidi nedeniyle müdahalede bulunulabileceği ve fakat orantılılık şartı nedeniyle meşru savunmanın temel hak ve özgürlükler bakımından daha lehe olduğu, AYM'nin yorumunun bu bakımdan yerinde olduğu ve fakat bu yorum kabul edilmez ise uygulamada anılan normun cezazırlık enstrümanına dönüşebileceğini şeklindedir. Bkz: Fertelli-oğlu, *Sivillere Yargı Muafiyeti Mi?*, s. 685 – 687. İki noktada bu görüşe katılmamaktayız. İlk olarak, kamusal hukuki değerlere yönelik saldırı durumlarında meşru savunmanın uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır, dahası hâkim görüş uygulanamayacağı yönündedir. İkinci olarak ise biz ilgili sorumsuzluk teyidinin bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı kanısındayız.

¹¹⁶ Fertelli-oğlu, *Sivillere Yargı Muafiyeti Mi?*, s. 685 - 687.

rak veya normun belirsizlikleri nedeniyle norm hataen uygulanarak, belirli ölçülerde fiili cezasızlık durumu ortaya çıkabilir.

Son olarak da sorumsuzluk teyitlerinin sembolik anlamı da bir diğer tehlike unsurudur. Örneğin işkence ile mücadele bağlamında, fiili cezasızlık uygulaması anlamına gelebilecek denli az ya da fiilen infaz edilmeyen cezaların, işkenceye tolerans olarak anlaşılabilirliği sıklıkla dile getirilen bir endişedir. Dolayısıyla sorumsuzluk teyitleri de muhatapları tarafından bir sorumsuzluk güvencesi ve cezasızlık politikasının dışavurumu olarak anlaşılabilir. Bu durum ise, gelecekte kamu görevlilerini ve hatta vatandaşları suç işleme konusunda cesaretlendirebilir. Netice olarak sorumsuzluk teyitlerinin bünyelerinde saklı sembolik anlam, Anayasa'ya uygun bir yorum çabasını akamete uğratabilir ki başlı başına bu tehlike dahi, sorumsuzluk teyitlerine mevzuatta yer vermemeye dair güçlü bir gerektir.

2. Sorumsuzluk Teyitlerinin Meşruluk – Hukuka Uygunluk Kıstasları ve Sınırları

Mevzuatımızda sorumsuzluk teyidi olarak nitelendirilebilecek hükümlere rastlanılmaktadır ve bunların hiçbirisi AYM tarafından iptal edilmemiştir. Mademki karşımızda bir vakıa olarak sorumsuzluk teyitleri bulunmaktadır, o halde ilgili düzenlemeler Anayasa'ya uygun şekilde yorumlanmak zorundadırlar. **Anayasa'ya uygun yorum**, bu düzenlemelerin meşruluğu ve hukuka uygunluğu için olmazsa olmaz ilk koşuldur. Sorumsuzluk teyitlerine ilişkin yapılacak Anayasa'ya uygun yorum, bu normların sınırlarını da belirleyecektir. Kanımızca bu sınırlar (meşruluk – hukuka uygunluk ölçütleri) şu şekildedir:

Her şeyden evvel sorumsuzluk teyitlerinin, normatif ya da fiili cezasızlık düzenlemeleri olarak anlaşılıp uygulanmasına bir hukuk devletinde tahammül edilemez. Zira AYM de zikrettiğimiz kararlarında vurguladığı üzere, bir hukuk devletinde kamu görevlilerine ya da vatandaşlara suç işleme hakkı, görevi, yetkisi verilemez. Aksi halde, ilk olarak hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi zedelenir. Çünkü hukuk düzeninin suç saydığı fiillerin, kimi tartışmalı sosyal konular bağlamında işlenmesine müsaade etmek, başta eşitlik ilkesini ihlal eder ve hukuk düzenine güveni törpüler. İkinci olarak cebri güç kullanma noktasında vatandaşlara hak tanınması ya da kamu görevlilerine hukuk düzeni dışında görev veya yetki verilmesi, modern devletin karakteristik özelliği olan devletin şiddet tekeli ihlal eder. Zira modern devlette, devletin şiddet tekeli ve buna karşılık olarak vatandaşların barış / norma itaat yükümlülüğü, toplumsal barış düzeninin varlık şartı ve temelidir¹¹⁷. Devletin şiddet tekeli gereğince hukuki değerleri korumak asil olarak devletin görevidir ve bireylerin yalnızca acil bir durumda müdahale etmesine izin verilebilir¹¹⁸.

Keza devletin şiddet tekeli çerçevesinde kullanılacak güç, düzenlenir ve gerek esas bakımından gerekse de usuli olarak sınırlanır. Bir başka deyişle devletin meşru şiddet tekeli, anayasal ve yasal kısıtlara uygun biçimde kullanılmak durumundadır¹¹⁹. Dolayısıyla hukuk düzeninin bütünlüğü, devletin meşru şiddet tekeli ve devlet iktidarının sınırlanması düşünceleri nedenleriyle sorumsuzluk teyitleri, kamu görevlisi olsun olmasın hiç kimseye belirli

¹¹⁷ Stefanie Bock, **Straftaten im Dienste der Allgemeinheit – Notwehr- und Notstandsrechte als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?**, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 131 (3), De Gruyter, 2019, s. 555, 557 – 558, 575.

¹¹⁸ Haider, **Rechtfertigung im Allgemeininteresse (Expose)**, s. 3.

¹¹⁹ Bock, **Straftaten im Dienste der Allgemeinheit**, s. 557 – 558.

bir olaya özgü olarak ve/veya belirli bir zaman kısıtında ve suç işleme noktasında açık bir çek verildiği şeklinde anlaşılamaz¹²⁰.

Bir diğer temel hukuka uygunluk kısıtı ise insan hakları hukuku gereğince devletin yükümlülükleridir. Bu noktada en mühim mesele, hakların sert çekirdeği – mutlak haklar – dokunulmaz haklar konusudur. Bilindiği üzere Anayasa m. 15/2 ve yine AİHS m. 15/2 ile MSHS m. 4/2, istisnai hal rejimlerinde dahi dokunulamayacak bir hakların sert çekirdeği alanı belirlemektedir¹²¹. Hakların sert çekirdeği alanında kalan hakların, istisnai hal rejimlerinde dahi, bir başka deyişle savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, kullanımı durdurulamaz ya da Anayasa’daki güvencelere aykırı tedbirler alınmaz; farklı bir ifade ile olağanüstü hallerde hakların askıya alınması ya da yükümlülük azaltmanın¹²² söz konusu olabileceğini düzenleyen Anayasa m. 15 hükmü, aynı maddenin ikinci fıkrası ile kayıtlanmaktadır¹²³. Dolayısıyla kriz halinde, temel hak ve özgürlükler bağlamında Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı olarak alınacak tedbirlerin sınırı, hakların sert çekirdeğine dokunmamaktadır¹²⁴. Öyle haklar vardır ki, mekân – zaman ve koşulların istisnailiğinden bağımsız olarak, onlara müdahale, insan onurunun çiğnenmesi anlamına gelmektedir¹²⁵. Tam olarak bu nedenle, bir çekirdek haklar katoluğu yaratılmıştır. Yine çekirdek haklar, anlam ve işlevlerini kaybetmelerine yol açabilecek şekilde özleri itibarıyla bir dönüşüme de uğratılamazlar¹²⁶. Son olarak ifade edelim ki doktrinde, Anayasa m. 15/2, AİHS m. 15/2, MSHS m. 4/2 haricinde, Anayasa’nın özü, “*her ne suretle olursa olsun*” biçiminde ifade edilen Anayasa hükümleri ile katı / mutlak bir dille kaleme alınmış Anayasa hükümlerinin de, hakların sert çekirdeği alanına dâhil olduğu ve istisnai hal rejimlerinde dahi kayıtlama rejimine tabi olmadıkları görüşü ileri sürülmüştür¹²⁷.

İstisnai hal rejimlerinde dahi dokunulamayacak haklar bağlamında, bu hakların ihlali durumlarına ilişkin, bir sorumsuzluk da getirilemez. Zira örneğin yaşam hakkı bağlamında, yasadışı ya da yargısız infaz yapılamaz¹²⁸. Keza yaşam hakkının ve işkence yasağının usuli boyutu olarak etkili soruşturma yükümlülüğü söz konusudur. O halde, yaşam hakkını ya da işkence yasağını ihlal eden fiillere dair sorumsuzluk getirilemeyeceği gibi anılan hakların

¹²⁰ Hemen bir sonraki başlıkta, sorumsuzluk teyitleri ile son derece benzer bir kavram olan – tipik örneği 1982 Anayasası’nın mülga geçici 15. maddesi - çıkış garantilerini karşılaştıracamız. Ancak bu aşamada belirtmek gerekir ki, çıkış garantilerinin de, “*belli bir ölçüde yasalık atfedilebilecek eylemleri*” kapsayabilecekleri, ara rejim döneminde sistematik olarak işlenen öldürme, yaralama, işkence gibi suçları kapsamlarına alamayacakları ifade edilmiştir. Bkz: Nevzat Kaan Karcıoğlu, “**Anayasayı İhlâl Suçu (TCK m. 309)**”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016, s. 371.

¹²¹ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Beta, 1994, s. 24, 240.

¹²² Olağanüstü hallerde hakların kayıtlanmasına (hem kısmen ya da tamamen kullanımın durdurulması hem de Anayasa’daki güvencelere aykırı önlemler alma) dair terminoloji sorunu, başka bir deyişle askıya alma – yükümlülük azaltma kavramları hakkında bkz: Tolga Şirin, **1982 Anayasası’na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak**, Anayasa Hukuku Dergisi, C: 5, S:10, 2016, s. 479 – 481.

¹²³ Şirin, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi**, s. 502 – 503.

¹²⁴ Gemalmaz, **Olağanüstü Rejim Standartları**, s. 30.

¹²⁵ Gemalmaz, **Olağanüstü Rejim Standartları**, s. 56.

¹²⁶ Gemalmaz, **Olağanüstü Rejim Standartları**, s. 240.

¹²⁷ Şirin, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi**, s. 504. Çekirdek alana dâhil olduğu ileri sürülen alanlara dair aynı eserde ayrıca bkz: Anayasanın özü (s. 505), her ne suretle olursa olsun biçiminde ifade edilen Anayasa hükümleri (s. 508 – 509), katı / mutlak bir dille kaleme alınmış Anayasa hükümleri (s. 512).

¹²⁸ Gemalmaz, **Olağanüstü Rejim Standartları**, s. 241.

ihlali iddialarına ilişkin bir soruşturma yapılmasını önleyecek şekilde muhakeme engelleri de tesis edilemez. Hal böyle iken, sorumsuzluk teyitlerinin, hakların sert çekirdeğine aykırı olması da düşünülemez.

Kanımızca bir diğer meşruluk – hukuka uygunluk kıstası ise, belirlilik ilkesine riayet ile sorumsuzluk teyitlerinin kendi içinde sınırlandırılmasıdır. Esasen sorumsuzluk teyitlerinin amaç dışı ya da yukarıda belirtilen kıstaslara aykırı kullanılmaya müsait yapısı gereğince belirlilik ilkesi önem kazanmaktadır. Özellikle çalışmamızın ilk kısmında bahsedilen “sivillere yargı muafiyeti” tartışmasında, ilgili normun gerek zaman gerekse de konu bağlamında sınırının açık olmaması büyük bir tartışmaya neden olmuřtur¹²⁹. Belirlilik ilkesine riayet, ilgili düzenlemelerin Anayasa’ya uygun şekilde yorumlanmasına dair önemli bir araçtır. Zira istisnai olarak ortaya çıkan bu düzenlemelerin amaç dışı kullanılma tehlikesi düşünüldüğünde, normun içinde hangi zaman aralığına ve hangi konuya dair olduğunun açıkça ifade edilmesi, bu normların en azından amaç dışı kullanılma ve cezasızlık güvencesine dönüşme tehlikesine karşı kısmi bir güvence sağlayacaktır.

3. Sorumsuzluk Teyitleri ile Temel Hak ve Özgürlükler İlişkisi

Esasen bir önceki alt başlıkta, sorumsuzluk teyitlerinin bir sınırı olarak insan hakları hukuku bakımından devletin yükümlülükleri belirtilmişti. Bu çerçevede özellikle, sorumsuzluk teyitleri ile hakların sert çekirdeği alanına dokunulamayacağı da ifade edilmiştir. Ancak “sivillere yargı muafiyeti” tartışmasına dair kararında AYM, ilgili normun temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmadığı kabulüyle, temel hak ve özgürlüklerin olağan dönem sınırlandırılması veya olağanüstü dönem kayıtlanması kurallarından hangisinin uygulanacağına dair bir belirleme yapmaya gerek görmemiřtir¹³⁰.

AYM’nin bu kabulü hayli tartışmalıdır. Örneğin, her ne kadar darbe teşebbüsünde bulunanlar Anayasa m. 14 bağlamında temel hak ve özgürlüklerini kötüye kullanmış olsalar da bu kişilerin temel hak ve hürriyetlerine getirilen sınırlamaların yine de Anayasa’ya uygun olması gerektiği, sorumsuzluk teyidinde geçen “bastırma” kelimesi nedeniyle en az bir hakka ilkesel olarak sınırlama getirildiğinin kabulü gerektiği ve ancak darbe teşebbüsü – teşebbüs ile bağlantılı terör eylemleri hak kullanımı olarak görülmezse ya da bu fiilleri gerçekleştirenler hak öznesi olarak kabul edilmezlerse, bu halde, bu fiillere karşı bastırma fiillerinin de hak sınırlaması olarak görülmeyebileceği ve fakat bu durumun suçluya düşman muamelesi yaparak düşman ceza hukuku anlayışını akla getirdiği ifade edilmiřtir¹³¹.

Biz ise sorumsuzluk teyitleri ile temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunulduğunu kabul etmekteyiz; bu bakımdan AYM kararını hatalı buluyoruz ve fakat bir önceki paragraftaki eleştiriye de gerekçesi itibarıyla katılmıyoruz. Şöyle ki, darbe teşebbüsünü bastırma yönelik fiiller ile temel hak ve özgürlükler alanına müdahale edilir. Örneğin darbe girişimine katılan kişilere karşı cebri güç kullanılması, Anayasa m. 17/1 - AİHS m. 8 ya da Anayasa m. 17/3 - AİHS m. 3 hükümleri çerçevesindeki bir müdahaleyi akla getirir. Keza bastırma kapsamında uygulanan cebri güç sonucunda darbe girişimine katılan bir kişi ölürse, yaşam hakkına bir müdahaleden söz edilebilir. Yine mülkiyet hakkı gibi başka haklara müdahale de söz konusu olabilir. Keza örneğin AİHS m. 2 ve 3 hükümlerinin ihlali iddiaları bakımından, bu hakların usuli boyutu çerçevesinde devletin etkili soruşturma yü-

¹²⁹ Yukarıda zikrettiğimiz tartışmalara ek olarak kuralı, belirlilik ilkesine aykırılık yönüyle eleştiren bir görüş için bkz: Fertilioğlu, **Sivillere Yargı Muafiyeti Mi?**, s. 684 – 685.

¹³⁰ Anayasa Mahkemesi, **2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar**, pg. 3 - 5.

¹³¹ Fertilioğlu, **Sivillere Yargı Muafiyeti Mi?**, s. 676 – 678, 680.

kümlülüğü söz konusudur. Keza diğer haklara yönelik ihlal iddiaları bakımından da Anayasa m. 40 – AİHS m. 13 etkili başvuru hakkı gündeme gelir¹³².

Müdahalelerin varlığı ise zorunlu olarak ilgili hakların ihlal edildiğini kabul etmeyi sonuçlamaz. Zira örneğin gerek AİHS m. 2 hükmünde gerekse de Anayasa m. 17/4 hükmünde, meşru savunma, ayaklanma ya da isyanın bastırılması hallerinde “*mutlak zorunlu olanı aşmayacak ölçüde bir güç kullanımı sonucunda*” meydana gelen ölüm neticesinin, yaşam hakkını ihlal etmeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bir müdahalenin varlığı, mutlaka bir hakkın ihlal edildiği anlamına gelmez ve fakat AYM’nin, AİHS m. 2 ve 3 hükümlerinin usuli boyutunu ve keza Anayasa m. 40’ı ihmal ederek “*bastırma kapsamında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının söz konusu olmadığı*” değerlendirmesi yerinde olmamıştır. Yine mevzuatımızdan örnek verdiğimiz sorumsuzluk teyitleri bağlamında da aynı yorum yapılmalıdır. Zira zaten söz konusu düzenlemelerin getiriliş amacı, hukuka uygunluğu tartışma yaratabilecek kimi fiillerin hukuka uygun olduğunu vurgulamaktır. Bu fiiller ise - örneğin 675 sayılı OHAL KHK m. 17/6 bağlamında TMSF’nin atadığı kişilerin tasarrufları, mülkiyet hakkı bakımından - çeşitli haklara müdahale teşkil etmektedirler ancak müdahalenin varlığı, ihlali de her durumda sonuçlanmamaktadır.

AYM’nin kararındaki kabule yönelik eleştiriye de gerekçesi itibarıyla katılmadığımızı ifade etmiştik. Zira darbe girişiminde bulunulması, bir hak değildir, ortada kötüye kullanılan bir hak da bulunmamaktadır. Anayasal düzene karşı bir cebri kalkışma, bir hakkın kötüye kullanılması sayılamaz zira böylesi bir hak zaten yoktur. Ancak “*sivillere yargı muafiyeti*” tartışmalarında darbeye katılan kişilerin ihlal edilmiş olabilecek hakları da zaten Anayasa gereği herkese tanınan haklardır. Dolayısıyla meselelerin darbeye katılan kişilerin haklarını kötüye kullanıp kullanmadıklarıyla ilgili yoktur.

Son olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmadığı – kayıtlanmadığı zira darbeye katılan kişilerin hak süjesi olma vasıflarını kaybettikleri de kabul edilemez. Gerçekten de aksi yöndeki bir kabul, bir düşman kategorisi yaratarak bu kategorideki kişileri her türlü haktan azade kabul etmek şeklinde kabul edilmesi olanaksız bir sonuca vücut verir. Ancak yine de bu meseleyi anlamlandırabilmek için düşman ceza hukuku kavramının yerinde olmadığı kanısındayız. Zira bu kavram, belirli suç faillerine yönelik, olağan düzenlemelerden farklılaşan maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi düzenlemelerini ya da uygulamalarını ifade eder. Fakat burada söz konusu olan, suç faillerinin cezai sorumlulukları değil suç faillerine yönelik gerçekleştirilen fiiller nedeniyle, bu fiilleri gerçekleştirenlerin sorumluluğudur. Bu noktayı izahta yine bir tarihi kuruma göz atmak faydalı olacaktır.

“*Nihai Senato Kararı*” (*Senatus Consultum Ultimium*) Roma’da devleti tehdit eden olağanüstü iç karışıklarda, konsüller başta olmak üzere üst düzey *magistra*’lara ve hatta herkese, tehdidi ortadan kaldırmak amacıyla Senato tarafından sınırsız askerî yetki verilmesi anlamına gelmektedir¹³³. Bu karar ile ortaya çıkan durum “*Iustitium*” olarak adlandırılır ve her ne kadar bu kavram, Roma’da Cumhuriyet ve İmparatorluk dönemlerinde farklı anlamlarda kullanılsa da, modern zamanda istisna halinin önemli bir sorun olarak ortaya çıkmasıyla birlikte – Cumhuriyet dönemindeki kullanımı yani hukukun durması anlamı itibarıyla - üzerine düşünülen bir kavram olmuştur¹³⁴.

¹³² Fertellioglu, *Sivillere Yargı Muafiyeti Mi?*, s. 678 - 680.

¹³³ Agamben, *İstisna Hali*, s. 55 – 56; Selahattin Eren, “*Senatus Consultum Ultimium: Eski Roma’da Olağanüstü Yönetim Kararı*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2018, Cilt 24, Sayı 2, s. 1126; Eşref Küçük, Abdurrahman Saygılı, *Roma Hukukunda İstisna Halinin Paradigmatik Biçimi Iustitium Kurumu*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 5 Sayı:2 Yıl 2014, s. 266.

¹³⁴ Küçük, Saygılı, *Roma Hukukunda İstisna Halinin Paradigmatik Biçimi Iustitium Kurumu*, s. 261 – 262.

Esasen *Senatus Consultum Ultimum*, iç tehditleri ortadan kaldırmak üzere kullanılan diktatörlük kurumu işlevsiz hale geldikten sonra, iç karışıklarda Senato tarafından diktatörlük yerine kullanılan araçtır¹³⁵. Bununla birlikte Agamben bu kurumun, diktatörlükten farklı şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Zira Agamben'e göre, *Iustitium* durumunda diktatörlükteki gibi yeni bir kamu makamı yaratılması söz konusu olmadığı gibi esasen yetki genişlemesi de yoktur, fiilen kullanılan sınırsız erk ise, eylemleri sınırlandıran bir yasanın bulunmamasına bağlıdır¹³⁶. Dolayısıyla Agamben, *Iustitium* ile birlikte, hukukun askıya alındığını, kamusal olan – özel olan ayrımı dâhil bütün hukuki belirlenimlerin ortadan kalktığı bir hukuki boşluk / bir yasasızlık alanı yaratıldığını ifade etmektedir¹³⁷.

Bu karar ile birlikte imperium sahibi üst düzey magistralar, olağan dönemde Roma sınırları içerisinde kullanamayacakları askeri yetkiyi, halk düşmanı (*hostis publicus*) olarak ilan edilmiş Roma vatandaşları üzerinde kullanabilirler, halk düşmanları yurttaşlık statülerini kaybederler¹³⁸, olağan dönemde Roma vatandaşlarının sahip olduğu, üst düzey magistraların ceza kararlarına karşı halk meclislerine başvuru (*provocatio*) yoluna müracaat etme imkânı ortadan kalkar ve halk düşmanları yargılanmadan öldürülebilirler¹³⁹. Bu kararın muhatabı devlet görevlileridir ancak bireylerin de harekete geçtiği durumlar olmuştur. Örneğin kararın ilk uygulaması olan *Tiberius Gracchus* olayında, konsül *Scaevola* karara uymayı reddedince, senatör *Scipio Nasica* önderliğindeki grup *Gracchus*'u öldürmüştür¹⁴⁰. En meşhur *Senatus Consultum Ultimum* ya da *Iustitium* örnekleri, patrici – pleb çatışmasında, Senato oligarşisi tarafından pleblere¹⁴¹, bilhassa da *tribunus plebisler'e* karşı kullanılmış, *tribunus plebis* görevindeki 3 kişi farklı tarihlere yargısız infazla öldürülmüş, bu infazları gerçekleştirenler cezalandırılmamışlardır¹⁴². Sonuç olarak söz konusu kurum vasıtasıyla, ya yargısız infazlar hukuka uygun hale getirilmiş olmaktadır, yargısız infazı gerçekleştirenlerin sorumsuzluğu sağlanmaya çalışılmaktadır ya da *hostis publicus* ilan edilen kişiler vatandaşlıktan çıkmış olduklarından, bu kişilere karşı her türlü önlemi alma ve bu arada yargısız infaz mümkün olmaktadır¹⁴³. *Senatus Consultum Ultimum* gereğince harekete geçenlerin sorumluluğu meselesi de belirsizdir. Kararın gereğini yerine getirenlerin sonradan yargılandığı bazı vakalar bulunmaktadır. *Caius Gracchus*'u katleden konsül *Opimius* yargılanıp beraat etmiş, *Saturninus*'un katline karışan *Rabirius* hakkında ihanet suçlamasında bulunulmuş; ancak halk meclisleri cezayı onayamadan süreç sona ermiş, *Catilina* darbesini kanla bastıran *Cicero* sürgüne gönderilmiştir¹⁴⁴. Agamben'e göre, bu yasasızlık alanının eylemleri, ne bir yasaya dayanır ne de bir yasayı ihlal eder, dolayısıyla “*katişksız birer fiil*” niteliğindedirler. Sorumluluk meselesi ise *Iustitium* sona erdikten sonraki koşullar itibarıyla

¹³⁵ Eren, *Senatus Consultum Ultimum*, s. 1127 – 1129.

¹³⁶ Agamben, *İstisna Hali*, s. 62 – 63

¹³⁷ Agamben, *İstisna Hali*, s. 56, 66.

¹³⁸ Agamben, *İstisna Hali*, s. 101 – 102.

¹³⁹ Agamben, *İstisna Hali*, s. 60; Eren, *Senatus Consultum Ultimum*, s. 1131 – 1132, 1135 – 1136, 1140; Küçük, Saygılı, *Roma Hukukunda İstisna Halinin Paradigmatik Biçimi Iustitium Kurumu*, s. 272.

¹⁴⁰ Agamben, *İstisna Hali*, s. 59; Eren, *Senatus Consultum Ultimum*, s. 1135 – 1136, 1138; Küçük, Saygılı, *Roma Hukukunda İstisna Halinin Paradigmatik Biçimi Iustitium Kurumu*, s. 268 – 270.

¹⁴¹ Küçük, Saygılı, *Roma Hukukunda İstisna Halinin Paradigmatik Biçimi Iustitium Kurumu*, s. 260.

¹⁴² Eren, *Senatus Consultum Ultimum*, s. 1130, 1137, 1138,

¹⁴³ Eren, *Senatus Consultum Ultimum*, s. 1130, 1140, 1142 – 1143.

¹⁴⁴ Agamben, *İstisna Hali*, s. 65; Eren, *Senatus Consultum Ultimum*, s. 1137.

fiili bir mesele olup *Iustitium* devam ettiği müddetçe ise bu eylemler hakkında karar verilemeyecektir¹⁴⁵.

Senatus Consultum Ultimum'dan sorumsuzluk teyitlerine geri dönersek, görülmektedir ki anayasal düzene karşı bir saldırı durumu, geçmişte de bugün de benzer sorunları ortaya çıkarmaktadır. Bilhassa 15 Temmuz 2016 darbe girişimin bastırılmasına dair eylemlerde bulunan, önce kamu görevlileri ve ardından da herkes için bir sorumsuzluk teyidi düzenlemesi yapılması, Roma'da *Tumultus* durumunda harekete geçen Konsül ve diğer kamu görevlileri ile *Nasica* örneğindeki gibi kamu görevlisi olmayanların durumuyla ve dolayısıyla da *Senatus Consultum Ultimum* – *Iustitium* ile analojiye imkân vermektedir. Ancak çağdaş hukuk düzenlerinde kişinin vatandaşlıktan çıkararak haklarını kaybettiği *hostis publicus* gibi bir kategori söz konusu olamaz. Dolayısıyla bir hukuk devletinde, *hostis publicus*'a karşı yargısız infaz yetkisi veren bir düzenleme olmayacağı gibi bir yargısız infaz da hukuka uygun hale getirilemez. Hal böyle iken sorumsuzluk teyitleri, bir *Senatus Consultum Ultimum* değildir ve hak süjeliğinin kaybına sebebiyet verecek şekilde bir işlev de yüklenemezler. Ancak örneğin bir darbe girişimine karşı koyulması esnasında ve ilgili hukuka uygunluk sebebinin – kanun hükmünü icra, görevin ifası, meşru savunma ya da aşağıda tartışacağımız gibi devlete ait değerler lehine meşru savunma ya da direnme hakkı gibi – sınırları aşılmadan yapılacak cebri bir müdahale de suç teşkil etmeyecektir. Bunun sebebi ise, söz konusu davranışın bir *hostis publicus*'a karşı bir *Senatus Consultum Ultimum*'a dayanarak işlenmesi değil, hukuk düzeninin vermiş olduğu hakkın ya da yetkinin kullanılması ya da görevin ifasıdır; bir başka deyişle bir hukuka uygunluk nedenine dayanarak ve ilgili nedenin sınırları içerisinde hareket etmektir.

B. Sorumsuzluk Teyitlerinin Çıkış Garantileri ile Olan İlişkisi ve Hukuki Niteliği

Sorumsuzluk teyitlerinin hukuki niteliğini, çalışmamızın bir önceki bölümündeki açıklamalarımız ışığında tespit etmeye çalışacağız. Ancak öncelikle Türkiye'de önemli tartışmalara sebebiyet vermiş ve sorumsuzluk teyitleri ile de birçok benzerliğe sahip yapısı nedeniyle karıştırılmaya müsait “Çıkış Garantileri (*Exit Guarantees*) kavramından bahsetmek uygun olacaktır.

1. Sorumsuzluk Teyitleri ile Çıkış Garantileri Arasındaki Benzerlikler ve Farklar

II. Dünya Savaşı sonrasında, ağır bunalım dönemlerinden çıkan toplumlarda “Geçmişle Yüzleşme” (*Vergangenheitsbewältigung, Coming to Terms with the Past*) düşüncesi büyük ölçüde hâkim olmuştur. Geçmişle yüzleşmeye dair temel metotlardan biri de ceza hukukunun kullanılmasıdır. İşte tam da bu noktada çıkış garantileri, ceza hukuku vasıtasıyla geçmişle yüzleşmeyi ya olanaksız kılmaktadırlar ya da ziyadesiyle güçleştirmektedirler.

Bir “geçiş dönemi adaleti” (*Transitional Justice*) kavramı olarak çıkış garantileri, ağır bunalım dönemlerinden demokrasiye geçiş sürecinde, gelecekte, eski iktidar sahiplerinin ve onlarla birlikte hareket edenlerin sorumluluklarına gidilmesine engel olan, eski iktidar odaklarınınca demokrasiye geçişe müsaade etmeleri karşılığında adeta bir tür bedel olarak talep edilen ve bu çerçevede de demokrasiye geçişi kolaylaştıran teminatlardır¹⁴⁶. Örneğin Brezilya, Şili, Endonezya gibi müzakere yöntemiyle demokrasiye yeniden geçiş sürecini deneyimleyen ülkelerde çıkış garantileri, ordunun ayrıcalıklarının ve resmi olmayan gücünü artırmakla birlikte ordunun politik alandan çekilmesini mümkün kılmıştır¹⁴⁷. Bununla birlik-

¹⁴⁵ Agamben, *İstisna Hali*, s. 65 – 66.

¹⁴⁶ Kavram hakkında bkz: Karcıoğlu, *Anayasayı İhlâl Suçu*, s. 366.

¹⁴⁷ United Nations Development Programme, *The Political Economy of Transitions: Comparative Experiences*, Çevrimiçi, https://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/oslo_governance_centre/pol_economy_transitions_experiences.html, 2013, s. 32.

te çıkış garantileri, her ne kadar ordunun politik alandan çekilmesini olanaklı kılsa da, etkisiz hale getirilmeleri hayli zor olduğundan, adalet ve hesap verilebilirlik bağlamında sorun teşkil etmektedirler¹⁴⁸.

Türkiye’de çıkış garantilerine dair bilinen en meşhur örnek, 1982 Anayasası’nın mülga geçici 15. maddesidir¹⁴⁹. Keza 1961 Anayasası’nın geçici 4. maddesi¹⁵⁰ de hukuk tarihimize, bu kuruma dair verilebilecek bir diğer örnektir. “*Cezaî veya malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz*” ibaresi, her iki düzenlemeye de çıkış garantisi vasfını kazandırmaktadır. Bununla birlikte 1982 Anayasası’nda bulunan çıkış garantisinin, daha uzun bir zaman aralığını kapsıyor oluşu (1961 Anayasası’ndaki yaklaşık 7 aylık zaman dilimine karşılık yaklaşık 3 yıllık bir süre) ve halk oylamasından TBMM Başkanlık Divanı’nın kurulduğu ana kadarki zaman dilimini de kapsamayı ayrıca eleştirisi konusu olmuştur¹⁵¹.

Çıkış garantilerinin hukuki niteliği hakkında ise, doktrinde, öncelikle bunların geçerlilikleri için meşru bir biçimde yürürlüğe girip girmediklerinin araştırılması ve sonrasında lafız ve amaç dâhil ilgili hükmün tüm unsurları değerlendirilmek suretiyle bir sonuca ulaşılması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁵². 1982 Anayasası mülga geçici 15. maddenin hukuki

¹⁴⁸ United Nations Development Programme, **The Political Economy of Transitions: Comparative Experiences**, s. 35.

¹⁴⁹ **Geçici Madde 15** (Mülga: 7/5/2010-5982/24 md.) 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.

Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufla bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

¹⁵⁰ **GEÇİCİ MADDE 4.-** Bu Anayasaya göre kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanmasıyla, 20 Nisan 1340 tarihli ve 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununa ve 12 Haziran 1960 tarihli ve 1 sayılı Kanunla 13 Aralık 1960 tarihli ve 157 sayılı Kanuna göre kurulan Kurucu Meclisin, Millî Birlik Komitesinin ve Temsilciler Meclisinin hukukî varlıkları sona erer ve bunlar kendiliğinden dağılımı olurlar.

2 7 Mayıs 1960 tarihinden itibaren Kurucu Meclisin toplandığı 6 Ocak 1961 tarihine kadar yasama yetkisini ve yürütme görevini Türk Milleti adına kullanmış bulunan Millî Birlik Komitesinin ve Devrim Hükümetlerinin karar ve tasarruflarından ve bunların, idarece veya yetkili kılınan organ ve mercilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufla bulunanlar ve uygulayanlar hakkında cezaî veya malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.

Normal demokratik rejimi bütün teminatı ile kurmak amacıyla gerçekleştirilen ve yürütülen 27 Mayıs 1960 Devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar, Türkiye Cumhuriyetinin diğer kanunlarının değiştirilmesi ve kaldırılmasında uygulanan kurallara göre değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Ancak, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmayacağı gibi, itiraz yoluyla dahi mahkemelerde Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez.

27 Mayıs 1960’dan 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunların, yapılmış tasarrufların ve alınmış kararların değiştirilmesi veya kaldırılması hallerinde de 2’nci fıkra hükmü saklıdır.

¹⁵¹ Karcıoğlu, **Anayasayı İhlâl Suçu**, s. 368 – 369.

¹⁵² Karcıoğlu, **Anayasayı İhlâl Suçu**, s. 369 – 371.

niteliği noktasında öne çıkan görüşler ise, af ve muhakeme engeli kavramlarıdır¹⁵³. Mülga geçici 15. maddenin bir “af” hükmünden ziyade bir “muhakeme engeli” olduğu görüşüne katılmaktayız. Bu görüşün temelleri olarak ise, mülga geçici 15. maddede af kapsamında değerlendirilebilecek tanımlanabilir bir suç kategorisinden bahsedilmemesi, hükmün lafzında affa dair bir belirlemenin olmayışı, kimi suçların çıkış garantisi kapsamında nitelikleri gereği değerlendirilemeyecekleri ve bu hükümden istifade edeceklerin meşruiyet kaygıları gereğince bir af hükmünü amaçlamamaları gösterilmektedir¹⁵⁴.

Bu açıklamalar ışığında sorumsuzluk teyitleri ile çıkış garantileri arasındaki benzerlikleri şu şekilde belirtebiliriz:

Öncelikle her iki kavram kapsamında değerlendirilebilecek normlar, istisnai düzenlemelerdir. Geçiş dönemlerinde, önemli kriz anlarında ya da olağan hukuk düzeni çerçevesinde hukukiliği tartışmaya yaratacak görevler bağlamında, bu düzenlemeler ile karşılaşılmaktadır.

Her iki kurum da, belirli olaylar bağlamında ya da belirli kişiler ölçeğinde sorumluluk sorununa ilişkindir. Sorumluluğa gidilemeyeceğini teyit etmek ya da sorumluluk yollarının işletilmesini güçleştirmek veya sorumsuzluk konusunda topluma mesaj vermek, anılan düzenlemelerin varlık nedeni olarak gözükmektedir.

Bir diğer ortaklık ise, kanaatimizce, olması gereken bakımından, her iki kavrama da hukuk düzenlerinde yer olmamasıdır. Bu düzenlemelerin en azından kamuoyuna verdiği mesaj son derece olumsuzdur ve dahası, yargı pratiğinde de bu düzenlemeler nedeniyle fiili sorumsuzluk gündeme gelebilir. Kaldı ki en azından birtakım suçlar bakımından, en hafif olasılıkla yargılama güçlüğü ortaya çıkarmaları da bu düzenlemelerin amacı gereğidir.

İki kavram arasındaki benzerlikten olsa gerek özellikle “sivillere yargı muafiyeti” tartışmasında, genelde 1982 Anayasası’nın mülga geçici m. 15 hükmü örnek olarak gösterilmekte ve bu iki düzenlemenin aynı nitelikte olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁵. Ancak belirttiğimiz tüm ortaklıklara karşın, sorumsuzluk teyitlerinin çıkış kayıtlarından farklı bir kavram olduğu kanısındayız.

İlk olarak sorumsuzluk teyitleri de genellikle istisnai hallere özgüdür ancak aksi örneklerle de karşılaşılmaktadır. Yukarıda, Türkiye’de son yıllarda, bu istisnailik niteliğinin kaybolarak birçok alanda benzer düzenlemelere yer verildiği örneklerle – bilhassa yönetmelikler bağlamındaki - ifade edilmiştir.

Sorumsuzluk teyitlerinin ortaya çıktığı istisnai bağlam da çıkış garantilerine göre farklıdır. Çıkış garantileri, geçiş döneminin yani bir iktidar değişiminin ürünüdür. Sorumsuzluk teyitlerinde ise tam tersine mevcut siyasi iktidarın devamına karşın belirli bir olay özelinde ya da tartışmalı görevler bağlamında bu düzenlemelerin ihdas edildiği görülmektedir. Dolayısıyla sorumsuzluk teyitleri istisnai nitelikte olsalar da ortaya çıkmalarına sebep olabilecek sosyal olgular daha geniştir.

Son olarak sorumsuzluk teyitlerinin hukuki niteliği, kanımızca, aşağıda açıklanacağı üzere, “hukuka uygunluk sebeplerine özel vurgudur”. Çıkış garantilerinin hukuki niteliği bağlamında ise öne çıkan görüşler, af ve muhakeme engelidir. Sorumsuzluk teyitlerine dair Türkiye’den verdiğimiz örneklerde, muhakeme engelinin madde lafzlarında belirtilmemesi bu bağlamda önemlidir. Hâlbuki gerek 1961 Anayasası geçici m. 4 gerekse de 1982 Anayasası mülga geçici m. 15 hükümlerinde “*bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvuru-*

¹⁵³ Karcıoğlu, *Anayasayı İhlâl Suçu*, s. 372 – 376, af görüşü için özellikle s. 376 ve dp. 203 – 205.

¹⁵⁴ Karcıoğlu, *Anayasayı İhlâl Suçu*, s. 372 – 376.

¹⁵⁵ Bkz: Akça, Algül, Dinçer, Keleşoğlu, Özden, *adı geçen eser*, s. 66; Fikret İlkiz, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-42471577>, Çevrimiçi, 18.02.2021.

lamaz” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla geçiş döneminde eski siyasi iktidar sahipleri, iktidar değişiminin de etkisiyle, hiç yargı önüne çıkmamayı garanti altına almaya çalışmaktadırlar ve bu nedenle usuli bir garantiye özel önem vermektedirler. Sorumsuzluk teyitlerinde ise bir siyasi iktidar değişiminin bulunmayışı, sanırız ki bu düzenlemelerde usuli bir engel konulma arzusunu ortaya çıkarmamaktadır. Keza çıkış garantilerine dair af görüşü de kendisine taraftar toplamıştır. Ancak bir sonraki başlıkta belirteceğimiz üzere, kanımızca, sorumsuzluk teyitlerini af olarak kabul etmek olanaksızdır ve böylesi bir yorum, insan haklarına dayanan hukuk devleti düşüncesiyle bağdaştırılamaz. Dolayısıyla çıkış garantilerini katıldığımız görüş uyarınca muhakeme engeli olarak vasıflandırmak, bu görüş kabul edilmiyorsa af kurumu ile çıkış garantilerini bağdaştırmak mümkündür. Sorumsuzluk teyitleri ise kanımızca ne af ne de muhakeme engelidir. Sorumsuzluk teyitleri ile çıkış garantileri arasındaki hukuk pratiğine dair en önemli fark da, kanımızca bu paragrafta yer verdiğimiz açıklamalardır.

2. Sorumsuzluk Teyitlerinin Hukuki Niteliği

Çalışmamızda şu ana değin, 6755 sayılı Kanun’un 37. maddesinin 2. fıkrasına dair yürütme organı yetkililerinin beyanları, norma dair eleştiriler, 1850 sayılı Kanun’un yasama süreci, bir karşılaştırmalı hukuk örneği olarak Uzun Bıçaklar Gecesi, AYM’nin sorumsuzluk teyitleri hakkında vermiş olduğu kararlar, sorumsuzluk teyitlerinin Anayasa’ya uygun olması için gereklilikler ve benzer bir kurum olan çıkış garantileri ile olan ilişki incelenmiştir. Tüm bu açıklamalar, giriş kısmında da açıklandığı üzere, sorumsuzluk teyitleri bağlamında gerek hukuki niteliğin tespitine gerekse de diğer sorunlara dair yorumlarımız için anahtar niteliğindeki araçlardır.

“**Muhakeme Engeli / Muhakeme Koşulu**” sorumsuzluk teyitlerinin hukuki niteliği bakımından ilk akla gelecek olasılıktır. Bir önceki başlıkta, bir çıkış garantisi olarak 1982 Anayasası’nın mülga geçici 15. maddesinin bir muhakeme engeli olduğu yönündeki görüşe iştirak ettiğimizi belirtmiştik. Bununla birlikte Türkiye’deki mevzuattan sorumsuzluk teyitlerine dair verdiğimiz örneklerden herhangi birinin muhakeme engeli niteliğinde olmadığı kanısındayız.

İlgili normların lafzında, mülga geçici 15. maddedeki gibi yargı yoluna başvurulamayacağına dair bir kısıttan bahsedilmemektedir. 1850 sayılı Kanun’un hazırlık çalışmalarında her ne kadar olası yargılamaların önüne geçilmesi ve isyanın bastırılmasında rol oynayan kişileri sanık konumuna getirmemek amaç olarak belirtilse de hükmün lafzında yargı yoluna başvuru engeli düzenlenmemiştir. Yine 1850 sayılı Kanun ile 6755 sayılı Kanun m. 37/2 bakımından bahsedilen konu - zaman sınırlamaları bir yargılama faaliyetine ihtiyaç duymaktadır. AYM’nin vermiş olduğu kararlarda, bir yargılama engeli getirilmediğinin altı özellikle çizilmiştir.

Son olarak sorumsuzluk kayıtlarına dair en uç örnek olan Almanya’daki 3 Temmuz 1934 tarihli yasanın uygulanmasına dair – en azından söylem düzeyinde – Goering, Franz Gürtner gibi üst düzey yetkililerin bir konu kısıtından bahsetmeleri¹⁵⁶, Schmitt her ne kadar aksi fikirde olsa da, teorik olarak bir yargısal faaliyeti gerektirmektedir. Yine yukarıda zikredilen Fritz Gürtner’in normun hukuka uygunluğuna dair savları hatırlanacak olursa, bunlardan biri de, yargı sürecinin işleyebileceği ve fakat Naziler tarafından yargı sürecinin işletilmediği iddiası idi.

Tüm bu açıklamalar ışığında sorumsuzluk teyitlerinin, muhakeme koşulu – muhakeme engeli niteliğinde olmadığı kanısındayız.

¹⁵⁶ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, Bölüm III - s. 949.

Hukuki nitelik bakımından akla gelebilecek ikinci olasılık “Af” niteliğidir. 6755 sayılı Kanun bağlamındaki tartışmalarda da en önemli eleştirilerden biri, hükmün af niteliğinde olduğuna dair kabuldür¹⁵⁷. Kanımızca, bu düzenlemeler af niteliğinde de değildir. Her şeyden evvel, sorumsuzluk teyitlerine dair kanunlar af niteliğinde iseler, Anayasa m. 87 gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile kabul edilmiş olmalıdırlar. Ancak meri hukukumuzdaki sorumsuzluk teyitlerini içeren kanunlar arasında, bahsi geçen nitelikli çoğunluk ile kabul edilmeyenler mevcuttur – söz gelimi 6577 sayılı Kanun – ki, af niteliği kabul edilirse, bu düzenlemeler Anayasa m. 87 hükmüne açıkça aykırı olurlar.

Ayrıca belirtmek gerekir ki söz konusu düzenlemelerde, affin konusu olabilecek, hukuken sınırlandırılmış bir suç grubu yoktur. Affin kapsamına giren suçlar, af kanunlarında dört şekilde belirlenebilir¹⁵⁸: 1) Suç niteliği gösterilerek 2) Kanun ve madde numaraları sayılarak 3) Ceza miktarı belirtilerek 4) Belirli bir suç kategorisi belirtilerek. Sorumsuzluk teyitlerine dair Türk hukukundaki örnekler incelendiğinde, vurgulanan cezai sorumsuzluğun, suç niteliği, kanun – madde numarası, ceza miktarı ya da suç kategorisi bağlamında özelleştirilmediği görülmektedir. Zaman bakımından yapılan kısıtlamalar ya da isyanın tenkili, ihanet teşkil eden saldırıları bastırma, darbe teşebbüsünü bastırma gibi ifadeler, af bakımından bir sınırlama getirmemektedir. Bu açıklamalarımıza karşılık olarak, sorumsuzluk teyitlerinin mutlak genel af olduğu itirazı ileri sürülebilir. Mutlak genel af, affın, hiçbir ayırım yapılmaksızın tüm suçları kapsamı durumunda söz konusudur¹⁵⁹. Ancak böylesi bir yorum, özellikle hukuka uygunluk – hukuka aykırılık ayırımının bulanıklaştığı sınır bölgeler hakkında düzenlendiği görülen sorumsuzluk teyitlerini, bir hukuk devletinde üstlenmeleri mümkün olmayan bir fonksiyonla yüklemek anlamına gelir. Bu halde devletin insan haklarını koruma yükümlülüğü ve hukuk düzeninin geçerliliği ağır bir şekilde yara alır, adeta çeşitli hallerde suç işlemeye dair açık çekler kabul edilmiş olur. Dolayısıyla kanımızca, sorumsuzluk teyitlerini mutlak genel af olarak nitelendirmek, bir hukuk devletinde olanak dışıdır.

Yine özellikle MİT Kanunu uyarınca ve çözüm sürecinde çıkarılan kanundaki sorumsuzluk teyitleri de, belirli bir kategoriye ilişkin olarak sınırlandırılmamaktadır. Dolayısıyla sorumsuzluk teyitlerini içeren kanunlar, belirlenebilir bir af kanunu içeriğine sahip değildirler. Kaldı ki kimi düzenlemelerin – söz gelimi MİT Kanunu’ndaki sorumsuzluk teyidi – ileriye yönelik olarak uygulanabilir. Örneğin kanun yürürlüğe girdikten sonra, bahsi geçen işlemleri yapan görevliler bağlamında sorumsuzluk teyidi – görevin ifasına bağlı olarak – sonuç doğuracaktır. O halde geleceğe yönelik de peşinen af olamayacağından, sorumsuzluk teyitleri ile af niteliği bağdaşmamaktadır.

¹⁵⁷ Örneğin Uzun “Teknik olarak bu hüküm bir yandan af niteliğinde diğer yandan da ceza hukukundaki “hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler”e bir yenisini eklemekte. Her ikisi için de düzenleme yapma yetkisi münhasıran TBMM’ye aittir.” şeklinde bir görüş ile norma dair eleştirisini dile getirmiştir. Bkz: Uzun, **aynı eser**. Esasen hukuka uygunluk nedenleri, fiil işlendiği esnada, ya vardır ya da yoktur. Dolayısıyla anılan düzenlemedeki “ve devamı” ibaresi yalnızca darbe girişimi ile bağlantılı ve 15 – 16 Temmuz 2016 tarihindeki eylemleri kapsıyorsa ki kanaatimizce durum böyledir, o halde artık “yeni bir” hukuka uygunluk nedeninden bahsedemeyiz. Keza Baro Başkanları Bildirisi’nde de hükmün bir sorumsuzluk veya genel af düzenlemesi olduğu belirtilmiştir. Bkz: **Baro Başkanları Toplantısı Sonuç Bildirgesi**, m. 9.

¹⁵⁸ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III**, 14. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2020, s. 401 – 404; ayrıca bkz: Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 650; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 708.

¹⁵⁹ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 708.

“Sivillere yargı muafiyeti” tartışmasında, yürütme organı yetkililerinin yapmış oldukları açıklamalarda, bir affin söz konusu olmadığı zira zaten ortada bir suç olmadığı özellikle vurgulandığı göze çarpmaktadır. Yine AYM de, 6577 sayılı Kanun m. 37/2 düzenlemesinin af niteliğinde olmadığına karar vermiştir¹⁶⁰.

Yukarıda sorumsuzluk teyitlerinin sınırlarından biri olarak, hakların sert çekirdeği alanı belirtilmişti. Sorumsuzluk teyitlerine af niteliğini vermemek, baştan sorumsuzluk teyitlerinin alanını sınırlandıracaktır. Anayasa m. 15 hükmüne aykırı bir düzenleme yapılmadığını kabul etmek, bu düzenlemeleri af niteliğinde görmemekle daha kolay uzlaşır ki zaten bu düzenlemelere af niteliğini veren bir organ da bulunmamaktadır. Fiilen bu düzenlemelerin af gibi uygulanması ya da bir affi “ima etmesi” ise, hukuki niteliğin af olarak belirlenmesi için yeterli değildir.

Son olarak ise bizce, “**hukuka uygunluk nedenlerine özel vurgu**”, bu düzenlemelerin hukuki niteliğidir. Böylelikle biz sorumsuzluk teyitlerini, ceza hukuku doktrininde haksızlığın kurucu ögesi olmayıp da hukuka aykırılığın suç tipinde gösterilmesi durumuyla eşit, bir başka deyişle “*filin bütününe değerlendiren unsurlar*” (*gesamtatbewertende Tatbestandsmerkmale*) kavramının bir görünüş biçimi olarak kabul etmekteyiz.

Önce bu görüşümüzü izah etmeden evvel kısaca suçun hukuka aykırılık unsuru bağlamında kısa bir bilgi vermek gerekmektedir. Bilindiği üzere suç, unsurlara ayrılarak incelenmektedir ve bu unsurlardan biri de hukuka aykırılık unsurudur. Hukuka aykırılık unsurunun suç ile ilişkisi ise negatif yönlüdür¹⁶¹. Bir başka deyişle, hukuka uygunluk sebeplerinden biri, somut olayda yok ise hukuka aykırılık unsuru oluşmuş olacaktır. Keza tipikliğin fonksiyonlarından biri de “*hukuka aykırılık karinesi*” yaratmasıdır¹⁶². Dolayısıyla suç tipinde ayrıca hukuka uygunluk sebepleri gösterilmemektedir ve yine “*hukuka aykırı olarak*” gibi bir ifadeye de yer verilmesine gerek bulunmamaktadır.

Ancak çeşitli suç tiplerinde, hukuka aykırılığın ayrıca gösterildiği görülmektedir ki bu ifadelerin anlamı da ceza hukuku doktrininde tartışılır olmuştur¹⁶³. Hukuka aykırılığa

¹⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, 2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar, pg. 15.

¹⁶¹ Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016, s. 417 ve aynı sayfa, dp. 43.

¹⁶² Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 264; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 15. Baskı, Ankara, Seçkin, 2015, s. 196; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 319; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2019, s. 353; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 107, 265; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 210; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, 2019, s. 144; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Adalet, 2019, s. 238 – 239; Göktürk, **Hukuka Aykırılık**, s. 417 - 418.

¹⁶³ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi ve suç tipinde hukuka aykırılığın belirtilme şekillerinin görmüş olduğu fonksiyon hakkında bkz: Tuğrul Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 122 – 125; Göktürk, **Hukuka Aykırılık**, s. 424 - 433, doktrindeki bu meseleye dair genel fikirler olan 1) tipikliğin olumsuz unsurları 2) tipikliğe dâhil ve dolayısıyla doğrudan kastla işlenebilecek suçlar 3) hukuka özel aykırılık ve kastın hukuka özel aykırılığı da kapsamı gerektiği görüşleri için aynı eser, s. 424 – 425; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, 14. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2019, s. 250 – 251; Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 216; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 364 – 365. Kısaca doktrindeki kabulleri de zikretmek faydalı olacaktır:

ilişkin suç tipinde belirtilen ifadelerin, ya haksızlığın kurucu öğelerinden biri olması itibarıyla tipikliğe dâhil ya da **“fiilin bütününe değerlendiren unsurlar”** olması (**gesamttatbewertende Tatbestandsmerkmale**) itibarıyla hukuka aykırılık unsuruna dâhil olduğu görüşüne katılmaktayız¹⁶⁴. Suç tipinde haksızlığın tümünü değerlendiren bir ifadeye yer verilmesi ise anlamsız bir faaliyet olmayıp çeşitli sonuçlar doğurmaktadır. En önemli sonuç ise, böylesi bir ifadeye yer verilmesi durumunda, tipikliğin hukuka aykırılık karanesi özelliği ihmal edilerek, hâkimin bu ifadeler vasıtasıyla olayda bir hukuka uygunluk sebebi olabileceği noktasında “uyarılmasıdır”. Dolayısıyla bu şekilde bir vurgunun yer aldığı suç tipinde hâkimin, tipikliğin hukuka aykırılık karanesi ile hareket etmekle yetinmemesi, ayrıca bir hukuka uygunluk sebebinin var olabileceğini bilmesi ve bu hususu araştırması gerekir¹⁶⁵. Bu

Katoğlu, bu konuda farklı görüşlerin olmasının nedeni olarak, bu başlık altında incelenen durumların doğalarının farklı olmasını göstermektedir. Anılan ifadeler, özel kast, özel bir hukuka uygunluk nedeni ya da fiilin özel bir biçimi olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Bu özel durumların her birinin kendi doğasına göre yorum yapmak gerekmektedir. Dolayısıyla da yazara göre, da hukuka genel aykırılık – hukuka özel aykırılık ayırımının, kabul edilebilir bir ayırım olduğunu söylemek güçtür. Bkz: Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 125, 126.

Dönmezer – Erman’a göre, hukuka özel aykırılık varsa, kanun koyucu, failin hukuka aykırı hareket ettiğini bilmesini ve istemesini aramaktadır. Dolayısıyla bu ifadelerin önemi, manevi unsur bakımındandır. Böylesi suç tiplerinde hâkim, failin hukuka aykırılığı bilerek ve isteyerek hareket edip etmediğini araştıracaktır. Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, s. 251 – 252. Demirbaş, ikili bir ayırma yer vermemektedir. Yazara göre bu ifadelerin en önemli sonucu, hukuka aykırılık karanesinin işlemlerini oluşturmaktadır. Hâkim bu suçlarda, hukuka aykırılığı ayrıca tespit etmek zorundadır. Failin kusuru ise hukuka özel aykırılığı da kapsamına almalıdır. Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 268 – 269.

Özgenç de ikili ayırma yer vermemektedir. Yazara göre, böylesi ifadeler bir suç tipinde yer almakta ise, tipte hukuka aykırılığa özellikle işaret edilmiştir ve kanun koyucu, failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunu bilmesini aramaktadır. Dolayısıyla böylesi suç tipleri ancak doğrudan kast ile işlenebilir. Keza ayrıca cezai sorumluluk için, failin işlediği fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu bilinç yoksa kast yoktur. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 320 – 321.

Zafer, konuya dair açıklamalarında, bu ifadeleri ikiye ayıran görüşü daha uzun anlatarak ayırma taraftarı görünmektedir. Suç tanımındaki hukuka aykırılığa dair ifadeler, bir maddi unsuru nitelendirmekte ise, tipte dâhildir. Bu halde kast, hukuka aykırılığı da kapsamalıdır, dolayısıyla hata kastı kaldırır. Ancak yazarın hatayı, TCK m. 30/1, 3 çerçevesinde mütalaa ettiği anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle yazar bu husustaki hatayı, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata olarak kabul etmektedir. Suç tanımındaki hukuka aykırılık ibaresi, herhangi bir unsuru nitelendirmiyor ise, bu halde hukuka aykırılık unsurunun tekrarı söz konusudur ve bu ibare, hâkimi uyarı işlevi görür. Bu durumda hukuka aykırılık kast kapsamında değildir. Yazara göre failin hatası yine TCK m. 30/3 çerçevesinde değerlendirilecektir ancak somut olayda haksızlık bilinci de etkilenebilir. Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 364 – 366.

Koca – Üzülmüş de, bu ifadeleri ikiye ayırmaktadır. Eğer söz konusu ifadeler, maddi unsurlardan birinin sıfatı ise, tipikliğin unsuru olduğunu ve kastın bu unsuru da kapsamaması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu halde suç ancak doğrudan kast ile işlenebilecektir. Ancak hukuka aykırılık kavramı tüm suçu değerlendiriyorsa, bu gereksiz ve fazladan bir tekrardan ibarettir. Bu ifadeler, hâkimi, bir hukuka uygunluk nedeni olabileceği noktasında uyarılmaktadır. Bu ifadeler kastın kapsamında değil, haksızlık bilinci çerçevesinde değerlendirilmelidir. Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 268 – 269.

¹⁶⁴ Göktürk, **Hukuka Aykırılık**, s. 426 – 427; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 198 – 199; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 304 - 305.

¹⁶⁵ Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 217; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 269; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 199; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 365; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 277; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 304; Göktürk, **Hukuka Aykırılık**, s. 427 – dp. 72, s. 432.

ifadelerin ikinci fonksiyonu ise, failin bu hususa dair hatasının TCK m. 30/4 uyarınca haksızlık hatası bakımından ele alınacak olmasıdır¹⁶⁶ / ¹⁶⁷. Netice olarak bu şekilde hukuka aykırılığın suç tipinde özel olarak vurgulanması durumunda, hâkimin somut olayda ayrıca bir hukuka aykırılık var mı diye araştırması ve haksızlık hatası ihtimalinin göz ardı edilmesi gerekir.

Bu ön açıklamadan sonra hukuki nitelik meselesine geri dönebiliriz. Fiilin bütününe değerlendirici unsurların, yalnızca suç tipinde, “*hukuka aykırı olarak*” gibi bir ifadeye hasredilemeyeceği kanısındayız. Bu çerçevede sorumsuzluk teyitleri ve TCK m. 218/1,c.2 hükmündeki “*Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*”, TCK m. 301/3 hükmündeki “*Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*” ve Terörle Mücadele Kanunu m. 7/2,c.4 hükmündeki “*Haber verme sınırlarını aşmayan veya eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz*” ifadeleri de aynı işlevi görmektedirler. Anayasa’da çeşitli maddelerde düşünce ve ifade özgürlüğü korunmuşken, söz konusu ifadeler olmasa da zaten anılan ifadelerin bahsettiği durumlar, ifade özgürlüğü nedeniyle ve TCK m. 26 gereğince hakkın kullanılması olarak – hukuka aykırılık unsuru oluşmayacağından – suç oluşturmayacaklardır¹⁶⁸. Doktrinde anılan hükümler, hakkın kullanımının özel bir görünümü ve ifade özgürlüğüne verilen önemin göstergesi olarak kabul edilmektedir¹⁶⁹. Keza TCK m. 218/1,c.2 hükmünün

¹⁶⁶ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 198 – 199; Göktürk, **Hukuka Aykırılık**, s. 427 – 428, 431; Bu noktada Göktürk, hukuka aykırılığın suç tipinde ayrıca belirtildiği suçlarda faillerin ancak doğrudan haksızlık bilinci ile hareket etmesi durumunda sorumlu tutulabilecekleri kanısındadır. Bu görüşe göre, böylesi suç tiplerinde olası haksızlık bilinci ile hareket eden fail, tam kusurlu kabul edilemez. Keza bu halde bir kaçınılabilir haksızlık hatası söz konusu olacaktır. Yine yazara göre bu halde mademki doğrudan haksızlık bilinci ile hareket etmek gerekmektedir o halde ilgili suç da ancak doğrudan kast ile işlenebilir. Göktürk, **Hukuka Aykırılık**, s. 432 - 433.

Koca – Üzülmez de, bu nitelikteki hukuka aykırılığın kastın kapsamında olması gerektiğini, kusur alanına ilişkin olan haksızlık bilinci bakımından tipteki hukuka aykırılık ifadesinin bir bağlantı noktası oluşturacağını, meselenin haksızlık bilinci çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz: Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 269. Yine kusurun hukuka aykırılığı da ayrıca kapsamı gerektiği hakkında bkz: Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 277.

¹⁶⁷ Ayrıca karşı görüş olarak Türk hukukunda, hukuka özel aykırılık olarak adlandırılan bu hallerin kastın kapsamında olduğuna dair görüş de bulunmaktadır. Dönmezer – Erman, bu hallerde failin, bu hukuka özel aykırılığı bilmesi ve bu şekilde hareket etmeyi istemesi gerektiği kanısındadırlar. Bu halde, kusurluluk (manevi unsur) kapsamında, hukuka özel aykırılığa dair bilme ve isteme de yer alacaktır. Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, s. 252.

Yargıtay da fiilin bütününe değerlendiren hususlarda bir başka deyişle hukuka özel aykırılık halinde, kastın varlığı için “*samîğin hukuka aykırı hareket ettiğini bilmesi ve bu biçimde hareket etmeye devam etmesini*” aramaktadır. İlgili Yargıtay 12. Ceza Dairesi kararı için bkz: Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 366, dp. 50.

Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 320 – 321; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 235 – 236.

Zafer ise, fiilin bütününe değerlendiren hususlarda hukuka aykırılığı, kastın kapsamında görmemektedir. Yazar, hata durumunda ise TCK m. 30/3 hükmüne göre çözüme gidileceği kanısındadır. Yine Zafer, hukuka aykırılığın somut olaydaki varlığı ya da yokluğuna ilişkin hata, haksızlık bilincini de etkileyebilir. Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 365 – 366.

¹⁶⁸ İlker Tepe, **Türk Ceza Hukukunda “Eleştiri Amacıyla Yapılan Düşünce Açıklamaları” ile Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış**, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 8, Aralık 2008, s. 127.

¹⁶⁹ Tepe, **Eleştiri Amacıyla**, s. 128, 149.

doktrinde, Anayasa m. 26 ve TCK m. 26 ile bağlantılı şekilde, ifade özgürlüğü ve haber verme hakkı bağlamında açıklandığı görülmektedir¹⁷⁰. Yine, benzer bir ifade içeren 765 sayılı TCK m. 159 hükmü hakkında, 2003 tarihli bir Yargıtay kararında, ifadenin gereksizliğine dair eleştiriler hatırlatılmış ve fakat ifade özgürlüğünün Türk ceza yargısında yeterince korunmaması nedeniyle söz konusu düzenlemeye yer verildiği kabul edilmiştir¹⁷¹. Netice itibarıyla kanımızca, gerek sorumsuzluk teyitleri gerekse de TCK m. 218/1,c.2, 301/3, TMK m. 7/2,c.4 hükümleri, sorumsuzluk teyitleri, **hukuka aykırılık unsuruna özel vurgu yani, “fülin bütününü değerlendiren unsurlar” (gesamttatbewertende Tatbestandsmerkmale) kavramının bir görünüş biçimidir ve “fülin bütününü değerlendiren unsurlar” gibi sonuç doğurmaktadırlar**. Zira böylesi suç tiplerinde, ilgili suç tipinin yapısı gereğince hukuka uygun ve hukuka aykırı davranışlar arasındaki ayırım güçleştiğinden tipikliğin hukuka aykırılık karinesi ile yetinilmeyerek hukuka aykırılık unsurunun ayrıca incelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Sorumsuzluk teyitlerinin düzenlendiği alanların da, AYM kararlarından da vurgulandığı üzere, hukuka uygunluk ile hukuka aykırılık ayırımı bakımından tereddütlere neden olması bir başka deyişle gri bölgede yer alması nedeniyle (tıpkı ifade özgürlüğü ile ilgili suçlarda örneklerini verdiğimiz düzenlemelerin, ifade özgürlüğü ile suç teşkil eden eylemleri ayırmanın güçlüğü nedeniyle ayrıca var olması gibi), bu düzenlemelerin var olduğu kanısındayız.

Dikkat edilmelidir ki, bu düzenlemeler ile “yeni bir hukuka uygunluk nedeni” yaratılmadığı kanısındayız. Mevzubahis, kanun hükmünü icra, görevin ifası, meşru savunma gibi varlığı kabul edilen hukuka uygunluk nedenlerinin, normun çıkarıldığı olay bağlamında gerçekleşmiş olabileceğinin vurgulanmasından ibarettir. Zaten yeni bir hukuka uygunluk nedeni yaratıldığını kabul etmek, - geçmiş olaylara dair sorumsuzluk teyitleri bakımından - bu hükümlere aslında af niteliğini vermek anlamına gelecektir. Keza yeni bir hukuka uygunluk sebebi yaratılmadığını kabul etmek, toplumsal olarak hayli tartışmalı bu düzenlemelerin alanının daraltılmasına da hizmet etmektedir. **Zira bu şekilde ilgili hükümler, hukuka uygunluk alanının kapsamında bir değişiklik yaratmayacaklardır**. Yine görüşümüz çerçevesinde sorumsuzluk teyitleri, ne mutlak bir sorumsuzluk güvencesi niteliğine sahip olur ne de hakların sert çekirdeğine yönelik bir müdahale aracı olarak kabul edilebilirler.

AYM kararlarında da benzer hususlara işaret edilmiştir¹⁷². Bununla birlikte daha önce işaret ettiğimiz üzere AYM’nin son kararında çelişkiler bulunmaktadır. Ancak bu durum bizim görüşümüzü zayıflatmamaktadır zira sorun, AYM’nin hangi mevcut hukuka uygunluk sebebine gidilmesi gerektiğini, daha açık ifadeyle direnme hakkı ya da kamusal / devlete ait hukuki değerlerin ihlalinde meşru savunmanın uygulanabilir olup olmadığı sorusu konusunda net bir tavır almaması kaynaklıdır.

Görüşümüz uyarınca, sorumsuzluk teyitlerinin kapsamına giren bir olay yargı organının önüne geldiğinde, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin var olup olmadığı ya da fail bakımından TCK m. 30/4 hükmünün uygulanmasını ya da tartışılmasını gerektiren bir halin olup olmadığı araştırılmalıdır. Kanun koyucunun böylesi bir düzenlemeye yer vererek, hukukilik alanında kalıp kalmadığı tartışmalı bir düzenleme bakımından doğabilecek tereddütleri ortadan kaldırmayı hedeflediği kabul edilebilir. Keza hukukilik alanının tartışmalı olması, faillerin bir izin normunun varlığıyla hareket ettikleri ihtimali doğurabilir. Bilinmektedir ki izin normunun varlığında hata, haksızlık yanılığsı bağlamında ele alınmaktadır. Kanımızca sorumsuzluk teyitlerine yer verilmesi durumunda, gerek hukuka uygunluk

¹⁷⁰ Elif Bekar Ergüne, “Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216)” İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (3), 2020, 1701 – 1703.

¹⁷¹ Karardan ilgili pasaj için bkz: Tepe, **Eleştiri Amacıyla**, s. 128.

¹⁷² Aynı yönde Fertellioglu, **Sivillere Yargı Muafiyeti Mi?**, s. 682.

sebeplerinin araştırılmasının gerekmesi (tipikliğin hukuka aykırılık karinesi ile yetinilmesi) gerekse de izin normunun varlığı noktasındaki hata nedeniyle haksızlık hatasının ihtimal dâhilinde olması, sorumsuzluk teyitlerini, tipte yer verilen haksızlığın tümünü değerlendiren hukuka aykırılık ifadeleriyle benzer şekilde değerlendirmemizi mümkün kılmaktadır. Bu çerçevede, örneğin çözüm sürecinde çıkan 6551 sayılı Kanun'daki sorumsuzluk teyidi, bu kanunda belirtilen faaliyetlerin suç teşkil etmeyeceğini belirtir yoksa bu süreç kapsamındaki her türlü faaliyeti, sorumluluk harici kılmaz. Keza MİT Kanunu'ndaki düzenleme de, ancak MİT Kanunu ve sair mevzuatta öngörülen yetkiler ve verilen görevler çerçevesinde hüküm ifade eder. Son olarak sivillere yargı muafiyetinde ise yeni bir hukuka uygunluk alanı yaratılmadığı ifade edilmelidir. Bu meselelerde bir izin normunun varlığını varsayarak hareket edenlerin durumu ise TCK m. 30/4 uyarınca ele alınabilir.

C. Kamusal ve Özellikle Devlete Ait Hukuki Değerlerin¹⁷³ İhlali Durumunda Bireylerin Müdahalelerinin Hukuka Uygunluk Sebepleri Bakımından Değerlendirilmesi

Sorumsuzluk teyitlerinin hukuka uygunluk sebeplerine özel bir vurgu olduğu belirlendikten sonra yanıtlamamız gereken son bir sorun bulunmaktadır: Acaba sorumsuzluk

¹⁷³ Bugün, ceza hukuku öğretisinde, bütün hukuki değerlerin bireyselleştirilmesine dair görüşlere rastlanılmaktadır. Örneğin Koca – Üzülmaz tarafından şu görüşler ifade edilmektedir: “Bize göre de tüm suçların koruduğu hukuksal değerler bireye aittirler. Devlet, toplum, kamu organları bazı hukuksal değerlerin taşıyıcısı olarak kabul edilse bile, bunlar hukuksal değerlerin sahibi olamazlar. Bütün suçlar bireye karşı işlenirler. Bu itibarla da tüm suçların mağduru bireylerdir”. Koca, Üzülmaz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 119. Özgenç de, mağdura ilişkin açıklamalarında, devlete ait haklar ve yararlar olabileceği anlayışını reddetmekte ve hak süjesi olarak yalnızca bireyleri tanıyıp kamusal ya da devlete ait hukuksal değerlerle bağlantılı olarak kabul ettiğimiz suçlarda toplumu oluşturan herkesi mağdur kabul etmektedir. Bkz: Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 224 - 226. Öyle ki anayasal düzene saldırı durumlarında dahi bireylerin demokratik bir hukuk devletinde yaşama haklarının ihlal edildiği iddia edilmektedir. “Kanımızca, korunan hukuki değerler temellerini daima bireyin bir takım haklarında, temel hak ve özgürlükler grubu altında yer alan menfaatlerinde bulur... Korunan hukuki değerlerin daima veya suç tipine göre devlete ait olduğu fikrine katılmıyoruz... Bu bağlamda, devletin kendine has bir takım menfaatlerinin olabileceği ve bu menfaatleri korumak için ceza normu ihdas edebileceği fikrini kabul etmiyoruz... Devletin mekanizmasını ve fonksiyonlarını korumak amacıyla, yasama organı tarafından bir takım ceza normları ihdas edilmesi, korunan değerlerin devlete ait olduğu anlamına gelmez. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, devletin fonksiyonları, bu fonksiyonlar nihayetinde bireylerin menfaati için var oldukları sebebiyle korunmaktadır”. Anayasayı İhlâl Suçu bütün bu tartışmalar açısından ilginç bir konumdadır. Zira bu suç tipinde eylem muayyen bir bireye karşı gerçekleştirilmemektedir. Ne var ki bu suç tipinde de korunan hukuki değer bireyler aittir. Bireylerin menfaatleri, mevcut olan en gelişmiş siyasi sistem içinde, iktidarın meşru yollarla belirlendiği, egemenliğin hukuk kuralları çerçevesinde kullanıldığı bir düzende yaşamalarıdır”. Karcılıoğlu, **Anayasayı İhlâl Suçu**, s. 96 – 104, özellikle s. 99, 100, 103.

Kanımızca gerçekçi bir şekilde ele alındığında, kimi suçların kamusal veya devlete ait hukuki değerleri koruduğu gayet açıktır. Elbette ki ceza hukuku insanları muhatap almaktadır, toplumsal düzen bakımından işlev görmek ve insan haklarını korumayı esas hedef belirlemektedir. Ancak siyasi iktidar düzeni ya da fonksiyonları veya toprak bütünlüğü gibi değerlerin bulunduğu suçlarda başat olarak devlete ait hukuki değerlerin korunmadığını iddia etmek, kanımızca başımız kuma gömmek demektir. Bu suçlar da bireyleri etkiler ama gerçeğe gözlerimizi kapatmak istemezsek, böylesi suçlarda devlete ait değerlerin bulunduğu gerçeğiyle karşılaşırız. Keza kamusal değerler için de aynı durum geçerlidir. Dolayısıyla kamusal ve devlete ait hukuksal değerlerin bulunduğu ve bunları koruyan suç tiplerinin olduğu kanısındayız.

Bireysel hukuksal yararlar ve toplumsal değerlerin korunmasını amaçlayan genel hukuksal yararlar ayrımı için ayrıca bkz: Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 2.

teyitleri ile özel olarak hangi hukuka uygunluk sebebi/sebepleri vurgulanmaktadır? Kamu görevlilerinin sorumluluğuna dair sorumsuzluk teyitlerinin, kanun hükmünü icra – görevin ifası hukuka uygunluk nedenleri bağlamında değerlendirilebileceği açıktır, AYM kararlarında da bu görüş ifade edilmiştir. Dolayısıyla asıl sorun teşkil eden mesele, kamu görevlisi olmayanları ilgilendiren, 6755 sayılı Kanun m. 37/2 gibi düzenlemelerdir. Buradaki hukuka uygunluk sebebini tespit etmek ise hayli çetrefilli bir problem olarak karşımızdadır.

1. Türk Hukukundaki Görüşler

5237 sayılı TCK ile birlikte, hangi hukuki değerlerin meşru savunma ile korunmaya elverişli olduğu hususunda, Türk hukukunda önemli bir tartışma bulunmaktadır. Ancak söz konusu tartışma esasen, mal varlığına yönelik bir saldırı durumunda meşru savunmadan yararlanmanın yerinde olup olmayacağı noktasındadır¹⁷⁴.

Bununla birlikte Türk ceza hukuku doktrininde, kamusal hukuki değerlerin meşru savunma ile korunması hususu pek tartışılmamaktadır. Nitekim meşru savunma ile korunabilecek hakların “*bireysel hukuki değerler*” olarak belirtildiği görülmektedir¹⁷⁵. Fakat göze çarpan bir husus, kamusal hukuksal değerlere dair bir tartışmaya yer verilmemesidir. Kimi yazarların açıklamalarının genel yapısından, meşru savunmayı yalnızca bireysel hukuki değerlere yönelik saldırılara özgü olarak kabul ettikleri anlaşılmaktadır¹⁷⁶. Madde gerekçesinde de her türlü hakka yönelik meşru savunmanın mümkün kılındığı belirtilse de¹⁷⁷, kamusal hukuki değerlerin de bu bağlamda olup olmadığı noktasında gerekçede bir açıklık bulunmamaktadır.

Doktrinde kamusal hukuksal değerler lehine meşru savunmayı açıkça kabul etmeyen görüşlere de rastlanılmaktadır¹⁷⁸. Koca – Üzülmüş’e göre TCK m. 25 hükmünün lafzı,

¹⁷⁴ Nitekim TCK m. 25 hükmündeki “*herhangi bir hakka yönelik olup*” ifadesi, 765 sayılı TCK m. 49/2 hükmündeki “*nefsine veya urzına*” ifadesinden farklılık arz etmekte ve malvarlığına yönelik saldırılar bakımından meşru savunmayı olanaklı kılmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde ise mal varlığına yönelik saldırılara karşı savunmalar bakımından, ceza verilmemesini sağlayan 461. maddeden ya da zilyetlik korunması hükümlerinden yararlanılabilmektedir.

¹⁷⁵ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, s. 348 – 350; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 208; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 370 – 371; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 279; Fatih Selami Mahmutoglu, Serra Karadeniz: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta, 2017, s. 502 – 503; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 488 – 489; Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 991; Melik Kartal, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık**, İstanbul, İstanbul Arşivi – On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 67; Hilal Düzenli, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, s. 87.

¹⁷⁶ Örneğin, Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 302 – 303; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 290 – 292.

¹⁷⁷ Madde gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: “*Bir kere her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olduğu belirtilmiş ve böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmesi istenilmiştir.*

Ayrıca, şu husus da belirtilmelidir ki, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir.”

¹⁷⁸ Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 208. Yazarlar kamu düzeninin korunması münhasıran yetkili devlet organlarının görevi olduğundan kamusal ve özellikle de devlete ait hukuksal değerlerin meşru savunma ile korunmaya elverişli olmadığı görüşünü belirtmektedirler; aynı yönde Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 323.

hakkın aidiyeti bakımından (bireylere ait bir hukuksal değer kastediliyor) bir sınırlandırma-ya işaret etmektedir. Kamu düzeninin genel olarak ihlal edilmesine yönelik fiiller, aynı zamanda “vatandaşın kendi hakkını da” ihlal etmiyorsa, meşru savunma söz konusu olamayacaktır; bu kuralın istisnası ise TCK m. 306/6 hükmüdür¹⁷⁹ /¹⁸⁰. Zira fiili savaş halinde ve “meşru müdafaa amaçlı direniş hareketleri” söz konusu ise, madde hükümlerinin, işgalci yabancı devlet aleyhine asker toplama faaliyetlerine uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Ünver, gerek kamusal hukuki değerlere gerekse de devlete ait hukuki değerlere yönelik bir saldırının, aynı zamanda bireysel hukuksal değerlere de dolaylı bir etkisi söz konusu ise, meşru savunma vasıtasıyla korumanın gerçekleştirilebileceği kanısındadır¹⁸¹.

Yine yakın tarihli bir tez çalışmasında, konu tartışıldıktan sonra, meşru savunmada esas olanın kişi özgürlüğü olduğu belirtilerek dolaylı şekilde dahi bireysel hukuki değerler korunmuyorsa, kamusal hukuksal değerlerin meşru savunma ile korunmaya müsait olmadığı ifade edilmiştir¹⁸².

Türk doktrininde bu hususta farklı ve tam olarak çalışmamızda değindiğimiz sorunla ilgili olan bir görüşe göre ise, cuntacı bir grubun anayasal düzeni yıkmak için darbe girişiminde bulunması örneğinde, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı anayasanın ve hukuk düzeninin ortadan kalkması durumu söz konusu olduğundan, haksızlık içeriği son derece yoğun bu saldırıyı karşı, her bir bireyin, yaşamsal tehlikeliliği haiz olanlar da dâhil olmak üzere savunmada bulunmaları mümkündür¹⁸³. Yazarın, bireylerin haklarını doğrudan etkilemeyen durumlarda meşru savunmayı kabul etmezken bireylerin haklarını dolaylı olarak etkileyen, kamusal ya da devlete ait hukuki değerlere yönelik saldırılara karşı da meşru savunmanın uygulanabileceğini kabul ettiğini belirtmek gerekir¹⁸⁴. Yine yazara göre önemli olan savunmanın gerekliliği ile saldırının meşru savunma ile örtüşebilirliğidir. Bu bakımdan örneğin, bir ormanı yakmak için çeşitli yerlere benzin döken ve elindeki çakmağı benzine doğru götürmekte olan birine karşı, oradan geçmekte olan bir vatandaş taş atarak saldırganı etkisiz hale getirebilir. Dolayısıyla yazara göre haksızlık içeriği ağır, dolaylı da

¹⁷⁹ Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 282; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Genel Hükümler Şerhi**, s. 506.

¹⁸⁰ **Yabancı devlet aleyhine asker toplama**

Madde 306- (6) *Bu madde hükümleri, fiili savaş halinde ülke topraklarının tamamını veya bir kısmını işgal eden yabancı devlet kuvvetlerine karşı meşru müdafaa amaçlı direniş hareketleri hakkında uygulanmaz.*

¹⁸¹ Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 989, 991. Bununla birlikte yazar aynı kısımda, haklı savunma için hukuk düzeninin geçerliliğinin yeterli görülebileceği (s. 990), devlete ait hukuksal değerlere yönelik saldırı durumunda devlet organları korumayı sağlamıyorsa bu değerlerin meşru savunma ile korunabileceği (s. 991) görüşlerini de ileri sürmüştür. Fakat en nihayetinde “*genel ifadeyle, devlete veya kamu hukukunun diğer tüzel kişilerine ait hukuksal değerler, ancak bireysel hukuksal değerler söz konusu iseler haklı savunma yeteneğine sahiptirler*” açıklamasına yer vermektedir (s. 991).

¹⁸² Düzenli, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma**, s. 87 - 88.

¹⁸³ Kartal, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık**, s. 177.

¹⁸⁴ Kartal, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık**, s. 67. Bu ayrıma dair yazarın örnekleri için aynı eser, s. 67 ve dp. 70. Bu görüşe göre ehliyetiz, alkollü sürücüyü trafikten men etme yetkisi bireylerde bulunmazken bu şekilde trafığa çıkan sürücü bir başkasının korunan hukuki değerlerine karşı tehlike yaratırsa, bu halde meşru savunma kapsamında kontak anahtarının alınması, arabanın lastiğinin indirilmesi mümkündür.

olsa kişilerin hakları zarar görüyor ve devlet organlarına ulaşmanın mümkün olamayacağı acil durumlarda, kamusal değerlere yönelik saldırılara karşı da meşru savunma yapılabilir¹⁸⁵.

Netice olarak kamusal hukuki değerlere yönelik saldırılara karşı meşru savunmanın mümkün olup olmadığı hususu, Türk doktrininde pek tartışılmamıştır. Ancak bir hakka yönelik saldırı başlığı altında, ittifakla, bireysel hukuksal değerlere yönelik saldırılara karşı meşru savunmanın olabileceği belirtilmekte ve bu bakımdan mal varlığına yönelik saldırılar tartışma konusu yapılmaktadır. Doktrindeki açıklamaların genel seyriden Türk doktrininde kamusal hukuki değerlere yönelik saldırılara karşı meşru savunmanın uygulanamayacağı görüşünün hâkim olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu noktada TCK m. 25 hükmünün lafzının, hakkın aidiyeti noktasında sınırlama getirdiği görüşüne katılmamaktayız¹⁸⁶. Zira pekâlâ madde metnindeki “*gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş*” ifadesinin, üçüncü kişiler lehine de meşru savunmanın yapılacağını belirtmek amacına yönelik olduğu kabul edilebilir¹⁸⁷. Dolayısıyla normatif bir dışlama söz konusu olmadığından meselenin ilkesel olarak ele alınmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Zorunluluk halini ele aldığımızda ise, Türk doktrininde genellikle kamusal hakların korunmasına dair bir tartışmaya yer verilmeksizin “hukuken korunan¹⁸⁸” bütün bireysel hukuki değerlerin, zorunluluk hali vasıtasıyla korunabileceği ifade edilmektedir¹⁸⁹. Buna

¹⁸⁵ Kartal, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık**, s. 68.

¹⁸⁶ Kanunun lafzının kişiye ait hakkın doğrudan ya da dolaylı olmasına dair bir ayrım içermediği gerekçesiyle aynı yönde bkz: Kartal, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık**, s. 69. Biz bu görüşe, sonucu itibariyle katılsak da gerekçe itibariyle katılmıyoruz. Zira kanunun lafzındaki ibarenin, hakkın aidiyetini değil üçüncü kişi lehine meşru savunmayı işaret ettiği kanısındayız.

¹⁸⁷ Aynı yönde değerlendirme, Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) m. 34 hükmünde düzenlenen hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin lafzında geçen “*von einem anderen*” ifadesi bakımından yapılmıştır. Buna göre StGB m. 34'ün lafzındaki “*von einem anderen*” ifadesinin, kamusal hukuksal değerlerin zorunluluk haline elverişli olduğu görüşünü şüpheli kıldıği yönündeki aksi görüş, söz konusu ifadeye metinde bahsettiğimiz anlam verilerek bertaraf edilmiştir. Bkz: Walter Perron, **Schönke / Schröder Strafrechtbuch**, 30. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2019, § 34/pg. 10; Türk hukukundan aynı yöndeki bir değerlendirme için bkz: Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 304.

¹⁸⁸ Kan, “*hukuken korunan*” ibaresinin altını özellikle çizmektedir. Böylelikle ceza hukuku vasıtasıyla bir hakkın korunması gerekmez, hukuk düzenince korunan bir hak (söz gelimi özel hukuk ya da kamu hukuku kaynaklı bir hak, bağtlanılan uluslararası sözleşmeler gereğince korunan bir hak gibi) zorunluluk hali ile korunmaya elverişlidir. Keza bu hakkın pozitif hukuk tarafından da tanınması gerekir. Bkz: Çağrı Kan, **Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 194 – 197; aynı yönde Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 217.

¹⁸⁹ Zeynel T. Kanga, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 259 - 264; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II**, s. 369 – 370; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 217; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 350; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 388; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Genel Hükümler Şerhi**, s. 529; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 414; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 577; Demirbaş ise, zorunluluk halinde “*tehlikenin, kişiye ya da kişilikle ilgili bir hakka yönelik olması gerektiği*” kanısındadır. Keza yazar yalnızca çeşitli bireysel haklara dair açıklamalarda bulunmaktadır. Bununla birlikte Demirbaş, zorunluluk halinin çifte niteliğe sahip olduğu görüşündedir. Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali ile mazeret nedeni olan zorunluluk haline dair yazarın belirttiği farklardan biri de, Alman Anayasası'nın 20. maddesinin 4. fıkrası gereğince direnme hakkıdır. Demirbaş, her Alman'ın, anayasal düzeni korumak için karşı koyma hakkına sahip olduğunu ve devlet zorunluluk hali ile ilgili bu durumlarda Alman Ceza Kanunu m. 34 hükmündeki hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin uy-

karşın kamusal hukuksal değerlerin de zorunluluk hali ile korunmaya elverişli olduğunu ifade eden görüşler de bulunmaktadır¹⁹⁰. Bununla birlikte Türk hukuku bağlamında başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. Zorunluluk halinin hukuki niteliği Türk hukukunda tartışmalıdır¹⁹¹. Zorunluluk halini hukuka uygunluk sebebi¹⁹² olarak ele alan görüşler olduğu gibi TCK m. 25/2'nin düzenleniş biçimi ve gerekçede “ kusurluluğu kaldıran bir neden” şeklinde tanımlanması ile CMK m. 223/3- b gereğince¹⁹³ zorunluluk halinin yalnızca bir mazeret nedeni¹⁹⁴ olduğuna dair bir görüş de mevcuttur. Bir üçüncü görüş ise, hem hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halini hem de mazeret nedeni olan zorunluluk halini kabul etmektedir¹⁹⁵. TCK'daki düzenlemenin belirsizliği ile farklı görüşlere neden olan pek çok faktörün bulunması (Borçlar Kanunu m. 63/2 ve 64/2, CMK m. 223/3-b, TCK'da özel olarak düzenlenen zorunluluk halleri), zorunluluk halinin niteliğini belirlemeyi olağan dışı güç bir uğraşa çevirmiştir¹⁹⁶. Çalışmamızda yer verdiğimiz zorunluluk haline dair 3 tez çalışmasında, hukuki niteliğin 3 farklı şekilde belirlenmiş olması, konunun tartışmalı yönüne işaret eden güzel bir örnektir.

Konunun tartışmamız bakımından önemi şuradadır: Sorumsuzluk teyitlerinin lafızlarındaki ifadeler, amaçları, kullanım biçimleri, kusuru değil hukuka aykırılığı ilgilendirdiklerini göstermektedir. Öyleyse, eğer zorunluluk hali yalnızca mazeret nedeni olarak ele alınır, sorumsuzluk teyitlerinin vurguladığı bir hukuka uygunluk nedeni olma ihtimali de kalmaz. Aşağıda Alman hukukunda, kamusal değerlerinin meşru savunma ile savunulmasına

gulanabileceğini belirtmektedir. Bu nedenle dolaylı bir biçimde kamusal değerlerin de zorunluluk hali vasıtasıyla korunmasına cevaz vermiş görünmektedir. Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 298, 304 - 305; Kan, **Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, s. 196 - 197; Elif Bekar, **Türk ve Amerikan Hukukunda Zorunluluk Hali**, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 99 - 100.

¹⁹⁰ Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 265 - 269; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 577; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Genel Hükümler Şerhi**, s. 529 - 530 (yazarlar, Kangal'ın görüşlerine atıfta bulunmakta açıkça ve doğrudan kendileri bu görüşü belirtmemektedirler); Kan, sosyal birtakım olayların da tehlike kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini, bunlara örnek olarak devletler hukuku, iş hukuku uygulamalarının gösterilebileceğini ifade etmiştir. Kan, **Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, s. 196 - 197; Bekar, tehlikenin topluluğa yönelik olması halinin, savaş ya da toplumsal karışıklık hallerine özgü olduğunu ifade ederek kamusal değerlerin zorunluluk hali vasıtasıyla korunması noktasında kısıtlayıcı bir görüşü belirtmiştir. Bekar, **Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, s. 100.

¹⁹¹ Bu tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 30 - 47; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 376 - 382; Kan, **Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, s. 84 - 151; Bekar, **Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, s. 60 - 85.

¹⁹² Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II**, s. 362, 367; Kan, **Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, s. 156, 161; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 215.

¹⁹³ Bu gerekçelere karşı çıkan görüş için bkz: Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 47 - 48.

¹⁹⁴ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 435 - 437; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 346 - 348; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 408 - 409; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 574; Bekar, **Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, s. 85 - 88, özellikle s. 88; Mahmutoğlu, Karadeniz, **Genel Hükümler Şerhi**, s. 521 - 522 (yazarlar esasen çifte hukuki niteliğe taraftarlarsa da gerekçe nedeniyle TCK m. 25/2 düzenlemesinin mazeret nedeni olduğunu belirtmektedirler).

¹⁹⁵ Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 47 - 55, özellikle 47 - 48; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 382 - 386; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 299; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 384 - 386.

¹⁹⁶ Kan, **Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, s. 152.

tarafıtar olmayanların bu hallerde hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali vasıtasıyla korumaya cevaz verdikleri açıklanmıştır. Değerlendirme kısmında hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin kamusal ve devlete ait hukuksal değerleri koruma vasıtası olması meselesi daha ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Ancak şu aşamada belirtmek gerekir ki, zorunluluk haline çifte hukuki nitelik tanıyan görüşlere katılmaktayız¹⁹⁷. Kamusal ve devlete ait hukuksal değerlerin meşru savunma ile korunmaya elverişli değilken, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali vasıtasıyla korunabileceğini kanaatindeyiz. Ancak anayasal düzen ya da toprak bütünlüğü gibi devlete ait yaşamsal hukuksal değerlerin ise hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali vasıtasıyla değil direnme hakkı ile korunabileceğini düşünmekteyiz. Bu görüşlerimizin ayrıntılarını değerlendirme kısmında belirteceğiz.

Son olarak Türk hukukuna benzer şekilde Avusturya hukukunda da, çevrenin korunması, hayvan refahı veya adaletin tesisi gibi kamusal hukuksal değerlerin, meşru savunma ile korunmaya elverişli olmadığı görüşünün hâkim olduğu belirtilmektedir¹⁹⁸. Bu çerçevede örneğin Fuchs, devletin mal varlığı değerleri gibi bireysel hukuki değerleri hariç olmak üzere, kamusal hukuksal değerlerin meşru savunma ile korunmaya elverişli olmadığı kanısındadır¹⁹⁹. Keza Alman hukukunun aksine Avusturya hukukunda da hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali ayrıca düzenlenmemiş yalnızca Avusturya Ceza Kanunu m. 10 hükmünde kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali (*Entschuldigender Notstand*) düzenlenmiştir. Meşru savunmanın aksine, yalnızca belirli hukuki değerlerin zorunluluk hali vasıtasıyla korunması gibi bir durumun olmadığı ifade edilmektedir²⁰⁰. Her ne kadar özel hükümlerde kamusal hakların korunmasına dair hükümler olsa da – örneğin Avusturya Ceza Kanunu m. 121/5, 122/4 gibi²⁰¹ – yine hâkim görüşe göre kamusal hukuki değerlerin, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali vasıtasıyla korunmasının da kabul görmediği ifade edilmektedir²⁰².

¹⁹⁷ Zorunluluk halinin mazeret nedeni olarak kabul eden görüşlerin dayanakları olan TCK m. 25 gerekçesi ile CMK m. 223/3-b hakkında, bu düzenlemeler nedeniyle zorunluluk halinin mazeret nedeni olamayacağını belirten görüşe katılmaktayız. Bkz: Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 384. Sistematik yorum, sınır aşımındaki uygulama itibarıyla zorunluluk haline çifte nitelik verilmesi görüşüne yine katılmakta iken meşru savunma ile zorunluluk halini açıklayan görüşlerdeki benzerlik temellendirmesine ise (katıldığımız görüşlere göre meşru savunma hak ile haksızlık arasındaki çatışma ile zorunluluk hali ise faydacılık ve karşılıklı dayanışma ile temellendirilmektedir) katılmaktayız. Bkz: Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 386.

¹⁹⁸ Haider, **Rechtfertigung im Allgemeininteresse (Expose)**, s. 2.

¹⁹⁹ Helmut Fuchs, **Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Grundlagen und Lehre von der Straftat**, Siebente, überarbeitete Auflage, Springer, Wien – New York, 2008, § 17/22.

²⁰⁰ Fuchs, **Allgemeiner Teil I**, § 17/55. Ancak bu eserde kamusal değerlerin hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali ile korunması noktasında açıklama yoktur. Yazar, *Staatsnotstand* kavramı altında, kamusal müdahale yetkilerinin, zorunluluk hali gerekçesiyle genişletilemeyeceği hususunu incelemektedir. Bkz: Fuchs, **Allgemeiner Teil I**, § 17/71.

²⁰¹ Bu hükümler sırasıyla, iş ve işletme sırnının ihlaline ilişkin suç tiplerine ilişkindir. Her iki madde de aynı şekilde kaleme alınmıştır. Şöyle ki, “*Der Täter ist nicht zu bestrafen, wenn die Offenbarung oder Verwertung nach Inhalt und Form durch ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt ist.*” (İfşa ya da yararlanma, içerik ve biçime göre bir kamusal veya meşru bir özel bir menfaat tarafından hukuka uygun hale getirilirse, fail cezalandırılmaz).

²⁰² Haider, **Rechtfertigung im Allgemeininteresse (Expose)**, s. 2. Bu bağlamda Avusturya literatüründen örnekler için dp. 3.

2. Alman Hukukundaki Görüşler

Alman hukukunda *Röhm – Putsch* sonrasında *Staatsnotwehr – Staatsnotstand – Staatsnothilfe* kamusal değerlerin meşru savunma ya da hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali vasıtasıyla korunması hususu, doktrinde işlenmiş ve tartışılmış / tartışılmakta olan bir meseledir. Öyle ki özellikle son yıllarda hayvanlar lehine meşru savunma yapılabilir mi tartışması²⁰³ ile bireysel hukuki değerlere yönelik saldırılar haricinde de meşru savunmadan yararlanabilmek önemli bir konu olmuştur. Kamusal hukuki değerlerin meşru savunma ile korunması sorununun bir alt başlığı ve asıl konumuzu ilgilendiren yönü ise devlete ait hukuksal değerlere vaki saldırı durumudur.

Yukarıda 1930'lu yıllara dair görüşlerden örnekleri sunmuştuk. Bu başlıkta ise güncel görüşleri zikredeceğiz.

Alman hukukunda hâkim görüş, yalnızca ve tüm bireysel hukuki değerlerin, (bu değerlerin mutlaka ceza hukuku vasıtasıyla korunuyor olması da gerekmez, hukuken korunması yeterlidir) meşru savunma ile korunmaya elverişli olduğudur²⁰⁴. Kamu düzenin devamı, münhasıran yetkili devlet organlarının görevi olduğundan, kamusal hukuksal değerler meşru savunmaya elverişli değildir²⁰⁵. Kamu düzeninin savunulması için ya da örneğin sarhoş sürücüyü karşı trafik güvenliğinin sağlanması²⁰⁶, bir bütün olarak hukuk düzeninin korunması²⁰⁷ gibi kamusal hukuki değerler için meşru savunmaya dayanılamayacağı kabul edilmektedir.²⁰⁸ Yine doktrinde çevrenin kirletilmesini engellemek için de meşru savunmaya dayanılamayacağı örneği verilmektedir²⁰⁹. Bir tren istasyonunda pornografik yazıların

²⁰³ Bu konudaki tartışma için bkz: Perron, Eisele, **Schönke / Schröder Strafgesetzbuch**, § 32/8; Volker Erb, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2020, § 32/100; Bock, **Straftaten im Dienste der Allgemeinheit**, s. 556 – 558, meşru savunma bağlamında s. 561 – 562, hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk hali bakımından s. 568 – 568, dp. 81, 569 – 570. Bock, özellikle, 22 Şubat 2018'de, Naumburg Yüksek Bölge Mahkemesi'nin, hayvanların tutuldukları kötü koşulları ispat etmek amacıyla bir hayvan yetiştirme tesisine giren üç hayvan koruma aktivistinin beraatini onayladığı kararına dair değerlendirmelerde bulunmaktadır. Yazarın belirttiği üzere, söz konusu karar, hayvan hakları aktivistlerin tarafından bir dönüm noktası olarak kutlanmaktaysa da, koalisyon anlaşmasında, gelecekte ahırlara bu tür izinsiz girişlerin bir suç tipi olarak etkili şekilde cezalandırılması kararlaştırılmıştır. Bock, ilk bakışta, kamu yetkililerinin çiftlik sahiplerinin yanında görünmelerinin ve çiftlik sahiplerini aktivistlere karşı koruyacaklarına, asıl olarak hayvanları korumayı ihmal etmelerinin şartırtıcı bulunabileceğini belirtmektedir. Ancak yazara göre burada bir temel sorun vardır: Bireyler tarafından, aslen devlete ait olan koruma görevini yerine getirmek için üçüncü kişilerin hukuken korunan haklarına müdahale edilip edilemeyeceği ve bunun koşullarının neler olduğu.

²⁰⁴ Perron, Eisele, **Schönke / Schröder Strafgesetzbuch**, § 32/5, 5a; Erb, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, § 32/pg. 84 - 99; Kristian Kühl, **Lackner / Kühl Strafgesetzbuch**, 29. neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck, 2018, § 32/3; Bock, **Straftaten im Dienste der Allgemeinheit**, s. 555, 561 – 564, 575 (tez 3); Dennis Bock, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin, Springer Verlag, 2018, s. 267; Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım – I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı)**, Ed: Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, § 14/344, § 15/436; Eric Hilgendorf, Brian Valerius, **Alman Ceza Hukuku Genel Kısım**, Çev: Salih Oktar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, § 5/21.

²⁰⁵ Erb, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, § 32/100.

²⁰⁶ Hilgendorf, Valerius, **Alman Ceza Hukuku Genel Kısım**, § 5/21.

²⁰⁷ Kühl, **Lackner / Kühl Strafgesetzbuch**, § 32/3.

²⁰⁸ Perron, Eisele, **Schönke / Schröder Strafgesetzbuch**, § 32/8.

²⁰⁹ Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım – I**, s. § 14/344.

sergilenmesine karşı meşru savunma içtihatı kabul görmemiştir²¹⁰. Bununla birlikte kamusal hukuksal değere yönelik saldırı ile bireylerin hakları doğrudan etkileniyorsa, meşru savunmaya cevaz verilmektedir²¹¹. Ancak bu noktada, yeterli ölçüde bireyselleştirilmemiş insan menfaatlerinin de – söz gelimi hayvanlara dair kötü muamele nedeniyle insanlardaki üzüntü ya da trafik düzenine aykırılığın bir şekilde birey haklarını etkileyebilecek oluşu - meşru savunmaya elverişli olamayacağına dair görüşleri de hatırlatmak gerekir²¹².

“*Hukukun hiçbir durumda katlanamayacağı şey, hukukun uzlaşılması olanaksız bir tehdit olarak algıladığı şey, hukukun dışındaki bir şiddetin varlığıdır; bunun da nedeni, böyle bir şiddetin amaçlarının hukukla bağdaşmaz olması değil, varlığının hukuk dışı olması gibi yalın bir gerçektir*”²¹³. Benjamin’in hukuk ve şiddet ilişkisine dair bu muhteşem tespitleri, şiddet tekelinin modern devletin ve hukukun temeli olduğuna bir kez daha gözler önüne sermektedir. İşte Alman ceza hukuku doktrininde de kamusal hukuki değerlerin meşru savunma ile korunmaya elverişli olmadığına dair bu hâkim fikrin nedeni olarak devletin şiddet tekeli ön plana çıkmaktadır. Bireyler, toplumsal barış düzeninin korunması adına, kamusal hukuksal değerlerin korumak için başkalarının hak alanına müdahale etmekten men edilmişlerdir²¹⁴. Kamu düzenine ya da hukuk düzenine yönelik saldırıların bertaraf edilmesi ya da normlara itaatın sağlanması bireylerin değil, devletin ve onun organlarının görevidir²¹⁵. Dolayısıyla ne vatandaşlar “yardımcı polis”²¹⁶ ya da “kamu bekçisi”²¹⁷ rolü oynayabilirler ne de meşru savunma hükmü, bir “genel polislik normu”²¹⁸ olarak kabul edilebilir. Meşru savunma yetkisi, kökeni ve işlevi itibarıyla haksızlıkları bertaraf etme hakkı ya da suçla mücadele aracı değildir²¹⁹. Haklı olarak polislik yetkilerinin kullanımının kendine özgü kısıtlamalara tabi olduğu ve fakat meşru savunma, bir genel polislik hükmüne dönüştüğünde, bu sınırların söz konusu olmayacağı ve dolayısıyla bu durumun da önemli sorunlara gebe olduğu belirtilmiştir²²⁰. Böylesi bir ihtimalde, devletin müdahalelerinde gözetmesi gereken ölçülülük ilkesinin yerini gereklilik ilkesi alacaktır. Dolayısıyla da bu değerleri asıl korumakla yükümlü olan devlete nazaran bireyler, daha geniş yetkilere sahip olacaklardır ki bu durum toplumsal barış açısından hayli sakıncalıdır²²¹. Keza bilhassa da kolluk hukuku ile ceza muhakemesi hukukunun, tam olarak görev dağılımına ve yetki sahibi olmaya bağlı olduğuna haklı olarak vurgu yapılmaktadır²²². Bu halde meşru savunma

²¹⁰ Perron, Eisele, Schönke / Schröder *Strafgesetzbuch*, § 32/8.

²¹¹ Kühl, Lackner / Kühl *Strafgesetzbuch*, § 32/3; aynı yönde Perron, Eisele, Schönke / Schröder *Strafgesetzbuch*, § 32/8. Perron – Eisele, bu duruma örnek olarak, trafikte somut tehlike yaratulmasını, huzur ve sükûnu bozucu şekilde gürültü yapılmasını, sağlığa zararlı su ve hava kirliliğine neden olmayı göstermektedir.

²¹² Bock, *Straftaten im Dienste der Allgemeinheit*, s. 563 – 564.

²¹³ Benjamin’den aktaran, Agamben, *İstisna Hali*, s. 70.

²¹⁴ Bock, *Straftaten im Dienste der Allgemeinheit*, s. 573.

²¹⁵ Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım – I*, s. § 14/344; Dennis Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 267.

²¹⁶ Dennis Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 267.

²¹⁷ Kartal, *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık*, s. 67.

²¹⁸ Erb, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 32/100; Bock, *Straftaten im Dienste der Allgemeinheit*, s. 561.

²¹⁹ Perron, Eisele, Schönke / Schröder *Strafgesetzbuch*, § 32/8.

²²⁰ Erb, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 32/100.

²²¹ Bock, *Straftaten im Dienste der Allgemeinheit*, s. 561.

²²² Dennis Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 267.

hükmü, kimseye “*kamunun hizmetinde suç işleme yetkisi*” vermemektedir²²³. Yine meşru savunma, TCK m. 25 hükmünün de gerekçesinde belirtildiği üzere, karşılık verilmesi olasılığı nedeniyle suç işlenmesinin önlenmesinde fayda sağlamakta ve dolayısıyla toplumsal barış bakımından da fonksiyon görmektedir. Ancak normlara uyum için, vatandaşların meşru savunma hükmü vasıtasıyla kendi aralarında adeta kıran kırana yapacakları bir mücadele, meşru savunmanın barışı koruma işlevine de aykırılık teşkil edecektir²²⁴.

Alman Federal Mahkemesi’nin “*Sünderin – Fall*” olarak bilinen kararı, kamusal değerlerin meşru savunma ile korunması meselesinde zikredilmeye değerdir²²⁵. Olayda, B. Günahkâr (*Die Sünderin*) adlı filmin gösterimine engel olmak ister. Zira B, filmi ahlaki açıdan rahatsız edici bulmaktadır. Bu amaçla birkaç koku bombasını ayağıyla ezer ve bu nedenle de filmin gösterimi 15 dakika kesintiye uğramak zorunda kalır. Alman Federal Mahkemesi, egemenliğinin taşıyıcısı olarak devletin münhasıran birtakım hukuki değerlere sahip olduğunu ve bu hukuki değerlerin, bireyler tarafından meşru savunma ile korunamayacağını belirtmiştir. Bunun sonucu olarak da her ne kadar ahlaki ya da dini açıdan saldırgan filmlerin gösterimiyle genel olarak kamu düzeni zedelenebilirse de, kendi haklarına vaki bir saldırı olmadığı müddetçe, kamusal hukuki değerler lehine, vatandaşların meşru savunma vasıtasıyla savunmada bulunmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

Mal varlığı gibi bireysel hukuki değerlerin taşıyıcısı kamu ise, bu değerlerin meşru savunma ile korunmaya elverişli olduğu kabul edilmektedir²²⁶.

²²³ Çalışmamızda yararlandığımız Stefanie Bock’un 2019 yılında kamusal değerlerin, meşru savunma ve hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali vasıtasıyla korunmasına dair makalesinin başlığı bu bağlamda dikkate değerdir: “Kamunun Hizmetinde Suçlar – Herkes için Genel Polislik Hükümleri Olarak Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali”.

Bu noktada Bock’un çalışmasının neticesinde ulaştığı tezlerini zikretmek de konuya dair aydınlatıcı olacaktır. Bkz: Bock, *Straftaten im Dienste der Allgemeinheit*, s. 575.

1- “Devletin şiddet tekelini ile vatandaşların itaat yükümlülüğü, toplumsal barış düzeninin temelleridir. Şiddet kullanımı kural olarak devlete hasredilmiştir, vatandaşlar haklarını ve menfaatlerini kendileri cebren uygulatamazlar /koruyamazlar aksine bunun için kamusal yardımı talep etmek zorundadırlar.

2- Meşru savunma ve zorunluluk hali, devletin şiddet tekelinin – gerekçelendirilmeye ihtiyaç duyan - istisnasıdır.

3- Keskin meşru savunma hakkı, bireyler arası çatışmaları diğer bir deyişle subjektif hukuki konuların ihlali tehdidini gerektirir. Kamusal değerler, hayvansal kişilik, yeterli ölçüde bireyselleştirilmemiş insan menfaatleri, meşru savunma ile korunmaya elverişli değildir.

4- Kamusal hukuki değerler, kural olarak, zorunluluk hali ile korunmaya elverişlidir. Devletin uyumsuzluk çözüm mekanizmalarının önceliği karşısında, bireysel tehlikeden korunma tedbirleri ancak istisnai hallerde gerekli ise söz konusu olabilir.

5- Vatandaşın kanunu uygulamak için genel bir hakkı yoktur ve yetkililerin yasa dışı eylemlerine gerektiğinde katlanmak zorundadır. Bunun arkasındaki değerler, ceza hukukuna özgü zorunluluk hali tarafından zayıflatılmamalıdır.

6- Temel hakları koruma yükümlülüğü ihlal edildiğinde ise, devletin şiddet tekelinden doğan vatandaşların katlanma yükümlülüğü sınırlarına ulaşır.”

²²⁴ Erb, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 32/100.

²²⁵ Dennis Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 267; BGH, 02.10.1953 - 3 StR 151/53, karar erişimi: <https://beck-online.beck.de/>; karar hakkında ayrıca bkz: Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 323.

²²⁶ Erb, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 32/102; Dennis Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 267.

Zorunluluk hali için ise, bireysel ve kamusal bütün hukuksal değerlerin (yine bu hukuksal değerlerin muhakkak ceza hukuku vasıtasıyla korunması da gerekmez, yalnızca hukukun korunan bir menfaat olması yeterlidir) bu yolla korunmaya elverişli olduğu, bu çerçevede kamusal hukuksal değerler lehine de zorunluluk haline başvurulabileceği belirtilmiştir.²²⁷ Meşru savunmada bir değerler çatışmasından ziyade hak ile haksızlık arasında bir çatışmanın söz konusu olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Ancak zorunluluk hali ise daha üstün hukuki değerlerin korunması esası (*faydacılık*) ve karşılıklı dayanışma ilişkisinin varlığı (*herkesin müdahale yetkisinin ile katlanma yükümlülüğünün bulunması*) ile temellendirilmektedir.²²⁸ İşte aradaki bu fark²²⁹ ise, kamusal değerlerin hangi kurum vasıtasıyla korunmaya elverişli olduğu hususunu açıklamaktadır²³⁰.

Ancak değerler tartımındaki başlıca ağır basma gerekliliği, devletin şiddet tekelinin ihlalini sınırlayacaktır²³¹. Bu çerçevede, kamusal hukuksal değerleri korumak için bir bireyin harekete geçmesine, devlet organlarının asli sorumluluğu nedeniyle ancak aşırı acil durumlarda izin verilebilecektir²³². Bu nedenle bir demokratik hukuk devletinde sözde ya da gerçek sosyal dengesizlikleri ortadan kaldırmak amacıyla suç işlemeyi zorunluluk hali meşru kılmadığı gibi tehlikenin önlenmesi amacıyla bir prosedür mevcutsa o halde 34. maddeye bir müracaat engeli söz konusudur²³³.

Yukarıda bahsedilen sarhoş sürücüye karşı trafik güvenliğinin sağlanması için kontak anahtarının alınması fiilinin, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali vasıtasıyla hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir²³⁴. Keza trafik güvenliği, halk sağlığı, uyuşturucu kaçakçılığı ile mücadele, gıda arzının korunması gibi hukuki yararları korumak için ve yine tarihsel bir örnek olarak Ruhr bölgesi işgal altında iken, bu bölgeden gümrük vergisinden muaf şekilde ithalat yapılarak bölge ekonomisinin korunmasında zorunluluk halinin varlığı kabul edilmiştir²³⁵.

Devlet meşru savunması bakımından ise görüşlerin²³⁶, meşru savunmanın kabulünün yaratabileceği tehlikeler ile vatandaşları zorbalığa katlanmaya mecbur kılmama gereği arasında salındığı göze çarpmaktadır. Hâkim fikir, sınırlandırılmış bir şekilde de olsa devletin yaşamsal menfaatleri söz konusu ise devlet meşru savunmasına cevaz verir görünmektedir²³⁷.

Sınır geçen casus, bu konuya dair verilen klasik örnektir. Bir casus, çok gizli belgelerle, uygun bir cezai kovuşturmanın – iadenin mümkün görünmediği bir ülkeye geçmek üzeredir²³⁸. Alman hukukunda hâkim fikir bu örnekte, *“etkili devlet müdahalesini”* kıstas olarak kabul etmektedir. Eğer etkili bir devlet müdahalesi mevcut olacaksa devlet lehine bir

²²⁷ Perron, Schönke / Schröder Strafgesetzbuch, § 34/9; Kühl, Lackner / Kühl Strafgesetzbuch, § 34/4; Hilgendorf, Valerius, Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, § 5/73; Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım – I, s. § 15/410.

²²⁸ Öztürk, Erdem, Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 214.

²²⁹ Bu noktada, zorunluluk halinde işlenen fiile ceza verilmemesinin sebebinin meşru savunma ile aynı olduğunu kabul eden görüşe katılmamaktayız. Bkz: Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 383.

²³⁰ Bock, Straftaten im Dienste der Allgemeinheit, s. 559, 564 – 566.

²³¹ Dennis Bock, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 305.

²³² Perron, Schönke / Schröder Strafgesetzbuch, § 34/10.

²³³ Perron, Schönke / Schröder Strafgesetzbuch, § 34/10.

²³⁴ Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım – I, s. § 15/410.

²³⁵ Perron, Schönke / Schröder Strafgesetzbuch, § 34/10.

²³⁶ Görüşlere dair tasnif için bkz: Perron, Eisele, Schönke / Schröder Strafgesetzbuch, § 32/6.

²³⁷ Erb, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 32/101.

²³⁸ Paefgen, Zabel, NK – StGB, § 32ff/184a.

acil durum yardımına cevaz verilmemekte ancak böylesi bir müdahale söz konusu değilse, acil durum yardımı kabul edilmektedir.²³⁹ Paeffgen – Zabel, bu örnekte, acil durum yardımı için zorunluluk halinin ön koşullarının sağlanması gerektiğini kabul eden azınlık fikre katılmaktadırlar. Yazarlara göre, hâkim görüş, “devletin varlığına apaçık tehdit” ya da “devletin yaşamsal menfaatleri ile ilgili olmak” kıstaslarının metodolojik kökenleri noktasında sessizdir. Zira hâkim görüş yalnızca, Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin benzer bir casusluk olayındaki görüşüne atıf yapmaktadır. Keza yazarlar, hâkim görüşün, gizli kabine listesi ile sınırdan kaçmakta olan gazeteciye karşı da aynı rejimin tatbikinden rahatsız olduğunu da – bu rahatsızlığa hak vererek – ifade etmektedirler²⁴⁰.

Perron - Eisele, devlet meşru savunması sorununun pratik yönünde geniş bir fikir birliğinden bahsetmektedir²⁴¹. Yazarlara göre, devletin yaşamsal menfaatlerinin tehlike altında olduğu en uç durumlarda, devlet, organları vasıtasıyla kendisini koruyamıyorsa, direnme hakkı ile devlet lehine meşru savunma kabul edilmelidir. Bu hallerde yazarlara göre, yalnızca direnme hakkının kabul edilmesi sorunu çözmektedir zira örneğin, önemli devlet sırları ile sınırı geçen casusa engel olmak için direnme hakkı uygulanamazken devlet meşru savunması uygulanabilir²⁴².

Yazarlara göre, devlet meşru savunmasının yalnızca sınırlı şekilde uygulanabilir olması, doğru şekilde anlaşılmış meşru savunmanın niteliği kaynaklıdır. Vatandaşlarını korumakla yükümlü olan devlet, iktidar araçlarıyla her yerde hazır olamayabilir. Bu nedenle de bireylere meşru savunma hakkı tanınmaktadır. Bununla birlikte, devletin hukuki değerlerine yönelik saldırılar söz konusu olduğunda, genellikle, devletin kendisini organları aracılığıyla etkin bir şekilde koruyabileceği varsayılabilir. Keza, herkesin acil durum yardımı biçiminde yardımcı bir polis memuru olarak hareket etme hakkını kabul etmek de devletin şiddet tekeli ile bağdaşmaz. Devletin yaşamsal değerleri tehdit edildiğinde ve yetkili organlar çağırılmadığında ya da bu organlar müdahale edemediklerinde, vatandaşın acil durum yardımı kabul edilmezse, topluluk için ciddi tehlikeler baş gösterecektir. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk haline gitmeye gerek olmaksızın bu durumlarda meşru savunmadan yararlanılabilir²⁴³. Keza devlet meşru savunmasının ön alanında, önleyici meşru savunma olarak, devlet zorunluluk halinin kabul edilebileceği belirtilmektedir. Ancak bu halde öldürme hakkı söz konusu değildir, tiran öldürme vakıalarında ise tartışma olduğu ifade edilmektedir²⁴⁴.

Erb ise devlet meşru savunmasını kabul etmemektedir. Öncelikle yazar isabetli bir biçimde devlet meşru savunmasının yapısal olarak diğer kamusal hukuksal değerlerin korunmasından farklı olmadığını altını çizmektedir. Ancak bu olaylardaki özel ağırlık, istisnai bir biçimde toplumun varoluşsal çıkarlarını tehdit etmektedir. Bununla birlikte kamu yararının ihlalindeki ağırlık, sivil kişilerin cebri müdahalelerde bulunmalarına izin vermeye ilişkin kuşkuları ortadan kaldırmamaktadır. Özellikle Weimar Cumhuriyeti örneğinde olduğu üzere politik şiddeti meşrulaştırmak için meşru savunmaya dayanılma tehlikesi, meşru

²³⁹ Paeffgen, Zabel, **NK – StGB**, § 32ff/184a.

²⁴⁰ Paeffgen, Zabel, **NK – StGB**, § 32ff/184a.

²⁴¹ Örneğin Kühl de sınırlı şekilde de olsa devlet meşru savunmasının mümkün olduğu kanısındadır. Bkz: Kühl, **Lackner / Kühl Strafgesetzbuch**, § 32/3.

²⁴² Perron, Eisele, **Schönke / Schröder Strafgesetzbuch**, § 32/6; hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin bu örnekte uygulanabileceği hakkında Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 266.

²⁴³ Perron, Eisele, **Schönke / Schröder Strafgesetzbuch**, § 32/7.

²⁴⁴ Perron, **Schönke / Schröder Strafgesetzbuch**, § 34/11.

savunmada orantılılık bağlamında savunanın sahip olduğu avantaj da düşünüldüğünde, devlet lehine meşru savunmanın, tehlikeli sonuçlara yol açabileceği kabul edilmektedir²⁴⁵. Yine Erb, vatandaşların devletin yaşamsal değerlerine yönelik düşmanca faaliyetlere katlanmak zorunda kalmamaları için, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin, ceza muhakemesindeki suçüstünde herkesin yakalama yetkisinin ve Alman Anayasası m. 20/4 hükmünde düzenlenen direnme hakkının, tamamen yeterli olduğu kanısındadır. Keza bireysel haklara saldırı söz konusu ise zaten meşru savunmadan da yararlanılabilir. Yazara göre, yararlanılmasının mümkün olduğunu belirttiği düzenlemelerdeki özel koşulların varlığı, hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk halinde ölümcül karşı önlemlerin hariç tutulması, yakalama yetkisinde aşırı şiddete başvurulamayacak olması, gerçek ya da sözde devlet düşmanlarına karşı vatandaşlar için orantılı ve gerçek bir garanti sunar²⁴⁶.

3. Değerlendirme ve Çözüm Olarak Direnme Hakkı

Türk ve Alman hukukundaki görüşleri - bilhassa Alman hukukundaki tartışmalar bu bağlamda yol göstericidir - zikrettikten sonra ortaya çıkan manzara şu şekildedir: Kamusal hukuksal değerlerin meşru savunma ile korunması noktasında ciddi bir endişe söz konusudur. Kanımızca da devletin şiddet tekeli ile meşru savunmanın şiddet tekelinin bir istisnası olması, meşru savunmanın toplumsal barışı korumaya dair varsayılan fonksiyonu, vatandaşların yardımcı polise dönüştürülmemesi gereği ve kamusal yetkilerin kendine özgü kuralları ile bu yetkilerin kullanımının sınırlanması ihtiyacı (meşru savunma düzenlemesinin, herkes için genel bir polislik hükmü olarak kabulü tehlikesi), kamusal hukuksal değerlerin meşru savunma vasıtasıyla korunması düşüncesinin kabulüne engeldir. Yine meşru savunmada, savunanın saldırıyı defetmek için sahip olduğu geniş marj da, kamusal hukuksal değerlere vaki saldırılarda, meşru savunmanın ilgili değeri korumak için kullanılmasını kabul etmemize manidir²⁴⁷. Herkesin kamunun bekçiliğine soyunduğu bir yerde toplumsal barışın ciddi şekilde zedeleneceği açıktır. Dahası özellikle devlete ait hukuksal değerlerin meşru savunma ile bireyler tarafından korunmasını kabul etmek – 3 Temmuz 1934 tarihli kanun bunun en uç örneğidir -, sözde vatan hainlerini cezalandırmak, devleti korumak gibi maskelerle politik şiddetin yaygınlaşmasına neden olma potansiyelini taşımaktadır.

Kanaatimizce soyut olarak hukuk düzeninin ya da kamu düzeninin korunması için meşru savunmaya başvurulamayacağı gibi dolaylı etki görüşüyle de kamusal hukuksal değerlere yönelik saldırılarda meşru savunmaya cevaz verilemez. Zira meşru savunmayı, devletin şiddet tekelinin bir istisnası olarak kabul etmek gerçekten de bütün meselenin anahtarıdır. O halde olası dolaylı etkilerle de bu istisnanın genişletilmesine izin verilmemelidir. Yalnızca kamusal hukuki değere saldırı ile birlikte artık kesine yakın bir şekilde birey haklarına dair de bir tecavüz söz konusu ise meşru savunma söz konusu olmalıdır. Bu düşüncelerimizle Alman doktrinindeki özellikle devletin mal varlığı değerlerine yönelik saldırılarda meşru savunmanın mümkün olduğunu belirten görüşten de ayrışıyoruz. Devlet, hukuk düzenini, kamu düzenini, kamusal değerleri ve mal varlığını kendisi korumayı başarmalıdır. Devletin şiddet tekeli sarsan ve meşru savunmanın alanını genişleten aksi bir kabulün, kötüye kullanılma ve barışı bozma tehlikelerine bir kez daha dikkat çekmek istemekteyiz.

²⁴⁵ Erb, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 32/101.

²⁴⁶ Erb, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 32/101.

²⁴⁷ Meşru savunma ile zorunluluk halinin, savunmanın – korunmanın orantılı olması şartı bağlamında karşılaştırılması için bkz: Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, s. 151.

O halde, Türk hukuku bakımından, kamusal hukuki değerlere ve bilhassa da devlete ait hukuki değerlere dair saldırı durumunda vatandaşlar hiçbir şey yapamazlar mı? Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya dair bir girişime karşı, vatandaşların atıl vaziyette ancak “oturma beklemesi” mi gerekir?

Kamusal hukuksal değerlerin meşru savunma ile korunmasının elverişli görülmemesinin olası olumsuz sonuçları, Alman hukukunda hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin bu hallerde uygulanabileceği görüşüyle bertaraf edilmektedir. Bir kamusal hukuksal değere ya da “yaşamsal nitelikte olanlar” hariç (bu değerlere yönelik saldırı durumlarda kanımızca başka bir hukuka uygunluk nedeni, direnme hakkı söz konusu olacaktır) devlete ait bir hukuksal değere saldırı söz konusu ise hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali vasıtasıyla bireyler söz konusu değerleri koruyabilirler²⁴⁸. Yaşamsal olanlar hariç olmak üzere kamusal hukuksal değerlerin tehlikeye düşmesi durumundan zorunluluk halinin korunma vasıtası olarak kullanılması, meşru savunma – zorunluluk hali karşılaştırması bağlamında, hem bu kurumların kabullerinin altında yatan temel düşünceler, hem bu kurumlardan beklenen fonksiyon hem de orantılılık testi bağlamında (zira meşru savunmada haksızlık karşısında hakkın geri çekilmemesi düşüncesi ile çatışan yararlar arasında denge bulunması²⁴⁹ ya da menfaat tartımı ya da ölçülülük denetimi yapılmamakta²⁵⁰, saldırıyı defetmeye yetecek ölçüde savunmaya cevaz verilmekte ancak tamamen orantısız savunmalar meşru savunma kapsamı dışında kabul edilmektedir²⁵¹) daha yerinde olacaktır.

Kanaatimizce, devlete ait hukuksal değerler içerisinde, siyasi iktidar düzenine, siyasi iktidar fonksiyonlarına ya da toprak bütünlüğe dair saldırılar, “yaşamsal nitelikte” olanlardır. Bu durumlarda kanımızca direnme hakkı gündeme gelebilir²⁵². Bu yaptığımız tanımlamayla, direnme hakkının gündeme gelebilmesi için mevcut bir saldırının, TCK m. 302, 309, 311, 312 ve 313/2 hükümlerinde tanımlı fiilleri oluşturması gerektiği kanısındayız. Dolayısıyla da baştan, bu yaptığımız tanımlamayla, direnme hakkının kapsamını daraltarak aşağıda ayrıca tartışacağımız kimi olası olumsuz sonuçların önüne geçilebilecektir. Ancak öncelikle bu halde neden hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin değil de direnme hakkının uygulanabileceği görüşümüzün gerekçelerini açıklamak uygun olacaktır.

Tarihi olarak, iktidarın gaspı gibi eylemlere karşı direniş ya da mücadele, direnme hakkı kavramı altında incelenmektedir ki bu durumu değiştirmek için kanımızca bir gerek yoktur. Türk hukukunda zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olmadığına yönelik azımsanamayacak ölçüde görüş bulunmaktadır. Eğer devletin yaşamsal nitelikteki hukuki değerlerine yönelik saldırı durumunda zorunluluk hali çözümü kabul edilir ve zorunluluk halinin de hukuka uygunluk nedeni niteliğinde olduğu ya da çifte niteliği ve bu bağlamda bir yönüyle hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilmez ise, devletin yaşamsal değerlerine yönelik saldırılara karşı direniş hareketleri hukuka aykırı kabul edilecektir. Kanımızca bu sonuç kabul edilemez. Yine özellikle hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin uygulanma koşullarının katılığı (yaşam hakkına müdahale etmeme kuralı, değerler tartımı,

²⁴⁸ Devlet güvenliğini tehdit eden bir tehlikeyi savuşturmak için hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinden yararlanabileceği görüşü için bkz: Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 266.

²⁴⁹ Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 205.

²⁵⁰ Hilgendorf, Valerius, **Alman Ceza Hukuku Genel Kısım**, § 5/41.

²⁵¹ Bock, **Straftaten im Dienste der Allgemeinheit**, s. 559.

²⁵² Anayasal düzenin kurtarılması için direnişe direnme hakkının izin verdiği, bu nedenle başkaca bir devlet yardımı formunun uygulanamayacağı, ancak direnme hakkı, vatandaşlık ilişkisi ya da tehdidin yoğunluğu itibarıyla uygulama bulamazsa hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinden yararlanılabileceği ifade edilmiştir. Bkz: Paeffgen, Zabel, **NK – StGB**, § 32ff/179.

fiilin ölçülülüğü²⁵³), devletin yaşamsal nitelikteki hukuki değerlerine yönelik saldırı durumunda gerçekleşen direniş hareketlerinin niteliği ile uyumsuzdur.

Direnme hakkı²⁵⁴, hukuk dışılığı karşı her bir vatandaşın cebri olarak karşı koymasını ifade eder. Bilindiği üzere 1961 Anayasası'nın başlangıcında direnme hakkı zikredilmekteyse de 1982 Anayasası'nda direnme hakkı düzenlenmemiştir. Bununla birlikte direnme hakkı, hukuki meşruiyetini düzenlenmiş ise hukuk kuralından düzenlenmemiş ise yine hukukun genel ilkelerinden, fiili meşruiyetini ise bir direnme hareketinin başarısından almaktadır. Bir hak olarak direnme hakkının pozitif hukukta düzenlenmesi üzerinde hayli tartışmanın bulunduğu bir konudur ve çalışmamızın kapsamı dışındadır. Agamben'in isabetle belirttiği üzere sorun, "*kendi içinde hukuk dışı olan bir eylem alanının hukuki anlamının ne olduğu sorumudur*"²⁵⁵. Ancak aynı problem, örneğin istisna hali ya da anayasa hukuku bağlamında zorunluluk halinin tespitinde de söz konusudur²⁵⁶. Tüm bu haller, fiil ile hukukun ayırt edilemez bir hale geldiği eşik durumlarıdır²⁵⁷. Dolayısıyla bir konunun önemli ölçüde politik nitelikte olması ve onu hukuk zeminine ekleme güçlüğü, o konunun doğrudan "*hukuk dışı*" olduğunu göstermez.

Keza bilindiği üzere ceza hukukunda normatif dayanağı olmasa da yükümlülüklerin çatışması gibi hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla direnme hakkının başlı başına bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi, kanunilik ilkesine aykırılık olmayacağı gibi hakkın kullanılmasının bir alt görünümü olarak da direnme hakkı, bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilir.

Direnme hakkı, zorbalığa karşı meşru direniştir. Zorbalık ise iki şekilde ortaya çıkabilir: Ya anayasal düzene karşı bir saldırı gerçekleştirilir (bu çerçevede iktidar hukuk dışında ele geçirilir / ele geçirilmeye teşebbüs edilir) ya da yasal yoldan iktidara gelenler meşruiyetlerini kaybederek müstebit konumuna gelirler²⁵⁸. Bu bağlamda direnme hakkı, bir yandan tehdit altındaki anayasal düzenin yeniden tesisi amacıyla kullanılabileceğinden, bu çerçevede Anayasa'yı koruyucu bir eğilime sahiptir²⁵⁹; diğer yandan siyasi iktidarın müstebit hale

²⁵³ Hilgendorf, Valerius, **Alman Ceza Hukuku Genel Kısım**, § 5/81 - 86.

²⁵⁴ Direnme hakkına dair ayrıntılı bilgi için ve siyasi iktidar düzeni ve fonksiyonları aleyhine suçlar bağlamında direnme hakkına dair bkz: Erdi Yetkin, **Türk Ceza Kanunu'nda Hükümete Karşı Suç**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 67 - 85; Karcılıoğlu, **Anayasa İhlâl Suçu**, s. 255 - 259. Direnme hakkı için ayrıca bkz: Serkan Ekiz, **Genel Kamu Hukuku Açısından Direnme Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, İzmir, 2001.

²⁵⁵ Agamben, **İstisna Hali**, s. 21.

²⁵⁶ Agamben, **İstisna Hali**, s. 34 - 35, 46. Bu çerçevede Agamben'in Schmitt'in "*Politik İlahiyat*" adlı eserinden özellikle vurguladığı şu iki cümlesi meseleyi aydınlatmaktadır. Schmitt, istisna hali hakkında "*hukuki anlamda, hukuki bir düzen olmasa da, gene de bir düzen vardır*" derken egemen için ise "*egemen, normal olarak geçerli hukuk düzeninin dışında kalır, gene de bu düzene aittir, çünkü anayasanın bütünüyle askıya alınıp alınmayacağı kararından sorumludur*" demektedir. Agamben de Schmitt'in kuramının gayesinin, "*istisna halinin hukuki bir bağlama yerleştirilmesi*" olduğunu ifade etmektedir. İşte yazara göre Schmitt'in kuramının kendine özgü katkısı da tam olarak budur yani "*istisna hali ile hukuk düzeni arasındaki böyle bir eklemlenmeyi olanaklı kılmasıdır*". Agamben, **İstisna Hali**, s. 46 - 48.

²⁵⁷ Agamben, **İstisna Hali**, s. 41.

²⁵⁸ Yetkin, **Türk Ceza Kanunu'nda Hükümete Karşı Suç**, s. 70 ve dp. 318; Ekiz, **Direnme Hakkı**, s. 7.

²⁵⁹ Paeffgen, Zabel, **NK - StGB**, § 32ff/179. Bu nedenledir ki Paeffgen - Zabel, hukuka aykırılığı bariz devlet eylemlerinin direnme hakkına vücut vermeyeceğini, demokratik meşrulukla temellendi-

geldiği durumda ise özgürlükler rejimi bakımından son çare işlevi görmektedir. Hukuk düzeninin temel esaslarına ya da bunlardan birine (örneğin Türkiye için Anayasa'nın ilk 3 maddesi ile egemenlik yetkisi ve buna dair düzenlemeler) yönelik ciddi bir saldırı söz konusu olduğunda direnme hakkı gündeme gelebilecektir²⁶⁰.

Direnme hakkının, anayasal düzeni cebren değiştirmeye ya da siyasi iktidarı cebren gasp etmeye yönelmiş kişilere karşı önemli bir emniyet supabı olduğu açıktır²⁶¹. Direnme hakkı, halk kitlesinin yığından ibaret olmayıp gerektiğinde harekete geçecek bilince ve kararlılığa sahip topluluk olduğunu ortaya koyar. Tarihsel olarak direnme hakkına dair asıl tartışmalar, müstebit iktidara karşı meşru direnme hakkı bağlamında cereyan ettiğinden, direnme hakkının bahsettiğimiz yönüne daha az dikkat çekilmiştir. Ancak örneğin Alman Anayasası m. 20/4²⁶², Yunan Anayasası m. 120/4²⁶³, siyasi iktidarı gasp etmeye çalışanlara karşı vatandaşların meşru direniş hakkına sahip olduklarını normatif düzlemde ilan etmektedir. Bu nedenledir ki Alman hukukunda direnme hakkı ile korunan değer, özgürlükçü demokratik temel düzen olduğu belirtilmektedir²⁶⁴. Direnme hakkı devrim yapma hakkı anlamına gelmediği için, gerek üstten darbelere gerekse de alttan devrimlere karşı söz konusu olabileceği ifade edilmektedir²⁶⁵. Keza 2002 Venezuela Darbesi ya da 15 Temmuz 2016 Türkiye Darbe Girişimi, halkın siyasi iktidar gaspına karşı cebri direnişine örnektir. Tüm bu açıklamaların ışığında, anayasal düzene karşı bir saldırı vaki ise, vatandaşların direnme hakkının kabul edilmesi gerektiği kanısındayız.

Direnme hakkının kabulü, kamusal ve devlete ait yaşamsal nitelikteki hukuki değerlerin ihlali durumunda bireylerin, doğrudan bir saldırıya hedef olmasalar dahi, müdahalelerinin hukuka uygunluğunu açıklamaktadır. Dikkat edilmelidir ki direnme hakkı ancak "yaşamsal nitelikteki" değerlere saldırı durumunda söz konusu olacaktır. Zira kamusal değerleri ya da devlete ait ama anayasal düzen gibi yaşamsal değerler arasında olmayan hukuki değerleri korumak amacıyla direnme hakkı olamaz. Örneğin sınırdan gizli bilgiler ile geçmeye çalışan casusa ya da gazeteciye karşı direnme hakkı söz konusu olmaz (zorunluluk halinden yararlanılabilir). Keza direnme hakkının tatbiki için, mevcut ve yoğun bir saldırıyı gerekir. Bu yoğunluk da ancak darbe girişimi ya da işgal gibi olaylarda mevcut olabilir. Böylesi bir olay olmaksızın salt değerlendirme suretiyle anayasal düzenin tehlikede olduğu kabul edilemez. Yine anayasal düzene karşı faaliyet yürütülse dahi – örneğin yasa dışı bir örgüt kurulsun -, anayasal düzenin yıkılmasına elverişli olabilecek doğrudan bir saldırı olmadığı müddetçe, örgüt mensuplarına karşı mücadele de ancak olağan hukuki usuller çerçevesinde verilebilir. Direnme hakkı, insanların kaybedilmesi – işkenceye maruz bırakılması gibi vakıaları meşrulaştırmak için kullanılamaz. Zaten böylesi durumların direnme hakkının varlık nedeniyle bağdaşmaz olduklarını izaha gerek yoktur.

riken sivil itaatsizlik eylemlerinin Alman Anayasası m. 20/4 kapsamında olmadığını, anayasadaki son savunma hattına başvurularak bu eylemlerin meşrulaştırılmaması gerektiğini belirtmektedirler. Paeffgen, Zabel, NK – StGB, § 32ff/180.

²⁶⁰ Paeffgen, Zabel, NK – StGB, § 32ff/180.

²⁶¹ Yetkin, *Türk Ceza Kanunu'nda Hükumete Karşı Suç*, s. 84 – 85.

²⁶² Paeffgen, Zabel, NK – StGB, § 32ff/179. Yazarlar politik direnme hakkının, 1968 yılında yürürlüğe giren olağanüstü hal yasalarına karşı bir "teselli (*Trostpflaster*)" olarak Alman Anayasası'na girdiğini belirtmektedirler.

²⁶³ Yetkin, *Türk Ceza Kanunu'nda Hükumete Karşı Suç*, s. 84 ve dp. 397; Ekiz, *Direnme Hakkı*, s. 78.

²⁶⁴ Paeffgen, Zabel, NK – StGB, § 32ff/180.

²⁶⁵ Paeffgen, Zabel, NK – StGB, § 32ff/181.

Direnme hakkının doğası, özellikle de direnme hakkının “*kurumsal tahribat potansiyeli*”²⁶⁶ - bu hakkın son çare olmasını / tali bir hak olarak kabulünü zorunlu kılar. Dolayısıyla anayasal düzene karşı bir kalkışma varsa ve devletin kolluk güçleri ile silahlı kuvvetleri bu girişime karşı koyuyorsa bireyler direnme hakkını kullanamaz (*talilik kaydı – Subsidiaritätsvorbehalt*²⁶⁷). Ancak devletin silahlı güçleri yetersiz kalmakta ise bu halde direnme hakkı uygulanabilir. Bu noktada kanımızca direnme hakkının son çare olmasını, resmi görevlilerin bulunduğu ortamda ya da onlara ulaşılabilecekken meşru savunmaya dair kabullerden²⁶⁸ daha katı şekilde yorumlamak gerekir. Her ne kadar her iki kavram da devletin şiddet tekelinin istisnası olarak görülebilirse de, bireyler doğrudan kendilerine yönelik bir saldırı ve hatta tehlike yokken direnme hakkına başvurdukları gözden kaçmamalıdır. Yine vurgulanmalıdır ki anayasal düzenin ya da toprak bütünlüğünün muhafazası işi temelde, kamusal yetki kullananların, kolluğun ve silahlı kuvvetlerinin yetki ve sorumluluğundadır. Direnme hakkının uygulanması çok istisnai koşulları gerektirdiğinden ve devletin şiddet tekelinin tam olarak istisnası olduğundan, direnme hakkı son çaredir, devlet kuvvetleri müdahale kapasitesine sahipken söz konusu olmaz.

Bir hukuka uygunluk nedeni olarak direnme hakkını kabul etmemiz sebebiyle, sınır aşımı söz konusu ise ya da hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur kabul ediliyorsa ve bu unsur gerçekleşmemişse sorumluluk söz konusu olacaktır. Bu bakımdan örneğin darbeler enterne edildikten sonra vuku bulan bir öldürme, yaralama, eziyet, mala zarar verme fiili, direnme hakkının kapsamında olamaz. Ancak direnme hakkının koşulları gerçekleşmiş iken bireyler, kendilerine yönelik ayrıca bir saldırının varlığı gerekmeksizin, direniş gösterebilirler, doğrudan cebri müdahalede bulunabilirler. Yine savunma hareketinin orantılılığı bakımından, direnme hakkının gerçekleştiği istisnai koşullar gereğince, meşru savunmadaki savunma hareketinin orantılılığına dair kabuller esas alınabilir²⁶⁹. Dolayısıyla savunmanın saldırıyı defedecek ölçüde olması gerekir, konu ya da araç bakımından mutlak bir eşitlik gerekmemektedir, savunanın, kendisini riske atmadan en uygun aracı seçmesi beklenmektedir²⁷⁰. Bu çerçevede direnme hakkı bağlamında da, mütecavize yönelik olarak yaşamsal tehlikeye neden olan savunma hareketi dahi gerçekleştirilebilir ya da ateşli silahla direniş gösterilebilir. Direnme hareketi konu ya da kullanılacak araç bakımından sınırlandı-

²⁶⁶ Paeffgen, Zabel, NK – StGB, § 32ff/181.

²⁶⁷ Paeffgen, Zabel, NK – StGB, § 32ff/180.

²⁶⁸ Bu konu hakkında bakınız Kartal, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık**, s. 78 – 83. Ancak yazar devlet eliyle gerçekleştirilecek savunmanın daha güvenilir ve elverişli araçların kullanılması anlamına geleceği görüşüyle, çeşitli ihtimallerde (saldırı anında olay mahallinde kolluk görevlilerinin bulunması, savunma araçları ve riskler bakımından kolluk görevlileri ile saldırıya maruz kalan arasında fark olmaması) önceliğin devletin yetkili organlarında olduğunu ancak bunun sebebinin devletin şiddet tekelini olmadığı ileri sürmüştür. Aynı eser, s. 80, 82. Kanımızca meşru savunma bağlamında devletin şiddet tekelini anahtar bir kavramdır. Kanımızca da kişinin kendini savunması doğal bir haktır, kaçması beklenilemez, resmi görevlilerden uzak bir yardım istenilmesine gerek yoktur. Ancak modern devletin temelinde şiddet tekelini yer alıyorsa, meşru savunmayı bunun bir istisnası kabul etmek ve kimi meselelerde de bu kural - istisna ilişkisine uygun çözüm bulmak gerekmektedir.

²⁶⁹ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 294 – 295; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 371 – 372; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 307 – 308; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 284 – 286; Hilgendorf, Valerius, **Alman Ceza Hukuku Genel Kısım**, § 5/36 – 80; Kartal, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık**, s. 58 – 62, 88 – 91.

²⁷⁰ Kartal, **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık**, s. 90 – 91, 98 – 102.

riıamaz. Ancak elbette ki tamamen orantısız savunma tedbirleri, tıpkı meşru savunmadaki gibi, sınır aşımı teşkil edecektir ve cezai sorumluluğa neden olacaktır.

VII. SONUÇ

Çalışmamızda, son yıllarda Türkiye’de önemli tartışmalara sebebiyet vermiş bazı düzenlemeleri inceledik. Bu düzenlemeler normatif olarak, “*hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz*” gibi ifadeler ile karakterize olmaktadır. Araştırmamızda, bu düzenlemeleri kategorize etmeye ve bunların varlıklarını sorgulamaya, mevzuatta mevcut oldukları bir vakta iken sınırlarını ve hukuka uygunlukları için gereken şartları tespit etmeye çalıştık. Konunun en tartışmalı örneği olması itibariyle de “sivillere yargı muafiyeti” tartışmasına geniş şekilde yer verdik. Kamusal ve devlete ait hukuksal değerler lehine bireyler tarafından savunmada bulunulması meselesi de bu bağlamda üzerinde durduğumuz bir mesele oldu. Sonuç kısmında, önce tespitlerimize yer vererek ardından çalışmamız neticesinde ulaştığımız tezlerle yazımızı noktalayacağız.

A. Tespitler

Sorumluluk teyitlerine dair tarihi örnekler olarak iki düzenlemeyi çalışmamızda ele aldık. Bunlardan biri Ağrı İsyanı sonrasında çıkarılan 1850 sayılı Kanun, diğeri ise nasyonal sosyalist Almanya’da Uzun Bıçaklar Gecesi’nin ardından çıkarılan 3 Temmuz 1934 tarihli Devlet Meşru Savunması Tedbirleri Hakkında Kanun’dur.

Çözüm sürecinde çıkarılan 6551 sayılı Kanun m. 4/2, MİT Kanunu m. 28 ve ek madde 1/2, güncel olarak sorumsuzluk teyitlerine örnektir. Ancak konu kamuoyunda, 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe teşebbüsü sonrasında çıkarılan OHAL KHK’ları ile getirilen düzenlemeler nedeniyle önemli ölçüde tartışılmıştır.

696 sayılı OHAL KHK m. 121 (7079 sayılı Kanun m. 113) ile yapılan düzenleme “sivillere yargı muafiyeti” tartışmasına sebebiyet vermiştir. Anılan düzenlemenin metninde, zaman ve konu bakımından belirlilik hususunda büyük ölçüde sorun söz konusudur. Bu durum ise kamuoyunda ciddi anlamda endişe yaratmıştır. 15 – 16 Temmuz 2016 tarihlerinden sonraki terör eylemleri bakımından da ilgili düzenlemenin tatbik edilmesi tehlikesi ile darbe teşebbüsünün bastırılması ile ilgili her türlü fiilin bu düzenlemenin kapsamında olabileceği iddiası, dile getirilen temel endişelerdir.

Anayasa Mahkemesi içtihadı,

AYM, MİT Kanunu’ndaki düzenleme ile 667, 668 ve 696 sayılı OHAL KHK’larındaki düzenlemeler hakkında önüne gelen iptal davalarında hükümler tesis etmiştir.

AYM, dört davada da iptal taleplerini reddetmiştir. Ancak AYM’nin dava konusu edilen normların kapsamına dair açıklamaları, sanırız ki anılan düzenlemeleri yorumlu ret kararı olarak nitelendirmemize izin vermektedir. AYM bu kararlarında, bir hukuk devletinde, kamu görevlisi olsun olmasın hiç kimseye suç işleme hakkı ya da yetkisi verilemeyeceğinin altını çizmektedir. Keza söz konusu düzenlemelerin uygulanmasına dair yargı denetimi de özel bir vurgu yapmaktadır. AYM kararlarında ortak noktanın, suç teşkil eden fiiller bakımından bir cezasızlık halinin düzenlenmediği yorumu olduğu görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu normlar, ancak fiilin gerçekleştirilmesine yönelik tereddüdü ortadan kaldırmaktadır ve fakat ilgili hukuka uygunluk nedeninin kapsamı dışında bir fiil icra edilirse bu halde sorumluluk söz konusu olacaktır. Böylelikle anılan normlar ne af ne de özel bir hukuka uygunluk nedeni niteliğindedir. O halde, kanun koyucu tarafından bu normlar ile mevcut

hukuka uygunluk nedenlerine – söz gelimi kanun hükmünü icra – görevin ifası, meşru savunma - bir vurgu yapılmaktadır.

AYM'nin sivillere yargı muafiyeti tartışmalarının odağındaki 7079 sayılı Kanun m. 113 (696 sayılı KHK m. 121) hakkındaki kararı, uygulama bakımından da çok önemli sonuçlar doğuran teorik bir tutarsızlık içermektedir. AYM, kararın 28. paragrafında, darbe teşebbüsünü bastırmaya yönelik bir fiilin, başkaca bir hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesine ihtiyaç duymadan hukuka uygun olduğu kanısındadır. Ancak kararın 32. paragrafında ise hukuka uygunluk için, bastırma kapsamında bir fiil + meşru savunma gibi bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı formülü kullanılmıştır. Darbe teşebbüsüne karşı sokağa çıkan ve kendisine yönelik bir saldırı olmamasına karşın darbe teşebbüsünü bastırma amacıyla ve herhangi bir sınır aşımı da yapmaksızın darbecilere cebren müdahale eden kişiler bakımından, hangi paragraftaki esasın kabul edileceği uygulama bakımından farklılık yaratmaktadır. Zira 28. paragraf fiilin bastırma kapsamında kalmasını yeterli görürken, 34. paragraf ise sorumsuzluk için bir hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşmesini aramaktadır. Böylelikle de kamusal ve de devlete ait hukuksal değerlere yönelik bir saldırı durumunda bir sivil kişinin doğrudan müdahalesi hangi hukuka uygunluk nedeni ile sağlanır sorusu, tartışmanın özü olmaktadır.

Kamusal ve özellikle devlete ait hukuksal değerlerin bireyler tarafından savunulması,

Türk ceza hukuku doktrininde kamusal ve özellikle devlete ait hukuksal değerlerin bireyler tarafından savunulması meselesi ihmal edilmiş bir konudur. Bu hususa dair görüşlerde boşluk olduğunu akılda tutarak genel eğilimin, bahsi geçen değerlerin meşru savunma ile korunmaya elverişli olmadığı yönünde olduğunu ifade etmek gerekir. Zorunluk hali bakımından ise, kamusal değerlerin korunabileceğinin, yine bu hususta tartışma eksikliği olsa da, kabul edildiği görülmektedir.

Alman hukukunda ise *Staatsnotwehr*, *Staatsnotstand*, *Staatsnothilfe* gibi kavramlar üzerinden mesele tartışılmaktadır. Hâkim fikir, kamusal değerlerin meşru savunma ile korunmasına muhaliftir. Zira aksi yöndeki bir kabulün, meşru savunmayı “*bir genel polislik normuna*” dönüştüreceği endişesi dile getirilmektedir. Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali ile kamusal değerlerin korunmasına ise hâkim görüş cevaz vermektedir. Devlet meşru savunması bakımından ise görüşlerin, meşru savunmanın kabulünün yaratabileceği tehlikeler ile vatandaşları zorbalığa katlanmaya mecbur kılmama gereği arasında salındığı göze çarpmaktadır. Hâkim fikir, sınırlandırılmış bir şekilde de olsa, devletin yaşamsal menfaatleri söz konusu ise devlet meşru savunmasına başvurulabileceği şeklindedir. Yine Alman Anayasası'nın 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen direnme hakkının da devletin anayasal düzenine yönelik bir saldırı durumunda uygulanabileceğine dair görüşlere rastlanılmaktadır. Keza herkese yakalama yetkisi veren StPO m. 127'nin de uygulanabileceği ifade edilmektedir. Anayasal düzen savunulurken, özellikle zorunluluk haline vurgu yapıldığında, öldürme dışında savunma hareketlerine başvurulması gerektiği yine dikkat çekicidir.

B. Tezler

1. Sorumsuzluk teyitlerine mevzuatta yer verilmemesi kanımızca en uygun olandır.
2. Sorumsuzluk teyitleri, bir hukuk devletinde mevzuatta yer alacaksa – ki biz yer almaması gerektiği görüşündeyiz – aşağıdaki koşullara mutlak suretle uyum sağlanmalıdır.
 - a. Sorumsuzluk teyitleri yorumlanırken, Anayasa'ya uygun yorum mutlak bir gerekliliktir. Bilhassa da hukuk devleti ilkesinin alt ilkeleri, suçlara ve cezalara dair esaslar, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması – kayıtlanması kuralları, bu bağlamda özel bir öneme sahiptir.

b. Sorumsuzluk teyitleri, sorumsuzluk güvenceleri değildir. Bu düzenlemeler ile açık bir çek olarak her türlü davranışa ilişkin hukuki ya da fiili cezasızlık ihdas edilemez.

c. Sorumsuzluk teyitleri, devletin insan hakları çerçevesindeki yükümlülüklerine uyumlu olmalıdır. Bu çerçevede hakların sert çekirdeğindeki haklar bilhassa önemlidir. Yaşam hakkı ile işkence yasağının usul yükümlülükleri de bu haklara içkindir. Bu çerçevede *hostis publicus* kategorisi yaratılarak hakların sert çekirdeğindeki haklardan dahi yoksun faillerin olduğu görüşü ya da uygulaması, bir hukuk devletinde kabul edilemez.

d. Bir iç sınır olarak sorumsuzluk teyitlerinde belirlilik ilkesine uyum gerçekleştirilmelidir. İlgili sorumsuzluk teyidinde, zaman, olay ve konu bakımından sınırlar açık olmalıdır.

3. Sorumsuzluk teyitleri, kanımızca, hukuka aykırılık unsuruna özel vurgu, bir başka deyişle “*filin bütününe değerlendiren unsurlar*” (*gesamttabewertende Tatbestandsmerkmale*) kavramının bir görünüş biçimidir ve “*filin bütününe değerlendiren unsurlar*” gibi sonuç doğurmaktadır. Bu nedenledir ki ayrıca bir sorumsuzluk hali düzenlenmemektedirler. Hal böyle iken sorumsuzluk teyitlerinin fonksiyonu, hâkim tarafından somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşip gerçekleşmediğine dair özel bir araştırma yapılması ve haksızlık hatası ihtimalinin göz önünde bulundurulmasından ibarettir. Oluşabilecek hukuka uygunluk sebepleri ise kanun hükmünü icra ve görevin ifasıdır. Kamusal ve özellikle de devlet ait hukuksal değerlerin korunması için, meşru savunma ve hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinden yararlanma hususu ise tartışmalıdır.

4. Meşru savunma ile kamusal değerlerin ve devlete ait hukuki değerlerin savunulması mümkün olmamalıdır. Meşru savunmanın genel polislik hükmüne, bireylerin ise yardımcı polise dönüşmesi tehlikesi ile bu kurumun kötüye kullanılma ihtimali görüşümüzün nedenleridir.

5. Bir kamusal hukuksal değer ya da “*yaşamsal nitelikte olanlar*” hariç devlete ait bir hukuksal değer tehlikede ise, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali vasıtasıyla bireyler söz konusu değerleri koruyabilirler.

6. Anayasal düzen ya da toprak bütünlüğü gibi “*yaşamsal nitelikteki*” hukuki değerlere dair bir saldırı söz konusu ise, bireyler, doğrudan kendilerine yönelik bir saldırı olmasa dahi, direnme hakkına başvurabilirler. Direnme hakkının gündeme gelebilmesi için mevcut bir saldırının, TCK m. 302, 309, 311, 312 ve 313/2 hükümlerinde tanımlı fiilleri oluşturması gerektiği kanısındayız. Bu halde hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali yerine direnme hakkını kabul etmemizin sebepleri ise, bu durumların tarihsel olarak direnme hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi, zorunluluk halinin hukuki niteliğine dair Türk hukukundaki tartışma ve devletin yaşamsal nitelikteki hukuki değerlerine yönelik saldırı durumunda gerçekleşen direniş hareketlerinin niteliği ile hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin koşulları arasındaki uyumsuzluktur.

7. Devlete ait yaşamsal nitelikteki hukuksal değerlere yönelik saldırılarda uygulanabileceğini kabul ettiğimiz direnme hakkına dair öne çıkan özellikler ise şu şekildedir:

a. Direnme hakkının tatbiki için, mevcut ve yoğun bir saldırı gerekir. Bu yoğunluk da ancak darbe girişimi ya da işgal gibi olaylarda olabilir.

b. Direnme hakkının doğası, özellikle de direnme hakkının “*kurumsal tahribat potansiyeli*” - bu hakkın son çare olmasını / tali bir hak olarak kabulünü zorunlu kılar. Dolayısıyla anayasal düzene karşı bir kalkışma varsa ve devletin kolluk güçleri ile silahlı kuvvetleri bu girişime karşı koyuyorsa bireyler direnme hakkını kullanamaz (*talilik kaydı – Subsidiaritätsvorbehalt*). Bununla birlikte devletin silahlı güçleri yetersiz kalmakta ise bireyler, doğrudan kendilerine yönelik bir saldırı olmasa dahi, direnme hakkına başvurabilirler. Bu

noktada kanımızca direnme hakkının son çare olmasını, resmi görevlilerin bulunduğu ortamda ya da onlara ulaşılabilecekken meşru savunma yapılabilir mi sorusuna dair kabullerden daha katı şekilde yorumlamak gerekir.

c. Bir hukuka uygunluk nedeni olarak direnme hakkını kabul etmemiz sebebiyle, sınır aşımı söz konusu ise ya da hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur kabul ediliyorsa ve bu unsur gerçekleşmemişse sorumluluk söz konusu olacaktır.

d. Savunma hareketinin orantılılığı bakımından, direnme hakkının gerçekleştiği istisnai koşullar gereğince, meşru savunmadaki savunma hareketinin orantılılığına dair kabuller esas alınabilir. Direnme hareketi konu ya da kullanılacak araç bakımından sınırlandırılmaz. Ancak elbette ki tamamen orantısız savunma tedbirleri, tıpkı meşru savunmadaki gibi, sınır aşımı teşkil edecektir ve cezai sorumluluğa neden olacaktır.

KAYNAKÇA

I. KİTAPLAR, MAKALELER VE DEĞERLENDİRME YAZILARI

Agamben, Giorgio: **İstisna Hali**, Çev: Kemal Atakay, İstanbul, Ayrıntı, 2018.

Akbulut, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Adalet, 2019.

Akça, İsmet / Algül, Süreyya / Dinçer, Hülya / Keleşoğlu, Erhan / Özden, Barış Alp: **Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri**, https://tr.boell.org/sites/default/files/ohal_rapor_web.pdf, Çevrimiçi.

Aktaş, Sururi: **Prosedürel Doğal Hukuk (Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu): **Türkiye – 15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 İla 676 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemeleri Hakkında Görüş**, Venedik, 2016, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)037-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-tur), Çevrimiçi, 18.02.2021.

Aydın, Murat: **OHAL Kanunu Kapsamında Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnemeler Uyarınca Yapılan İşlemlerde Sorumluluk**, Hukuk Defterleri, S:6, Mart – Nisan 2017, <http://hukukdefterleri.com/ohal-kanunu-kapsaminda-cikarilan-kanun-hukmunde-kararnemeler-uyarinca-yapilan-islemlerde-sorumluluk/>, Çevrimiçi, 18.02.2021.

Baron, Paul: **Notwehr, Staatsnotwehr und Staatsnotstand**, Emsdetten, Druckerei Heinr & J. Lechte, 1936.

Bloch, Marc: **Tarih Savunusu veya Tarihçilik Mesleği**, 2. Baskı, Çev: Ali Berktaş, İstanbul, İletişim, 2015.

Bekar, Elif: **Türk ve Amerikan Hukukunda Zorunluluk Hali**, Seçkin Yayıncılık, 2013.

Bekar Ergüne, Elif: **“Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216)”** İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (3), 2020, 1675 – 1721.

Bock, Dennis: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin, Springer Verlag, 2018.

Bock, Stefanie: **Straftaten im Dienste der Allgemeinheit – Notwehr- und Notsstandsrechte als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?**, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 131 (3), De Gruyter, 2019, s. 555 – 575.

Demirbaş, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, 14. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2019.

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III**, 14. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2020,

Düzenli, Hilal: **Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020.

Ekiz, Serkan: **Genel Kamu Hukuku Açısından Direnme Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, İzmir, 2001.

Erb, Volker (Bölüm Yazarı): **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2020.

Fertellioglu, Buğrahan: **“Sivillere Yargı Muafiyeti” Mi? Anayasa Mahkemesinin 2018/31 E., 2020/38 K., Numaralı Kararının Yakın Bir Okuması**” Anayasa Hukuku Dergisi, C:9, S:18, 2020, s. 673 – 687.

Fraenkel, Ernst: **İkili Devlet: Diktatörlük Teorisine Bir Katkı**, Çev: Tanıl Bora, İstanbul, İletişim, 2020.

Fuchs, Helmut: **Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Grundlagen und Lehre von der Straftat**, Siebente überarbeitete Auflage, Wien – New York, Springer, 2008.

Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Beta, 1994,

Göktürk, Neslihan: **“Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfa-desinin İcra Ettiği Fonksiyon”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016, s. 407 – 450. (Hukuka Aykırılık).

Guerin, Daniel: **Faşizm ve Büyük Sermaye**, Çev: Bülent Tanör, İstanbul, Habitus Yayıncılık, 2012.

Gürtner, Fritz: **“Das Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr vom 3. Juli 1934”**, JuristenZeitung, 9. Jahrg., Nr. 23/24, 10. 12. 1954, s. 763 - 764.

Haider, Vera: **Rechtfertigung im Allgemeininteresse (Expose)**, Wien, 2020, https://ssc-rechtswissenschaften.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_rechtswissenschaft/Doktoratsstudium_PhD/Expose_1/Strafrecht/Rechtfertigung_im_Allgemeininteresse.pdf, Çevrimiçi, 20.02.2021.

Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı**, Ankara, Adalet Yayınları, 2019,

Heinrich, Bernd: **Ceza Hukuku Genel Kısım – I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı)**, Ed: Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

Hilgendorf, Eric, Brian Valerius: **Alman Ceza Hukuku Genel Kısım**, Çev: Salih Oktar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

Kangal, Zeynel T.: **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Kan, Çağrı: **Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

Karcılıoğlu, Nevzat Kaan: “**Anayasayı İhlâl Suçu (TCK m. 309)**”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016.

Kartal, Melik: **Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık**, İstanbul, İstanbul Arşivi – On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Katoğlu, Tuğrul: **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara, Seçkin, 2003.

Koca, Mahmut, İlhan Üzülmez: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Kühl, Kristian: “**Radbruch Formülü**”, Çev: Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXX, S: 1, 2012, s. 369 – 374.

Kühl, Kristian (Bölüm Yazarı): **Lackner / Kühl Strafgesetzbuch**, 29. neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck, 2018.

Loewenstein, Karl: **Law in the Third Reich**, The Yale Law Journal, Vol. 45, No. 5, Mar., 1936, s. 779 – 815.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, Serra Karadeniz: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta, 2017.

Mazower, Mark: **Karanlık Kıta: Avrupa'nın Yirminci Yüzyılı**, Çev: Dilek Cenkçiler, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2010.

OHAL KHK'ları ve Devletin Güç Kullanma Yetkisini Sivillere Devreden 696 Sayılı OHAL KHK'sı Hakkında Olağanüstü Baro Başkanları Toplantısı Sonuç Bildirgesi: <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=12968>, m. 8 ve 9.

Önder, Ayhan: **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Öztürk, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem: **Uygulamalı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 15. Baskı, Ankara, Seçkin, 2015.

Paeffgen, Hans - Ullrich, Benno Zabel (Bölüm Yazarları): **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen)**, 5. Auflage, Baden – Baden, 2017, (NK – StGB).

Perron, Walter, Jörg Eisele (Bölüm Yazarları): **Schönke / Schröder Strafgesetzbuch**, 30. neu bearbeitete Auflage, München C.H. Beck, 2019. (§ 32 Perron – Eisele, § 34 Perron).

Rüping, Hinrich: **Bibliographie zum Strafrecht im Nationalsozialismus**, München, R. Oldenbourg Verlag, 1985.

Schmitt, Carl: **Der Führer schützt das Recht (Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934)**, Deutsche Juristen – Zeitung, Heft: 15, 39. Jahrgang, Berlin, 01.08.1934.

Stampf, Sabine: **Das Delikt des Hochverrats im NS – Staat, in der DDR und in der Bundesrepublik Deutschland, Inaugural-Dissertation**, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, Münster, 2016. (**Das Delikt des Hochverrats**).

Storer, Colin: **Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi**, Çev: Sedef Özge, İkinci Baskı, İstanbul, İletişim, 2015.

Şen, Ersan: **OHAL KHK'ları ve "Sivil Cezasızlık"**, <https://www.hukukihaber.net/ohal-khklari-ve-sivil-cezasizlik-makale,5618.html>, Çevrimiçi, 18.02.2021.

Şirin, Tolga: **1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak**, Anayasa Hukuku Dergisi, C: 5, S:10, 2016, s. 475 – 526. (**Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi**).

Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukukunda "Eleştiri Amacıyla Yapılan Düşünce Açıklamaları" ile Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış**, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 8, Aralık 2008, s. 127 – 152. (**Eleştiri Amacıyla**).

United Nations Development Programme: **The Political Economy of Transitions: Comparative Experiences**, Çevrimiçi, https://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/oslo_governance_centre/pol_economy_transitions_experiences.html, 2013.

Uzun, Ertuğrul: **"OHAL KHK'ları Üzerine Yalan Yanlış Şeyler veya KHK'lar ile Kâğıttan Kule İnşa Etmek"**, Birikim Dergisi, <https://birikimdergisi.com/guncel/8675/ohal-khklari-uzerine-yalan-yanlis-seyler-veya-khklar-ile-kagittan-kule-insa-etmek>, Çevrimiçi, 18.02.2021.

Ünver, Yener: **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003.

Yenisey, Feridun, Gottfried Plagemann: **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) (Açıklamalar, Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2015.

Yetkin, Erdi: **Türk Ceza Kanunu'nda Hükumete Karşı Suç**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2019.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesi, **2014/122 E, 2015/123 K sayılı ve 30.12.2015 tarihli karar**, 01.03.2016 tarihli ve 29640 sayılı Resmi Gazete.

Anayasa Mahkemesi, **2016/205 E, 2019/63 K sayılı ve 24.07.2019 tarihli karar**, 31.10.2019 tarihli ve 30934 sayılı Resmi Gazete.

Anayasa Mahkemesi, **2017/21 E, 2020/77 K sayılı ve 24.12.2020 tarihli karar**, 08.04.2021 tarihli ve 31448 sayılı Resmi Gazete.

Anayasa Mahkemesi, **2018/31 E, 2020/38 K sayılı ve 16.07.2020 tarihli karar**, 11.11.2020 tarihli ve 31301 sayılı Resmi Gazete.

Anayasa Mahkemesi, **2019/9 E, 2019/27 K sayılı ve 11.04.2019 tarihli karar**, 17.05.2019 tarihli ve 30777 sayılı Resmi Gazete.

Anayasa Mahkemesi, **2020/81 E, 2021/4 K sayılı ve 14.01.2021 tarihli karar**, 16.03.2021 tarihli ve 31425 sayılı Resmi Gazete.

III. HABERLER

<https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/basbakan-yardimcisi-bozdogdan-khk-aciklamasi/1015330>, Çevrimiçi, 17.02.2021.

<https://www.haberler.com/basbakan-yildirim-sivillere-yargi-muafiyeti-10390773-haberi/>, Çevrimiçi.

<https://www.ntv.com.tr/turkiye/erdogandan-gule-khk-sitemi,6cJUA1mOZEikN4mZ4lix-w>, Çevrimiçi, 17.02.2021.

<https://www.ntv.com.tr/turkiye/adalet-bakani-gulden-khk-121-madde-aciklamasi,M-V3Y09QQE-6klMTtOrx3A>, Çevrimiçi.

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-42471577>, Çevrimiçi, 18.02.2021.

IV. SAİR KAYNAKLAR

<https://archive.org/details/19340713AdolfHitlerReichstagsredeUeberDieEntstehungUndDenVerlaufDerSARevolte68m22s>, Çevrimiçi, 28.03.2021.

<https://beck-online.beck.de/>

<https://www.duden.de>

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

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

Reichsgesetzblatt I, s. 341 – 342 / 529.

**^{4f}INDIRECT EXPROPRIATION AS A CONCEPT OF POLITICAL RISK IN
TERMS OF INTERNATIONAL ENERGY INVESTMENTS**
(ULUSLARARASI ENERJİ YATIRIMLARI BAKIMINDAN BİR POLİTİK RİSK KAVRAMI
OLARAK DOLAYLI KAMULAŞTIRMA)

Av. Selvi Duygu SÜMERTAŞ* **

ÖZ

Kaynak açısından zengin devletler ve yükselen ekonomiler, uluslararası yatırımcıları ve yatırımları çekme eğilimindedir. İdeal olarak, yatırımcının bir ülkeye yatırım yapmaya karar verme sürecinde, yatırımının gelecekteki ekonomik sonucu kadar dikkatini vermesi gereken bir kriter vardır. Bu kriter, ev sahibi devletin özellikle dolaylı kamulaştırmaya ilişkin potansiyel politik riskleridir. Yatırımcılar, gelecekteki yatırımlarını güvenli ve elverişli tutabilmek için hedef ülkelerin dolaylı kamulaştırma risklerini ve düzenlemelerini göz önünde bulundurmalıdır. Gerçek duruma gelince, hem yatırımcılar hem de hükümetler bu hem yerel hem de uluslararası hukuk ve yönetmelik alanındaki belirsizlikten negatif etkilenmektedir. Bu bağlamda, bu makalenin amacı, politik bir risk olarak dolaylı kamulaştırma kavramına hukuki anlamda daha iyi bir anlayış ve açıklık getirmektir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Enerji Yatırımları, Politik Risk, Kamulaştırma, Dolaylı Kamulaştırma

ABSTRACT

The states, which are affluent in terms of resources, and the emerging economies both tend to attract the international investors and investments. Ideally, the course of making the decision to invest in a country by an investor incorporates a criteria to take into account as much as the economic outcome of such investment in future. Such criterion consists of the potential political risks, particularly with respect to the indirect expropriation, exposed by the host state. For the purpose of keeping any investment, it will have made in future, safe and favorable, any investor must take into account the indirect expropriation risks and regulations of the target country. When it comes to the actual circumstance, both the investors and the governments are negatively affected from the uncertainty in respect of both the local and the international law as well as the regulations. Accordingly, the purpose of this article is to provide a better understanding for the concept of indirect expropriation as a political risk, and also to clarify such concept in legal terms.

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.04.2021. İlk hakem raporu tarihi: 30.04.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 10.06.2021. Onaylanma tarihi: 10.06.2021.

* Özyeğin Üniversitesi, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Enerji Hukuku Alanı Öğrencisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6930-8834

Esere Atıf Şekli: Selvi Duygu Sümertaş, "Indirect Expropriation As a Concept of Political Risk in Terms of International Energy Investments", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1859-1871.

Keywords: *International Energy Investments, Political Risk, Expropriation, Indirect Expropriation*

I INTRODUCTION

As a requirement and advantage brought by the developing world and economy, it may be considered that the international investments would also increase rapidly and in number since the national boundaries can now be crossed readily by the investors. The profitable and attractive investments, being made by the private sector which is being nourished also by the contributions made by the competitive environment and evolving both economically and technically, give rise to the fact that expropriation of such investments is desired by the host countries. However, the increased cost of the expropriation procedures, carried out duly, to the governments, has given rise to the emergence of a new concept, namely indirect expropriation, in the international law, particularly following the 70s and 80s when the expropriation has peaked.²

When considered in terms of the international investments, the lack of a conclusive legal ground for entire of the actions, which are considered as a type of political risk³ and called as indirect expropriation⁴ allows us to characterize such actions commonly as unlawful acts. The significance of the matter is further increased since such actions consist of the governmental acts which are unpredictable and which restrict the exercise of some rights⁵. Therefore, this article describes the concept of political risk, encountered in terms of international energy investments, and also, in particular, the indirect expropriation encountered indirectly by the investors due to the payment of the compensation by the host country.

II THE CONCEPT OF POLITICAL RISK IN TERMS OF INTERNATIONAL INVESTMENTS

The companies, which intend to make international investment, analyze the profitability of such investment to be made by taking numerous criteria as the basis and assessing the risks in various fields before making an investment decision. Identification and assessment of the political risks with respect to the host country where the investment will be made, in addition to the geographical, technical and business⁶ ones among such risk, are of

² SAMLI, Zekican, "Uluslararası Hukukta Dolaylı Kamulaştırma Tanımı, Ayırtedici Özellikleri ve Sonucu" (*Definition, Characteristics and Outcome of Indirect Expropriation in International Law*), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Mecmua, 1. Bası, Ankara 2008, s. 824.

³ The concept of political risk is also addressed in the article for the purpose of describing the cost of indirect expropriation much better.

⁴ "Indirect expropriation" is also expressed by the term "creeping expropriation" in international law. It is possible to observe that some academicians prefer to use the term "*de facto* expropriation" instead of indirect expropriation.

⁵ BILSON C.M., BRAILSFORD T.J., HOOPER V.J., "The Explanatory Power of Political Risk in Emerging Markets", The Australian National University, Working Paper Series in Finance 99-04, 1999, Page 4 (see also <https://core.ac.uk/download/pdf/156616336.pdf>) (Date of Access: 15.04.2021)

⁶ Business risks constitute the developments which emerge upon the change of the rules and practices with respect to the business life in consequence of the economic, social and political pressures and which are not encountered so frequently. (SCHWENDIMANN, J. S.: "Multinational Corporation

great importance in terms of protection of such investment for the long-term. Desiring to point out such matter, John Gault states in his article⁷ that the political risks are harder to predict as compared to the geographical, technical, business and financial risks, and also that such uncertainties pose a significant threat in terms of the investments.

In general terms, political risk can be described as the probability of emergence of any change to the government policies, expropriation, confiscation, war, civil war, insurrection, terrorist actions, political unrest, discriminatory practices by the host country⁸, and civil disorder which might affect the investors negatively in a country. Since the political risks arise from any act of the host country or any occurrence that might arise in the host country, which would jeopardize the profitability and continuity of a foreign investment, some analysis is being conducted by the private companies for the purpose of preventing any such risk before its occurrence, or the foreign investments are being insured by means of political risk insurances for the purpose of indemnifying any damage and/or loss that might result from any such risk.

The Economic Intelligence Unit (EIU), the International Country Risk Guide (ICRG), the Business Environment Risk Intelligence (BERI) and MARSH can be cited as the independent consultants conducting political risk analysis by countries. The countries are being graded with scores from 1 to 100 as based on the relevant system. There are many countries with a score of high risk and being named as the highest risk group⁹ that a foreign investor may still wish to make an investment in any such country following the identification of the political risks thereof. Profitability of the energy investments even causes the investors to ignore some political risks. Then, certain insurances come into question for the purpose of protecting such investments. The Overseas Private Investment Corporation (OPIC), a governmental entity of the U.S.A., and also the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), which is within the organization of the World Bank, can be cited as the entities that provide political risk insurance for as much as the involvement of OPIC or MIGA in the project suffices for discouraging the local governments to foreclose the letters of guarantee as based on a political decision in many cases.¹⁰

and the Host Country Environment”, A Century of Foreign Investment in the Third World (ed. Michael J. Twomey), New York 2000, Page 187.) See also KIRLI, Deniz Defne, “Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) ve Yabancı Yatırımların Politik Risklere Karşı Korunması”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004 (Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and Protection of Foreign Investments Against Political Risks) Postgraduate Thesis, Ankara, 2004, Page 1.

⁷ GAULT, J., “Coping with Political Risk”, Journal of World Energy Law & Business, Oxford University Press, December 2012, Page 281.

⁸ Any country, where any foreign investment would be made, shall hereinafter be referred to as the host country.

⁹ Political Risk Map 2020: Trade Tensions Threaten Political Stability - file:///C:/Users/User/Downloads/political-risk-map-2020-report.pdf

(Date of Access: 05.04.2021).

EUI Country Risk Service Handbook - <http://graphics.eiu.com/upload/regulatory-affairs/EIU-Country-Risk-Service-Handbook-September-2020.pdf>

(Date of Access: 05.04.2021)

¹⁰ KÖKSAL, T., “Model Sözleşme Örnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku” (*Forms of Model Agreements and International Building Law*), Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, Page 12.

III CONCEPT OF INDIRECT EXPROPRIATION

One of the most notable political risks against the international energy investments made in the developing countries is the indirect expropriation. Indirect expropriation refers to the actions of the host country which have an effect that is as much as radical as those of a direct expropriation that virtually requires the payment of a compensation on the use of the investment assets, and the transformations in the global economy have resulted in the enforcement of indirect expropriation in a wide range, including the industry and finance, both in terms of international and national law.¹¹ Schreuer indicates that the practices, which result in the significant loss of control of the investment or lead to a substantial decrease in the economic value expected from an investment, without any physical possession of a foreign investment, constitute the most notable characteristic of indirect expropriation.¹²

From the point of the investor, any expropriation circumstance may easily be considered as a political risk, however, the host country would pay a certain compensation to the investor in consideration of the investment it will have directly expropriated. In the case of indirect expropriation, the host country mostly tends to implement the practices that discourage the investor with the aim to abstain from the burden to pay compensation, and it causes the investor to withdraw from the country voluntarily. Indirect expropriation may in some cases reveal itself as taking over the management, use, control, or depreciation of the value significantly or taking away the assets, which might give rise to the effective loss of the investor's ownership, rather than necessarily confiscation of the property physically.¹³ The uncertainty being experienced with respect to the fact that such kind of acts and actions of the host country to alienate the investor from the country would be considered as indirect expropriation, or not, has made the matter significantly important. Therefore, it will be relevant to descend to the particulars of the matter.

Despite the fact that it is stated by the doctrine that the current political risks occasionally result from the actions of the host country, which are aimed at alienating the foreign investors from the country,¹⁴ the difficulties being experienced in respect of determination of an indirect expropriation, we encounter as the sub-heading of the expropriation but which is of unlawful nature, demonstrate that it is not that much simple to make such a sweeping statement. Additionally, although sufficient sensitivity is not being shown for the significance of the indirect expropriation by some sources, it would be beneficial to indicate that, between 1994 and 2015, 317 lawsuits have been filed¹⁵ against the host countries by the foreign investors who allege indirect expropriation, according to the data provided by UNCTAD.

¹¹ COTULA, L., "Expropriation Clauses and Environmental Regulation: Diffusion of Law in the Era of Investment Treaties, Special Issue", *RECIEL, Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Volume 24, Issue 3, 2015, Page 278.

¹² SCHREUER, Christopher H., "The Concept of Expropriation Under the ECT and Other Investment Protection Treaties", *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Ed. By Clarisse Ribeiro, New York, Juris, 2006, Page 115.

¹³ DAZA-CLARK, A. M., "International investment law and water resources management: An Appraisal of Indirect Expropriation", *Nijhoff International Investment Law Series*, Leiden; Boston: Brill Nijhoff, | Series: Nijhoff International Investment Law Series; Volume 6, 2017, Page 86.

¹⁴ KOKSAL, Page 10.

¹⁵ DAZA-CLARK, Page. 99.

A. INDIRECT EXPROPRIATION IN INTERNATIONAL LAW

As we have previously addressed hereunder, the indirect expropriation circumstances, whereby the rights and powers on the assets are lost gradually, are shown as the most notable and greatest risk factor apart from the direct expropriations encountered by the international investors at the present.¹⁶ For the purpose of avoiding the heavy burden of compensation as brought in particular by direct expropriation, host countries may issue some regulations, which directly affect the foreign investments, by asserting grounds such as the public interest as well as protection of public health and the environment, and such regulations may give rise to the fact that the operations of foreign investments are affected or their production is interrupted or that some of such investments are closed down. Such circumstances, which affect the continuity and profitability of an investment, would cause the investor to leave the country by abandoning its investment; and the host country, which does not become obliged to pay compensation, becomes the owner of a profitable investment, eventually.

In general terms, in international law, expropriation is the circumstance, whereby the right of ownership of the rightful owner is taken over by the government by paying compensation in return, so as to be in compliance with the procedural rules in case of existence of public interest. The right to expropriate arises from the sovereign power of the states, and the exercise of such right by a state may not be precluded, however, any state may exercise such right by observing certain requirements as per the principle of protection of private ownership; and there is no regulation in the international law that would prevent any state to expropriate.¹⁷ Expropriation is also defined as the takeover of the assets of an investor by the host country for the public interest; possession of the expropriation power by a state is an established circumstance in the international law, however, it is obvious that a state may expropriate the assets owned by a foreign national only if it is for public interest and the appropriate compensation is paid thereto.¹⁸

The fundamental principles with respect to expropriation are set out in the bilateral investment agreements, multilateral investment agreements and the international arbitration awards, and in particular, the ICSID awards are of guidance nature in this respect.¹⁹ At this point, it would be relevant to review the bilateral investment agreements, multilateral investment agreements and the relevant articles thereof; The "North America Free Trade Agreement" (NAFTA) Article 1110, Energy Charter Treaty (ECT) Article 13, Multilateral Investment Guarantee Agency Convention (MIGA) Article 11 (a) ii²⁰ and Section 4, bearing the heading "Expropriation and Unilateral Alterations or Termination of Contracts", of the "1992 World Bank Guidelines" may be cited as such agreements and the relevant articles.

Section 4, bearing the heading "Expropriation and Unilateral Alterations or Termination of Contracts" of the "1992 World Bank Guidelines" reads as follows;

¹⁶ WELLS, L. T.: "Private Foreign Investment in Infrastructure: Managing Non-Commercial Risk" School of Business Administration, Harvard University, Boston, MA 02163. 1999, Page 178.

¹⁷ BAKLACI, P., Uluslararası Yatırımlarda 'Dolaylı Kamulaştırma' ve Düzenleyici Yetkiler" (*Indirect Expropriation in International Investments and the Regulatory Powers thereto*), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 28, Sayı 1-2 (2008), Page 3. (see also <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/99323>)

(Date of Access: 05.04.2021)

¹⁸ KIRLI, Page 56.

¹⁹ BAKLACI, Page 3.

²⁰ BAKLACI, Page 8.

"A State may not expropriate or otherwise take in whole or in part a foreign private investment in its territory, or take measures which have similar effects, except where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against the payment of appropriate compensation."²¹

Article 1110 of the North American Free Trade Agreement protects the investments against any indirect expropriation as specified as follows:²²

"1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation") except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
- (d) on payment of compensation in accordance with in accordance with paragraphs 2 through 6".

Considering Article 13, which set out "expropriation", of the Energy Charter Treaty (ECT), it is seen that it reads as follows;

"1. Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to a measure or measures having equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as "Expropriation") except where such Expropriation is:

- (a) for a purpose which is in the public interest;
- (b) not discriminatory;
- (c) carried out under due process of law; and
- (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation."²³

As mentioned herein above, considering the respective articles of the said agreements, it is seen that four principal conditions are sought for the expropriation. The first one of such conditions stipulates the public interest, and the existence of public interest is an indispensable condition for the purpose of expropriation. The second one stipulates that the expropriation must not be of discriminatory nature. The third condition stipulates that the expropriation must be performed in accordance with the procedural rules, and ultimately, the fourth condition stipulates the compensation, that is to say that the expropriating state is obliged to pay compensation in return.²⁴ Any expropriation, whereby such four conditions are satisfied, is called "direct expropriation".

"Indirect expropriation is the act of a state to limit the right of ownership, either actually or indirectly by means of the regulations it issues but without a total confiscation or taking over the legal entity, and to hinder the utilization of the benefits, they have, by the individuals."²⁵

²¹ SAMLI, Page 828.

²² <http://www.sice.oas.org/trade/NAFTA/chap-111.asp>

(Date of Access: 20.12.2020).

²³ <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>

(Date of Access: 20.12.2020).

²⁴ BAKLACI, Page 5.

²⁵ SAMLI, Page 827.

Considering the relevant articles of the agreements and treaties given hereunder, it is seen that the indirect expropriation is not regulated by means of a separate inclusion but that it is set out by pointed out within the regulations with respect to expropriation. The common expressions, incorporated in the expropriation-related provisions of all such agreements and treaties, whereby it is stated that the investments of any of the contracting parties in the territory of any other contracting party shall be definitely not expropriated, nationalized or subjected to any measure having effect equivalent to nationalization or expropriation, except where such expropriation is required for a public purpose, and is accordance with due process of law and is on payment of compensation and is on a non-discriminatory basis, indicate that indirect expropriation is principally a circumstance that is similar to direct expropriation and nationalization.

As noted, it is difficult to determine whether an indirect expropriation exists. Such difficulty arises from the complication to determine what actions fall under the exercise of the sovereign right of the host country and what actions fall under the abuse of the exercise of its sovereign right by the host country. Considering the doctrine and the arbitration awards, it may be told that, in principle, three key criteria are taken into account for determining the existence of an indirect expropriation. The first one of such criteria is the extent of the actions of the host country to affect the right of ownership, and the second one consists of the characteristics, purpose and contents of the measures of the host country; and the third and the last criteria in respect of determining whether an indirect expropriation exists shows up as the extent of the intervention by such host country.²⁶

Considering in terms of such criteria, to set an example as based on a lawsuit;... As indicated pointedly also in a concrete case tried by the ICSID: Albeit an action of expropriation or confiscation due to protection of the environment could be considered to be for the public interest and be lawful, in fact, acquisition of the ownership for such reason would affect neither the nature nor the extent of the compensation required to be paid due to confiscation. Accordingly, confiscation of the property for the purpose of protecting the environment does not affect the legal characteristic of such confiscation and ultimately the requirement to pay an appropriate compensation thereto. Environmental measures with expropriation are identical to all such other expropriations performed by the state to accomplish its policies, even if it is entirely commendable and beneficial to the society. Even if such expropriation is for environmental reasons, if and when a property is expropriated, the obligation of the state to pay compensation shall continue irrespective of the fact that whether it is of domestic or international nature." In other words, any regulation issued for the public interest would not relieve the state of its obligation to pay compensation, if it extends to expropriation".²⁷

Considering the host country's practices, which may be deemed as an indirect expropriation, and also the percent values of such practices as provided in the light of the statistical data; tax increase reported as 40.4% stands as the most common host country practice among the actions giving rise to indirect expropriation. Tax increase is followed by the discriminatory regulations, reported as 25%; prevention of the exercise of some rights, reported as 15.4%; the environmental reasons, reported as 12.2%; and also by the actions,

²⁶ YANNACA-SMALL, C., "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate in International Investment Law, OECD Publishing, September, 2004, Page 10. See also. https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf

(Date of Access: 05.04.2021)

²⁷ SAMLI, Page 839.

reported as 3.2% and aimed at indirect expropriation, emerging with respect to the human rights; and the remaining portion of 3.8% originates from the other reasons.²⁸

Considering the indirect expropriation upon analyzing the statistical data, it is seen that the host countries, in particular taking into account the huge investments, in some cases abuse their sovereignty rights for the purpose of abstaining from the burden of compensation as brought by the expropriation, and acquire the foreign investments by means of their acts, which are indeed malevolent or unlawful, despite they seem to have a legal ground, for the purpose of alienating such investments from the country, as the phrase is, and incorporating them into their own organization, by means of their regulatory actions. Indeed, such act as mentioned herein is an acquisition in the consequential context because there is no apparent confiscation directly, however, they provide for the occurrence of such outcome by means of their acts, which give rise to either the restriction or preclusion of the exercise of the right, or by their unlawful actions/acts.

B. ACTIONS DEEMED AS INDIRECT EXPROPRIATION

Despite the fact that a foreign investor may perceive that any and all kinds of dispositions and acts of a host country, which would, in the sight of such investor, substantially damage its investment and prevent such investor to access the economic profitability it expects from such investment, should be deemed as an indirect expropriation; what matters for us is to demonstrate that which actions would constitute an indirect expropriation in legal terms, in which circumstances and in line with the criteria as determined by the arbitration tribunals and so as to not to constitute an intervention in the sovereignty of such host country. There is no definitive agreement, law or consensus with respect to the actions that constitute an indirect expropriation²⁹, however, the unfavorable actions taken by the host country with respect to the licenses and authorizations, disproportionate tax increases, intervention in the administration or profitability of the investment, as specific to the international energy investments, can be listed as such dispositions, as based on the arbitral awards and the doctrine.

As is known, the areas of activity of energy investments require a license all over the world, and no operation may be carried out in the energy markets without having such investment licensed. Therefore, it would be appropriate to state that the intervention to the licenses and authorizations by the host country, wrongly and unlawfully and to the detriment of the investor, is one of the most notable dispositions that would give rise to any consequence that would be deemed as an indirect expropriation on an international energy investment. Under normal circumstances, granting of a license for an investment and revocation of such license are, indeed, both under the sovereignty power of the host country, however, any type of disposition, which alienates an investor from the country and is aimed at taking over the investment without incurring the burden to pay a compensation for an investment, cannot be considered to fall under such scope.

On the other hand, disproportionate taxes stand as another vital action that can be deemed as an indirect expropriation. By its very nature, any taxation-related disposition of each state is a prominence of its sovereign right and power. It is not possible to deem every

²⁸ ERKAN, M., *International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses*, Wolters Kluwer Law & Business, December 2010, Page 82.

²⁹ ERDEN, N. H.Z., “Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma” (*Indirect Expropriation in International Investment Law*), Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2015, Page 222.

tax practice as indirect expropriation. At this point, the important matter is the probability of the fact that whether the respective host country's tax-related regulations, which might result in the substantial loss of the control of such international investment on the part of the investor or which might give rise to a substantial decrease in the economic value expected from such investment by such investor and which could be regarded to be of disproportionate nature, would constitute an indirect expropriation, as mentioned herein above. Indeed, this does not purport any taxation regulation that would be regarded as disproportionate; it is normal that an investment would be subject to different tax brackets if and when its profit increases, however the point to consider herein is the fact that whether such tax imposed is excessive, repeated, discriminatory or is a heavy tax imposed only on foreign investors.³⁰

Another disposition by a host country that can be deemed as an indirect expropriation is intervention in the administration of foreign investment. Any unlawful government intervention in a manner to hinder the administration of its investment, either physically or lawfully, by a foreign investor³¹ may give rise to the fact that such investor cannot achieve the economic benefit it expects from its investment, and to abandon such investment. As it will be seen also from the precedent given herein below, a host country can remove/dismiss an executive who is of key nature for the investment, by adopting an unlawful resolution, which would restrict the liberty about the individuals who are in charge of administration of an investment, or push the investment into bankruptcy by precluding the growth of such investment by cancelling the resolutions and transactions with respect to the share transfers of such investment by means of court decisions. As it is seen, such type of unlawful dispositions of a host country would give rise to the consequences that are the same with the expropriation, and allow the state, which pursues such procedure, to take over the investment without paying any compensation thereto.

There is an up-to-date arbitration award that covers almost all of such dispositions made by a host country, as mentioned herein above and which can be deemed as indirect expropriation.³² Considering the arbitration award with respect to the dispute between the company called Yukos Universal Limited (Isle of Man), which is regarded as one of the most powerful energy companies in the world, and the Russian Federation, and the type of action of which was determined as the "International Investment Agreement" UNCITRAL (1976) arbitration rules applied. It is seen that, according to the arbitration tribunal, the Russian Federation ultimately caused the said company go bankrupt by imposing unlawful and high tax penalties and preventing the use of the assets by the investor by freezing the assets of such investment, and sentencing the senior executives of the said company to imprisonment and obtaining court decisions that invalidate the share transfers following the announcement made by the company that the company would merge with another company. The arbitration tribunal concluded that the initial purpose of the Russian Federation seemed to solely collect tax, but its primary purpose was to confiscate all assets of the Yukos company upon its bankruptcy, and it has adjudicated that such disposition was an indirect expropriation that constitute a confiscation, and also that a compensation should be paid to the Yukos company.

³⁰ ERDEN, Page 222.

³¹ ERDEN, Page.232.

³² Yukos Universal Limited v. The Russian Federation, UNCITRAL PCA Case No: 2005-04/AA227, Final Award, 18 July 2014.

C. INDIRECT EXPROPRIATION IN TURKEY

Considering the status of indirect expropriation in Turkey, such a concept is not regulated separately just as it is done by international law. Despite the indirect expropriation is not covered in the laws of the Republic of Turkey, Turkey has become acquainted with such concept to the international commercial treaties to which it is a party. It would be beneficial to take a glance at the expropriation-related regulations as prescribed by the laws of the Republic of Turkey, before addressing such treaties to which the Republic of Turkey is a party.

Expropriation is set out under Article 46 of the Constitution of the Republic of Turkey. As per the relevant article, *"If and when so required for public interest, the State and any governmental legal entity shall be entitled to expropriate, and establish any administrative easement on either the whole or any portion of the privately owned immovable properties in accordance with the principles and procedures as specified by law, provided that the fair value of any such property shall have been paid in advance."*³³ Section 1, which sets out the purpose and the scope of the Law on Expropriation³⁴ provides guidance with respect to the manner of performance of expropriation by incorporating the inscription that reads as *"This Law sets out the procedures to be carried out in respect of expropriation of any immovable property, which is owned by any real person or private legal entity, by the State or any governmental legal entity, if and when so required for the public interest, and also the calculation of the price to be paid for such expropriation...."*

Considering both the Constitution of the Republic of Turkey and also the Law on Expropriation, it is seen that three conditions must be satisfied in order for performance of expropriation by the government in Turkey. Such conditions consist of emergence of a circumstance as required for public interest, and payment of the fair value of such property in advance to the owner of the expropriated property, and performance of such expropriation in accordance with the principles and procedures as prescribed by the law.

In addition to those two regulations, there is also another important regulation of Turkey which is named as "Foreign Direct Investments Law"³⁵ that aims to encourage foreign direct investments and to protect rights of foreign investors at international standards. Expropriation is set out under Article 3/b of the Foreign Direct Investments Law. As per the relevant article *"...in accordance with the current legislation; Foreign direct investments, cannot be expropriated or nationalized unless the public interest requires and the value of investment is paid."*

The following treaties may be cited for the sake of example for the international commercial treaties, to which Turkey is a party, as well as the articles of such treaties in respect of expropriation; the Treaty Between the United States of America and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (Article 3), the Treaty Between the Republic of Turkey and the People's Republic of China Con-

³³ The Constitution of the Republic of Turkey, Law Number: 2709, Date of Enactment: 7.11.1982 (see also <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa.htm>) (Date of Access: 05.04.2021)

³⁴ Law on Expropriation, Law Number: 2942, Date of Enactment: 04/11/1983, Promulgated on the Official Journal on: 08/11/1983.

³⁵ "Foreign Direct Investments Law", Law Number: 4875, Date of Enactment: 05/06/2003, Promulgated on the Official Journal on: 17/06/2013.

cerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (Article 3)³⁶, the Treaty Between the Republic of Turkey and the Kingdom of Spain Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (Article 5)³⁷ and the Energy Charter Treaty (Article 13 (1)).³⁸

As per Article 5 of the Treaty Between the Republic of Turkey and the Kingdom of Spain Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments; "*Investments shall not be expropriated, nationalized or subject, directly or indirectly, to measures of similar effects except for a public purpose, in a nondiscriminatory manner, upon payment of prompt, adequate and effective compensation, and in accordance with the applicable regulations and the general principles as set out under Article III and Article IV hereof.*"³⁹

As per Article 13(1) of the Energy Charter Treaty; "*Investments of investors of a contracting party in the area of any other contracting party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation, except where such expropriation is: (a) for a purpose which is in the public interest; (b) not discriminatory; (c) carried out under due process of law; and (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.*"

Considering the Article, the explicit provision of which is given herein above, and also the relevant articles of such other treaties; it is concluded that a consensus is reached with respect to the following inscriptions under the international treaties: "*The investments of any of the contracting parties in the territory of any other contracting party shall be definitely not expropriated, nationalized or subjected to any measure having effect equivalent to nationalization or expropriation, except where such expropriation is required for a public purpose, and is accordance with due process of law and is on payment of compensation and is on a non-discriminatory basis.*"

The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States (ICSID), to which Turkey is a party, provides for essential and reliable arbitration in respect of any investment dispute, and this is of prime importance in respect of creation of the opinion by the respective investor that its investment is secured, even though it does not mitigate the political risks.

As it is seen, indirect expropriation is not incorporated explicitly by the domestic legislation in Turkey, but only the procedures and principles for the expropriation are set out, however, considering the relevant articles of the treaties, to which Turkey is a party, the existence of indirect expropriation can be pointed out and it can be indicated that such expropriation is acknowledged together with its consequences.

IV CONCLUSION

With reference to the fact that political risks can be described as the probability of emergence of any circumstance, which might negatively affect any investment that would come to a country, in particular any sudden and unexpected change to the government poli-

³⁶ https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc076/kanuntbmmc076/kanuntbmmc07603882.pdf
(Date of Access: 05.04.2021).

³⁷ https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc080/kanuntbmmc080/kanuntbmmc08004267.pdf
(Date of Access: 05.04.2021).

³⁸ BAKLACI, Page 11.

³⁹ Official Journal, 01.12.1997, Page 23187.

cies, expropriation, confiscation, war, civil war, insurrection, terrorist actions, political unrest, discriminatory practices by the host country, and civil disorder; it is seen that the importance of creation of an investment environment, which is stable, healthy and foreseeable in the sight of the investors, by a country is essential as much as the return of such investment. The difficulties in determining the dispositions, which would be deemed as indirect expropriation, in particular the difficulty in determining the start and the end of the sovereignty of the host country, which is a controversial topic, make the indirect expropriation, which is one of the political risks, much more noteworthy as compared to the other risks. It is evident that, for the purpose of enabling the investors to make their decisions more readily and feel safe while making their investments, both the local and the international regulations should be amplified further in terms of transparency, clarity and predictability in this regard. In fact, the development of and reaching a powerful position at the world stage by a country are greatly influenced and will remain to be influenced by the investments it hosts. Thus, any investor, relying upon the fact that it would be able to secure its right against the risk of indirect expropriation, may, with its mind at peace, change its point of view towards the indirect expropriation or the size of the risk among the political risks it will have identified before making its investment.

On the other hand, considering that any country, seeking indirect expropriation with the intent to abstain from the burden of compensation, would act reservedly to create an environment where the investors would feel safe by means of the regulations under its domestic law; we also would like to indicate our opinion that the most crucial task in respect of determining the dispositions that would fall under the scope of indirect expropriation and also ensuring that the compensation, payable to a foreign investor, is paid appropriately and equitably once again falls upon the international regulations, i.e. the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

REFERENCE

Books and Articles:

BAKLACI, Pınar, Uluslararası yatırımlarda 'Dolaylı Kamulaştırma' ve düzenleyici yetkiler, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 28, Sayı 1-2 (2008).

BILSON C.M., BRAILSFORD T.J., HOOPER V.J., The Explanatory Power of Political Risk in Emerging Markets, Working Paper Series in Finance 99-04, The Australian National University, 1999.

COTULA, Lorenzo, "Expropriation Clauses and Environmental Regulation: Diffusion of Law in the Era of Investment Treaties, Special Issue", RECIEL, Review of European, Comparative & International Environmental Law, Volume 24, Issue 3, 2015.

DAZA-CLARK, Ana Maria, "International investment law and water resources management: An Appraisal of Indirect Expropriation", Nijhoff International Investment Law Series, Leiden; Boston: Brill Nijhoff, | Series: Nijhoff International Investment Law Series; Volume 6, 2017.

ERDEN, NALÇACIĞLU, Zeynep, H., "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2015.

ERKAN, Mustafa, International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses, Wolters Kluwer Law & Business, Aralık 2010.

GAULT, John, *Coping With Political Risk*, Journal of World Energy Law & Business, Oxford University Press, Aralık 2012.

KAPLAN, Gürsel, *Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar*, TBB Dergisi 2012.

KIRLI, Deniz Defne, *Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) ve Yabancı Yatırımların Politik Risklere Karşı Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004.

KÖKSAL, Tunay, *Model Sözleşme Örnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

SCHREUER, Christopher H., “The Concept of Expropriation Under the ECT and Other Investment Protection Treaties”, *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Ed. By Clarisse Ribeiro, New York, Juris, 2006.

SCHWENDIMANN, J. S.: “Multinational Corporation and The Host Country Environment”, *A Century of Foreign Investment in the Third World* (ed. Michael J. Twomey), New York 2000.

ŞAMLI, Zekican, *Uluslararası Hukukta Dolaylı Kamulaştırma Tanımı, Ayırteci Özellikleri Ve Sonucu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Mecmua, 1. Bası, Ankara 2008.

WELLS, L. T.: “Private Foreign Investment in Infrastructure: Managing Non-Commercial Risk”, World Bank, September 1999.

YANNACA-SMALL, Catherine, *Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate in International Investment Law*, September, 2004.

Legislation and Others:

The Constitution of the Republic of Turkey, Law Number: 2709 (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No.: 2709)

Law on Expropriation of the Republic of Turkey, Law Number: 2942 (Türkiye Cumhuriyeti Kamulaştırma Kanunu, Kanun Numarası: 2942)

Foreign Direct Investments Law, Law Number: 4875 (Türkiye Cumhuriyeti Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, Kanun No:4875)

Official Journal of the Republic of Turkey, 01.12.1997, Page 23187 (T.C. Resmi Gazete, 01.12.1997, s. 23187)

EUI Country Risk Service Handbook <http://graphics.eiu.com/upload/regulatory-affairs/EIU-Country-Risk-Service-Handbook-September-2020.pdf>

Political Risk Map 2020: Trade Tensions Threaten Political Stability - file:///C:/Users/User/Downloads/political-risk-map-2020-report.pdf

<http://www.tbmm.gov.tr/anayasa.htm>

<http://old.fec.anu.edu.au/research/papers/pdf/FINM0004WP.pdf>

<http://www.worldbank/riskconference> (14.08.2003); SHIHATA, (Foreign Investment)

<http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmhb/article/view/2430>.

http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf

http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1153.pdf.

<http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/33776546.pdf>

Awards:

Yukos Universal Limited v. The Russian Federation, UNCITRAL PCA Case No: 2005-04/AA227, Final Award, 18 July 2014.

**4f MAHKÛMİYET BAĞLAMINDA OY HAKKININ
SINIRLANDIRILMASI VE GENEL OY İLKESİ¹**
(RESTRICTION OF PRISONERS' RIGHT TO VOTE AND THE UNIVERSAL
SUFFRAGE PRINCIPLE)

Saba Şahika Tahmaz ÜZELTÜRK**

ÖZ

Bu çalışmanın konusu esas itibarıyla genel oy ilkesi çerçevesinde mahkûmların oy hakkının sınırlanmasıdır. Bu kapsamda çalışmada ilk olarak genel oy ilkesi değerlendirilmiş ve daha sonra oy hakkının kullanımının tarihçesi ve karşılaştırmalı hukuktaki örnekleri açıklanmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde ise İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi³'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıyla ilgili esas aldığı kriterler mahkûmların oy hakkı kapsamında irdelenmiştir. Buna göre sınırlama konusunda mahkemenin temel içtihatları, sınırlamanın Türk hukukundaki yansımaları ve bu kriterlere göre ortaya konabilecek çözüm önerileri çalışmaya yansıtılmıştır. Çalışmada ulaşılmak istenen amaç sınırlamaların açık bir şekilde ortaya konması ve dolayısıyla Türkiye'de Sözleşme'ye uygunluk anlamında atılabilecek adımların belirlenmesidir..

Anahtar Kelimeler: Oy hakkı, Genel oy ilkesi, mahkûm, mahkûmiyet, güvenlik tedbiri, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, oy hakkından mahrumiyet

ABSTRACT

This study is mainly about prisoners' restriction of suffrage in terms of the universal suffrage principle. In this context, firstly, the universal suffrage principle will be evaluated, and then, the historical background and comparative law examples of prisoners' disenfranchisement will try to be explained. The second part of the study will be on restrictions of prisoners' right to vote based on the criteria of the European Convention on Human Rights and European Court of Human Rights. Thereafter, basic precedents of the Court and its reflection on Turkish law within the proposed solutions are reflected. The

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 01.05.2021. İlk hakem raporu tarihi:23.05.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 23.05.2021. Onaylanma tarihi: 10.06.2021.

¹ Bu çalışma, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programında Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk tarafından verilen "Oy Hakkının Anayasal İlkeleri" dersi kapsamında hazırlanmış, yayım için genişletilmiş ve düzenlenmiştir. Çalışma kapsamında desteğini esirgemeyen değerli arkadaşım Arş. Gör. Erdi Yetkin'e teşekkürlerimi sunarım.

* LL.M., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Burslu Doktora Öğrencisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5632-7817

³ Bu çalışmada "Sözleşme" kavramından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, "Mahkeme" kavramından ise İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi anlaşılır.

Esere Atıf Şekli: Saba Şahika Tahmaz Üzeltürk, "Mahkumiyet Bağlamında Oy Hakkının Sınırlandırılması ve Genel Oy İlkesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1873-1904.

main goal of the study is to set out the criteria on the restriction of the right and therefore step into the principles that Turkey should follow to comply with the Convention.

Keywords: *Right to vote, universal suffrage principle, prisoner, conviction, security measures, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, disenfranchisement.*

1. GİRİŞ

Demokrasinin esası seçim ise, seçimin belirleyicisinin de seçmen olduğu açıktır. Bu bakımdan demokrasi ve oy hakkının uyumluluğu her demokratik toplum açısından oldukça önemlidir. Birey ile demokratik yönetim arasındaki bu bağın mümkün olduğu kadar sınırlamalardan arındırılarak işletilmesi ayrıca demokrasinin bir gereğidir.

Genel oy ilkesi sayesinde günümüzde herkesin oy kullanabilmesi güvence altına alınmıştır. Ancak oy hakkına sahip olma ile oy hakkını kullanma birbirlerinden farklı kavramlardır. Genel oy çerçevesinde herkesin oy hakkının bulunmasına karşılık, bazı alanlarda bu hakkın sınırlandırılması gündeme gelebilecektir.

Toplumun her bireyinin siyasi hayata katılması elzemdir. Oy hakkı, siyasi hayata yön vermesi açısından bireyin topluma aidiyetini perçinler. Bu durumda, siyasi katılımın sağlıklı bir şekilde işlemesi kamu yararadır. Bu yararın korunması ve seçimlerin sağlıklı yürütülüp bireylerin ifade özgürlüklerinin daha iyi korunması için hakkın kullanılmasına ileride bahsedileceği üzere bazı sınırlamaların getirilmesi gerekir. Zira ileride de bahsedilecek olmakla birlikte ifade özgürlüğü ve oy hakkı birbiriyle bağlantılı haklardır; oy hakkının İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından bağımsız ve bireysel bir hak olarak kabul edilmesi uzun süre almıştır⁴. Bu çerçevede, çoğu çağdaş ülke bu konuda hemfikir olmakla beraber asıl sorun, bu sınırın nerede başlayıp nerede biteceğidir. Acaba her durumda oy hakkının kullanılması sınırlanabilecek midir? Sınırlamanın sınırları nelerdir?

Bu çalışma, oy hakkının mahkûmiyet bakımından sınırlandırılmasını konu almaktadır. Bu çerçevede, önce oy hakkının herkes tarafından kullanılmasını sağlayan genel oy ilkesi açıklanacak, bu şekilde oy hakkının tüm vatandaşları kapsamının önemi ortaya konulacaktır. Daha sonra kısa bir tarihçe ve oy hakkının karşılaştırmalı hukuktaki yansımaları aktarılmaya çalışılacaktır.

Çalışmada üzerinde asıl durulacak nokta, anılan kısıtlamalarda esas alınacak temel ilkelerdir. Bu kapsamda Türkiye'nin ve üye olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin kabul ettiği ve uyguladığı esaslar değerlendirilecek ve her ölçüt ayrı bir başlık altında incelenmeye çalışılacaktır. Son olarak ise başlıklar altında Türkiye'de ilgili konularla ilgili sorunlar ele alınacak ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

I. GENEL OY İLKESİ VE MAHKÛMLARIN OY HAKKI

A. Genel Oy İlkesi

Demokrasinin olmazsa olmaz unsurlarından birisi seçimdir. Dolayısıyla seçimin ve halkın düşüncelerini temsil edeceği siyasi organların olmadığı bir demokratik sistem düşü-

⁴ Alain Zysset, "Freedom of Expression, the Right to Vote, and Proportionality at the European Court of Human Rights: An Internal Critique" (2019) Oxford University Press 17:1 s. 239; Ekrem Ali Akartürk, *Oy Hakkının Anayasal İlkeleri*, Legal Kitabevi, İstanbul 2017, s. 45.

nülemez⁵. Ancak seçim, kendi başına modern demokratik sistemlerde bir anlam ifade etmemektedir. Seçimin hangi niteliklere sahip olduğu da demokratik sistemin varlığı bakımından belirleyicidir.

Genel oy, eşit oy, seçimlerin serbestliği, tek dereceli seçim, gizli oy, açık sayım ve döküm ve yargı yönetim ve denetiminde seçim ilkeleri Türk Hukukunda Anayasa'nın 67. maddesinde karşımıza çıkan temel ilkelerdir. Bu ilkelerden genel oy ilkesi en geniş şekilde "her vatandaşın oy sahibi olması" olarak ifade edilmektedir⁶. Siyasal haklardan biri olan oy verme hakkının bugün sadece vatandaşlarla sınırlı kalmadığı kabul edilmekle beraber⁷, genel oy ilkesi tarihsel süreçte görülen servet, vergi, öğrenim durumu ve cinsiyet gibi sınırlamalara tâbi olmaksızın tüm vatandaşların oy sahibi olarak tanımlanmasını sağlayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁸. Oy hakkının genelliği, eşitlik ve eşit oy kavramları ile de yakın bağlantı hâlinindedir.

Bugün anayasal ilkelerden biri olarak karşımıza çıkan ve evrensel hak niteliğini taşıyan genel oy ilkesi, servet, cinsiyet, ırk gibi bireyleri ayırıştırıcı özellikleri bir kıstas olmaktan çıkararak bir ilke olarak bireylerin oy hakkının kullanılmasını sağlamaktadır⁹. Yurttaşlık ve yaş temelli sınırlamalar ise oy hakkını kişiye ve topluma daha yararlı olması için sınırlanması mümkün olan koşullardır¹⁰. Yaş ve vatandaşlık sınırlaması, aslında seçmenin yönetime katılma aracına ulaşması için belli bir olgunluğa ulaşmasının amaçlanması ve yönetimine katıldığı devletin egemenliğini elinde tutan kişilerin bu hakkı kullanabilmesi bakımından hakkın sınırlanmasına getirilen makul ölçütlerden sayılabilir¹¹. Dolayısıyla, kısaca tabir etmek gerekirse genel oy, kısıtlanmamış oydur¹². Ancak genel oy ilkesi tarihin her anında kendine yer bulamamıştır. *Soysal*'ın da belirttiği üzere:

*"Halk adına karar almak, seçim yoluyla işbaşına gelen temsilcilere bırakılmış ama, bu temsilcileri kimlerin seçeceği konusu uzun süre klasik demokrasinin temel sorunları olarak kalmıştır"*¹³.

⁵ Serhat Altınkök, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Açısından Serbest Seçim Hakkı", (2015) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 5, s. 44.

⁶ Mümtaz Soysal, *Anayasaya Giriş*, İmge Kitabevi, Ankara 2011, s. 105.

⁷ Tolga Şirin, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı" (2011) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 17:1-2, s. 324: "*Örneğin bazı Kuzey Avrupa ülkelerinde bu ulusalcı tercih bir ölçüde aşılmış, yerel seçimlerde milliyetten ziyade mukim olma kriterine yer vermeye başlanmıştır. Yine görevbildiğimiz kadaryla, ulus-altı düzeydeki bu özgün durumun benzerine ulus-üstü düzeyde Avrupa Parlamentosu nezdinde de karşılaşılmaktadır. Avrupa hukukuna göre Avrupa Parlamentosu seçimlerinde seçme hakkının kullanımı milliyet değil, mukim olma esasına dayanmaktadır*"; Michael Krennerich, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission, Report on Electoral Law and Electoral Administration in Europe Synthesis Study on Recurrent Challenges and Problematic Issues), CDL-AD (2020)023, Strasbourg, 8 October 2020, par. 44, Erişim Tarihi, 06.06.2021.

⁸ Genel oy "yurttaşların seçmen olabilme hakkını, servet, eğitim, cinsiyet ve ırk bakımlarından bir kısıtlamaya bağlı tutmayan" seçim ilkesidir; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. bası, Yetkin 2017, s. 91; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul 2015, s. 300.

⁹ Teziç, s. 305.

¹⁰ Akartürk, s. 53.

¹¹ Akartürk, s. 53; Eşref Barış Börekçi, "Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü" (2021) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23:1, < <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899918>>, s. 616.

¹² Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt 1*, 1. Baskı, Ekin 2011, s. 701.

¹³ Soysal, s. 105.

Birleşik Krallık'ta genel oy ilkesinin kazanılması adına belki de en büyük mücadelelerden biri olan Çartist Hareket 1837-1838 arasında başlamış ve bu hareket kapsamında genel oy ilkesinin benimsenmesi ve seçim sisteminin demokratik hale gelmesi amaçlanmıştır¹⁴. İşçi sınıfının Avam Kamarası'nda temsil edilmesi için burjuvazi kesim ile işbirliği yapan işçiler "Halkın Şartı" (People's Charter) metninde genel oy kapsamında bir seçim yapılmasını taleplerinin arasında ileri sürmüştür¹⁵. Bu taleplerden seçimlerin her yıl yeniden yapılması dışında her biri yavaş yavaş hayata geçirilmiş, 1867'de yapılan Reform Yasası'yla (1867 Reform Act) işçi sınıfına oy verme hakkı tanınmıştır. Seçme ve seçilme haklarını kazanmaları ise 1918 yılına kadar söz konusu olmamakla birlikte, işçi sınıfının burjuvazi kesim ile birlikte kırmak için direndiği kısıtlı oy zinciri bugün kırılmış ve yerini genel oy ilkesi almıştır¹⁶. Bugün, çağdaş ve demokratik toplumların çoğunlukla kabul ettiği ilke genel oy ilkesidir. Bu bakımdan Türkiye'de de Anayasa'nın 67. maddesinin 2. fıkrası seçimlerin genel oy ilkesiyle yapılacağını belirtmektedir. Genel oy ilkesi ayrıca 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da düzenlenmektedir¹⁷.

Seçim hukukunun demokratik sayılabilmesi ve hukuk devleti ilkesine uygun olabilmesi için oy hakkının anayasal ilkelere dayanıyor olması gerekir. Zira aksi hâlde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin başlangıç kısmında da bahsedilen anayasal mirasın¹⁸ tam anlamda sağlanabilmesi mümkün olmayacak, bu da demokratik toplum anlayışını zedeleyecektir¹⁹. Avrupa anayasal mirasının ortak ilkeleri, serbest oy kullanma hakkı, genel oy, eşit oy, serbest oy, gizli oy, doğrudan oy ve makul aralıklarla düzenli seçim yapılması ilkeleridir²⁰.

Oy hakkının demokratik ilkeleri ve oy hakkının kullanılma şartları birbirleri ile ilişkili kavramlardır. Buna göre oy hakkının kullanılması ve genel oy ilkesinin sınırlanmasında yaş, vatandaşlık, ikametgâh, sabıka ve cezai statü ile kısıtlılık gibi haklı sebeplerle sınırlandırma yapılabilecektir²¹.

Genel oy ilkesi açıklanırken yanlış anlaşılmaya müsait hususlardan biri oy hakkının sınırlanmasıdır. Genel oy ilkesinin kısıtlı olmama özelliği herkesin oy hakkına sahip olduğu anlamına gelmemektedir²². Seçme ve seçilme hakkının biri bireysel bir hakkı ifade ederken diğeri siyasal katılımı temsil eder. Dolayısıyla bu hakların sınırlanma amacı, haklardan toplumun sağlıklı bir şekilde yararlanmasını ve dolayısıyla kamusal faydanın ortaya çıkma-

¹⁴ Ateş Uslu, "Avrupa'da Erken Dönem Sosyalist Teori ve İşçi Hareketleri (1830-1840)", (2014) Akademik İncelemeler Dergisi 9:1, s. 6.

¹⁵ Uslu, s. 7; Akartürk, s. 2.

¹⁶ Akartürk, s. 2.

¹⁷ Teziç, s. 305; Bu kanun bundan sonra "298 sayılı kanun" olarak zikredilecektir.

¹⁸ Başlangıç bölümünde şu ibare yer alır: "Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi hükümetler, ... aynı inancı taşıyan ve siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin hükümetleri sıfatıyla... aşağıdaki konularda anlaşmışlardır".

¹⁹ Akartürk, s. 51; Venedik Komisyonu, "Electoral Law" CDL-EL(2013)006 s. 20.

²⁰ Venedik Komisyonu, "Code of Good Practice in Electoral Matters" Guidelines and Explanatory Report CDL-AD (2002) 023rev2-cor s. 5;38; Altınkök, s. 47.

²¹ Venedik Komisyonu, "Report on the Abolition of Restrictions on the Right to Vote in General Elections by Mrs. Mirjana Lazarova Trajkovska" CDL-AD(2005)011 s. 2.

²² Gözler, s. 701.

sını sağlamaktır²³. Ancak kamusal faydanın gözetilmesi ve toplumu yakından ilgilendirmesi bakımından sınırlamanın temel hak ve özgürlükleri gözetmesi ve keyfi olmaması gerekir²⁴.

Aslında sayılan sınırlamalar oy hakkının genelliğini etkilememekte, kamu yararını gözetmekte ve hakkın kullanılmasını etkili bir biçimde sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere hakkın sınırlanmasının oy hakkının genelliğine dokunmaması için ilkenin demokratik anlamının unutulmaması gerekir. Bu anlamı engelleyecek kısıtlar koyulması ve hakların ardındaki temel hak ve özgürlüklerin gözetilmemesi oy hakkının genelliğini zedeleyecektir²⁵.

Hukuki nitelik bakımından oy hakkının bir hak mı yoksa bir ödev mi olduğunun ortaya konması elzemdir. Oy hakkının bir ödev veya hak olup olmadığına cevap verebilmemiz için ise egemenlik anlayışı üzerinden düşünmemiz gerekir. Bu çerçevede, halk egemenliği anlayışı oy vermeyi bir hak olarak düzenlemekte iken millet egemenliği anlayışı ise oy vermeyi bir ödev olarak addetmektedir. Ancak bugün, bu iki anlayış arasındaki farklar önemini yitirmiş, oy vermenin hem hak hem de ödev niteliği olduğu kabul edilmiştir²⁶. Dolayısıyla artık halk egemenliğinin ulaştığı genel oy ilkesi nazarında oy hakkı, bir hak olarak anayasalarda yerini almaktadır²⁷. Yine de belirtmek gerekir ki oy verme siyasal hak kapsamındadır ve oy vermenin ödev niteliğinde olması, yani zorunlu olması, hakkı siyasal hak olmaktan çıkarmayacaktır. Önemli olan oy vermenin belli koşullarla ve yaptırımlarla sınırlandırılması durumunda, yapılacak düzenlemelerin hakkın özüne zarar vermeden yapılmasıdır²⁸.

Kısıtlılık veya mahkûmiyet oy hakkından yararlanmak için kişide bulunmaması gereken şartlardır. Bir diğer deyişle hakkın kullanılmasındaki olumsuz şartlardır²⁹. Bu konuyu kapsayacak bir husus da seçme ve seçilme hakkından mahrumiyetin hangi esaslara tâbi olacağıdır. Buna göre, bu mahrumiyetin kanunla öngörülmüş olması, maddi amaçları haiz olması, ölçülülük ilkesini gözetmesi, zihinsel kısıtlılığın veya ciddi bir suçtan mahkûmiyetin mutlaka bir yargı kararına dayandırılması gerekmektedir³⁰. Aşağıda inceleyeceğimiz durum mahkûmiyet bakımından oy hakkının kısıtlanmasıdır.

B. Mahkûmların Oy Hakkı Bağlamında Tarihsel Süreç

Mahkûmların oy haklarının kısıtlanması Antik Yunan ve Roma uygarlıklarına dayanmaktadır. Bu uygarlıklarda mahkûm olmak medeni bir ölüm olarak görülmekte ve dolayısıyla mahkûmlar oy hakkından yararlanamamaktaydılar³¹. Zira bir kişi toplumsal normları ihlal ediyorsa artık hukuk nazarında ölü sayılırdı. Bir başka deyişle, mahkûmiyet beraberinde birçok haktan yoksunluğa neden olmaktaydı³².

²³ Akartürk, s. 53; Tunçer Karamustafaoglu, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1970 s. 126.

²⁴ Akartürk, s. 53.

²⁵ Karamustafaoglu, s. 126.

²⁶ Akartürk, s. 40.

²⁷ Teziç, s. 310.

²⁸ Akartürk, s. 40.

²⁹ Gözler, s. 700.

³⁰ Akartürk, s. 54.

³¹ Akartürk, s. 98.

³² Fatma Karakaş Doğan, "AİHM'nin Söyler v. Türkiye Kararı ile Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında Mahkûmların Oy Hakkı" (2014) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 26:112 s.112.

Antik Yunan ve Roma uygarlıklarındaki bu anlayış, daha sonra kimi Avrupa ülkelerine de etki etmiştir. Örneğin, Birleşik Krallık'ta mahkûmiyet bir sivil ölüm olarak görülmekte ve bu sıfatı haiz olanların mülkiyet hakları ellerinden alınmakta ve krallığa devredilmekteydi. Mahkûmlar ayrıca mahkemede tanık olarak dinlenememekte, jüri olamamakta, miras haklarını kaybetmekteydi. Bunun nedeni ise bu kişilerin toplumla bir savaşa girmiş olduğunun kabul edilmesiydi³³. Bu anlayışa göre, mahkûmlar yaptıkları fiillerle toplum tarafından kabul edilme haklarından feragat etmekte ve bu feragat sonucunda haklarından mahrum kalmayı zaten öngörmelilerdi³⁴.

İngiliz ekolünden çıkma başka bir sav da mahkûmların sosyal sözleşmeyi çiğneme-leridir. Buna göre mahkûmlar, suç işleyerek toplum ile yaptıkları görünmez sosyal sözleşmeye uymamış, bu haklardan feragat etmeyi zımnen kabul etmişlerdir³⁵. Hapis cezası gibi kişi hürriyetini en fazla sınırlandıran bir yaptırıma ek olarak kişinin oy hakkının kullanımından mahrum edilmesi, her failin suç işlerken bilincinde olduğu bir durum değildir; fakat çoğu fail suç işlerken hapis cezasını kendi iç dünyasında gözetmiştir. Bazıları için önemi olmayan, bazıları içinse bilinci dâhilinde bile olmayan bu mahrumiyetin herkese karşı hükmediliyor olmasının dolayısıyla hiçbir mantıksal nedeni yoktur³⁶.

Birleşik Krallık'ta hâlâ devam eden bu anlayış, zamanla İngiliz etkisinde kalan Amerika Birleşik Devleti'nde de kendine yer bulmaya başlamıştır. Bugün Birleşik Krallık ve ABD'nin hâlâ diğer ülkelere göre daha katı tedbirler almasının nedeni bu şekilde açıklanabilir³⁷. Demokratikleşme süreciyle beraber bir süre sonra İngiltere bu anlayışı terk etmeye başlamıştır; ancak ileride bahsi geçeceği üzere ABD bakımından hâlâ bazı eyaletlerde ömür boyu oy hakkının kullanımından mahrum olma gibi sert uygulamaların mevcut olduğu görülmektedir³⁸. Günümüzde ise, artık oy hakkı bir ayrıcalık değildir ve olabildiğince kişi tarafından kullanılmasının sağlanması devletlerin bir yükümlülüğüdür. Genel oy ilkesi artık, oy hakkını güvence altına alan temel bir ilkedir³⁹.

Genel oy ilkesi bakımından Fransız Devrimi'nin tarihsel açıdan önemi büyük olsa da Fransa'da genel oy hakkının gelişimi uzun bir süreye yayılmış, 1791'de başlayan süreç 1944'te kadınlara da seçme ve seçilme hakkının tanımlanmasıyla bugünkü halini almıştır⁴⁰. İlk olarak Fransız Devriminden sonra 1791 Anayasası ile kabul edilen vergiye bağlı oy hakkı, sadece 25 yaş üstü vergi mükellefi erkeklerle tanınacak, bu kişiler aktif vatandaş olarak görülecek ve diğerleri pasif vatandaş sayılacaktır⁴¹.

³³ Kasım Karagöz, "Mahkumların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Bir Yaklaşım" (2007) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9:1, s.167.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid. s. 170.

³⁶ Steve Foster, "Reluctantly Restoring Rights: Responding to the Prisoner's Right to Vote" (2009) Human Rights Law Review 9:3 s. 491; Steve Foster, "Prisoners' Rights, Freedom of Expression and the Human Rights Act 1998" (2002) Journal of Civil Liberties 7:2 s. 70; Akartürk, s. 2.

³⁷ Neely Baugh-Dash, "Criminal Disenfranchisement: Deconstructing its Justifications and Crafting State-Centered Solutions" (2019) 7:1 Belmont Law Review s. 132.

³⁸ Karagöz, s. 168.

³⁹ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113, par. 51.

⁴⁰ Vie Publique, "Les étapes de la conquête du droit de vote", <https://www.vie-publique.fr/fiches/23911-les-etapes-de-la-conquete-du-droit-de-vote>, Erişim Tarihi: 15.04.2021.

⁴¹ Ibid.

1793 Anayasa'sında genel oy ilkesine geri dönüş olmakla birlikte, 1795 Anayasası'nda vergiye bağlı oy hakkı tekrar gündeme gelmiştir⁴². 1799 Anayasası ile ise ilk defa erkeklere özel bir genel oy hakkının temini ortaya konmakta, ancak yine de bu hakkın sınırlamaları bulunmaktadır. Buna göre, 21 yaş üstü olan ve yerleşim yerlerinde en az bir senedir ikamet eden erkeklerin 1/10'ü Napolyon'a bağlı olan Senato yasama meclisi tarafından güven listelerine konacak, bu listeye girenlerin 1/10'ü bölgesel güven listelerine alınacak ve ancak bu listenin de 1/10'ü ulusal güven listelerinde yer alacaktır⁴³. Bunun sonucunda ulusal güven listesinden yine Napolyon'a bağlı olan Senato tarafından seçilenler yasama organını oluşturacaktır⁴⁴.

Restorasyon Dönemi'ne geldiğimizde ise (1815-1830) genel oy ilkesinden vazgeçilip tekrar vergiye bağlı oy hakkının vatandaşlara temin edildiğini görmekteyiz. Vergiye bağlı oy hakkının şartları 1830'da Louis Phillipe'in liderliğindeki monarşi döneminde hafiflemiş, ancak 2. Cumhuriyet Dönemi'ne kadar genel oy ilkesinin kabulü sağlanamamıştır. Başta da söylediğimiz gibi Fransa tam anlamıyla genel oy ilkesine 1944'te kadınlara seçme ve seçilme hakkının tanınmasıyla sahip olabilmıştır⁴⁵.

Osmanlı Dönemi'ne baktığımızda 1876 Kanun-i Esasi oy hakkını devlete yılda en az 50 kuruş vergi ödeyen ve 18 yaşından büyük olan erkeklere vermektedir. Bu bakımdan cinsiyete ve vergiye bağlı sınırlı oy esaslı geçerliydi⁴⁶. Bu da parlamentonun Osmanlı Devleti'nin varlıklı kesimi tarafından yönetildiğini göstermekteydi⁴⁷. 1. Meşrutiyet Dönemi'nde düzenlenmekle beraber yasalasmayan İntihab-ı Mebusan Kanun-ı Muvakkati (Milletvekili Seçimi Geçici Kanunu) 2. Meşrutiyet Döneminde, 20 Temmuz 1908'de yürürlüğe konmuş ve bu kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte seçmen yaşı 25'e çıkarılmıştır. Yaş kistısıyla beraber erkek olma şartı baki kalırken, ayrıca seçmen olabilmek için devlete "az çok vergi verme" kistası getirilmiştir⁴⁸.

Cumhuriyet Dönemi'ne geldiğinde ise, 1908'de kabul edilen Kanun'da değişiklik yapan 320 Sayılı Kanun ile beraber vergi ödeme koşulu ortadan kaldırılarak genel oy ilkesine yaklaşmaya bir adım daha atılmıştır⁴⁹. Son olarak 5 Aralık 1934'te yapılan 1924 Anayasası değişikliğiyle kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınmış, böylece tek partili dönemde genel oy ilkesi kabul edilmiştir⁵⁰. 1961 Anayasası⁵¹ döneminde ise 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 304 sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu ve 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu çıkartılmış ve genel oy esaslı

⁴² Emre Ekinci, "Devrimden Günümüze Fransız Siyasal Sisteminin Evrimi" (2016) Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 6:1, s. 160.

⁴³ Vie Publique; Ekinci, s. 161.

⁴⁴ Vie Publique.

⁴⁵ Alexandre Sumpf, "Le suffrage universel", <http://histoire-image.org/fr/etudes/suffrage-universel>, Erişim Tarihi: 15.04.2021.

⁴⁶ Akartürk, s. 102.

⁴⁷ Ibid. s. 103.

⁴⁸ Ibid. s. 105.

⁴⁹ Ibid. s. 109; Süleyman Yelekin, *Ceza Mahkûmiyetinin Seçme ve Seçilme Hakkına Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 66.

⁵⁰ Ibid. s. 110.

⁵¹ 1961 Anayasası madde 55/2: "Seçimler, serbest, eşit, gizli, tek dereceli genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yapılır".

düzenleme altına girmiştir⁵². Son olarak ileride bahsedileceği üzere 1982 Anayasası'nın 67. maddesinin 2. fıkrasında da genel oy ilkesi zikredilmiştir⁵³.

C. Mahkûmların Oy Hakkı Bağlamında Karşılaştırmalı Hukuk Örnekleri

Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelere bakıldığında ülkelerin birbirinden farklı uygulamalar benimsediği görülmektedir. Bazı ülkelerde mahkûmların oy hakkı sınırlandırılmış olup, bazı ülkelerde ise herhangi bir düzenleme bulunmamakta veya düzenleme bulunmakta ve fakat bu kişilerin oy hakları sınırlandırılmamaktadır⁵⁴. Buna göre Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerin ulusal mevzuatlara bakıldığında üye devletlerin 18 tanesinde mahkûmların oy kullanma hakları sınırlandırılmamakta, 9 ülkede mahkûmlar infazları sırasında oy haklarından yoksun bırakılmakta ve geri kalan ülkelerde ise kişiler bazı şartlara bağlı olarak oy hakkından mahrum sayılmaktadırlar⁵⁵.

İleride bahsedilecek olan “bir yargı kararına dayanılmış olması” şartı bakımından da üye devletlerin farklı düzenlemeler içerisinde oldukları gözlemlenmektedir. Buna göre, bu üye devletler mahkûmiyet süresince oy hakkından yoksun olmamayı düzenleyenler, mahkûmiyette oy hakkının kullanılmasını ek bir ceza tayin edenler ve mahkûmiyetin otomatik olarak oy hakkından yoksunluğa yol açtığı ülkeler şeklinde üç alt başlıkla kategorize edilebileceklerdir⁵⁶.

Örneğin, Almanya'da mahkûmlara kural olarak oy hakkı tanınmıştır. Ancak, bir kısım ağır suçlarda altı ay veya daha fazla hapis cezası alındıysa ayrıca bir hâkim kararıyla oy hakkının kullanımından bir mahrumiyet söz konusu olabilecektir⁵⁷. Türkiye'den farklı olarak, yasağın kişilerin infazı tamamlayıp serbest kalmasından sonra başlıyor olması, kişinin infazdan sonra topluma kazandırılması bakımından bazı sakıncalar doğurabilir. Zira tam da bu nedenle, Türkiye'de infazı tamamlanmayan ancak hükümlü de olmayan kişilerin oy hakkının kullanımı korunmaktadır. Yine de Alman düzenlemesinin bu hususta devletin bütünlüğüne karşı suçlar veya demokratik düzene karşı suçlar gibi suç tipi sınırlaması yapması ve kapsamı bu anlamda daraltıyor olması bakımından makul yönlerinin olduğunu ayrıca belirtmek gerekir⁵⁸.

Oy hakkının mahkûmiyet bakımından kısıtlanmasında bazı ülkeler bu sınırlamayı hafif- ağır ceza ayrımına göre sınırlarken, bazıları ise belli suç tiplerini dâhil ederek tedbir almaktadır. Örneğin Malta'da ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlar bakımından bir sınırlama söz konusuysen, Fransa'da ağır adi suç olarak nitelendirilebilen suçlardan⁵⁹ mahkûm olan bireyler mahkeme kararıyla kalıcı veya geçici olarak oy hakkından yoksun

⁵² Akartürk, s. 112.

⁵³ Ibid. s. 135.

⁵⁴ Ibid. s. 99.

⁵⁵ Shai Dothan, “Comparative Views on the Right to Vote in International Law: The Case of Prisoners' Disenfranchisement” in, *Comparative International Law* (Oxford University Press 2018), s. 383,384.

⁵⁶ Akartürk, s. 99.

⁵⁷ Karagöz, s. 286.

⁵⁸ Dothan, s. 383.

⁵⁹ Bu suçlardan bazıları şunlardır: Vatana ihanet suçu, insan öldürme suçu, devlete karşı suçlar, sahtekarlık suçu, rüşvet suçu vb.

birakılacaktır⁶⁰. Ancak mahkûmun rehabilitasyonun sağlandığı yönünde bir mahkeme kararı söz konusu olursa bu kişilerin oy hakkı iade edilecektir⁶¹.

Yukarıda da üzerinde durulduğu gibi önceleri Birleşik Krallık'ta mahkûmiyet bir sivil ölüm olarak görülmekte iken, bugün mahkûmiyet konusunda daha çağdaş bir yaklaşım benimsenmiştir. Üçüncü kategori içinde sınıflandırılabilir olan Birleşik Krallık, sivil ölüm kavramını her ne kadar tarih sayfalarında bırakmış olsa da⁶², bugünkü düzenlemelerinde hâlâ mahkûmlara karşı katı bir tutum içinde olup mahkûmların infaz süresinde oy haklarının kullanılmasını çoğu durumda kısıtlamıştır ve bu yoksunluk otomatik olarak devreye girmektedir⁶³. *Hirst* davasıyla beraber alınan ihlal kararından sonra Birleşik Krallık'ın gerekli düzenlemeleri yapması yaklaşık 10 yıl boyunca rölatiye alınmıştır⁶⁴. Kararda yürürlükte olan 1983 Representation of the People Act (Halkın Temsili Kanunu)'in 3. bölümüne göre hapis cezası alan herkesin seçmen kütüğüne kaydolması yasaklanmaktadır⁶⁵. Bu bakımdan Mahkeme, tamamen yasaklamanın ayırım yapmayan, gelişigüzel ve ölçüsüz olduğunu belirtmiştir⁶⁶. Karara yansıyan kanun hükmünün değişmesi için çağrı yapan Avrupa Konseyi'ne karşı bu durum Birleşik Krallık'ta siyasi tartışmalara yol açmış, siyasiler Mahkeme'nin meclisin iç işleyişine ve otoritesine müdahalede bulunduğunu, bu bakımdan Mahkeme'nin çok ileri gittiğini ileri sürmüşlerdir⁶⁷. İleriki yıllarda başbakan olan Theresa May, *Hirst* kararında yapılan tartışmalardan ötürü Birleşik Krallık'ın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nden çıkmasını bile önermiştir⁶⁸.

2005'ten sonra düzenlemenin değiştirilmesi için yapılan çalışmalar sonuç vermemiş, 2010'da başbakan olan David Cameron ise 2012 yılında burada bulunduğu sürece mahkûmlara oy hakkı tanınmayacağını söylemiştir⁶⁹. Ancak, David Cameron'un bu çıkışından bir ay sonra Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill (Seçme Hakkı Kanun Tasarısı) sunulmuştur. Bu tasarıya göre Birleşik Krallık üç seçenek belirlemiştir: Ya 4 yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkûm olanlar oy hakkından mahrum bırakılacaktır, ya 6 ay veya daha fazla hapis cezasına mahkûm olanlar oy hakkından mahrum bırakılacaktır, ya da Representation of the People Act bâki kalacak ve ek bir düzenleme söz konusu olmayacaktır⁷⁰. Ancak bu kanun tasarısı bir türlü hayata geçirilmemiş ve 2015 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi iki kez bu tasarının hâlâ yürürlüğe girmediğini ve bu geç kalım konusunda endişeli olduğunu belirten karar ve bildirimler çıkarmışlardır⁷¹.

⁶⁰ Karagöz, s. 187; Akartürk, s. 98.

⁶¹ Akartürk, s. 98.

⁶² Karamustafaoglu, s. 192.

⁶³ Akartürk, s. 99.

⁶⁴ Neil Johnston, "Prisoners' Voting Rights: Developments since May 2015", House of Commons Briefing Paper (No. 07461, 2020) < <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-7461/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021, s. 3.

⁶⁵ Johnston, s. 3.

⁶⁶ *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01, p. 82.

⁶⁷ Johnston, s. 3.

⁶⁸ Owen Bowcott, "Council of Europe accepts UK Compromise on Prisoner Voting Rights" (Guardian, 7 Aralık 2017) < <https://www.theguardian.com/politics/2017/dec/07/council-of-europe-accepts-uk-compromise-on-prisoner-voting-rights>> Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021.

⁶⁹ Ed Bates, 'A Chronology on the Prisoner Voting Saga (2004-2015)' (PluriCourts Blog, 30 Ocak 2015) <<https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/blog/guests/2015-10-30-bates-prisoner-voting-rights.html>> Erişim Tarihi 24 Mayıs 2021.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Johnston, s. 15, 23.

2017 seçimlerinden sonra tekrar ele alınan *Hirst* dosyası aşağıda belirtilen düzenlemelerin Birleşik Krallık tarafından kapsanmasıyla beraber Bakanlar Komitesi tarafından Eylül 2018’de kapatılmıştır⁷². Buna göre tutuklular, mahkemeye saygısızlıktan dolayı hapis cezası alanlar, geçici süreyle salınanlar⁷³, hapis cezası ev hapsine çevrilenlerin oy hakkı temin edilecektir. Ayrıca, hüküm açıklanırken mahkûmlara oy haklarından mahrum kalacakları açıklanacaktır⁷⁴. Bugünkü düzenleme Bakanlar Komitesi’nin raporuna uygun olmakla beraber, yapılan bu düzenlemelerin 2005 standartlarıyla uyumlu olsa da yeterli olmadığı, dolayısıyla ileriki zamanlarda Birleşik Krallık’ın bu hususta yine ihlal kararları almasının mümkün olduğu belirtilmiştir⁷⁵.

Avrupa Konseyi’ne üye olmamakla birlikte katı tutumuyla dikkat çeken bir diğer ülke de ABD’dir. Bu bakımdan makale kapsamında incelenmesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne taraf devletlerle karşılaştırma yapmak adına yararlı olacaktır. ABD’de genel oy hakkı ABD Anayasasının 14. Değişikliği’nin 2. bölümünde düzenlenmiştir⁷⁶. Irk ayrımını kaldıran 15. değişiklik, kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanıyan 19. Değişiklik ve oy verme yaşının 18’e düşürüldüğü 26. Değişiklik’in 1. bölümüyle beraber okunduğunda, ABD Anayasasına göre bir eyalette ikamet eden on sekiz veya daha büyük yaştaki tüm ABD vatandaşları ayaklanmaya katılma veya başka bir suç işlemedikçe oy hakları korunmaktadır⁷⁷. Bununla beraber oy hakkının kullanımının sınırlanmasının takdiri eyaletlere bırakılmıştır⁷⁸.

Takdirin eyaletlere bırakılması her eyalet için farklı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur⁷⁹. 2021 verilerine göre ABD’nin 47 eyaletinde oy hakkının infaz esnasında kullanımı hiçbir surette söz konusu olmamaktadır. Anılan 47 eyaletten 11’inde ise kişiler infaz sona erse bile oy kullanma hakkına sahip değildir⁸⁰. Mahkûmların oy hakkının kullanımının kısıtlanmadığı yegâne eyaletler Maine, Vermont ve geçici olarak D.C.’dir⁸¹.

⁷² Johnston, s. 25-26.

⁷³ Geçici Süreyle Salınma (Release on Temporary Licence): Kişinin infazının sona ermesinden 6 ay önce başlayan, kişinin işe gitmesi, aile ile bağların korunması, sağlık hizmeti gibi nedenlerle salıverilmenin tipine göre gün içerisinde veya yatılı olarak salındığı bir infaz türüdür; Guidance on Release on Temporary Licence (UK Government, 2019) <https://www.gov.uk/guidance/release-on-temporary-licence> Erişim Tarihi: 26 Mayıs 2021.

⁷⁴ Secretariat General of the Committee of Ministers (2017) Communication from the United Kingdom concerning the case of *Hirst* (No. 2) v. the United Kingdom, 02/11/2017 DH-DD(2017)1229, Action Plan 1302nd meeting (December 2017) (DH) par. 17.

⁷⁵ Johnston, s. 26.

⁷⁶ Mahkûmlara oy hakkının tanınması hususunda Anayasanın 8. değişikliği de ileri sürülmektedir.

⁷⁷ ABD Anayasası, 'All Amendments to the United States Constitution' (*University of Minnesota Human Rights Library*) <http://hrlibrary.umn.edu/education/all_amendments_usconst.htm> Erişim Tarihi: 25 Mayıs 2021.

⁷⁸ Karagöz, s. 182.

⁷⁹ Christopher Uggen, Ryan Larson, Sarah Shannon ve Arleth Pulido-Nava, “Disenfranchisement in 2020”, *The Sentencing Project* (2020).

⁸⁰ Karagöz, s. 182; Criminal Disenfranchisement Laws Across the United States, Brennan Center for Justice 2019 (2021 güncellemesiyle), <<https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/criminal-disenfranchisement-laws-across-united-states>> Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021.

⁸¹ Washington D.C.’de geçici bir kanunla kimsenin mahkûmiyet sebebiyle oy hakkından mahrum kalmayacağını düzenlemesiyle birlikte, Kent Konsey, kalıcı kanun hazırlamak istediklerini belirtmiş, ancak henüz böyle bir düzenleme yapılmamıştır; Karagöz, s. 184; Criminal Disenfranchisement Laws Across the United States, Brennan Center for Justice 2019 (2021 güncellemesiyle),

Bu hususta ABD Yüksek Mahkemesi *Richardson v. Ramirez*⁸² kararında mahkûmların topyekûn oy hakkından mahrum bırakmalarını yukarıda anılan Anayasanın 14. Değişikliği'nin 2. bölümü kapsamında Anayasa'ya uygun bulması doktrinde eleştirilmiş, bu maddenin İç Savaş'ta Konfederasyon üyeleri için getirilme amacı olduğu, dolayısıyla mahkûmlara uygulanmasının maddenin amaç dışı kullanılması anlamına geldiği belirtilmiştir.⁸³ Bu kararla birlikte federal düzenlemeye bir nevi kapatılan mahkûmların oy hakkı meselesi Vermont Senatörü Bernie Sanders tarafından da eleştirilmiş, başkanlık adaylığı sürecinde oy hakkının kullanılmasının kısıtlanamayacağını altını çizerek, 18 yaş üstü tüm Amerikalılara bu hakkın kullanımının tanınması gerektiğini belirtmiştir.⁸⁴

2020 verilerine göre ABD'de oy hakkından mahrum kalan 5.177.780 kişi bulunmaktadır.⁸⁵ Bu kişilerin %43'ü infazı tamamlanmış kişilerdir.⁸⁶ Bu, çok ciddi bir veridir. Bu yönüyle, Avrupa'nın insan hakları bakış açısından her anlamda uzak olan ABD'deki bazı eyaletlerde mahkûmlara oy hakkının tanınmaması, toplumun ve kamunun bu bireylerden "vazgeçtiğini" göstermektedir. Oysa oy hakkı temel bir haktır ve kamu topyekûn bu hakkın kullanımını ortadan kaldıramamalıdır. ABD'nin uygulamasının bireyin infazdan sonra toplumdaki dışlanmaya devam etmesi, ceza infaz kurumlarının bireyleri ıslah etme ve topluma kazandırma hususunda herhangi bir amaç gütmeyeceğini ortaya koymaktadır.

Bugün, Türkiye'de oy hakkı Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenen seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları kapsamında düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre taksirli suçlar haricinde mahkûm olan hükümlüler oy kullanamayacak, tutuklular ise kullanabilecektir. Buna ek olarak 298 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre ceza infaz kurumlarında bulunanlar oy kullanamayacaklardır. Aynı kanunun 8. maddesinin 2. fıkrasına göre kamu hizmetlerinden yasaklı olanların seçmen olamayacağı düzenlenmiştir. Bireyin hangi hallerde kamu hizmetlerinden yasaklı olacağı ise seçim kanununda değil TCK⁸⁷'de belirlenmiş bir husustur.⁸⁸

TCK m. 53'e göre kişi kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı mahkûm edilmişse seçme ve seçilme ehliyetinden yoksun bırakılacak ve infaz tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanması mümkün olmayacaktır. Bu çerçevede TCK kapsamında kasten suç işlemiş olan kişilerin oy haklarını kullanımından mahrum olmaları söz konusudur. Bu hükümle ilgili ayrıntılı değerlendirme ve ilgili Anayasa Mahkemesi kararı kanunilik başlığı altında yapılmaktadır.

<<https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/criminal-disenfranchisement-laws-across-united-states>> Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021.

⁸² US Supreme Court, *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974).

⁸³ Baugh-Dash, s. 137; Dothan, s. 388.

⁸⁴ German Lopez, "The Democratic Debate Over Letting People in Prison Vote, Explained", Vox 2019, < <https://www.vox.com/policy-and-politics/2019/5/13/18535423/prisoner-felon-voting-rights-bernie-sanders-2020>> Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021; Bu konuda Demokrat Parti'den de kendine fazla destekçi bulamayan Sanders, bu hususun çözümünün kongrenin federal düzeydeki düzenlemeleri aşım aşamaya geçmesini tartışılması suretiyle çözümlenebileceğini dile getirmişti.

⁸⁵ Uggen, Larson, Shannon ve Pulido-Nava.

⁸⁶ Uggen, Larson, Shannon ve Pulido-Nava.

⁸⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.

⁸⁸ Teziç, s. 307.

II. MAHKÛMLARIN OY HAKKININ SINIRLANDIRILMASINDAKİ TEMEL ESASLAR

Oy hakkı ve bu hakkın mahkûmiyet bakımından sınırlanması birçok ülkede farklı düzenlemelere tâbidir. Peki, temel hak ve özgürlükler kategorisinde sayılan oy hakkının kullanımının sınırlanması için hangi esaslar söz konusu olacaktır?

Siyasal bir hak olan oy hakkı, daha önce de belirtildiği üzere çağdaş hukukta bir hak olarak nitelendirilir. 18. yüzyıldan itibaren etkisini gösteren birinci kuşak hakların içinde sayılan siyasi haklar sayesinde bireyler, içinde yaşadığı toplumun siyasi yapılanmasına ortak olmaya hak kazanır, ancak buna mecbur kalmazlar⁸⁹. Bu, halkın egemenliğinin söz konusu olduğu demokratik toplumlarda olmazsa olmaz gerekliliklerdendir⁹⁰.

Her ne kadar demokratik toplumlarda vatandaş siyasi haklarından alıkonamasa da siyasi haklar nitelik yönünden mutlak değildir. Demokratik toplumun kendini en iyi şekilde gösterebilmesi ve halkın sağlıklı bir şekilde bu hakkını sürdürebilmesi açısından bir siyasi hak olan oy hakkının da sınırlanması mümkün olabilecektir⁹¹. Ancak, her demokraside olduğu gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının da bir sınırı bulunmalıdır. Peki, bu sınırlamaların sınırları nelerdir?

Yukarıda da belirtildiği üzere oy hakkının kullanılmasının olumsuz şartları, kişinin kısıtlı olmaması ve mahkûm olmamasıdır. Mahkûmiyet sebebiyle oy hakkının kısıtlanmasından bahsetmeden önce belki de diğer bir olumsuz şart olan kısıtlılık nedeniyle oy hakkının sınırlanması üzerinde durulması, benzerlik ve farklılıklarının ortaya konması önemli olacaktır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 405-411. maddeleri arasında düzenlenen kısıtlılık, kişinin bazı konularda kendini idare edecek akıl ve yeterliliğe sahip olmaması durumlarında kişiyi medeni ve siyasi haklarından yoksun bırakan bir kurumdur⁹². Kişinin bu hakları kullanma yeterliliği hâkim kararıyla kısıtlanırsa kişi vesayet altına alınacak, dolayısıyla kişi bir siyasi hak olan oy hakkından da mahrum kalacaktır. Zira oy hakkı, kamu yararını doğrudan ilgilendiren ve demokratik sistemin olmazsa olmaz araçlarından biri olduğu için bu hakkın, hakkı özümseyemeyen bir kişiye tanınması mümkün olmayacaktır; buna ek olarak kişilerin ayrıca manipüle edilmesinin kolaylığı da kişinin haktan mahrum kalmasının başkaca bir sebebidir⁹³.

Mahkeme nazarında kısıtlılık nedeniyle oy hakkının sınırlandırılması bahsi ilk defa *Alajos Kiss v. Macaristan* davasıyla görülmüştür⁹⁴. Bu karara göre, manik depresyonu olan ve kısmi vesayet altına alınan başvuranın seçmen listesinden kaydı Macaristan Anayasası'nın ilgili hükmüne göre silinmiştir⁹⁵. Mahkeme, kişinin yeterliliğine bakılmaksızın tüm kısıtlıların oy hakkından mahrum kalacağına ilişkin Anayasa hükmünün, tarihsel süreçte ayrımcılığa uğramış ve hor görülmüş kısıtlıların bu durumunu dikkate alınmayıp genel, otomatik ve gelişigüzel bir hüküm ortaya koyduğunu söylemiştir. Buna ek olarak her ne kadar oy hakkının kısıtlanmasında verdikleri kararların sonuçlarını değerlendirebilecek kişilerin oy hakkından mahrum bırakılmasının meşru amaç olarak kabul edilebileceği söy-

⁸⁹ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, 7. Baskı, İmge 2013, s. 41.

⁹⁰ Şirin, s. 286.

⁹¹ Akartürk, s. 87.

⁹² Akartürk, s. 96.

⁹³ Akartürk, s. 96; *Alajos Kiss v. Hungary*, (II. Section, 20.05.2010) App no. 38832/06, par. 38.

⁹⁴ Akartürk, s. 97.

⁹⁵ *Alajos Kiss v. Hungary*, (II. Section, 20.05.2010) App no. 38832/06, par. 7.8.

lenebilirse de bu haliyle düzenlemenin orantısız kaldığını, dolayısıyla Ek Protokol 1'in 3. maddesine aykırılık oluşturacağını belirtmiştir⁹⁶.

İleride bahsedilecek olmak ile beraber, Mahkeme, mahkûmların oy hakkının sınırlandırılması noktasında da genel, otomatik ve gelişigüzel yapılan sınırlandırmalar konusunda ihlal kararları vermektedir⁹⁷. Bununla beraber Mahkeme, ayrımcılığa uğramış grupların temel haklarının sınırlandırılması hususunda Devletlerin takdir marjlarının mahkûmlar için söylenenin aksine dar olduğunu eklemiştir⁹⁸. Mahkûmiyet bağlamında kısıtlamalarda ise taraf devletlere verilen takdir marjı geniştir⁹⁹. Bu farklılığın sebebi de aslında bu iki grubun haklarının sınırlandırılmasındaki maksattır. İki grubun da oy hakkının sınırlandırılmasındaki sebep kamu yararı olmakla beraber, mahkûmların oy hakkının kısıtlanmasının nedeni TCK m. 53'ün gerekçesinde de belirtildiği gibi mahkûma karşı toplumun güveninin sarsılması dolayısıyla bazı haklarından mahrum bırakılmasının gerekliliği olabilir. Ancak bu durum kısıtlılarda söz konusu değildir; zira kısıtlılar toplumun güvenini sarsmaktan ziyade, iradesinin olmaması ve savunmasız olmaları nedeniyle oy hakkından mahrum bırakılırlar. Bunun haricinde, Anayasa m. 67/4'te belirtildiği üzere, silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrencilerin oy kullanamaması, bu kişilerin emir-komuta zinciri içinde bulunmasından dolayı serbest siyasi faaliyette bulunma imkânlarının olmamasından kaynaklanır¹⁰⁰. Aynı gerekçe mahkûmlar için belki düşünülebilir. Yani, mahkûmun oy hakkının kısıtlanmasının bir diğer sebebi de infaz kurumunda bulunması nedeniyle iradesinin özgür bir şekilde oluşmaması olabilir. Dolayısıyla, bir anlamda kısıtlılar için oy hakkından mahrumiyet sebebi çok netken, mahkûmlar için gerekçelendirme bu kadar net bir şekilde yapılmamaktadır.

Oy hakkının kullanılmasının sınırlandırılması hususunda Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa Konseyi, gerek Sözleşme gerek yargı organı olan Mahkeme kararları, gerek ise danışma organı olan Venedik Komisyonu aracılığıyla üye devletlere temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını gösteren bir yol haritası çizmektedir. Düzenlediği her temel hak ve özgürlük bakımından sınırları belirleyen Sözleşme, oy hakkının düzenlendiği Ek Protokol 1 madde 3'te ise haritayı bize alışlagelmiş yoldan farklı bir yöntemle sunmuştur.

Aslında Sözleşme kapsamında ek protokoller, Sözleşme'deki hakların genişletilmesi veya Sözleşme'nin zamanla beraber denetiminde görülen zayıflıkların giderilmesi amacıyla konan ek tedbirlerden ibarettir¹⁰¹. Ancak Ek Protokol 1, 20.03.1952 tarihinde imzaya açılmış, 18.05.1954 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Bu çerçevede 1954 yılında yürürlüğe giren bu protokolün amacının yukarıdaki amaç olmadığını görmekteyiz. Zira bu maddelerin sözleşme maddesi olarak değil de ek bir protokol içinde düzenlenmesinin sebebi siyasi olgulardan ileri gelmektedir. Sözleşme kabul edildiğinde bazı ülkelerin bu maddelere çekince koyacağı öngörüldüğünden, olabildiğince fazla maddenin tüm üye devletler tarafından kabul edilmiş olması amaçlanmış ve bu sebeple 3. maddede düzenlenen haklar bir ek protokol ile düzenlenmiştir. Nitekim, bu sözleşme kabul edildiğinde Yunanistan, İsviçre, Porte-

⁹⁶ *Alajos Kiss v. Hungary*, (II. Section, 20.05.2010) App no. 38832/06, par. 42-44.

⁹⁷ Bkz. *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01, *Söyler v. Türkiye*, 17.09.2013, App. no: 29411/07 vb.

⁹⁸ *Alajos Kiss v. Hungary*, (II. Section, 20.05.2010) App no. 38832/06, par. 42.

⁹⁹ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113, par. 52.

¹⁰⁰ Olgun Akbulut, "Serbest Seçim Hakkı" in Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 3. Baskı, Beta 2013, s. 546.

¹⁰¹ Olgun Akbulut, "AİHS ve MSHS'nin Seçim Hükümlerinin Karşılaştırmalı İncelemesi" *Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu*, MEF Üniversitesi, İstanbul, 1-2 Mart 2018, Onikilevha, s. 89.

kiz, Lihtenştayn gibi ülkelerin henüz kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanımamış olduğunu ayrıca belirtmek gerekir¹⁰².

10.03.1954 tarihinde çıkarılan 6366 sayılı Kanun ile iç hukukumuza dâhil olan ve 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe giren Ek Protokol 1'in 3. maddesine göre "Yüksek Sözleşme Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler". Serbest seçim hakkının düzenlendiği bu metne kaba suretle baktığımızda oy hakkının tanınıp tanınmadığını, genel ve eşit oy ilkelerinin düzenlenip düzenlenmediğini, sınırlama rejiminin ne olduğunu anlamakta zorlanmamız normaldir. Çünkü düzenlemenin şekli sıklıkla gördüğümüz Sözleşme'nin 8-11. maddelerinden oldukça farklıdır.

Ek Protokol 1'in 3. Madde metnine bakıldığında, alışlagelmiş "herkes... hakkına sahiptir", "hiç kimse... tâbi tutulamaz" kalıplarının kullanılmadığını, bunun yerine "Yüksek Sözleşme taraflar... yapmayı taahhüt eder" kalıbının kullanıldığı görülmektedir¹⁰³. Gerçekten de maddenin yürürlüğe girmesinden sonra Sözleşme organları, maddede bireylere bir hakkın tanınması yerine, yasama organının seçilmesinde serbest seçim yapılmasına yönelik üye devletlere verilen bir sorumluluğun konu edildiğini ifade etmiş, maddeyi oldukça dar yorumlamışlardır¹⁰⁴.

70'li yıllarda ise bu görüşten vazgeçilmiş ve maddenin bireylerin serbest seçim hakkına yönelik yapılacak bir müdahalenin ifade özgürlüğüne müdahale edildiği anlamına geleceğini kabul edilmiştir¹⁰⁵. Böylelikle maddenin bireysel hakları kapsayacağı kabul edilmiş, ancak zedelenecak hakkın ifade özgürlüğü olduğu beyan edilmiştir¹⁰⁶. 1975 yılında verilen *W, X, Y, Z v. Belçika* kararında ise hakkın bireysel bir hak niteliğinde olduğu tamamen kabul edilmiş, hakkı ifade özgürlüğünün altında kabul eden anlayış değişmiştir¹⁰⁷. *Hirst* kararında da bu maddenin bir hak içeriği olduğunun kabul edilmesi gerektiği, zira aksi halde Mahkeme'nin bu hususta bireysel başvuruları kabul etmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir¹⁰⁸. Yazar da maddeden bireysel bir hakkın anlaşılması gerektiği görüşüne katılmaktadır. Zira hem sözleşmenin hazırlık çalışmaları esnasında düzenlemenin hak niteliğinde olduğunun belirtilmiş olması, hem Mahkeme'nin ihlal değerlendirmesi ve hakka dair sınırlamaları inceliyor olması, hem de genel anlamda Sözleşme'nin bireyi esas alan temel hakları düzenleme amacı gütmesi maddedeki ifadenin bir hak olduğunu ortaya koymaktadır¹⁰⁹.

Son olarak *Mathieu-Mohin and Clerfayt* ¹¹⁰ kararıyla beraber Mahkeme, maddenin sadece devletlerin yükümlülüğünü içerdiği yönündeki sınırlayıcı bir yorumun kabul edilme-

¹⁰² Akartürk, s. 44; Şirin, s. 290;

¹⁰³ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113 par. 48; Şirin, s. 291.

¹⁰⁴ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113 par. 48; Şirin, s. 292.

¹⁰⁵ Şirin, s. 292.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*; Ömür Aydın, "Serbest Seçim Hakkı ve Kişinin Siyasal Etkinliklerinin Kısıtlanması Sorunu" (2020) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 15, s. 73; *W, X, Y, Z v. Belgium*, 30 May 1975, 18/6745/74/6746/74 s. 116.

¹⁰⁸ Olgun Akbulut, "Serbest Seçim Hakkı", s. 543; *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113 par. 48.

¹⁰⁹ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113 par. 49; Olgun Akbulut, "Serbest Seçim Hakkı", s. 543.

¹¹⁰ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113.

sinin mümkün olmayacağını dile getirerek bu tartışmaya son noktayı koymuştur¹¹¹. Ek Protokol 1'in 3. Maddesindeki sınırlama rejimi Mahkeme tarafından *Mathieu-Mohin and Clerfayt*¹¹² kararında yorumlanmıştır. Madde metninde eksik kalan ölçütleri ve sınırlama rejimini ortaya konması bakımından *Mathieu-Mohin and Clerfayt* kararı kilit kararlardan biridir¹¹³.

Bu karara göre, yukarıda da bahsedildiği gibi Ek Protokol 1'in 3. maddesi siyasi bir hakkı düzenlediği için mutlak bir hak değildir¹¹⁴. Maddede sınırlama rejimi de belli olmadığından bu husus Mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmiş bir alandır¹¹⁵. Üye devletlere oy hakkının kullanımının sınırlanması hususunda geniş takdir payı verilmekle beraber, sonuç olarak Mahkeme bu sınırlamanın Sözleşme'ye uygunluğunu ve sınırlamanın takdir marjının sınırları içerisinde olup olmadığını denetleyecektir. Buna göre Mahkeme, sınırlamanın hakkın özünü zedelemeyecek ve etkililiğini ortadan kaldırmayacak şekilde düzenlendiğine, meşru bir amaç uğruna yapıldığına ve kullanılan araçların meşru amaç ile orantılı olduğuna karar vermeye yetkilidir¹¹⁶.

Venedik Komisyonu'nun öngördüğü ilkelere göre oy hakkının siyasi hak kategorisinde bulunmasından dolayı, bu hakkın kullanımına dair sınırlama rejimi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin koşullara tâbi olmalıdır¹¹⁷. Bu sınırlar sınırlamanın kanunda öngörülmüş olması, ölçülülük sağlanmış olması, yoksunluğun kısıtlılığa veya ağır bir suçla ilişkin olarak bir mahkûmiyet kararına dayanmış olması ve açık bir mahkeme kararının bulunmasıdır¹¹⁸.

1982 Anayasasının 13. maddesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ve sınırlamanın sınırları yani güvenceleri konusunda düzenleme getirmektedir. Daha önce var olan genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır. Var olan güvenceler ise şu şekilde sayılabilir: sınırlamanın kanunla öngörülmüş olması, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olması, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olması, ölçülülük ilkesine aykırı olmaması, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmaması ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmaması. Aşağıda, sayılan kurumların oluşturduğu ölçütler ayrıntılı olarak incelenecektir:

A. Kanunda Öngörülmüş Olma

Kanunen öngörülmüştük, uygulanacak hukukun yeterince ulaşılabilir olması ve açık olması anlamına gelir. Temel hak ve hürriyetlere dair sınırlamaların kanun tarafından öngörülmüş olması gerekliliğine ek olarak, vatandaşların haklarının ve sınırlarının farkında

¹¹¹ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113. par. 48-49, 52; Şirin, s. 293; Mustafa Koçak, "Seçim sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri", (2006) Anayasa Yargısı 23, s. 125; Avrupa Konseyi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber: Mahpus Hakları" (2019) < https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Prisoners_rights_TUR.pdf > Erişim Tarihi: 25 Mayıs 2021, par. 297; *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01, par. 84.

¹¹² *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113.

¹¹³ Koçak, s. 124.

¹¹⁴ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113 par. 52.

¹¹⁵ Avrupa Konseyi, Rehber: Mahpus Hakları, par. 295.

¹¹⁶ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113 par. 52; Avrupa Konseyi, Rehber: Mahpus Hakları, par. 295; Dothan, s. 389.

¹¹⁷ Venedik Komisyonu, "Code of Good Practice in Electoral Matters", s. 240.

¹¹⁸ Venedik Komisyonu, "Code of Good Practice in Electoral Matters" s. 5; Akartürk, 136.

olmaları adına yapılacak düzenleme yeterli açıklıkta olmalıdır. Aksi hâlde, açık bir şekilde anlaşılabilen bir kanun maddesinin pratikte hiçbir anlamı kalmayacaktır.

Hükümün geniş düzenlenmesi nedeniyle sınırlarının belirlenemiyor olması da bu hususta dikkat edilmesi gereken bir başka özelliktir. Zira geniş bir şekilde düzenlenen bir hak öngörülebilirliği kaldırmakta, hakkın, özünün ve sınırlarının toplum tarafından fark edilmesini engellemektedir. Bu çerçevede muğlak, soyut, belirsiz ifadelerle hakkın sınırlanması Sözleşme'ye aykırılık oluşturacaktır. Mahkeme'nin de belirttiği gibi "...bu unsurları haiz olmayan bir norm "hukuk" kuralı olarak kabul edilemez"¹¹⁹.

Mahkeme, kanunilikten esas itibarıyla şekli kanunu anlamakla birlikte özellikle Anglosakson sistemlerinde şekli kanunun bazı durumlarda bulunmamasından ötürü Mahkeme'nin maddi anlamda kanun kavramını yeterli gördüğü durumlar söz konusudur¹²⁰. Türk hukukunda da şekli anlamda kanunun yani yasama organının yasa usul ve esasları çerçevesinde yaptığı düzenlemelerin daha güvenceli olacağı kuşkusuzdur¹²¹. Ancak esas anlamda şekli kanunun ulusal düzeyde kabul edilmesiyle birlikte şekli kanunların aynı zamanda maddi kanun niteliğini de haiz olması hukuki güvenliği tesis etmek için önemli bir adım olacaktır.

Kanunda öngörülmüş olma *Mathieu-Mohin and Clerfayt*¹²² kararında temel alınmış ölçütlerden ilkidir. Bu ölçüte göre oy hakkının kullanımının sınırlanması rejimi yasalar ile düzenlenmiş olmalıdır¹²³. Venedik Komisyonu ise sınırlamanın kanunda "açık ve kesin" bir şekilde öngörülmüş olması gerektiğini vurgulayarak bu ilkeyi genişletmiştir¹²⁴.

Türkiye'ye baktığımızda ise Anayasa'nın 67 ve 76. maddelerinin seçme ve milletvekili seçilme bağlamında düzenlemeleri karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, Anayasa'nın 67. maddesinin 5. fıkrası "...taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler" in oy kullanamayacağını belirtmektedir. Yani, kişinin oy hakkından mahrum kalması, kişinin kasten suç işlemesi ve bu suçtan dolayı ceza infaz kurumunda bulunuyor olması hâlinde mümkün olabilecektir. 1995 Anayasa değişikliği öncesi hüküm, tutukluların da oy hakkından mahrumiyetini düzenlerken, değişiklikle birlikte tutuklular hüküm kapsamından çıkarılmıştır¹²⁵. Yapılan 2001 Anayasa değişikliği ile ise artık taksirle suç işleyenler oy hakkından mahrum kalmayacaktır. Düzenleme böyleyken 28 Aralık 2018 tarihli Yüksek Seçim Kurulu kararında 31 Mart 2019 tarihinde yapılan Mahalli İdareler Genel Seçimlerinde taksirli suçlardan hüküm giyenler ve tutukluların oy kullanmaları yerleşim yerlerinin infaz kurumlarının sınırları içerisinde bulunup bulunmamasına göre Anayasa'ya aykırı olarak sınırlandırılmıştır¹²⁶.

Anayasa'nın 76. maddesinin 2. fıkrasına göre ise "...taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçla-

¹¹⁹ *Sunday Times v. Birleşik Krallık*, 1979, 30 Eur. Ct. H. R. (ser. A), par. 49.

¹²⁰ *Ibid.*, par. 48.

¹²¹ *Anayasa Mahkemesi Kararı*, 2011/107 E., 2012/184 K., K.T.: 22.11.2012.

¹²² *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113.

¹²³ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113 par. 52; Akartürk, s. 87; Olgun Akbulut, "Serbest Seçim Hakkı" s. 544.

¹²⁴ Akartürk, s. 88.

¹²⁵ Karakaş Doğan, s. 109.

¹²⁶ Yüksek Seçim Kurulu, Karar no: 1133, Karar Tarihi: 28 Aralık 2018, s. 3.

ından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler". Dolayısıyla kişinin milletvekili seçilmekten yoksun bırakılması için kasten suç işlemesi, bu suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkûm olması¹²⁷ veya sayılan suçlardan birinden dolayı hüküm giymesi gerekmektedir.

TCK m. 53'te düzenlenen "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma", hükümde sayılan bazı şartların gerçekleşmesi hâlinde failin belli haklardan yoksun bırakılmasını öngören bir güvenlik tedbiridir¹²⁸. Güvenlik tedbirleri, işlenen bir suçtan, failin tehlikelilik durumundan veya suç konusundan kaynaklanan ya da suçun işlenişinde kullanılan araç ile bağlantılı olarak uygulanan ve koruma ve iyileştirme amacı güden ceza hukuku yaptırımlarıdır¹²⁹. Dolayısıyla, bu tedbirler suçu değil suçlunun tehlikeliliğini esas alır ve sosyal güvenliğe yönelir¹³⁰. Esas itibarıyla odak noktası, failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelilik halinin bertaraf edilmesidir.

TCK m. 53 gerekçesinde maddenin amacı, "İşlediği suç dolayısıyla toplumda kişiye karşı duyulan güven sarsılmaktadır. Bu nedenle, suçlu kişi özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır" şeklinde yansıtılmıştır¹³¹. Bir başka deyişle, gerekçede kanun koyucu, hüküm kapsamında olan kişilerin toplumla arasında görünmez bir güven ilişkisi olduğunu ve bu kişilerin suç işleyerek bu ilişkiyi bozduğu belirtilmiştir. Böylelikle, aslında kişinin topluma entegre olması ve kendini tekrardan yaşadığı toplumun bir üyesi olarak hissedebileceği bir araç olan oy hakkının kullanılmasından yoksun bırakılması söz konusu olacak; bu da beraberinde güvenlik tedbirleri açısından çeşitli sakıncalar doğuracaktır. Çünkü genel anlamda bu tedbirin asıl amacı, kişinin topluma tekrar kazandırılması ve suç işleyen kişinin bundan pişmanlık duymasının sağlanmasıdır. Fakat bu hâliyle hüküm *Artuk/Çınar*'ın da savunduğu üzere güvenlik tedbirlerinin ruhuna aykırıdır¹³².

Diğer yandan, haklardan mahrumiyet, failin bireysel özellikleri gözetilmeden ve ayrıca bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmadan ortaya çıktığı için bu tür bir yoksunluğun aslında bir güvenlik tedbirinden çok fer'i ceza olduğu doktrinde savunulmuştur¹³³. Zira böyle bir durumda yoksunluk güvenlik tedbiri değil, suça karşılık oluşan mahkûmiyetin kanuni sonucu olan bir cezadır¹³⁴.

Sonuç olarak, güvenlik tedbirlerini, failin tehlikeliliğinin gözetildiği koruma ve iyileştirme amacı güden ve suçta kullanılan araçla bağlantılı olarak tedbirlerin alındığı tedbirler olarak kabul ediyor isek, TCK m. 53 bakımından ortaya birçok sorun çıkacaktır¹³⁵. İlk olarak yukarıda da belirtildiği gibi, güvenlik tedbirleri failin gözetildiği yaptırım türleridir.

¹²⁷ Ağır hapis kavramı yeni kanunda zikredilmeyen bir kavramdır.

¹²⁸ Levent Gönenç, *Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Adalet, Ankara – 2008, s. 178.

¹²⁹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara, Seçkin 2019, s. 622.

¹³⁰ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet 2019 s. 665-666.

¹³¹ TCK m. 53 gerekçesi.

¹³² Koca/Üzülmöz, s. 625 zikredilen eser Mehmet Emin Artuk ve Ali Rıza Çınar, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler" in *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği, Editör: Teoman Ergül, Ankara 2004.

¹³³ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin 2014, s. 628; Süleyman Yelekin, *Ceza Mahkûmiyetinin Seçme ve Seçilme Hakkına Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 78.

¹³⁴ Mehmet Emin Artuk ve Esra Alan Akcan, "Mukayeseli Hukuk ve Türk Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3:2, Güz 2016, 31.

¹³⁵ Karakaş Doğan, s. 111.

Bu bakımdan, hâkimin faili gözeterek hükmedeceği güvenlik tedbirleri, güvenlik tedbirinin amacını yerine getirmemizi sağlayacaktır¹³⁶. “Yargı kararına dayanma” bahsinde de ayrıca belirtileceği üzere, bu tedbirlere hükmetme konusunda hâkimin takdir yetkisinin bulunmaması da adeta eski tarihli kanunları çağrıştırmakta ve modern kanun sistemleriyle bağdaşmamaktadır¹³⁷.

Bununla beraber, failere karşı kast – taksir ayrımı yapılarak benimsenen bu yaptırımın failin hangi suçu işlediğiyle bağlantılı olmaması, failin ön plana çıktığı güvenlik tedbirlerinin ruhuna aykırıdır. Zira bu durumda, örneğin bir seçim suçu işleyenle yaralama suçu işleyen kişilerin, seçme ve seçilme hakkı ortadan kaybolacaktır. Bunun sebebi İngiliz doktrininde de ileri sürülen ve TCK m. 53 gerekçesinde de belirtilen sosyal sözleşmenin veya güven ilişkisinin ihlali olarak gösterilse de bu durum, bireyleri “sivil ölüme” kadar sürükleyebilecektir. Failin tehlikeliliğinin gözetilerek karar verilmesi gereken bir güvenlik tedbirinin hakla bağlantısı olmayan ancak kasten işlenmiş her suç için gözetilmiş olması, bu tedbirin amacından saptırmakta, seçme ve seçilme haklarının kullanılmasını da ölçsüz bir şekilde kısıtlamaktadır. Bu nedenle kast – taksir ayrımının gözetilmesi yerine suç tipi temelinde bir ayrıma gidilmesi ve suç tiplerinin de yalnızca seçim suçlarıyla ilgili olması daha sağlıklı sonuçlar doğurabilecektir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi, 08.10.2015 tarihli ve 2014/140 E. ve 2015/85 K. sayılı kararıyla birlikte TCK m. 53 ile ilgili bazı hükümlerin Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vermiştir¹³⁸. Kararda verilen hükmün ilgili maddenin tam olarak hangi kısmını kapsadığı hususunda doktrinde ve uygulamada tartışmalar olduğu için bu kısım ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılacaktır. Buna göre, karar kapsamında;

1. Birinci fıkradaki “Kişi kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak” kısmı “Seçilme ehliyetinden” ibaresi yönünden iptal edilmiştir. Hükmün iptal edilme sebebi, Anayasa’nın 76. maddesi uyarınca “taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanların” seçilme hakkından mahrumiyet şartı olarak düzenlenmesi, ancak TCK’nın bir yıldan az ceza alanları da kapsıyor olmasıdır; dolayısıyla TCK, Anayasa’ya aykırı bulunmuştur.

2. Birinci fıkrada yer alan “hapis cezasına” kısmı “seçme ve” ibaresi yönünden iptal edilmiştir. Zira Anayasa’nın 67. maddesinde yer alan düzenleme sadece kasten işlenen bir suçtan dolayı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağına yöneliktir. Bununla beraber, karara konu olan TCK m. 53, kasten işlenen suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olan herkesin bu haktan mahrum kalacağını düzenlemekte ve Anayasa’da öngörülen sınırları aşmaktadır. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi, hükümlü kişinin infazının ceza infaz kurumlarında yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın kasten suç işleyen herkesin oy hakkının elinden alınmasını ölçsüz bularak iptal kararı vermiştir. Ancak burada “hapis cezasına” ibaresinin seçme ehliyeti yönünden iptal edilmesi, sınırlamanın daha geniş olarak uygulanmasına neden olabilecektir. Dolayısıyla, kanun koyucunun bu konuda ivedi olarak bir düzenleme yapması ve bu esnada kanun hükmünün Anayasa’nın 67. maddesiyle beraber değerlendirilerek ölçütlerin ele alınması gerekmektedir. Zira hüküm her ne kadar “hapis cezası” ibaresinin iptaliyle sanki kasten suç işleyen herkesin oy hakkının kısıtlanması mümkünmüş gibi görünse de Anayasa’nın 67. maddesinin açıkça “hükümlü” ibaresini kullanması, oy hakkından mahrumiyet için ayrıca kişilerin ceza infaz kurumunda bulunması gerektiğini ortaya koymaktadır.

¹³⁶ Artuk/Akcan, s. 15.

¹³⁷ Ibid. 16.

¹³⁸ *Anayasa Mahkemesi Kararı*, 2014/140 E., 2015/85 K. K.T.: 08.10.2015.

Anayasa Mahkemesi, 47. paragrafta kanunun 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “hapis cezasına “ ibaresinin “seçme ve” ibaresi yönünden iptal edildiğinden konusu kalmadığına, dolayısıyla bu iddia bakımından karar verilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi sadece “hapis cezasına” ibaresinin iptal edildiğinin aksine aslında “seçme ve” ibaresi bakımından birinci fıkranın tamamen iptal edildiğini mi söylemek istemiştir? Zira böyle bir hâlde, “b” bendinin tamamen ortadan kalktığını söylemek gerekecektir. Bu şekilde kabul edilecek ise, o zaman tüm madde neden kanundan tamamen çıkarılmamıştır? Eğer bunun aksine, seçme bakımından sadece “hapis cezasına” kısmının iptal edildiğine karar verilmişse neden “seçme ve” ibaresinin birinci yönden konusunun kalmadığı belirtilmiştir? Böyle bir durumda gerekçe ve hüküm farklı olacaktır. Dolayısıyla kanun koyucunun devreye girip hükmü yeniden düzenlemesi gerekir.

3. Birinci fıkranın b bendinde yer alan “ve diğer siyasi haklardan” ibaresi tamamen iptal edilmiştir. Hakkında görüş birliği sağlanan tek kısım olan “diğer siyasi haklardan” ibaresinin iptalinin gerekçesi sayılan hakların mahrumiyetinin geniş bir uygulama olacağı ve bu durumdan ötürü düzenlemenin orantısız addedileceğidir. Bu yönüyle Anayasa’nın 13. maddesine aykırılık teşkil ettiğini belirten Anayasa Mahkemesi hükmü tamamen iptal etmiştir.

4. Maddenin ikinci fıkrası “seçme ve seçilme ehliyetinden” ibaresi yönünden iptal edilmiştir. 53. maddenin ikinci fıkrasına göre “Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz”. Seçme ve seçilme ehliyeti yönünden iptal edilen bu hüküm, Anayasa’nın 67. maddesinin aksine sadece “ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler”i değil, aynı zamanda hapis cezası almış ve fakat cezası koşullu salıverilme veya ertelemeye çevrilmiş kişilerin de bu haktan mahrum kalmasına sebep oluyordu¹³⁹. Bu yönüyle Anayasa’ya aykırı olan bu fıkranın iptal edilmesine katılmaktayız. Bu durumda artık mahrumiyetin süresi açısından TCK’da bir düzenleme kalmadığına göre burada Anayasa madde 67’nin uygulanacağını, yani sadece infaz kurumundaki hükümlülerin haktan mahrum kalacağını söylememiz yerinde olacaktır.

5. Maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “kısa süreli hapis cezası ertelenmiş ve” kısmı “seçilme ehliyetinden” ibaresi yönünden iptal edilmiştir. Kararla birlikte, kişi hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının ertelenmesi halinde kişi, seçilme ehliyetinden mahrum olamayacaktır. Burada ortaya konulan bir husus, Anayasa’nın 76. maddesinde yer alan bazı suç tiplerinden ötürü alınmış kısa süreli hapis cezasının ertelenmesi durumunda seçilme ehliyetinin akıbetinin ne olduğudur. Anayasa maddesinde yer alan suç tiplerinin işlenmesi halinde kısa süreli hapis cezası alan kişinin cezası ertelendiğinde infaz edilmiş sayılacağı için kişi milletvekili seçilemeyecektir. Ancak TCK m. 53/4 kısa süreli hapis cezalarının ertelenmesi halinde bu kişinin seçilme ehliyetinden yoksun bırakılmayacağını belirtmektedir. Bu haliyle Anayasa’ya aykırı bulunan bu hüküm seçilme ehliyeti yönünden iptal edilmiştir¹⁴⁰.

İptal kararı sonrasında “diğer siyasi haklar” ibaresinin iptali açısından bir tartışma bulunmamakla beraber, diğer iptal kararlarının sonucunun ne anlama geldiği konusunda doktrinde ayrılıklar söz konusudur. Buna göre bir görüş, Anayasa Mahkemesi’nin bu kararla TCK m. 53/1-b’nin tamamen iptal edildiği anlamını çıkarırken¹⁴¹, bir diğer görüş ise “seçme ve seçilme ehliyetinden” ibaresinin iptal edilmediğini ve sadece “diğer siyasi hak-

¹³⁹ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75)*, Beta, 7. Baskı, İstanbul 2019, s. 728.

¹⁴⁰ Bekir Boğa, “Türk Ceza Kanununun Siyasi Haklardan Yoksunluğa İlişkin Düzenlemesinin İptali” (2018) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1(1), s. 16.

¹⁴¹ Koca/Üzülmez, s. 628.

lar” ibaresinin iptal edildiğini savunmaktadır¹⁴². Nitekim öğretideki bu ikilem uygulamaya da yansımış ve aynı sene Yargıtay’ın iki farklı dairesi bu konuda farklı kararlar vermişlerdir¹⁴³.

Anayasa Mahkemesi’nin kararının hüküm kısmının net olarak anlaşılabilmesi, uygulamada ve öğretide birçok sorun doğurmaktadır. Bu yönüyle kanun koyucunun Anayasa Mahkemesi’nin kararındaki asıl iradesini hükme yansıtan bir düzenleme yapma yükümlülüğü doğmaktadır. Aksi takdirde, hükmün uygulanması konusunda anlaşmazlıklar ve tartışmalar devam edecek ve daha da büyük hak kayıplarının ortaya çıkması söz konusu olabilecektir.

B. Hakkın Özüne Dokunmama

Oy hakkının kullanılmasının sınırlanmasında bir diğer ölçüt, sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması ve etkinliğini ortadan kaldırmamasıdır. Mahkeme, değerlendirme yaparken, yapılan düzenlemenin hakkın özünü ve etkinliğini ortadan kaldırmadığı hususunda bir kanaat oluşturmalıdır¹⁴⁴. Avrupa Konseyi’nin de belirttiği üzere sınırlamanın meşru kılınmasını sağlayacak amaçlar sınırlı bir şekilde sayılmasa dahi, sınırlamanın hakkın özüne ve genel esaslarına uyumlu olması gerekliliği yadsınamaz bir koşuldur¹⁴⁵.

*Hirst*¹⁴⁶ kararında da belirtildiği üzere hükümlüler kişi özgürlüğü hariç Sözleşme’den kaynaklanan diğer hak ve özgürlüklerini kullanmaya devam ederler. Kişinin hükümlü olması, onun diğer haklarını bertaraf etmeyecektir; böyle bir durum Sözleşme’de düzenlenen diğer hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil edecektir¹⁴⁷. Dolayısıyla hükümlülere herhangi bir ayırım gözetilmeksizin oy hakkının kullanılabilmesi ne temel hak ve özgürlüklerle ne de Mahkeme standartlarıyla uyumlu olacaktır. Aksine bir düzenleme hakkın özüne dokunur nitelikte kabul edilecektir.

Yine *Söyler* kararında bahsedildiği üzere, üye devletlerin alması gereken tedbirler güvence altına alınmış olan haklara ve ilkelere zarar vermemelidir. Genel oy ilkesine aykırılık, oy hakkı bakımından sadece mahrum kalan vatandaşa değil, demokratik toplum yapısına da zarar verebilecektir. Bu çerçevede büyük kitlelerin adeta hukuken “yok” sayılması hakkın özünü zedeleyebilecektir¹⁴⁸.

Mahkeme, diğer haklardan farklı olarak Ek Protokol 1’in 3. maddesiyle ilgili yaptığı değerlendirmelerde hakkın özü ve hakkın etkisinin yok edilmesinden çok, meşru amaç ve

¹⁴² Veli Özer Özbek, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin, Ankara 2020, s. 622; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75)*, Beta, 7. Baskı, İstanbul 2019, s. 728; Ahmet Hulusi Akkaş, *Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 97.

¹⁴³ Akkaş, s. 97.

¹⁴⁴ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113 par. 52; *Labita v. Italy*, 06.04.2000, App. no: 26772/95 par. 201.

¹⁴⁵ Avrupa Konseyi, “Guide on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Right to Free Elections” s. 7.

¹⁴⁶ *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01.

¹⁴⁷ *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01 par. 69; Avrupa Konseyi, “Hükümlülerin Oy Kullanma Hakkı Tematik Bilgi Notu” (2015) <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_vote_TUR.pdf> Erişim Tarihi: 8 Mart 2020 s. 2.

¹⁴⁸ *Söyler v. Türkiye*, 17.09.2013, App. no: 29411/07, par. 43.

ölçülülüğü dikkate almaktadır¹⁴⁹. Bu bakımdan bu çalışmada bu iki başlık Mahkeme kriterleri kapsamında daha detaylı incelenmeye çalışılacaktır.

C. Meşru Amaç

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminin bir diğer ögesi meşru amaçtır. Buna göre, bir temel hak sınırlanırken, uygulamanın hürriyetin sınırlanmasında haklı sebepleri ortaya koyan meşru amaçları haiz olması gerekmektedir. Venedik Komisyonu'na göre de sınırlamanın meşru amaca yönelik olması önemli kıstaslardan biridir¹⁵⁰.

Önceden de belirtildiği üzere, Ek Protokole nazaran daha fazla kullanım alanı bulan Sözleşme'nin 8-11. maddelerinden alışık olduğumuz meşru amaçların madde metninde sıralanmasını Ek Protokol 1'in 3. maddesinde görememekteyiz. Zira Ek Protokol 1'in 3. maddesi, ilgili Mahkeme kararlarıyla yorumlanarak içindeki hak ögesini bize aktarmış bir maddedir. Dolayısıyla, madde metninde meşru amaçlar da açıkça sayılmamıştır. Bunun yerine meşru amaçlar daha "serbest" olarak nitelendirilmiş, üye devletlere ise geniş bir takdir marjı bırakılmıştır¹⁵¹. Yani Mahkeme, burada meşru amaç konusunda devletlere takdir yetkisi vermekle beraber davalı devletin öngördüğü meşru amaçları kabul edip etmeyeceğine de bakmaktadır¹⁵². Bu bakımdan hükmün, kararlarla harmanlanmasıyla ortaya çıkan genel oy ilkesi varlığını sürdürecektir, ancak buradan çıkarılacak oy hakkı mutlak bir hak olarak nitelendirilemeyecektir. Mahkeme'ye göre bu durumda, mutlak "gereklilik" ve "acil sosyal ihtiyaç" testlerinin de yapılmayacağı anlamına gelir¹⁵³.

Meşru amaçtaki serbestliğe rağmen Mahkeme'nin meşru amaçlar hususunda yine de belli kıstasları vardır. Örneğin, *Hirst v. UK* kararı mahkûmların oy kullanma haklarından yoksun kalmalarını konu etmektedir. Karar konusu, müebbet hapis cezasına mahkûm olan başvuruçunun oy hakkından mahrum bırakılmasıdır. Bunun karşısında Hükümet savunmasında, sınırlamanın meşru amacı olarak suç işlenmesinin önlenmesi, sivil duyarlılığının artırılması ve kanuna karşı saygının temin edilmesi amaçlarının burada bulunduğunu ortaya koymuştur¹⁵⁴.

Mahkeme, kararında öncelikle hükümetin hapis cezaları karşısında kategorik olarak kişi özgürlüğü haricindeki özgürlüklerin kişilerin elinden alınmasını reddetmiş ve oy hakkının bir ayrıcalık değil bir hak olduğunu bir kez daha hatırlatmıştır¹⁵⁵. Hükümetin saydığı savların bir meşru amaç olarak nitelendirilmesi hususunda ise bu amaçların genel anlamda birer meşru amaç olarak sayılabilemesinin mümkün olduğunu, ancak yukarıda hükümetin iddia ettiği meşru amaçlarla oy hakkının kullanımının sınırlanması arasında mantıklı bir

¹⁴⁹ Zysset, s. 241.

¹⁵⁰ Venedik Komisyonu, "Report on the Abolition of Restrictions on the Right to Vote in General Elections" s. 2.

¹⁵¹ *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01 par. 41; Ömür Aydın, "Serbest Seçim Hakkı ve Kişinin Siyasal Etkinliklerinin Kısıtlanması Sorunu" (2020) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 15, 79.

¹⁵² Ergül Çeliksoy, "Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights in Prisoners' Right to Vote Cases" (2020) *Human Rights Law Review* 20, DOI: 10.1093/hrlr/ngaa027, 559.

¹⁵³ Avrupa Konseyi, "Guide: Right to Free Elections", s. 7.

¹⁵⁴ *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01 par. 74; Aynı argümanın kabul edildiği kararlar: *Anchugov and Gladkov v. Russia*, 09.12.2013, App. nos. 11157/04 and 1516205 par. 102.

Scoppola v. Italy (No. 3), Grand Chamber, 22.05.2012, App. no 126/05 par. 90.

¹⁵⁵ Karakaş Doğan, s.115.

bağın bulunmadığını belirtmiş ve bu tür bir sınırlamanın Ek 1. Protokol'ün 3. maddesi kapsamında bir ihlal oluşturacağına karar vermiştir¹⁵⁶.

Kararla birlikte aslında suçun önlenmesi, sivil duyarlılığın artması ve kanuna karşı saygının birer meşru amaç olarak nitelendirildiğini çıkarabilmekteyiz. Ancak bu amaçların meşru amaç olarak sayılabilmesi için Mahkeme'nin de belirttiği üzere, düzenlemenin kategorik ve genel bir şekilde mahkûmlara havale edilmemesi gerektiği de aşîkârdır. Genel, otomatik ve gelişigüzel düzenlemelere karşı detaylı inceleme ayrıca ölçülülük bahsinde yapılacaktır.

Meşru amaç bağlamında bir diğer kayda değer Mahkeme kararı da *Labita v. Italy* davasıdır¹⁵⁷. Bu davada başvuru, mafya üyesi olduğu şüphesiyle bazı güvenlik tedbirlerine tâbi tutulmuş, ancak daha sonra yapılan yargılamada delil yetersizliğinden beraat etmiştir. Ancak beraat etmesine rağmen seçmen kütüğünden kaydı silinmiş ve oy hakkından mahrum bırakılmıştır¹⁵⁸.

Hükümet, tedbirin mafya ile başa çıkmak için alınan etkili bir yol olduğunu savunmuştur. Gerekçe olarak, mafya üyelerinin başka bir mafya üyesini veya liderini seçmek için oy kullanmasını engellemek gerektiğini ve alınan bu önlemin “gerçek risk” in önlenmesi açısından önemli olduğunu vurgulamıştır. Böylelikle hükümet, özel güvenlik tedbirlerine tâbi tutulan kişilerin “topluma karşı tehlike” oluşturduğunu ve bu durumun meşru bir amaç sayılabileceğini belirtmiştir¹⁵⁹. Mahkeme ise, önlemlerin bir mahkûmiyet söz konusu olduğunda kabul edilebileceğini, ancak delil yetersizliğinden beraat eden bir kişi için böyle bir kısıtlamanın söz konusu olmasının mümkün olamayacağını dile getirerek İtalya'yı mahkûm etmiştir¹⁶⁰.

Görüldüğü üzere iki dava da, suçun önlenmesi, toplumun refahının ve demokratik toplumun devamlılığının veya kanuna karşı saygının sağlanması gibi nedenlerin başka şartlar altında aslında meşru amaç olarak nitelendirilebileceğini göstermektedir. Nitekim oy hakkının kullanımının kısıtlanmasındaki amaç, kişileri bu haktan yoksun bırakmak değil, aksine, toplumun demokrasiye katılımının daha sağlıklı bir şekilde sağlanması ve kamusal yararın ortaya çıkmasıdır¹⁶¹. Bu çerçevede, *Labita* kararından çıkarılması gereken önemli bir durum, kişinin beraat etmesine rağmen oy hakkından mahrum edilmesidir. Kişilerin yargılama sırasında beraat etmesine rağmen yaptırma uğratılması demokratik hukuk devletlerinde kabul edilecek bir uygulama değildir ve olmamalıdır.

Üye devletlere verilen geniş takdir marjı ve serbestlik üzerine kurulan meşru amaç şartı ile birlikte, Mahkeme diğer bir ölçüt olan ölçülülük kriterini daha sert uygulamakta ve ortaya bu adım aracılığıyla daha net esaslar koyabilmektedir¹⁶². Meşru amacı haiz bir düzenlemeden bahsedilebilse de ölçülü olmadığı sürece kısıtlamanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine uygunluğundan bahsedilemez.

Son olarak Türk Hukuku bakımından *Söyler* kararında Mahkeme, Hükümet'in ıslah amaçlı kısıtlama savunmasını yorumlarken Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin gerekçe-

¹⁵⁶ *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01 par. 75.

¹⁵⁷ *Labita v. Italy*, 06.04.2000, App. no: 26772/95.

¹⁵⁸ *Labita v. Italy*, 06.04.2000, App. no: 26772/95 par. 23.

¹⁵⁹ *Ibid*, s. 202

¹⁶⁰ *Labita v. Italy*, 06.04.2000, App. no: 26772/95 par. 203; Avrupa Konseyi, “Right to Vote Factsheet” (2016) <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Vote_ENG.pdf> Erişim Tarihi: 8 Mart 2020 s. 1.

¹⁶¹ Akartürk, s. 53; Karamustafaoğlu, s. 126.

¹⁶² *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113 par. 52.

si de göz önünde bulundurulduğunda kısıtlamaların kişiyi ıslah amaçlı olduğunu kabul etmekle beraber, bu amacın meşru çerçevede olmadığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre söz konusu amaç ile oy hakkının kullanımını yasaklamak arasında doğrudan bir bağlantı bulunmamakta ve bu amaç Ek Protokol 1 düzenlemesinin amacına uymamaktadır¹⁶³. Aynı zamanda Mahkeme, kişilerin oy hakkını kısıtlayarak ıslahının mümkün olabileceği savlarını *Hirst* kararına atıf yaparak dikkate almamıştır¹⁶⁴.

D. Ölçülülük

Ölçülülük, alınan önlem ile izlenen amaç arasında adil bir dengenin sağlanmasını ifade eder. Bir başka deyişle, fiilin ağırlığı ile oy hakkından mahrumiyet arasında makul bir orantı bulunmalıdır¹⁶⁵.

Sözleşme' deki Ek Protokol 1 bakımından Mahkeme, esas itibarıyla iki kriter üzerinde yoğunlaşır. Bunlardan ilki, ölçülülüğü zedeleyecek bir keyfiliğin bulunup bulunmadığıdır. İkinci olarak ise Mahkeme, sınırlamanın kişilerin kararlarını özgürce ifade etmesini engelleyecek bir müdahalenin olup olmadığına bakmaktadır. Buna ek olarak, Mahkeme üye devletlerin seçim sistemlerini o ülkenin siyasi gelişmelerine, tarihsel gelişimine ve kültürel çeşitliliğine göre kendi içinde değerlendirir¹⁶⁶. Mahkeme'nin asıl önemsedığı ve kararlarında kilit noktası yaptığı kriter ölçülülüktür; zira Mahkeme, her siyasi rejimin ve bununla beraber hazırlanan seçim mevzuatının kendi ölçülerinde takdir edilmesini önemser. Mahkeme'nin ölçülülük bakımından genel değerlendirmesi subjektif olarak nitelendirilebilirken, öyle bazı haller öngörülmüştür ki bu hususlarda üye devletlere tanınan marj oldukça kısıtlıdır.

Oy hakkının kullanılmasından mahkûmiyet sebebiyle mahrum kalma durumu ölçülülüğe aykırı olamaz, keyfilik oluşturamaz, kişinin aldığı yaptırımla bağlantılı olmalıdır ve kişiye özgünlüğü sağlanmalıdır¹⁶⁷. Bu bakımdan Sözleşme'ye taraf olan devletlerin oy hakkını kısıtlarken önlerinde iki seçenek bulunmaktadır: Üye devletler, ya ölçülülüğün düzenlenmesini mahkeme kararına bırakabilirler ya da kanuni birtakım düzenlemeler yapabilirler. Bu durumda da düzenlemenin genel, otomatik ve gelişigüzel bir düzenleme olmaması aranmaktadır¹⁶⁸.

Hirst kararında Büyük Daire'nin ihlal kararı vermesinin nedeni, mahrumiyetin bir bütün şeklinde, genel anlamda ve otomatik olarak verilmiş olmasıdır. Bu bakımdan, yapılan düzenlemenin hafif ve ağır suç ayırımına ve suç tipine bakılmaksızın 48.000 hükümlüye uygulanacak hâle gelmesi Birleşik Krallık'a ihlal kararını getirmiştir¹⁶⁹. Ayrıca işlenen suç ile oy hakkından mahrumiyet arasında doğrudan bir bağ bulunmamaktadır¹⁷⁰. Üye devletler genel, otomatik ve gelişigüzel düzenlemelerle mahkûmların oy hakkını sınırlayamaz, zira bu takdir marjları dâhilinde sayılmayacaktır. Oy hakkının kullanılmasının yoksun bırakılması için suçlunun kişisel özelliklerine, cezanın ağırlığına, işlenen suç türüne ve özelliğine

¹⁶³ *Söyler v. Türkiye*, 17.09.2013, App. no: 29411/07 par. 37.

¹⁶⁴ *Ibid*.

¹⁶⁵ Kaboğlu, s. 79.

¹⁶⁶ Avrupa Konseyi, "Guide: Right to Free Elections" s. 7; *Söyler v. Türkiye*, 17.09.2013, App. no: 29411/07 par. 33; Olgun Akbulut, "Serbest Seçim Hakkı", s. 545; *Anchugov and Gladkov v. Russia*, 09.12.2013, App. nos. 11157/04 and 1516205 par. 87.

¹⁶⁷ *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01 par. 69-71.

¹⁶⁸ Avrupa Konseyi, "Guide: Right to Free Elections" s. 9.

¹⁶⁹ *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01 par. 82; Olgun Akbulut, "Serbest Seçim Hakkı", s. 545.

¹⁷⁰ *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01 par. 77.

bakılmalı ve buna göre karar verilmelidir. Aksi takdirde, verilecek karar Ek Protokol'ün 3. maddesinde öngörülen hak ile bağdaşmaz¹⁷¹.

*Frodl*¹⁷² davasında Mahkeme *Hirst* kararındaki içtihadını geliştirmiş, buna göre, 1 yıldan fazla hapis cezası gerektiren ve kasten işlenen suçların ayrıca bir mahkeme kararıyla oy hakkını 6 ay süreliğine kısıtlayan düzenlemeyi¹⁷³ orantısız bulmuştur. Çünkü üye devlet her ne kadar düzenlemenin sınırlarını *Hirst* davasındaki düzenlemeye göre daha sınırlı tutmuş olsa da, Mahkeme nazarında işlenen suç ile seçimler ve demokratik kurumlar arasında bir bağ bulunmamaktadır¹⁷⁴. Bu da aslında insan hakları üzerinde asgari düzenlemeleri belirleme görevi edinen Sözleşme'nin içtihatlarla sürekli olarak geliştirildiğini ve günümüz standartlarına uyumlu olmasının amaçlandığını göstermektedir.

Labita kararında ise Mahkeme, bir önceki kısımda bahsettiğimiz meşru amaçların geçerlilik kazanabileceğini, ancak bu tedbirlerin ancak ve ancak mahkûmiyet halinde olabileceğini belirterek, delil yetersizliğinden beraat etmiş bir kişi ile ilgili hükümetin aldığı tedbirlerin ölçüsüz olduğuna karar vermiştir¹⁷⁵.

Önemli olarak addedilebilecek bir diğer karar da *Anchugov*¹⁷⁶ kararıdır. Kararın *Hirst* kararından farkı hükümetin savunmasıdır. Buna göre, *Hirst* kararında kanuni bir düzenleme söz konusuysen, Rusya'da mahkûmların oy hakkının sınırlandırılması hususunda bir Anayasa hükmü vardır. Hükümet söz konusu düzenlemenin Anayasa'da yer alması nedeniyle Anayasa'nın değiştirilmesinin oldukça zor bir prosedür olduğunu ileri sürmüştür¹⁷⁷. Buna karşılık gerekçe olarak Sözleşme'nin 1. maddesini ileri süren Mahkeme, kendi yetkisi altında yer alan herkesin Sözleşme tarafından öngörülen haklardan yararlanacağını belirtmiştir¹⁷⁸. Ek olarak Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca Rusya'nın kararı yerine getirme taahhüdünün bulunduğunu ve bu hususta Bakanlar Komitesi'nin danışmanlık yetkisini kullanacağını eklemiştir¹⁷⁹.

Türkiye'de ise, daha önce kanunilik bahsinde belirttiğimiz üzere, 2001 Anayasa değişikliği ile birlikte taksirle işlenen suçlardan mahkûm olan kişilerin oy kullanma yasağının kaldırıldığını, değişiklik kapsamında 4701 sayılı Kanun'la beraber Anayasa'nın 67. maddesine "taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç" ibaresinin eklendiğini görmekteyiz¹⁸⁰. Bu, her ne kadar ölçülülük kapsamında eski düzenlemeye göre bir iyileşme olarak görülse de Mahkeme standartları ve temel hak ve hürriyetler çerçevesinde hâlâ içerisinde bazı sorunlar barındıran ve ölçülü bir araç olma niteliğini sağlayamayan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Oy hakkının kullanımının sınırlanması, kamu yararından ve bu doğrultuda alt başlıklar olarak değerlendirilebilecek suçun önlenmesi, sivil hayatın sağlıklı yürüebilmesi kavramlarından ileri gelir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere Türk Ceza Kanunu'na ilişkin

¹⁷¹ Akartürk, s. 99; Aynı doğrultuda karar için bkz. *Kulinski and Sabev v. Bulgaria*, 21.07.2016, App No: 63849/09, ECHR 685 par. 38.

¹⁷² *Frodl v. Austria*, 08.04.2010, App. no 20201/04.

¹⁷³ *Ibid.*, par. 13-14.

¹⁷⁴ *Frodl v. Austria*, 08.04.2010, App. no 20201/04, par. 34; Şirin, s. 332.

¹⁷⁵ *Labita v. Italy*, 06.04.2000, App. no: 26772/95 par. 203; Avrupa Konseyi, "Right to Vote Factsheet" s.1.

¹⁷⁶ *Anchugov and Gladkov v. Russia*, 09.12.2013, App. nos. 11157/04 and 1516205.

¹⁷⁷ *Ibid.*, par. 85.

¹⁷⁸ *Ibid.*, par. 108.

¹⁷⁹ *Anchugov and Gladkov v. Russia*, 09.12.2013, App. nos. 11157/04 and 1516205, par. 111; Çeliksoy, s. 565.

¹⁸⁰ Akartürk, s. 167.

açıklayıcı raporda da suç işleyen kişinin toplum nazarında kendisine duyulan güveni zedelediği, dolayısıyla bu güven ilişkisini zedeleyen kişinin oy hakkından mahrum edilmesinde yarar olduğu söylenmektedir¹⁸¹. Demokratik toplum bakımından kaçınılmaz ve hatta hayati önem taşıyan bu hakkın sınırlanmasının sebebi toplumun sağlıklı bir şekilde siyasi hayata katılımının sağlanmasıdır. Örneğin, bir çocuğun oy kullanmasının sınırlanması, çocuğun siyasi yaşantıyı idrak etmek için henüz yetersiz olmasından ve genellikle çalışma hayatına girme, vergi mükellefi olma ve cezai sorumluluk gibi ölçütlerin ortak paydasının 18 yaş sonrasında söz konusu olmasından kaynaklanır¹⁸². Çocuğun oy hakkını kullanmak suretiyle verdiği karar, toplumun diğer üyelerinin iradesinin sarsılmasına neden olabilir. İşte bu nedenle, oy hakkının kullanımının sınırlanması ancak bazı makul ölçütler söz konusu olduğunda meşru amaç olarak kabul edilebilecektir¹⁸³. Ancak bu sınır sınırsız değildir.

Tutuklulukta ise yukarıda zikredilen amaçlardan bahsedilemez. Tutukluluk bir koruma tedbiridir ve kişinin kaçma veya delilleri karartma olasılığına karşı ve ceza muhakemesinin işlemesi ve maddi gerçeğe ulaşılması için kişi özgürlüğüne kamu tarafından bir süre el konulmasından ibarettir. Daha önce belirtildiği üzere, Anayasa’da oy hakkının kullanımından mahrum edilenler kapsamında değerlendirilen tutuklular, masumiyet karinesi ve genel oy ilkesine aykırılık oluşturması sebebiyle 1995 Anayasa değişikliği ve beraberinde 298 sayılı Kanun değişikliği ile kapsam dışına alınmıştır¹⁸⁴.

Söyler kararında koşullu salıverilenler, yani fiilen ceza infaz kurumlarında bulunmayanlar hakkında oy hakkının kullanımının kısıtlanması nedeniyle ihlal kararı verilmiştir. Mahkeme oy hakkının katı ve doğrudan bir tedbirle sınırlanmasının üye devletlerin takdir marjı dışında olduğunu ve sadece “kast” kriterinin bu konuda yetersiz olduğunu belirtmiştir¹⁸⁵. Bununla beraber getirilen yasak, mahkûmların tahliyesinden sonra bile devam ettiği için Mahkeme, bu durumu daha önce değerlendirdiği olaylara göre çok daha katı ve geniş olarak nitelendirmiştir¹⁸⁶. Mahkeme’ye göre ulusal mevzuatta suçun vasfının veya cezanın ağırlığının dikkate alınmaması ölçüsüz bir uygulamadır¹⁸⁷. Mahkeme Türkiye’ye karşı verdiği *Vural* kararında da, *Söyler* kararındaki gerekçelere atıfta bulunmuş¹⁸⁸ ve “bu davanın da -*Söyler*’den- farklı bir sonuca ulaşamayacağı” belirterek Türkiye hakkında ihlal kararı vermiştir¹⁸⁹.

Bu kararın aksine bir karar verilen *Scoppola* kararında ise, Mahkeme, üye devletin ayrımı üç yıldan fazla hapis cezasına mahkûm edilen kişiler bakımından öngörmesini ölçüsüz bulmamıştır¹⁹⁰. Çünkü bu uygulama genel anlamda bir mağduriyet yaratmamakta ve ölçülü bir kıstas ortaya koymaktadır¹⁹¹.

Son olarak Anayasa Mahkemesi, 25.03.2015 tarihli kararında başvuru kasten işlediği bir suçla karşılık oy hakkının otomatik olarak elinden alınmasının *Söyler* kararına da atıf

¹⁸¹ *Söyler v. Türkiye*, 17.09.2013, App. no: 29411/07 par. 17.

¹⁸² Şirin, s. 325; ayrıca bkz. *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01 par. 62.

¹⁸³ Altınkök, s. 48.

¹⁸⁴ Anayasa’nın 67/5 ve Seçim Kanunu’nun 7/3. maddesinde 1995 yılında yapılan değişikliklerle beraber tutuklular kapsamdan çıkarılmıştır; Gönenç, s. 182.

¹⁸⁵ *Söyler v. Türkiye*, 17.09.2013, App. no: 29411/07, par. 47.

¹⁸⁶ Avrupa Konseyi, “Guide: Right to Free Elections” s. 7.

¹⁸⁷ *Söyler v. Türkiye*, 17.09.2013, App. no: 29411/07, par. 26.

¹⁸⁸ *Murat Vural v. Turkey*, 21.10.2015, App. no 9540/07, par. 79.

¹⁸⁹ *Ibid.*, par. 80.

¹⁹⁰ *Scoppola v. Italy (No. 3)*, Grand Chamber, 22.05.2012, App. no 126/05 par. 28.

¹⁹¹ *Ibid.*, par. 104.

yaparak insan haklarına aykırı olduğu iddiasında bulunmuştur¹⁹². Anayasa Mahkemesi ise ilgili Anayasa ve kanun düzenlemelerinin oy hakkına sınırlama getirdiği ve kişinin bu sınırlama kapsamında olduğunu belirterek başvuru hakkında konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın oy hakkının sınırlandırılması konusunda bizzat düzenleme yaptığı ve kişinin düzenlemede yer alan kapsama girdiği anlaşıldığından kabul edilemezlik kararı vermiştir¹⁹³.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında *Söyler* kararındaki ihlal gerekçelerinin makul olduğu görülmektedir. *Hirst* testine bakıldığında sınırlamanın genel, otomatik ve gelişigüzel olmaması gerekmektedir. Buna ek olarak somut olayın verileri ışığında hâkim kararıyla bu mahrumiyetin söz konusu olması ve işlenen suçun seçim veya demokratik kurumlarla ilgisi olması gerekmektedir¹⁹⁴. Bu bağlamda Türkiye'nin düzenlemesine bakıldığında kast unsuru genel bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira kast nasıl suç teorisini oluşturan tek öge değilse ve bir suçun oluşması için tüm unsurların bir arada olması gerekiyorsa, kriter olarak da sadece kastın hükümde yer alıyor olması tek başına yeterli olmayacaktır. Hâlihazırda mühim bir siyasal hak olan oy hakkının sınırlandırılmasının oldukça hassas şekilde düzenlenmesi gerekirken, kast gibi genel sınırlamaların getirilmiş olması geniş kitlelerin oy hakkının kullanımından yoksun bırakılması anlamına gelecek, bu da demokratik değerleri zedeleyecektir. Çünkü suçlar, TCK m. 22'de de öngörüldüğü üzere aksi kanunda açıkça belirtilmediği takdirde kasten işlenmiş sayılır¹⁹⁵. Bu da aslında kasten işlenebilen suçların ne kadar kapsamı geniş bir kavram olduğunu bize göstermektedir.

Bunun haricinde Türkiye'deki düzenlemelerin ayrı bir hâkim kararına gerek olmadan verilen mahkûmiyet ile birlikte yürürlüğe girmesini öngörmesi sınırlamanın otomatik olduğunu göstermektedir. Zira kişinin sadece mahkûm olması nedeniyle bir mahrumiyete uğruyor olması ölçüsüz olarak addedilmektedir¹⁹⁶. Daha önce de söylendiği üzere güvenlik tedbirleri açısından failin durumunun değerlendirilmesi gerekirken, sınırlamanın otomatik olarak devreye girmesi *Hirst* testi ile uyuşmamaktadır. Son olarak suç tipi özgülenmeden bir düzenleme yapılması düzenlemenin istisna niteliğinde olmadığı anlamını taşımaktadır. Bu nedenlerle Türkiye'nin düzenlemesinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi standartlarında olmadığını belirtmek gerekir.

E. Yargı Kararına Dayanması

Türk Hukukunda ölçüt olarak sadece kasten suç işlenmesinin esas alınması, düzenlemenin kategorik bir niteliği olduğunu gösterir. TCK m. 53'e göre kasten suç işlediği için mahkûm olan kişinin seçme ve seçilme ehliyeti otomatik olarak elinden alınacak, bu bakımdan herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmayacaktır.

Açık bir mahkeme kararının varlığı şartı, ölçülülükle iç içe olup kendi başına bir temel ilke oluşturmaz. Ancak bu şartın önemine binaen ayrı bir başlık altında değerlendirilmesi öngörülmüştür. Mahkeme'nin de belirttiği üzere oy hakkının kullanımının sınırlandırılmasının yargı kararına dayanması her ne kadar temel bir kıstas olarak sayılmasa da Mahkeme için ölçülülüğü sağlayacak esaslardan biri olacaktır¹⁹⁷. Venedik Komisyonu yol haritalarında

¹⁹² *Anayasa Mahkemesi Musa Kaya Başvurusu*, 2014/19397, K. T.: 25.03.2015, par. 14.

¹⁹³ *Ibid.*, par. 18, 21.

¹⁹⁴ *Hirst v. United Kingdom (No.2)*, Grand Chamber, 06.10.2005, App. no: 74025/01 par. 82; *Frodl v. Austria*, 08.04.2010, App. no 20201/04, par. 34.

¹⁹⁵ Koca/Üzülmez, s. 188.

¹⁹⁶ Çeliksoy, s. 553; Şirin, s. 331.

¹⁹⁷ *Söyler v. Türkiye*, 17.09.2013, App. no: 29411/07 par. 39.

oy hakkından mahrumiyetin otomatik bir şekilde suçtan dolayı alınan hapis cezasıyla birlikte devreye girmesinin demokrasiyle bağdaşmayacağını belirtmiştir¹⁹⁸.

Türkiye’de daha önceki açıklamalarımıza ek olarak TCK m. 53/5’e göre seçimle ilgili bir suçun işlenmesi durumunda infazdan sonra da ek bir cezanın öngörülebileceği düzenlenmiştir. Ancak bunun haricinde kural olarak infaz süresinde kişi kasten bir suç işlemişse otomatik bir şekilde kişinin oy hakkı infaz süresince elinden alınmaktadır. Bu husustan dolayı Türkiye, *Söyler* kararıyla mahkûm olmuştur.

Türkiye’deki düzenlemenin genel ve otomatik olmasının önüne geçilmesi için *Akartürk* çözüm olarak 1982 Anayasası’nda yapılacak değişiklik ile kasten işlenen suçlar arasında suçun türü ve cezanın ayrımı bakımından ayrımların yapılması gerektiğini ve oy hakkından mahrumiyet kararının mutlaka hâkim kararına dayanmasının önemini belirtmiştir¹⁹⁹. *Akartürk’e* katılmakla beraber ek olarak söylenebilir ki ayrımın olabildiğince dar yorumlanması gerekmektedir. Hapis cezasının caydırıcılığı yanında bu güvenlik tedbirinin de bir yaptırım olarak anlaşılabilmesi için öncelikle kişilerin güvenlik tedbirine maruz kalacaklarını bilmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda, tedbire maruz kalmanın kişi bakımından bir öneminin olması gerekir. Bir başka ifadeyle, hâkimlerin her bir birey için olay bazında inceleme yapması ve somut olaylara göre oy hakkının kullanımının kısıtlanıp kısıtlanmayacağını takdir etmesi gerekmektedir.

2. SONUÇ

Oy hakkının kullanımının kısıtlanmasının belli şartlarda gerekli olduğu neredeyse tüm çağdaş devletler tarafından kabul edilmiştir. Asıl sorun bu sınırlamanın hangi çerçevede ve ne şartlarda yapılacağıdır.

Çalışma kapsamında mahkûmların genel oy ilkesi bağlamında oy hakkının kısıtlanması tarihsel süreç ve karşılaştırmalı hukuk yönüyle incelenmiş, oy hakkının kullanımının kısıtlanmasında esas alınacak ölçütler verilmesi hedeflenmiş, temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimlerine tâbi olarak sınırlandırılması gerekliliği aktarılmaya çalışılmıştır. Buradaki sınırlama rejimlerinin vatandaşlık ve yaş bakımından orantılı bir şekilde sınırlanması mümkün iken, mahkûmlar ve kısıtlılar söz konusu olduğunda sınırlamaların dikkatli olarak ortaya konulmasının önemi ve aksi halde kişilerin ne ölçüde haklarının zedelenebileceği sorunu çalışmada değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Buna göre, gerek Sözleşme’nin gerek ise Mahkeme’nin ortaya koyduğu ölçütler çerçevesinde bir mahkûm oy hakkından mahrum olunabilmesi için öncelikli olarak istisnai bir düzenlemenin olması gereklidir. Mahkûmların çoğunluğunun kapsama girdiği düzenlemeler serbest seçim hakkının özüne aykırı olacaktır. Kurulan temel esaslara göre, mahkûmiyet nedeniyle oy hakkının kısıtlanması bir güvenlik tedbiridir ve genel anlamda güvenlik tedbirlerine karar verilirken failin tehlikelilik durumuna bakılmalı ve amaç failin korunması ve iyileştirmesi olmalıdır. Dolayısıyla, düzenleme yapılırken de mahkûmların oy hakkının kısıtlanmasının tayini, olayın ve failin kişisel özelliklerine göre mahkeme tarafından ayrıca değerlendirilmelidir. Sadece salt kast–taksir ayrıştırması yapılarak ve ayrıca bir mahkeme kararına gerek kalmaksızın verilen genel ve kategorik kararların bu amaçları haiz olmadığı, dolayısıyla bu şekilde bir kısıtlamanın güvenlik tedbiri tanımına uygun olmadığı söylenmelidir.

Bunun yerine, sınırlama olarak seçim suçlarının veya demokratik düzene karşı suç tiplerinin öngörülmesi sağlanarak sınırlama rejiminin daraltılması, hâkimlerin tedbir kararı

¹⁹⁸ Venedik Komisyonu “Code of Good Practice in Electoral Matters” s. 14.

¹⁹⁹ *Akartürk*, s. 170.

alırken faili esas alarak tedbire hükmetmesi ve Anayasa Mahkemesinin ilgili iptalleri kapsamında doktrin ve uygulamada yaşanan sorunlar çerçevesinde TCK'nın yeniden düzenlenmesi elzemdir. Zira bu düzenlemelerin söz konusu olmaması sadece yerel hukukta mahkûmların haklarını kısıtlamaya devam etmeyecek, aynı zamanda Mahkeme nazarında Türkiye'ye yeni ihlal kararlarının da verilmesine neden olabilecektir.

KAYNAKÇA

Mahkeme Kararları

- Alajos Kiss v. Hungary*, (II. Section, 20.05.2010) App no. 38832/06.
Anayasa Mahkemesi Kararı, 2011/107 E., 2012/184 K., K.T.: 22.11.2012.
Anayasa Mahkemesi Kararı, 2014/140 E., 2015/85 K. K.T.: 08.10.2015.
Anayasa Mahkemesi Musa Kaya Başvurusu, 2014/19397, K. T.: 25.03.2015.
Anchugov and Gladkov v. Russia, 09.12.2013, App. Nos. 11157/04 and 1516205.
Frodl v. Austria, 08.04.2010, App. No. 20201/04.
Hirst v. United Kingdom (No.2), Grand Chamber, 06.10.2005, App. No: 74025/01.
Kulinski and Sabev v. Bulgaria, 21.07.2016, App No: 63849/09, ECHR 685.
Labita v. Italy, 06.04.2000, App. No: 26772/95.
Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, 2 March 1987, 9/1985/95/143, series A no.113.
Murat Vural v. Turkey, 21.10.2015, App. No. 9540/07.
Scoppola v. Italy (No. 3), Grand Chamber, 22.05.2012, App. no. 126/05.
Söyler v. Türkiye, 17.09.2013, App. No: 29411/07.
Sunday Times v. Birleşik Krallık, 1979, 30 Eur. Ct. H. R. (ser. A).
 US Supreme Court, *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974).
W, X, Y, Z v. Belgium, 30 May 1975, 18/6745/74/6746/74 s. 116.
 Yüksek Seçim Kurulu, Karar no: 1133, Karar Tarihi: 28 Aralık 2018.

KAYNAKLAR

AKARTÜRK Ekrem Ali, *Oy Hakkının Anayasal İlkeleri*, Legal Kitabevi, İstanbul 2017.

AKBULUT Olgun,

- “Serbest Seçim Hakkı” in Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 3. Baskı, Beta 2013, 543-556.

- “AİHS ve MSHS'nin Seçim Hükümlerinin Karşılaştırmalı İncelemesi” *Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu*, MEF Üniversitesi, İstanbul, 1-2 Mart 2018, Onikilevha, 89-99.

AKKAŞ Ahmet Hulusi, *Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

ALTINKÖK Serhat, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Açısından Serbest Seçim Hakkı”, (2015) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 5, 37-81.

ARTUK Mehmet Emin ve **ALAN AKCAN** Esra, “Mukayeseli Hukuk ve Türk Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3:2, Güz 2016, 5-37.

AVRUPA KONSEYİ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber: Mahpus Hakları” (2019) < https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Prisoners_rights_TUR.pdf> Erişim Tarihi: 25 Mayıs 2021.

AVRUPA KONSEYİ, “Guide on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Right to Free Elections” (2019) <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_Protocol_1_ENG.pdf> Erişim Tarihi: 8 Mart 2020.

AVRUPA KONSEYİ, “Hükümlülerin Oy Kullanma Hakkı Tematik Bilgi Notu” (2015) <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_vote_TUR.pdf> Erişim Tarihi: 8 Mart 2020.

AVRUPA KONSEYİ, Secretariat General of the Committee of Ministers Communication from the United Kingdom concerning the case of Hirst (No. 2) v. the United Kingdom, 02/11/2017 DH-DD(2017)1229, Action Plan 1302nd meeting (December 2017) (DH).

AVRUPA KONSEYİ, “Right to Vote Factsheet” (2016) <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Vote_ENG.pdf> Erişim Tarihi: 8 Mart 2020.

AYDIN Ömür, “Serbest Seçim Hakkı ve Kişinin Siyasal Etkinliklerinin Kısıtlanması Sorunu” (2020) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 15, 69-96.

BATES Ed, 'A Chronology on the Prisoner Voting Saga (2004-2015)' (PluriCourts Blog, 30 Ocak 2015) <<https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/blog/guests/2015-10-30-bates-prisoner-voting-rights.html>> Erişim Tarihi 24 May 2021.

BAUGH-DASH Neely, “Criminal Disenfranchisement: Deconstructing its Justifications and Crafting State-Centered Solutions” (2019) 7:1 Belmont Law Review 123-165.

BOĞA Bekir, “Türk Ceza Kanununun Siyasal Haklardan Yoksunluğa İlişkin Düzenlemesinin İptali” (2018) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1(1), 9-20.

BOWCOTT Owen, “Council of Europe accepts UK Compromise on Prisoner Voting Rights” (Guardian, 7 Aralık 2017) <<https://www.theguardian.com/politics/2017/dec/07/council-of-europe-accepts-uk-compromise-on-prisoner-voting-rights>> Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021.

BÖREKÇİ Eşref Barış, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü” (2021) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23:1, < <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899918>>, 607-638.

CRIMINAL DISENFRANCHISEMENT LAWS ACROSS THE UNITED STATES, Brennan Center for Justice 2019 (2021 güncellemesiyle), <<https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/criminal-disenfranchisement-laws-across-united-states>> Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021.

ÇELİKSOY Ergül, “Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights in Prisoners’ Right to Vote Cases” (2020) Human Rights Law Review 20, DOI: 10.1093/hrlr/ngaa027, 555-581.

DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin 2014.

DOTHAN Shai, “Comparative Views on the Right to Vote in International Law: The Case of Prisoners’ Disenfranchisement” in, *Comparative International Law* (Oxford University Press 2018) 379-397.

EKİNCİ Emre, “Devrimden Günümüze Fransız Siyasal Sisteminin Evrimi” (2016) Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 6:1, 149-172.

FOSTER Steve,

- "Prisoners' Rights, Freedom of Expression and the Human Rights Act 1998" (2002) *Journal of Civil Liberties* 7:2 53-82.

- "Reluctantly Restoring Rights: Responding to the Prisoner's Right to Vote" (2009) *Human Rights Law Review* 9:3 489-507.

GÖNENÇ Levent, *Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Adalet, Ankara – 2008.

GÖZLER Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt 1*, 1. Baskı, Ekin 2011.

GUIDANCE ON RELEASE ON TEMPORARY LICENCE, (UK Government, 2019) <https://www.gov.uk/guidance/release-on-temporary-licence> Erişim Tarihi: 26 Mayıs 2021.

HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet 2019.

JOHNSTON Neil, "Prisoners' Voting Rights: Developments since May 2015", House of Commons Briefing Paper (No. 07461, 2020) < <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-7461/> > Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

KABOĞLU İbrahim Ö, *Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, 7. Baskı, İmge 2013.

KARAGÖZ Kasım, "Mahkûmların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Bir Yaklaşım" (2007) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9:1 165-206.

KARAKAŞ DOĞAN Fatma, "AİHM'nin Söyler v. Türkiye Kararı ile Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında Mahkûmların Oy Hakkı" (2014) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 26:112, 107-126.

KARAMUSTAFAOĞLU Tunçer, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

KOCA Mahmut ve **ÜZÜLMEZ** İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.

KOÇAK Mustafa, "Seçim sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri", (2006) *Anayasa Yargısı* 23, 115-132.

KRENNERICH Michael, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission, Report on Electoral Law and Electoral Administration in Europe Synthesis Study on Recurrent Challenges and Problematic Issues), CDL-AD (2020)023, Strasbourg, 8 October 2020, Erişim Tarihi, 06.06.2021.

LOPEZ German, "The Democratic Debate Over Letting People in Prison Vote, Explained", *Vox* 2019, < <https://www.vox.com/policy-and-politics/2019/5/13/18535423/prisoner-felon-voting-rights-bernie-sanders-2020> > Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021.

ÖZBEK Veli Özer, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin, Ankara 2020.

ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. bası, Yetkin, Ankara 2017.

SOYSAL Mümtaz, *Anayasaya Giriş*, İmge Kitabevi, Ankara 2011.

SUMPF Alexandre, "Le suffrage universel", <http://histoire-image.org/fr/etudes/suffrage-universel>, Erişim Tarihi: 15.04.2021.

ŞİRİN Tolga, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı" (2011) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17:1-2, 283-348.

TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul 2015.

UGGEN Christopher, **LARSON** Ryan, **SHANNON** Sarah ve **PULIDO-NAVA** Arleth, “Disenfranchisement in 2020”, The Sentencing Project (2020).

USLU, Ateş “Avrupa’da Erken Dönem Sosyalist Teori ve İşçi Hareketleri (1830-1840)”, (2014) Akademik İncelemeler Dergisi 9:1.

VENEDİK KOMİSYONU, “Code of Good Practice in Electoral Matters” Guidelines and Explanatory Report CDL-AD(2002)023rev2-cor.

VENEDİK KOMİSYONU, “Electoral Law” CDL-EL(2013)006.

VENEDİK KOMİSYONU, “Report on the Abolition of Restrictions on the Right to Vote in General Elections by Mrs Mirjana Lazarova Trajkovska” CDL-AD(2005)011.

VIE PUBLIQUE, “Les étapes de la conquête du droit de vote”, <https://www.vie-publique.fr/fiches/23911-les-etapes-de-la-conquete-du-droit-de-vote>, Erişim Tarihi: 15.04.2021.

YELEKİN Süleyman, *Ceza Mahkûmiyetinin Seçme ve Seçilme Hakkına Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75)*, Beta, 7. Baskı, İstanbul 2019.

ZYSSET Alain, “Freedom of Expression, The Right to Vote, and Proportionality at the European Court of Human Rights: An Internal Critique” (2019) Oxford University Press 17:1 230-251.

Diğer Web Siteleri

ABD Anayasası, 'All Amendments to the United States Constitution' (*University of Minnesota Human Rights Library*) <http://hrlibrary.umn.edu/education/all_amendments_usconst.htm>

^{4f} **KAT MÜLKİYETİ KANUNU'NUN 34. MADDESİNE GÖRE**
YÖNETİCİNİN ATANMASI
(*THE APPOINTMENT OF ADMINISTRATOR ACCORDING TO THE ARTICLE 34 OF*
CONDOMINIUM OWNERSHIP ACT)

Dr. Şeyda DURSUN KARAAHMETOĞLU* **

ÖZ

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 34. Maddesine göre, kat malikleri anagayrimenkulün yönetimini bir yöneticiye ya da bir yönetim kuruluna verebilirler. Anagayrimenkulün sekiz veya daha fazla bağımsız bölümü varsa yönetici atanması mecburidir. Kural olarak yönetici her yıl gerçekleşen kat malikleri kurulunun yıllık olağan toplantısında atanır. Ancak kat malikleri kurulunun yönetici atayamaması halinde kat maliklerinden birinin başvurusu üzerine yönetici gayrimenkulün bulunduğu sulh mahkemesince atanır.

Anahtar kelimeler: Yönetici, yönetim kurulu, yönetici atama zorunluluğu, isteğe bağlı yönetici atanması, mahkeme tarafından yönetici atanması.

ABSTRACT

According to the article 34 of Condominium Ownership Act, condominium owners can appoint an administrator or a board of administration for the administration of property. Appointment of an administrator is compulsory if there are eight or more condominiums in the property. The administrator is appointed by the assembly of condominium owners at the annual meeting. However, any condominium owner is entitled to request the court to appoint an administrator if the assembly of condominium owners fails to appoint an administrator. In this case, the competent court is civil court of peace which is located in the place of property.

Keywords: *Administrator, board of administration, the obligation for the appointment of administrator, the appointment of administrator at the request of owner, the appointment of administrator by the court.*

^{4f} Eserin dergimize geliş tarihi: 10.06.2019. İlk hakem raporu tarihi:22.07.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 08.11.2020. Onaylanma tarihi: 08.11.2020.

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

** ORCID Number: 0000-0001-6490-1324.

Derginin basımı sırasında meydana gelen bir hata sebebi ile Sayın Dr. Şeyda DURSUN KARAAHMETOĞLU'nun "Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 34. Maddesine Göre Yöneticinin Atanması" adlı eseri özel hukuk bölümünde ve kıdem sırasında olması gerekirken, kamu hukuku bölümümüzün sonuna alınmak durumunda kalmıştır.

Esere Atıf Şekli: DURSUN KARAAHMETOĞLU, Şeyda, "Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 34. Maddesine Göre Yöneticinin Atanması", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1905-1918.

GİRİŞ

Yönetici, kat mülkiyetine tabi olan taşınmazların yönetimi bakımından en önemli unsurlardan biridir. Zira özellikle çok sayıda kat malikinin bulunduğu bir taşınmazdaki yönetim işlerini kat maliklerinin bir araya gelerek yürütmesini beklemek bu taşınmazın yönetiminin yavaş işlemesine sebep olabilir ve bu durum bir takım aksaklıkları da beraberinde getirebilir. Bu sebeple, kat mülkiyetine tabi olan taşınmazlarda yöneticinin atanması ve yöneticinin atanması esasında çıkan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması büyük önem arz etmektedir. Söz konusu önemine binaen çalışmamızda Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 34. maddesine göre yöneticinin atanması hususu incelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak yönetici atanmanın zorunlu ve iradi olduğu durumlar üzerinde durulacaktır. Sonrasında ise yöneticinin atanma yöntemleri ele alınacaktır. Toplu yapılarda yöneticinin atanması ise bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

A. Yönetici ve Yönetim Kurulu Kavramları

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun (KMK) 34. maddesine göre, anagayrimenkulün yönetimi için kat malikleri kendi aralarından ya da dışarıdan bir kimseyi yönetici olarak atayabilirler. Ancak kat malikleri isterlerse anagayrimenkulün yönetimini üç kişilik bir yönetim kurulu¹ da bırakabilir. Kat mülkiyetine tabi olan bir anagayrimenkulün yönetimi için tek bir kişi atanmışsa bu kişi “yönetici” olarak, üç kişiden oluşan bir kurul atanmışsa da bu kurul “yönetim kurulu” olarak adlandırılacaktır.

Doktrinde bir görüş, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yer alan “üç kişilik” ifadesinin kesin bir sayıyı ifade ettiğini ve yönetim kurulunda yer alan kişi sayısının üç kişiden az ya da çok olamayacağını belirtmiştir². Başka bir görüş ise kanun koyucunun “üç kişilik” ifadesi ile yönetim kurulunun asgari üye sayısını belirlemeyi hedeflediğini ve dolayısıyla üç kişiden fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu belirlenebileceğini savunmaktadır³. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda Kat Mülkiyeti Kanunu'nda üç kişilik bir sınırlamaya gidilmesinin sebebinin gereksiz mali külfetlerden kaçınmak olduğu; ancak anagayrimenkulün yönetim planında beş kişilik bir yönetim kurulu seçileceğine dair bir hüküm var ise beş kişilik bir yönetim kurulu atanabileceği sonucuna varmıştır⁴. Kanaatimizce, kanun koyucu “üç kişilik” ifadesi ile yönetim kurulunun asgari üye sayısını belirlemeyi hedeflemiştir. Kat maliklerinin iradesine göre yönetim kurulunun üç kişiden fazla kimse ile de teşekkülü mümkündür.

Ayrıca belirtilmelidir ki kat mülkiyetinin yönetimine ilişkin düzenlemelerde çoğunlukla “yönetici” ifadesi kullanılmış olsa da “yönetim kurulu” bir kurul olarak yönetici sayılabacağı için yöneticiye ilişkin düzenlemeler yönetim kurulu bakımından da uygulanacaktır⁵.

¹ Yönetim kurulu kendi arasından bir başkan seçse bile başkan seçilen bu kimsenin tek başına kat malikleri kurulu ya da yönetim kurulunu temsilen dava açamayacağı; dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin birlikte dava açmaları ve tüm yetkilerini birlikte kullanmaları gerektiği yönünde bkz.: **Ali Arcaç**, Kat Mülkiyeti Kanunu, İkinci Baskı, Ankara, 1988, s. 991-992. Benzeri yönde bkz.: **Şerafettin Gökalp**, Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat, Sekizinci Baskı, Ankara, 2015, s. 25.

² **İlknur Arslan/Mustafa Kırmızı**, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, Ankara, 2012, s. 563; **T. Murat Pulak**, Kat Mülkiyeti Kanunu, 4. Baskı, Ankara, 2008, s. 412.

³ **Şeref Ertaş**, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, Tıpkı 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 570; **Abdülkadir Arpacı**, Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul, 1994, s. 177; **Seda Öktem Çevik**, Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul, 2010, s. 88.

⁴ Yargıtay 18. HD. 04.04.2013, E.2013/3557, K. 2013/5592 (**Hasan Özkan**, Kat Mülkiyeti, İstanbul, 2015).

⁵ **Arpacı**, s. 177.

B. Yönetici Atanması Zorunluluğu

Kat Mülkiyeti Kanunu'nda anagayrimenkulde yer alan bağımsız bölüm sayısı ölçüt olarak dikkate alınmış ve belirli bir sayının üzerinde bağımsız bölüm içeren yapılar bakımından yöneticinin atanması zorunlu olarak kabul edilmiştir. KMK m. 34 II'ye göre, anagayrimenkulün sekiz veya daha fazla bağımsız bölümü varsa yönetici atanması zorunludur.

KMK m. 34 II hükmü emredici nitelikte⁶ olduğu için sekiz ve daha fazla bağımsız bölümden oluşan anagayrimenkuldeki kat malikleri aksi yönde bir karar olsa dahi bu karar hüküm ifade etmeyecektir.

C. İsteğe Bağlı Yönetici Atama

Sekizden az bağımsız bölümü olan binalar bakımından yöneticinin atanması mecburi değildir (KMK m. 34 II). Diğer bir ifade ile, sekizden az bağımsız bölümü olan binalarda yönetici atanması kat maliklerinin iradesine bırakılmıştır⁷. Dolayısıyla sekizden az bağımsız bölümü olan bir anagayrimenkuldeki kat malikleri anagayrimenkulün yönetimi için bir yönetici atanmasını isterlerse bunun için kanuni bir engel bulunmamaktadır⁸. Eğer kat maliklerinin bu yönde bir iradeleri söz konusu değilse anagayrimenkul kat malikleri tarafından birlikte yönetilecektir⁹.

Doktrininde bir görüş, yedi ya da daha az bağımsız bölümü olan bir taşınmazda kat maliklerinin oy birliği ile yönetici atayabileceğini belirtmiştir¹⁰. Kanaatimizce, sekizden az bağımsız bölümü olan yapılarda yönetici atanması için kat maliklerinin oy birliğine gerek yoktur. Bu durumda da yönetici kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile atanacaktır. Zira KMK m. 34'te sekizden az ya da fazla bağımsız bölümü olan taşınmazlar bakımından herhangi bir ayırım yapılmadan yöneticinin kat maliklerinin hem sayı hem de arsa payı bakımından çoğunluğu ile atanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla Kanun'da böyle bir düzenleme yer almamışken, sekizden az bağımsız bölümü olan taşınmazlar bakımından oybirliği aramak isabetli olmayacaktır.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda sekizden az bağımsız bölümü bulunan bir anagayrimenkul için yönetici atanması zorunluluğu olmadığından dolayı yönetim planına da bu zorunluluğu getiren bir düzenleme konulamayacağını; ancak kat malikleri kurulunca böyle bir karar alınabileceğini belirtmiştir¹¹. Doktrininde bir görüş ise Yargıtay'ın varmış olduğu bu sonucu eleştirerek Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre sekizden az bağımsız bölümü olan anagayrimenkuller bakımından yönetici atanması hususunun iradi olduğunu belirtmiş ve bu sebeple yönetim planı ile yönetici seçme zorunluluğunun getirilebileceğini savunmuştur¹².

⁶ Bu hükmün emredici nitelikte olduğu yönünde bkz.: **Safa Reisoğlu**, Uygulamada Kat Mülkiyeti, Yargıtay Kararları ile Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 1969, s. 89.

⁷ **Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 20. Bası, İstanbul, 2017, N. 2325. Ayrıca bkz.: Yargıtay HGK. 3.7.1974, E.1972/5- 1599, K. 1974/ 812 (**Ertas**, s. 571).

⁸ Yargıtay 18. HD. 14.03.2005, E. 2004/10340, K. 2005/2184 (**Arslan/Kırmızı**, s. 574-576); Yargıtay 18. HD. 11.12.1996, E. 1996/10340, K. 1996/11100 (**Mahir Ersin Germeç**, Kat Mülkiyeti Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2017, s. 900).

⁹ **Germeç**, s. 883.

¹⁰ **Mustafa Reşit Karahasan**, Kat Mülkiyeti Hukuku, 1. Cilt, İstanbul, 2008, s. 504.

¹¹ Yargıtay HGK. 3.7.1974, E. 1972/5-1599, K. 1974/812 (**Ertas**, s. 571). Aynı yönde bkz.: **Nihat İnal**, Apartman, Site, Toplu Konut, Devremülk Yönetimi, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2016, s. 350.

¹² **Arpacı**, Yönetim, s. 193; **Ali Haydar Karahacıoğlu/Cengiz Ergin**, Kat Mülkiyeti Kanunu, 8. Baskı, Ankara, 2011, s. 988.

Kanaatimizce de doktrinde savunulan bu görüş üstün tutulmalıdır. Zira kat maliklerinin oluşturduğu kişi birliğinin statüsü niteliğinde olan yönetim planının¹³ içerdiği konulardan birisi de kat mülkiyetine tabi olan taşınmazların yönetim tarzıdır. Nitekim KMK m. 28 I'de de yönetim planının yönetim tarzı, kullanma maksat ve şekli gibi hususları düzenleyeceği belirtilmiştir. Yöneticinin atanması konusu ise yönetim tarzına ilişkin bir husus olduğu için sekizden az bağımsız bölümü olan taşınmazlar bakımından yönetici atanması zorunluluğunun yönetim planı ile getirilebileceği sonucuna varılabilir.

D. Malikin Yönetici Sayılması

KMK m. 34 III uyarınca, anagayrimenkulde yer alan bağımsız bölümlerin hepsi aynı kişinin mülkiyetinde ise malik kanunen yönetici durumundadır¹⁴. Bu durumda ayrıca yönetici atanmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak malik sahip olduğu bağımsız bölümlerin mülkiyetini daha sonra başka kimselere devrederse bu durumda, anagayrimenkuldeki bağımsız bölümlerin malikleri farklı kişiler olacağı için söz konusu malikin yöneticilik sıfatı ortadan kalkacaktır¹⁵. Dolayısıyla böyle bir durumda, eğer anagayrimenkulde sekiz veya daha fazla bağımsız bölüm varsa kat maliklerinin yönetici atanması gerekecektir. Anagayrimenkulde sekizden az bağımsız bölüm var ise yönetici atanması zorunlu olmamakla birlikte kat malikleri isterlerse yönetici atayabileceklerdir.

Anagayrimenkulde bulunan bütün bağımsız bölümlere malik olan ve yasal olarak yönetici kabul edilen kimsenin ölmesi durumunda kimin yönetici sıfatını haiz olacağı hususu da ayrıca ele alınmalıdır. Eğer yasal olarak yönetici kabul edilen kimsenin tek mirasçısı varsa bu durumda bu kişi yasal olarak yönetici konumunda olacaktır¹⁶. Ancak ölen kimsenin birden çok mirasçısı mevcutsa ve anagayrimenkulde sekiz veya daha fazla bağımsız bölüm varsa bu taşınmaz için bir yönetici atanmalıdır¹⁷. Doktrinde bir görüş, miras ortaklığına bir temsilci atanmışsa söz konusu temsilci terekede yer alan taşınmaza ait yönetim işlerini de gerçekleştireceği için ayrıca yöneticiye ihtiyaç bulunmadığını belirtmiştir¹⁸.

E. Yönetici Atama Yöntemi

1. Kat Malikleri Kurulu Tarafından Yöneticinin Atanması

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun genel sistematiği dikkate alındığında yöneticinin kat malikleri kurulu ya da hakim tarafından olmak üzere iki şekilde atanabileceği sonucuna varılabilir. Yöneticinin kat malikleri tarafından atanması hususunun düzenlendiği KMK m. 34 V'e göre, yönetici kat malikleri kurulunun yıllık olağan toplantısında atanır. Yönetici, kat maliklerinin hem sayı¹⁹ hem de arsa payı çoğunluğunun kararı ile bir yıl²⁰ için atanır (KMK

¹³ Haluk Nami Nomer, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 836.

¹⁴ Yargıtay 18. HD. 23.09.1996, E. 1996/6417, K. 1996/7519 (Ertaş, s. 575); Yargıtay 18. HD. 15.06.1998, E. 1998/6261, K. 1998/7203 (Ertaş, s. 577).

¹⁵ Arpacı, Yönetim, s. 187.

¹⁶ Arpacı, Yönetim, s. 187.

¹⁷ Arpacı, Yönetim, s. 187-188.

¹⁸ Arpacı, Yönetim, s. 189.

¹⁹ KMK. m. 31 uyarınca, arsa payına bakılmaksızın her kat maliki tek oy hakkına sahiptir. Ancak, anagayrimenkulde birden fazla bağımsız bölümü bulunan kat maliki her bağımsız bölüm için ayrı oy hakkına sahiptir. Bununla birlikte anılan kat malikinin sahip olduğu bağımsız bölümlerin sayısı ne olursa olsun söz konusu kat malikinin sahip olduğu oy sayısı en fazla bütün oyların üçte biri olabilir.

m. 34 IV, V). KMK m. 34 IV hükmü emredici nitelikte²¹ olduğu için yönetim planında başka yönde bir düzenleme olsa bile yönetici yine kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile seçilecektir²². Eski yönetici yeniden atanabilir (KMK m. 34 V).

KMK m. 30 I'e göre, kat malikleri kurulu kat malikleri arsa payı ve sayı bakımından yarısından fazlası ile toplanır ve oy çokluğu ile karar alır. Ancak Kat Mülkiyeti Kanunu'nda kat malikleri kurulunun toplanması ve karar alması bakımından özel bir çoğunluk belirlendiği durumlarda KMK m. 30 I'de yer alan söz konusu genel kural uygulanmayacaktır (KMK m. 30 III). Yöneticinin atanması bakımından ise Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 34. maddesinde özel bir çoğunluk belirlendiği için, yukarıda belirtilmiş olduğu üzere, yönetici seçimi kat maliklerinin hem sayı hem de arsa payı çoğunluğunun kararı ile gerçekleştirilecektir²³. Benzeri şekilde, kat malikleri kurulunun gerçekleştirilmiş olduğu toplantının ilk ya da ikinci toplantı olduğuna bakılmaksızın yönetici atanması yine KMK m. 34 IV'te belirtilmiş olan özel sayı çoğunluğuna göre yapılacaktır²⁴.

Kanun'da yöneticinin her yıl yapılan olağan yönetim toplantısında atanacağı belirtildiği için yöneticinin görev süresinin bir yıl olduğu sonucuna varılacaktır. Ancak yöneticinin görev süresi kat malikleri kurulunun toplanıp bir sonraki yönetici seçilinceye kadar devam edecektir²⁵.

²⁰ Doktrinde bir görüş, bir yıllık sürenin azami süre olduğunu ve KMK. m. 34'ün azami süre bakımından emredici nitelikte olduğunu belirterek bir yıldan daha az süre için yönetici tayininin mümkün olduğu savunmaktadır. Bu görüş için bkz.: **Arpacı**, Yönetim, s. 194.

²¹ Bu hükmün emredici nitelikte olduğu yönünde bkz.: Yargıtay HGK. 13.11.2013, E. 2013/18-353, K. 2013/1569 (**Germeç**, s. 889-892); **Reisoğlu**, s. 89. Yargıtay vermiş olduğu başka bir kararda ise KMK. m. 34'ün emredici olmadığını ve kat maliklerinin yönetici seçimi konusunda başka bir esas belirleyebileceklerini kabul etmiştir. Bu karar için bkz.: Yargıtay 5. HD. 9.10.1972, E. 1972/8840, K. 1972/9786 (**A. Nevzad Odyakmaz**, Kat Mülkiyeti Yasası, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 1984, s. 179).

²² Yargıtay 18. HD. 26.2.1998, E. 1997/12739, K. 1998/1803 (**Sait Rezaki/Mahir Ersin Germeç**, Kat Mülkiyeti ve Devre Mülk, Ankara, 1999, s. 870); aynı yönde bkz.: Yargıtay 5. HD. 26.02.1979, E. 1978/1529, K. 1979/16 (**Arcak**, s. 1013).

²³ Bkz. yukarıda sayfa 4.

²⁴ **Arslan/Kırmızı**, s. 565. Ayrıca bkz.: Yargıtay 18. HD., 01.11.2010, E. 2010/10928, K. 2010/14212 (**Arslan/Kırmızı**, s. 570-571): "...Kat malikleri kurulunun ikinci toplantısında yönetici veya denetçi atanıp seçilmesi bu durumu değiştirmemektedir. Diğer bir anlatımla yönetici ve denetçi seçimi her halde ve mutlaka sayı ve arsa payı çoğunluğu ile yapılmaktadır...". Benzer yönde bkz.: Yargıtay 18. HD., 26.04.2010, E. 2009/12349, K. 2010/6240 (**Arslan/Kırmızı**, s. 571); Yargıtay 18. HD. 28.09.2015, E. 2015/9880, K. 2015/13103 (**Germeç**, s. 893-894); Yargıtay 18. HD. 13.01.2014, E. 2014/14187, K. 2014/42 (**Germeç**, s. 894); Yargıtay 18. HD. 02.10.2012, E. 2012/8952, K. 2012/10554 (**Germeç**, s. 894); Yargıtay 18. HD. 14.09.2009, E. 2009/978, K. 2009/6862 (Lexpera); Yargıtay 18. HD. 30.04.2012 E. 2012/2897, K. 2012/4719 (Lexpera); Yargıtay 5. HD. 1.2.1982, E. 1982/331, K. 1982/618 (**Karahasan**, s. 506); Yargıtay 18. HD. 26.10.2010 E. 2009/12340, K. 2010/6240 (**Karahacıoğlu/Ergin**, s. 991-992); Yargıtay 5. HD. 26.03.1984, E. 1984/2271, K. 1984/2260 (**Karahacıoğlu/Ergin**, s. 1015); Yargıtay 5. HD. 1.2.1982, E. 1982/331, K. 1982/618 (**Odyakmaz**, s. 182)

Ancak yönetici seçimine ilişkin ikinci toplantıda her ne kadar kat malikleri ve arsa payı çoğunluğu sağlanmış olsa bile toplantı çağrı usulüne uyulmamışsa yönetici seçiminin geçersiz olacağı yönünde bkz.: Yargıtay 5. HD. 21.09.1987, E. 1987/17096, K. 1987/14637 (**Karahasan**, s. 506).

²⁵ Yöneticinin bu zaman zarfı içerisinde yapmış olduğu işlemlerin geçerli olduğu yönünde bkz.: Yargıtay 18. HD. 15.2.1996, E. 1996/336, K. 1996/1714 (**Germeç**, s. 901). Diğer taraftan, yönetici atanması bakımından çifte çoğunluğun sağlanmadığı anlaşılmış olsa bile kararın iptali için dava açıl-

Her ne kadar yöneticinin görev süresi kural olarak bir yıl olsa da, Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda, bir yıllık süre dolmadan kat malikleri kurulunun yeterli çoğunlukla ve usulüne uygun toplanıp karar almaları durumunda, mevcut yöneticinin görevine son verilerek yeni yönetici seçilebileceği sonucuna varmıştır²⁶. Doktrinde bir görüş, kat malikleri tarafından seçilmiş olan bir yöneticinin görevine devam etmesi kat malikleri için çekilmez hale gelmişse kat maliklerinin mevcut yöneticiyi azletmek ve yeni bir yönetici seçmek için olağanüstü toplanabileceğini; ancak yöneticinin olağanüstü toplantıya çağrı işlemini gerçekleştirmekten kaçındığı hallerde kat maliklerinin KMK m. 34 VI uyarınca yönetici tayini için mahkemeye başvurmasının mümkün olmadığını savunmuştur²⁷. Zira bu ihtimalde anagayrimenkulde bir yönetici bulunmaktadır. Söz konusu görüş uyarınca, bu durumda kat maliklerinden birinin başvurusu üzerine olağanüstü toplantı çağrısı yapması için bir kayyım tayin edilmesi gerekir²⁸. Kanaatimizce de söz konusu ihtimalde anagayrimenkulde bir yönetici olduğu için olağanüstü toplantı çağrısının yapılabilmesi için bir kayyım tayin edilmelidir. Benzeri şekilde, yönetici ile kat malikleri arasında başka türlü bir ihtilaf çıktığı ihtimalde mahkeme anagayrimenkulün tedbiren yönetilmesine kanaat getirirse bir yönetici değil kayyım atanmalıdır²⁹.

Kat malikleri kurulu tarafından yönetici atanırken yönetim planında yer alan düzenlemeler dikkate alınarak bir atama yapılmalıdır. Bu açıdan yönetim planında bir yönetim kurulu atanacağı kararlaştırılmışsa kat maliklerinin tek bir yönetici ataması mümkün değildir³⁰. Aynı şekilde yönetim planında tek bir yönetici seçileceği hususu düzenlenmişse kat maliklerin yönetim kurulu ataması da mümkün değildir³¹.

Ölüm, hastalık ya da istifa gibi sebeplerle yöneticilik görevinin boşaldığı bir durumda ise yapılacak olan bir olağanüstü toplantı ile yeni bir yönetici atanabilir³². Olağanüstü toplantı ile seçilen yöneticinin görev süresi yıllık olağan toplantıya kadar devam edecektir³³. Kanaatimizce yöneticilik görevinin boşalmış olduğu bu gibi durumlarda kat malikleri kurulunun olağanüstü bir toplantı yapmadan yönetici tayini için sulh mahkemesine başvuru yapması da mümkün değildir. Zira KMK m. 34 VI uyarınca yönetici tayini için mahkemeye başvurulabilmesi bakımından kat maliklerinin toplanıp yönetici atama olanağının bu-

mamış olduğundan ve dolayısıyla bu kararın iptal edilinceye kadar geçerli sayılacağı yönünde bkz.: Yargıtay 5. HD. 12.11.1984 E. 1984/9943, K. 1984/9531 (**Karahasan**, s. 507).

²⁶ Yargıtay 18. HD. 20.11.2000 E. 2000/11802, K. 2000/12391 (**Ertas**, s. 578); Yargıtay 18. HD. 25.09.1995, E. 1995/7857, K. 1995/9133 (**Germeç**, s. 902). Ayrıca bkz.: Yargıtay 18. HD. 22.10.2001 E. 2001/8137, K. 2001/9232 (**Muzaffer Özer**, Kat Mülkiyeti Yasası, Ankara, 2008, s. 473).

²⁷ **Abdülkadir Arpacı**, "Kat Mülkiyeti İlişkisi İçin Mahkemece Tayin Edilen Yöneticinin Hukuki Durumu", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 127.

²⁸ **Arpacı**, Armağan, s. 127.

²⁹ **Arpacı**, Armağan, s. 128.

³⁰ **Germeç**, s. 885; **Arcak**, s. 996.

³¹ **Arcak**, s. 996.

³² **Germeç**, s. 885; **Arpacı**, Yönetim, s. 178; **Karahasan**, s. 508; **Arcak**, s. 999; **Ayhan Yalçın**, Apartman Yöneticisinin El Kitabı, İstanbul, 1988, s. 163. Doktrinde başka bir görüş, bu durumda kat maliklerinin olağan toplantıya çağırılarak yeni bir yönetici seçileceğini savunmaktadır. Bu yönde bkz.: **Karahacıoğlu/Ergin**, s. 989.

Bu gibi durumlarda apartman yönetimine dair işler aksamadan devam etmesi için yedek yönetici kavramının devreye girmesi ve Kat Mülkiyeti Kanunu'nda bu yönde bir değişiklik yapılması gerekliliği yönünde bkz.: **Gökalp**, s. 28.

³³ **Germeç**, s. 886; **Arpacı**, Yönetim, s. 178; **Arslan/Kırmızı**, s. 565; **Karahasan**, s. 508; **Yalçın**, s. 163.

lanmaması gerekir. Dolayısıyla ölüm hastalık veya istifa gibi sebeplerle yöneticilik görevinin boşaldığı durumlarda kat malikleri kurulunun yönetici seçimi için olağanüstü toplanmasına rağmen yönetici seçilememişse ancak bu durumda KMK m. 34 VI uyarınca mahkemeden yönetici tayini talep edilebilir³⁴.

2. Mahkeme Tarafından Yöneticinin Atanması

KMK m. 34 VI'ya göre, kat malikleri belirli hususlarda anlaşmaya varamadığı takdirde gayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh mahkemesine başvurarak yönetici atanmasını talep edebilirler³⁵. Bu düzenleme uyarınca, kat maliklerinin anagayrimenkulün yönetiminde anlaşamaması veya kat maliklerinin ana gayrimenkul için yönetici atayamaması durumlarından birinin varlığı halinde hakimin yönetici ataması mümkündür³⁶. Diğer taraftan, ancak kat maliklerinden birinin mahkemeye başvurusu üzerine sulh mahkemesi yönetici tayinini gerçekleştirebilir. Başka bir ifade ile, bu yönde bir başvuru olmadıkça hakimin karar vermesi mümkün değildir³⁷.

Yukarıda belirtilmiş olduğu gibi KMK m. 34 VI uyarınca hakimin yönetici ataması kat maliklerinin anagayrimenkulün yönetiminde anlaşamaması ya da kat maliklerinin anagayrimenkul için yönetici atayamaması hallerinde mümkündür. Dolayısıyla KMK m. 34 VI'nın kat maliklerinin anagayrimenkulün yönetiminde aşamadığı kimi problemleri yönetici atamak suretiyle çözmeyi amaçladığı sonucuna varılabilir. Bu kapsamda KMK m. 34 VI'da yer alan kat maliklerinin anagayrimenkul için yönetici atayamaması durumu ele alındığında, sekiz ya da daha fazla bağımsız bölümü bulunan bir anagayrimenkulde kat maliklerinin yönetici atayamaması halinde ya da sekizden az bağımsız bölümü olan bir anagayrimenkulde kat maliklerinin yönetici atama iradesine sahip olmalarına rağmen yönetici atayamadıkları durumlarda sulh mahkemesine başvurarak yöneticinin atanmasını isteyebilecekleri sonucuna varılabilir. KMK m. 34 VI'da geçen kat maliklerinin anagayrimenkulün yönetiminde anlaşamaması durumu ile ne ifade edilmek istendiği ise net değildir³⁸. KMK m. 34 VI'nın amacının belirli şartların gerçekleşmesi halinde mahkeme tarafından yönetici atanmasının gerçekleştirilmesi olduğu hususu göz önünde bulundurulursa Kanunda ifade edilmiş olan anagayrimenkulün yönetiminde anlaşamaması durumu yöneticisi olan taşınmazlar için uygulanamaz. Zira KMK m. 34 VI uyarınca mahkemeden yönetici tayininin talep edilebilmesi için taşınmazın bir yöneticisi olmamalıdır³⁹. Bu sebeplerle KMK m. 34 VI'da geçen kat maliklerinin anagayrimenkulün yönetiminde anlaşamaması durumu yalnızca yöneticisi bulunmayan ya da kat maliklerince yönetici atama iradesi bulunmayan sekizden az bağımsız bölümü olan anagayrimenkuller bakımından uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla yönetici atama zorunluluğu bulunmayan taşınmazlar her ne kadar kat malikleri tara-

³⁴ Ayrıca bkz.: Yargıtay 5. HD. 16.02.1976 E. 1976/381, K. 1976/1762 (**Arcak**, s. 1019).

³⁵ KMK. m. 34 VI'da yer alan düzenlemenin kamu düzeniyle ilgili ve dolayısıyla emredici nitelikte olduğu; bu sebeple kat maliklerine tanınmış olan bu hakkın yönetim planına konulan bir hükümlerle veya anlaşmayla elinden alınamayacağı yönünde bkz.: **Arpacı**, Yönetim, s. 191-192.

³⁶ Yargıtay 18. HD. 28.01.2002 E. 2001/11632, K. 2002/393 (**Ertas**, s. 579); Yargıtay 18. HD. 26.09.2002 E. 2002/7293, K. 2002/8768 (**Ertas**, s. 579-580).

³⁷ **Arcak**, s. 1003.

³⁸ **Arpacı**, Armağan, s. 125.

³⁹ Yöneticinin kat malikleri kurulunca seçilerek atanmış olduğu durumda KMK. m. 34 VI'nın şartlarının gerçekleşmeyeceği yönünde bkz.: Yargıtay 18. HD. 30.04.2009, E. 2008/13358, K. 2009/4576 (Lexpera); Yargıtay 5. HD. 5.4.1968, E. 1968/1022, K. 1968/1983 (**Celal Erdoğan**, Kat Mülkiyeti ve Bundan Doğan Davalar ile Kapıcılarla İlgili Konular, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, 1972, s. 181).

findan yönetiliyor olsa da, kat malikleri taşınmazın yönetiminde anlaşılmazlarsa KMK m. 34 VI uyarınca sulh hakiminden yönetici atanmasını talep edebileceklerdir. Diğer taraftan doktrinde bir görüş, KMK m. 34 II'deki düzenleme dikkate alınırsa yönetici atanması zorunlu olmayan sekizden az bağımsız bölümü olan bir anagayrimenkuldeki kat maliklerinin yönetici atanması için KMK m. 34 VI gereğince hakime başvuramayacağını; zira bu tarz taşınmazlarda yönetici tayini zorunluluğu bulunmadığından kat maliklerinin de yönetici tayini için mahkemeye başvuramayacağını belirtmiştir⁴⁰. Yargıtay tarafından verilmiş olan kararların çoğunda ise sekizden az bağımsız bölümü olan bir anagayrimenkuldeki kat malikleri anagayrimenkulün yönetiminde anlaşılmazlarsa⁴¹ veya yönetici atayamazlarsa⁴² maliklerden biri taşınmazın bulunduğu yerdeki sulh mahkemesine başvurarak taşınmaz için bir yönetici atanmasını talep edebileceği sonucuna varılmıştır⁴³. Ancak Yargıtay'ın farklı görüşte olduğu başka bir kararda, sekizden az bağımsız bölümü olan bir anagayrimenkule yönetici atanması kat maliklerinin iradesinde olduğu için kat maliklerinin yerine geçerek mahkeme tarafından yönetici atanmasına karar verilemeyeceği belirtilmiştir⁴⁴. Kanaatimizce de anılan Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, sekizden az bağımsız bölümü olan bir anagayrimenkuldeki kat maliklerinin anagayrimenkulün yönetiminde anlaşılamaması ya da yönetici atayamaması halinde maliklerinden biri sulh mahkemesine başvurarak yöneticinin atanmasını talep edebilir.

KMK m. 34 VI uyarınca, sulh mahkemesine başvurularak yönetici atanması şu durumlarda talep edilebilir: Örneğin, yönetim planında kat maliklerinin sırayla yönetici olacağı hususu düzenlenmiş olmasına rağmen sıra kendisine gelen kat maliki yönetici olmayı kabul etmezse ya da yönetim planında kat maliklerinden birinin yönetici olarak atanacağı hususu yer almasına rağmen toplantı ya da karar yeter sayısı sağlamadığı için kat maliklerinden birisi yönetici olarak atanamamışsa, böylesi durumlarda, yönetici atanması için hakime başvurulabilir⁴⁵. Benzeri şekilde, kat malikleri kurulunun Kanun'da aranan yasal çoğunlukla toplanmış olmasına rağmen yönetici seçimi için kat malikleri bakımından gerekli

⁴⁰ **Arpacı**, Yönetim, s. 192; **Arpacı**, Armağan, s. 125. Anılan yazar Kat Mülkiyetinde Yönetim isimli eserinde yönetici atanması zorunluluğunun sekizden az bağımsız bölümü olan anagayrimenkuller bakımından da yasal olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Ayrıca bkz.: **Germeç**, s. 883. Yazar, sekizden az bağımsız bölümü olan anagayrimenkullerde yönetici atanması zorunlu olmadığı için hakimin yönetici atamakla zorunlu olmadığını, ancak yönetim planında yönetici atanması kararlaştırılmışsa ya da kat malikleri arasında bu yönde bir teamül varsa kat malikleri yönetici atayamadığı durumda sulh hakiminin yöneticinin atanmasına karar verebileceğini belirtmiştir.

⁴¹ **Germeç**, s. 886; Yargıtay 18. HD. 26.02.1998 E. 1997/12739, K.1998/1803 (**Germeç**, s. 914)

⁴² **Arslan/Kırmızı**, s. 566; Yargıtay 18. HD., 14.03.2005, E. 2004/10340, K. 2005/2184 (**Arslan/Kırmızı**, s. 574-576).

⁴³ Yargıtay 5. HD. 12.06.1989, E. 1989/23455, K. 1989/12883 (**Karahasan**, s. 504-505); Yargıtay 18. HD. 3.3.2003, E. 2002/12542, K. 2003/1491 (**Karahacıoğlu/Ergin**, s. 997); Yargıtay 5. HD. 12.01.1970, E. 1970/6243, K. 1970/65 (**Erdoğan**, s. 182); Yargıtay 18. HD. 26.02.1998, E. 1997/12739, K. 1998/1803 (**Rezaki/ Germeç**, s. 870). Doktrinde aynı yönde bkz.: **İnal**, s. 348-350; **Karahasan**, s. 504; **Karahacıoğlu/Ergin**, s. 988; **Erdoğan**, s. 178; **Pulak**, s. 414-415; **Rezaki/ Germeç**, s. 861-862.

⁴⁴ Yargıtay 18. HD. 19.02.2015 E. 2014/14360, K. 2015/2368 (Lexpera); Yargıtay 5. HD. 18.02.1976 E. 1976/12125, K. 1976/1820 – Karşı oy yazısı (**Arcak**, s. 1024).

⁴⁵ **Germeç**, s. 885; **Karahasan**, s. 507; **Arcak**, s. 1002. Yönetim planında kat maliklerinden birinin yönetici atanacağı yer almış olsa bile hiç bir kat maliki yöneticilik görevini kabul etmez ve yöneticinin kat malikleri arasından seçimi mümkün olmazsa dışarıdan bir kimsenin yönetici olarak atanabileceği yönünde bkz.: Yargıtay 5. HD. 9.10.1972 E. 1972/8840, K. 1972/9786 (**Karahasan**, s. 507-509); **Odyakmaz**, s. 172.

olan sayı ve arsa payı çoğunluğu sağlanamamışsa, hakime başvurularak yönetici tayini talep edilebilir⁴⁶. Bundan başka, yönetim planında her yılın belirli zamanında yapılacak olan genel kurulla yönetici seçileceği kararlaştırılmış olmasına rağmen belirlenmiş olan zamanda kat malikleri kurulunun toplanmadığı ve yöneticinin atanmadığı bir ihtimalde de hakime başvurularak yönetici atanması talep edilebilir⁴⁷.

Yönetici atamasına karar verilecek olan bu gibi durumlarda sulh mahkemesi diğer kat maliklerini de dinleyerek bir yönetici atayacaktır⁴⁸. Böylece hakim, hem kat maliklerinin toplanıp yönetici atayamadıkları iddiasını gözden geçirecek hem de kimin yönetici tayin edilebileceği hususunda değerlendirmede bulunma fırsatı bulacaktır⁴⁹.

Hakimin buradaki görevi yalnızca yöneticiyi atamaktan ibarettir. Hakim tarafından verilecek olan kararda ayrıca yöneticinin yapacağı ya da yapamayacağı işlerin belirlenmesi yasal olarak mümkün değildir⁵⁰. Diğer taraftan, yönetici ataması için mahkemeye başvuran kat maliki bir yönetici adayı göstermiş olsa bile hakim bununla bağlı değildir; hakim kat maliklerinden ya da dışarıdan birini yönetici olarak atayabilir⁵¹. Hakim yöneticilik görevini birden fazla kişinin yürütmesi gerektiğine karar verirse anagayrimenkulün yönetimi için bir yönetim kurulu da tayin edebilir⁵².

Kat maliklerinden birinin sulh mahkemesine yönetici tayini için başvurusu üzerine başlamış olan yargılama devam ederken; fakat hakim henüz yönetici atama kararını vermeden önce kat malikleri kurulu toplanıp yönetici atanmışsa bu durumda yönetici atama kararının hakime bildirilmesi üzerine davanın reddedilmesi gerekir⁵³. Zira böyle bir durumda hakim için artık yönetici atama hakkında dava konusu kalmamıştır.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, yönetici seçme ya da mahkemeye başvurarak yönetici atanmasını talep hakkı sadece kat maliklerine tanınmış olduğu için kat maliki olmayan bir kimsenin yöneticinin atanması ile ilgili olarak açmış olduğu davada aktif husumet ehliyeti bulunmadığını belirtmiştir⁵⁴. Diğer taraftan doktrinde bir görüş, yönetici tayini için mahkemeye başvuru hakkının yalnızca kat maliklerine tanınmış olması durumunu bir eksiklik olarak nitelendirerek bazen üçüncü kişilerin, örneğin intifa, süknâ hakkı sahiplerinin ya da kiracıların da yöneticinin atanmasında haklı menfaatleri bulunabileceğini belirtmiştir⁵⁵. Bu görüş, isabetli olarak, KMK m. 34 VI'nın geniş yorumlanarak haklı çıkarılarını

⁴⁶ **Arcak**, s. 1002.

⁴⁷ Yargıtay 18. HD. 21.1.2002, E. 2001/11632, K. 2002/393 (**Arslan/Kırmızı**, s. 579-580); aynı yönde bkz.: **Karahasan**, s. 509; **Arcak**, s. 1002; KMK. m. 34'e göre mahkeme tarafından yönetici atanabilmesi bakımından kat malikleri kurulunun toplantıya çağırılmasının ya da toplantı yapılmasının ön şart olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz.: Yargıtay 18. HD. 15.05.2012, E. 2012/2967, K. 2012/5671 (Lexpera).

⁴⁸ Yargıtay 18. HD. 15.05.2012, E. 2012/2967, K. 2012/5671 (**Özkan**, s. 407); Yargıtay 18. HD. 28.03.2011, E. 2011/1423, K. 2011/4093 (**Özkan**, s. 407-408).

⁴⁹ **Arpacı**, Armağan, s. 127.

⁵⁰ Yargıtay 18. HD. 26.09.2002, E. 2002/7293, K. 2002/8768 (**Arslan/Kırmızı**, s. 577-578).

⁵¹ **Arpacı**, Yönetim, s. 190; Yargıtay 18. HD. 24.06.2002, E. 2002/6225, K. 2002/7188 (**Germeç**, s. 909).

⁵² **Arpacı**, Yönetim, s. 178.

⁵³ Yargıtay 5. HD. 12.10.1972, E. 1972/9603, K. 9880 (**Arcak**, s. 1005).

⁵⁴ Yargıtay 18. HD. 16.6.2014, E. 2014/8595, K. 2014/10525 (**Germeç**, s. 906). Aynı yönde bkz.: Yargıtay 18. HD. 7.6.2005, E. 2005/3216, K. 2005/5988 (**Pulak**, s. 418).

⁵⁵ **Arpacı**, Yönetim, s. 190-191.

ispat eden kimselerin yönetici tayini için hakimın müdahalesini talep edebileceği sonucuna varmaktadır⁵⁶.

Kural olarak, KMK m. 34 VI uyarınca hakim tarafından atanan yönetici kat maliklerince atanan yönetici ile aynı hak ve yetkilere sahiptir⁵⁷. Ancak kat maliklerince atanan yöneticiden farklı olarak mahkeme tarafından atanan yönetici, atama üzerinde en az altı ay⁵⁸ geçtiği takdirde kat maliklerince değiştirilebilir⁵⁹. Haklı bir sebebin varlığı halinde ise söz konusu yönetici kendisini atayan sulh mahkemesinin izni ile değiştirilebilir. Sulh mahkemesi tarafından atanan yöneticinin değiştirilmesi bakımından haklı sebebin neler olduğu her somut olayda hakim tarafından ayrıca değerlendirilmelidir. Hakim söz konusu değerlendirmeler esnasında kat malikleri ve yöneticiyi dinleyerek karar vermelidir⁶⁰. Yasada bu konuda doğrudan düzenleme olmamasına rağmen doktrinde bir görüş yöneticinin değiştirilmesine izin veren sulh mahkemesinin yeni bir yönetici de atayabileceği savunmaktadır.⁶¹

F. Yöneticiden Teminat İstenmesi

KMK m. 34 VIII'e⁶² göre, yöneticiden iki durumda teminat talep edilebilir. İlk olarak, kat malikleri ile yönetici arasında bir yöneticilik sözleşmesi yapılmışsa bu sözleşmede yönetici tarafından teminat gösterilmesi kararlaştırıldığı takdirde, yöneticiden teminat göstermesi talep edilebilir. İkinci olarak ise, sözleşmede bu yönde bir düzenleme olmasa bile haklı bir sebebin varlığı halinde kat malikleri yöneticiden teminat göstermesini talep edebilir.

KMK m. 34 VIII'de yönetici atanırken kendisi ile yapılan sözleşmeden bahsedildiği için bu ifade ile kanun koyucunun yönetici ile sözleşme yapılması gerekliliği anlamı çıkarılabilir. Ancak yönetici ile ayrıca sözleşme yapılmasına gerek yoktur. Zira yönetici olarak seçilen kimsenin bu görevi kabul etmesiyle birlikte kat malikleri ile yönetici arasında kat malikleri kurulu kararı çerçevesinde bir vekalet sözleşmesi kurulmaktadır⁶³. Ancak KMK m. 34 VIII uyarınca taraflar ek bir yöneticilik sözleşmesi yapabilirler.

Yöneticiden teminat göstermesinin talep edilmesinin temel amacı genel giderlerde kullanılmak üzere kat maliklerinden toplanan paraların keyfi kullanılmasını önlemektir⁶⁴. Dolayısıyla yöneticiden teminat istenebilmesi için onun kat maliki olup olmaması önem arz etmemektedir. Diğer bir ifade ile, yönetici ister kat maliki olsun isterse de dışarıdan atanmış bir kimse olsun ondan teminat istenebilir⁶⁵.

⁵⁶ **Arpacı**, Yönetim, s. 191. Yazar, KMK. m. 33'teki "kat malikleri" teriminin geniş yorumlanarak uygulandığını belirtmiştir. Nitekim KMK. m. 33 I hükmünün 28.11.2007 tarihinde uğradığı değişiklikten önceki ve sonraki halinde de kat maliklerinden birinin veya onun katından kira sözleşmesi, oturma hakkı veya başka bir sebebe dayanarak devamlı surette faydalanan kimselerin hakimın müdahalesini talep edebileceği belirtilmektedir.

⁵⁷ Yargıtay 18. HD. 23.01.2003 E. 2003/11521, K. 2003/184 (**İnal**, s. 351-352).

⁵⁸ Doktrinde bir görüş, bu düzenlemenin isabetli olmadığını belirterek kat maliklerinin yeni bir yönetici seçmesinin mümkün olması gerektiğini savunmuştur. Bu yönde bkz.: Selahattin Sulhi Tekinay, **Kat Mülkiyeti**, İstanbul, 1991, s. 111.

⁵⁹ Bu hükmün emredici nitelikte olduğu yönünde bkz.: **Reisoğlu**, s. 89.

⁶⁰ **Germeç**, s. 887.

⁶¹ **Arpacı**, Yönetim, s. 226; **Germeç**, s. 887; **Odyakmaz**, s. 163.

⁶² Söz konusu hükmün uygulama kabiliyeti olmadığı yönünde bkz.: **Tekinay**, s. 111.

⁶³ **Arpacı**, Yönetim, s.195; **Arpacı**, Armağan, s. 130; **Tekinay**, s. 115; **Çevik**, s. 88-89; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2329; **Lale Sirmen**, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 477.

⁶⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2331.

⁶⁵ **Özer**, s. 481.

Haklı bir sebebin varlığı halinde yöneticinden teminat gösterilmesini isteme hakkı kat malikleri kuruluna aittir⁶⁶. Kat malikleri kurulunun karar alma çoğunluğu ile bu yönde bir karar alması yeterlidir⁶⁷. Yönetici seçiminde olduğu gibi kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile karar alınmasına gerek yoktur⁶⁸.

Teminat istenmesine karşılık yöneticinin teminat göstermemesinin yaptırımının ne olacağı ise yasal olarak düzenlenmemiştir. Doktrindeki ağırlıklı olarak savunulan görüş, kanaatimizce de isabetli olarak, gerekli teminatın gösterilmemesi halinde KMK m. 41 I gereğince yöneticinin değiştirilebileceğini savunmaktadır⁶⁹.

G. Yöneticinin Adı ve Adresinin Anagayrimenkulün Belli Bir Yerine Asılması

Kat mülkiyetine tabi olan bir anagayrimenkulün yönetiminde yönetici önemli bir rol üstlendiğinden dolayı kat maliklerinin kendisi ile kolay iletişim kurmasını sağlamak için yöneticinin iletişim bilgileri tüm kat malikleri bakımından ulaşılabilir olmalıdır. Bu hususun önemine istinaden yöneticinin adının ve soyadının, iş ve ev adresinin anagayrimenkulün kapısına ya da girişte görülecek olan bir yere asılması gerektiği KMK m. 34 IX'da yer almaktadır. Yönetici aynı zamanda kat maliki ise oturduğu daire numarasının yazılması da yöneticiye erişim bakımından kolaylık sağlayacaktır. Eğer bu yapılmazsa, ilgili bir kimse- nin⁷⁰ başvurması üzerine, yönetici ya da yönetim kurulu üyelerinden her birine hakim tarafından idari para cezası verilecektir.

SONUÇ

Yöneticinin varlığı kat mülkiyetine tabi olan taşınmazların yönetiminin aksamadan devam edebilmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Buna rağmen Kat Mülkiyeti Kanunu yönetici atanmasını tüm taşınmazlar bakımından zorunlu görmemiştir. KMK m. 34'e göre, yalnızca sekiz veya daha fazla bağımsız bölümü olan taşınmazlar için yönetici atanması zorunludur. Sekizden az bağımsız bölümü olan taşınmazlar bakımından ise yönetici atanması kat maliklerinin iradesine bırakılmıştır. Bu kapsamda, sekizden az bağımsız bölümü olan taşınmazlarda kat malikleri yönetim planında yönetici seçme zorunluluğu getirebilecekleri gibi kat malikleri kurulunca da bu yönde karar alınabilir.

Kat malikleri anagayrimenkulün yönetimi bakımından tek bir kişiyi yönetici olarak atayabileceği gibi, üç kişilik bir yönetim kurulu da belirleyebilir. Kanun'da geçen "üç kişilik" ifadesi yönetim kurulunun oluşumu bakımından asgari bir sayıyı ifade etmektedir. Dolayısıyla anagayrimenkulün yönetimi bakımından üç kişiden fazla kimseden oluşan bir yönetim kurulunun da belirlenmesi mümkündür.

Anagayrimenkulün bütün bölümleri aynı kişinin mülkiyetinde ise KMK m. 34 III gereğince, malik yönetici durumundadır. Ayrıca yönetici atanması gerekli değildir. Malikin anagayrimenkulde bulunan bağımsız bölümlerden en az bir tanesini başka bir kimseye devretmesi halinde ise yönetici atama durumu gündeme gelebilir. Eğer söz konusu anagayrimenkulde sekizden veya daha fazla bağımsız bölüm varsa yönetici atanması mecburidir.

⁶⁶ Arcak, s. 1008.

⁶⁷ Arcak, s. 1008.

⁶⁸ Arcak, s. 1008.

⁶⁹ Reisoğlu, s. 96; Yalçın, s. 164. Aynı yönde bkz.: Arcak, s. 1009. Yazar kat malikleri kurulunun toplanarak yöneticiyi değiştirebilmesi için kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile karar alması gerektiğini savunmaktadır.

⁷⁰ Yasal düzenlemede geçen ilgili kat maliki, kiracı ya da üçüncü kişi de olabilir.

Anagayrimenkulde sekizden az bağımsız bölümün olması ihtimalinde ise yöneticinin atanması kat maliklerinin iradesine kalmıştır.

Yöneticinin kat malikleri tarafından atanması halinde, kat maliklerinin hem sayı hem de arsa payı çoğunluğu ile karar alması gerekir. KMK m. 34 IV'te yer alan bu düzenleme emredici nitelikte olduğu için yönetim planında başka bir çoğunluk öngörülmüş olsa bile kat malikleri tarafından yönetici atanması bakımından yine de yasal çoğunluk dikkate alınacaktır.

Yöneticinin mahkeme tarafından atanması ise kat maliklerinin anagayrimenkulün yönetiminde anlaşamaması durumu veya toplanıp yönetici atayamamaları durumunda mümkündür. Sekiz ya da daha fazla bağımsız bölümü olan taşınmazlarda veya sekizden az bağımsız bölümü olmakla birlikte kat maliklerinin iradesi uyarınca yönetici atanması kararlaştırılan taşınmazlarda kat malikleri toplanıp bir yönetici atayamamışlarsa kat maliklerinden birinin başvurusu üzerine sulh mahkemesi tarafından taşınmaza yönetici atanır. KMK m. 34 VI'da geçen "kat maliklerinin anagayrimenkulün yönetiminde anlaşamaması" ihtimali ise yalnızca yönetici atama zorunluğu olmayan sekizden az bağımsız bölümü olan taşınmazlar dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Başka bir söylemle, sekizden az bağımsız bölümü olan bir taşınmazda kat malikleri yönetici atama arzusunda olmasalar bile anagayrimenkulün yönetiminde bir uyuşmazlık söz konusu olduğu takdirde kat maliklerinden biri KMK m. 34 VI uyarınca sulh mahkemesine başvurarak taşınmaza bir yönetici atanmasını talep edebilecektir.

Öte yandan KMK m. 34 VI'da mahkemeye başvurarak yönetici atanmasını talep hakkı yalnızca kat malikleri bakımından öngörülmüş olsa da haklı menfaatlerini ispat eden diğer kişiler de yönetici tayini için mahkemeye başvuru imkanına sahip olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Arcak, Ali**, Kat Mülkiyeti Kanunu, İkinci Baskı, Ankara, 1988.
- Arpacı, Abdülkadir**, Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul, 1994. (*Yönetim*)
- Arpacı, Abdülkadir**, "Kat Mülkiyeti İlişkisi İçin Mahkemece Tayin Edilen Yöneticinin Hukuki Durumu", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 124-131. (*Armağan*)
- Arslan, İlknur /**
- Kırmızı, Mustafa**, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, Ankara, 2012.
- Erdoğan, Celal**, Kat Mülkiyeti ve Bundan Doğan Davalar ile Kapıcılarla İlgili Konular, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, 1972.
- Ertas, Şeref**, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, Tıpkı 2. Baskı, Ankara, 2015.
- Germeç, Mahir Ersin**, Kat Mülkiyeti Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2017.
- Gökalp, Şerafettin**, Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat, Sekizinci Baskı, Ankara, 2015.
- İnal, Nihat**, Apartman, Site, Toplu Konut, Devremülk Yönetimi, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2016.
- Karahacıoğlu, Ali Haydar/Ergin, Cengiz**, Kat Mülkiyeti Kanunu, 8. Baskı, Ankara, 2011.
- Karahasan, Mustafa Reşit**, Kat Mülkiyeti Hukuku, 1. Cilt, İstanbul, 2008.
- Nomer, Haluk Nami**, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 827-837.

Odyakmaz, A. Nevzat, Kat Mülkiyeti Yasası, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 1984.

Oğuzman, Kemal /Seliçi, Özer /Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 20. Bası, İstanbul, 2017.

Öktem Çevik, Seda, Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul, 2010.

Özer, Muzaffer, Kat Mülkiyeti Yasası, Ankara, 2008.

Özkan, Hasan, Kat Mülkiyeti, İstanbul, 2015.

Pulak, T. Murat, Kat Mülkiyeti Kanunu, 4. Baskı, Ankara, 2008.

Reisoğlu, Safa, Uygulamada Kat Mülkiyeti, Yargıtay Kararları ile Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 1969.

Rezaki, Sait/

Germeç, Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti ve Devre Mülk, Ankara, 1999.

Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2018.

Yalçın, Ayhan, Apartman Yöneticisinin El Kitabı, İstanbul, 1988

Tekinay, Selahattin Sulhi, Kat Mülkiyeti, İstanbul, 1991.

