



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 80 Sayı: 2022/1 ISSN 1300-9885

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

“BAGIS” yaz
Gönder **4306**’ya

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

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

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

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

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

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

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

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

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

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



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
indexed in law databases.

İletişim Adresi | Contact

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

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

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Mizanpaj | Page Layout

Ankara Barosu | Ankara Bar Association

Basım Tarihi | Printing Date

2022

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın
Ankara Barosu Başkanlığı, 2022
Tüm Hakları Saklıdır.
ISSN 1300-9885

Dergide ileri sürülen görüşler
yazarlarına aittir.

JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION

is a refereed review, issued quarterly
(January, April, July, October)
Presidency of Ankara Bar Association, 2022
All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885

Articles published in this review reflect
the views of the authors.

Sahibi Ankara Barosu Adına / Owner on Behalf of Ankara Bar Association
Av. Mehmet Eren TURAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor
Av. Dr. Mahcemal SEYHAN

Editör / Editor
Doç. Dr. Veysel DİNLER

Eş Editör / Peer Editor
Av. Dr. Pınar NUR

ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ
ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi / Coordinator Board Member
Av. Dr. Mahcemal SEYHAN

Merkez Başkanı / Head of the Center
Av. Prof. Dr. Cenker GÖKER

Başkan Yardımcısı / Vice President
Av. Dr. Pınar NUR

Genel Sekreter / Secretary
Av. Semra CİVAN

Sayman / Bookkeeper
Av. Uğur DOĞUŞ

Üyeler / Members

1. Av. Hacer Dilek BACANLI
2. Av. Nebile KISA İNCE
3. Av. Erkan KAYNARCA
4. Av. Ebru ALIUSTA
5. Av. Dr. Öğr. Üyesi İdris Hakan FURTUN
6. Av. Ebru EREN
7. Av. Emre Baturay ALTINOK
8. Av. Hatice İdil SELÇUK
9. Av. Elife UĞUR ÖRNEK
10. Av. Çiğdem DURKAN
11. Av. Pelin ATILA
12. Av. Mehmet SEPİN
13. Av. Celal TOSUN
14. Av. Mehmet Refik ATALAY
15. Av. Ömer GÜNAY
16. Av. Ahmet AVCI
17. Av. Emre AYDUĞAN
18. Av. Zeynep SÜRÜCÜ
19. Av. Ezgi SELÇUK
20. Av. Dilruba Begüm KARTEPE
21. Av. Merve SİZER
22. Av. İlayda YEŞİLTEPE
23. Av. Durulcan SELÇUK
24. Av. Salim Berkay AKSU
25. Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
26. Av. Ayşegül KARAGÖZ
27. Av. Oğuzhan TUNA
28. Av. Pelin Bengü DAĞLI ASLAN
29. Av. Süleyman Sefa YAŞAR
30. Av. Sevda Nur GÜRSES
31. Av. Burak YILMAZ
32. Av. Ahmet COŞKUN
33. Av. Elif ŞAHİN
34. Av. Merve Sultan KOCAOĞLU
35. Av. Berra AKTAN
36. Av. Gözde UYSAL
37. Av. Ayça ELGİN
38. Av. Ümmü Bilge GÜNDÜZ
39. Av. İrem Nur GÖKGÜL
40. Av. Berkay ÖZDEMİR
41. Av. Leyla ŞAHAN
42. Av. Meltem ŞAHİN
43. Av. Selman BOZOKLU
44. Av. Emre ALTUN
45. Av. Hatice SAKALAR
46. Av. Nuran İZBELİ
47. Av. Anıl AKYOL
48. Av. Yalçın Berk AKGÜNEŞ

(Sicil numarasına göre)

ANKARA BAROSU DERGİSİ

DANIŞMA KURULU

1. **Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2. **Prof. Dr. Müslüm AKINCI**, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
3. **Prof. Dr. Ramazan ARSLAN**, BaŐkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
4. **Prof. Dr. İrfan BARLASS**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
5. **Prof. Dr. Sanem Suphiye BAYKAL**, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
6. **Prof. Dr. Mehmet DEMİR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
7. **Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŐ**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
8. **Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
9. **Prof. Dr. Fikret EREN**, BaŐkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
10. **Prof. Dr. Rifat ERTEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
11. **Prof. Dr. Selin ESEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
12. **Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
13. **Prof. Dr. Cenker GÖKER**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
14. **Prof. Dr. Nadi GÜNAL**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15. **Prof. Dr. Metin GÜNDAY**, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
16. **Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
17. **Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI**, BaŐkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
18. **Prof. Dr. Hakan KARAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
19. **Prof. Dr. Ali Mehmet KOCAOĞLU**, Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi
20. **Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
21. **Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ**, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
22. **Prof. Dr. Erdal ONAR**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
23. **Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK**, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
24. **Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK**, İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
25. **Prof. Dr. Alev ÖZKAZANÇ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)
26. **Prof. Dr. Fırat ÖZTAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
27. **Prof. Dr. Süha TANRIVER**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
28. **Prof. Dr. Durmuş TEZCAN**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

29. **Prof. Dr. Asuman TURANBOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
30. **Prof. Dr. Ayşenur TÜTÜNCÜ**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
31. **Prof. Dr. Ejder YILMAZ**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
32. **Prof. Dr. Süleyman YILMAZ**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
33. **Prof. Dr. Mustafa Tören YÜCEL**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
34. **Doç. Dr. Yıldız ABİK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
35. **Doç. Dr. Olgun AKBULUT**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
36. **Doç. Dr. Gaye BAYCIK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
37. **Doç. Dr. Veysel DİNLER**, Hitit Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi
38. **Doç. Dr. Serhat Sinan KOCAOĞLU**, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
39. **Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
40. **Doç. Dr. Saim ÜYE**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
41. **Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
42. **Doç. Dr. Bülent YÜCEL**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
43. **Dr. Öğr. Ü. Zeliha HACIMURATLAR SEVİNÇ**, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
44. **Dr. Öğr. Ü. Özge SIRMA GEZER**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
45. **Dr. Öğr. Ü. Zafer Ertunç ŞİRİN**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
46. **Dr. Öğr. Ü. Hamdi Deniz Ege GÖKTUNA**, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
47. **Av. Dr. Mahcemal SEYHAN**, Ankara Barosu
48. **Prof. Dr. Mohamad EL-GHAZI**, Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
49. **Prof. Dr. Felix HERZOG**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
50. **Prof. Dr. Joanna OSIEJEWICZ**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
51. **Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO**, Szczecin Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
52. **Doç. Dr. Anna-Maria GETOŠ KALAC**, Zagreb Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hırvatistan)
53. **Doç. Dr. Izabela GAWŁOWICZ**, Zielona Góra Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
54. **Dr. Clara da Mota Santos Pimenta ALVES**, Federal Yüksek Mahkeme (Brezilya)
55. **Dr. Fatma KARAKAŞ DOĞAN**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
56. **Av. Dr. iur. Necip Kağan KOCAOĞLU**, New York Barosu (ABD)

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisi hukuk alanında teorik, mesleki ve uygulamaya dayalı yayınların geliştirilmesini amaçlayan, ULAKBİM/TR Dizin’de taranan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin yanında hakemsiz makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer mesleki yazılara da yer vermektedir.
2. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Hakemli makaleler Dergipark üzerinden gönderilmelidir (<https://dergipark.org.tr/tr/journal/1756/submission/step/manuscript/new>). Editöryal değerlendirme ve hakemlik süreçleri doğrudan Dergipark sistemi üzerinden yapılacağı ve yazarlar tarafından süreç izlenebileceği için, hakemli makaleler için zorunlu olmadıkça e-posta yoluyla iletişim kurulmayacaktır.
4. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makale kapak sayfasına eklenmelidir. Hakemli makalelerin sisteme yüklenen versiyonunda yazarın kimlik bilgileri yer almayacağı gibi, hakemlerin yazarın tanınmasını sağlayacak işaret veya ifadeler yer verilmemelidir. Kapak ve makale şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından ulaşabilirsiniz.
5. Hakemli makaleler önce Editöryal değerlendirmeye alınacak ve uygun görülmesi halinde ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.
6. Hakemli makale dışında kalan yazıların abym@ankarabarusu.org.tr adresine gönderilmesi gerekir. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (varsa ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalesin son sayfasına eklenmelidir.
7. Dergiye gönderilen tercüme edilmiş yazılar için, yazının sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.
8. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.
9. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
10. Yayın ilkeleri ve hakem süreciyle ilgili ayrıntılı bilgilere adresinden ulaşılabilir.

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAZIM KURALLARI

1. Yazım dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergiye gönderilen yazıların yazım düzeltmesi Editörler/ Editör yardımcıları tarafından yapılır. Türkçe makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda TDK Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.
2. Ankara Barosu Dergisine gönderilecek makaleler "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) A4 sayfa düzeni normal, sayfa yapısı; üstten 2,5 cm, alttan 2,5 cm, soldan 2,5 cm, sağdan 2,5 cm, cilt payı 0, üstbilgi 1.25 cm, alt bilgi 1,25 cm olmalıdır. Sayfa numaraları alt ortada gösterilmelidir.
3. Yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil; Satır aralığı 1,5 ve sonra 6 nk olmalıdır. Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır.
4. Hakemli makalelerin Türkçe ve İngilizce özetlerin (toplam 400 kelimeyi geçmeyecek şekilde); her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
5. Başlıklandırma 5 düzeyi aşamaz (önerilen 3 düzeydir). Başlıklandırma şu şekilde yapılmalıdır:

I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜRÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜRÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

1- Üçüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

a) Dördüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

i. En Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük, Koyu ve Eğik Gerekmedikçe Kullanmayın

6. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Atıflar, metin içinde gösterilmez.
7. İlk atıfta kaynağın tam künyesi verilmeli, aynı esere takip eden atıflar, aşağıda gösterilen örneklerle uygun olarak kısaltılmış olarak verilir. (Age, agm, agk, ibid, id, loc. cit.) bir önceki kaynağa işaret eden kısaltmalar kullanmayınız. Metin içinde makalenizin başka bir bölümüne dikkat çekmek için dipnotta sayfa numarası vermeyiniz. Metin içinde atıf yapılmamış eserler, kaynakçada gösterilmez.
8. Ankara Barosu Dergisinde yayınlanan makaleler, The Chicago Manual of Style (17th Edition, Notes and Bibliography) atıf ve referans sistemi esas alınarak hazırlanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

9. Kitap, editörlü kitap, e-kitap, çeviri kitap, kitap bölümü, dergi makalesi, bildiri, rapor, ansiklopedi maddesi, kitap tanıtımı, tez, gazete yazısı, röportaj, web içerik, blog yazısı vb tüm farklı yazı türleri atıf örneklerini <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından bulabilirsiniz.
10. Mahkeme kararları, kısaltmalar ve noktalama işaretlerinin kullanımında bir standart oluşturmak amacıyla; lütfen makalelerinizi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> yazılı kurallara uygun bir biçimde düzenleyiniz.

2022/1

Başkanın Mesajı | President's MessagesXV
Av. Mehmet Eren TURAN

Hakemli Makaleler

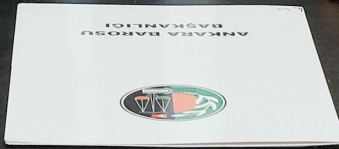
Peer Reviewed Articles

- 1** Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesinde
Haklı Sebebin İncelenmesi 1
Dr. Öğretim Üyesi Raziye AKSU ÖZKAN
- 2** Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Bankaların
Güven Kuruluşu Olarak Kabul Edilmesi Kapsamında
Banka Bünyesinde Gerçekleşen Veri İhlalinin Değerlendirilmesi..... 47
Av. Ezgi ALIMCI
- 3** Anonim Şirkette Özen ve Bağlılık Yükümlülüğünün
Kişi Bakımından Kapsamına İlişkin Bazı Değerlendirmeler 77
Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU
- 4** Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında
Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi 107
Av. Gökçen UZGEL
- 5** Türkiye'de Milletvekiliği –Avukatlık Bağdaşmazlığı Sorunu:
Tarihsel Bir İnceleme..... 135
Dr. Günal SEYİT
- 6** Anayasal Açından Vergi Teşvikleri..... 213
Arş. Gör. Ömer Faruk BAYRAKCI

Makaleler

Articles

- 1** Bir Yükümlülük Olarak Güneş Enerjisinden Elektrik Üretmek:
Berlin Güneş Enejisi Kanunu (Solargesetz Berlin) 271
Dr. Öğretim Üyesi Zeynep N. AYDINOĞLU YALÇIN
- 2** Fikri Mülkiyet Haklarının Korunmasında Teknoloji Sınarı:
Teknolojik Önlemleri Etkisiz Kılma Suçu (FSEK Madde 72) 283
Dr. İhsan BAŞTÜRK
- 3** Kamulaştırma Davalarında Arsa Vasfının Tespiti..... 301
Av. Mehmet Ali GÖLCÜKLÜ



BAŞKANIN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES

Değerli MeslektaŐlarım;

Bu seneki 5 Nisan Avukatlar gününü de, mesleğin ve meslektaŐın yaŐamakta olduğu sorunların etkisi altında karŐıladık. Bu sorunlar, Avukatlar gününü kutlama havası içinde geçirmemize engel oldu.

Önümüzdeki günler, bu sorunların çözümü için verilecek mücadele içinde geçecektir. Hukukun stnlğ, yargı bağımsızlığı ve mesleğimizin itibarının yeniden tesis edilmesi ancak bu mücadele ile mümkün olacaktır.

Verilecek mücadele için en önemli ihtiyacımız birlik, beraberlik ve dayanıŐma içinde hareket etme bilincidir.

Bu duygu ve düŐüncelerle;

Ankara Barosu Dergisi'nin 2022 yılında ilk sayısının hazırlanmasında emeği geçenlere teŐekkür eder, mesleğe ve meslektaŐlara faydalı olmasını dilerim.

Av. Mehmet Eren TURAN

Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE HAKLI SEBEBİN İNCELENMESİ

Raziye AKSU ÖZKAN*

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

* Dr. Öğretim Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. (raziyeozkan@sdu.edu.tr)
<https://orcid.org/0000-0003-2245-863X>

Makalenin Geliş Tarihi: 10 Mayıs 2021 **Kabul Tarihi:** 17 Şubat 2022

Atf önerisi: Aksu Özkan, Raziye. “Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesinde Haklı Sebebin İncelenmesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 1 (Ocak 2021): 1-46. DOI [10.30915/abd.1118292](https://doi.org/10.30915/abd.1118292)

ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE HAKLI SEBEBİN İNCELENMESİ

ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 121/1 uyarınca acentelik sözleşmesi belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir. Sözleşmeyi süresinden önce sona erdirmeye imkân veren bu yola uygulamada sıklıkla başvurulmaktadır. Bununla birlikte, haklı sebep kavramı TTK'de tanımlanmamıştır. Bu sebeple, bu çalışmada acentelik sözleşmesinin sona ermesinde haklı sebep kavramı incelenmiştir. Buna göre öncelikle haklı sebep kavramı tanımlanmaya çalışılmış ve haklı sebebin unsurları ele alınmıştır. Daha sonra taraflarca acentelik sözleşmesinde kararlaştırılan haklı sebeplerin hukuki akıbeti incelenmiştir. Son olarak müvekkil ve acente açısından haklı sebep oluşturabilecek durumlara genel hatlarıyla değinilmiştir. Bu kısımda, özellikle uygulamada çok fazla karşılaşılan durumlara ayrıntısıyla yer verilmiştir.

HAKEMLİ

Anahtar Kelimeler

acentelik sözleşmesi

haklı sebep

objektif unsur

sübjektif unsur

haklı sebep örnekleri

AN EXAMINATION OF THE JUSTICE CAUSE IN CASE OF TERMINATION OF THE AGENCY AGREEMENT

ABSTRACT

Under Article 121/1 of the Turkish Commercial Code (TCC) numbered 6102, even if the agency agreement is concluded for a certain period, it can be terminated due to just cause. This method, which allows terminating the agreement before its term, is frequently used. However, the concept of just cause is not defined in the TCC. For this reason, in this study, the idea of just cause in the termination of the agency agreement has been examined. Accordingly, the just cause was first tried to be defined, and the elements of the just cause were discussed. Then, the legal fate of the justified reasons agreed by the parties in the agency agreement was examined. Finally, the situations that may constitute cause for the client ve the agency are discussed in general terms. In this section, the conditions encountered in practice are given in detail.

Keywords

agency agreement

just cause

objective element

subjective element

samples of just cause

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu^[1] (TTK) m. 102/1 uyarınca ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir. Bu hüküm kapsamında, acente ile müvekkil arasında yapılan sözleşme, acentelik sözleşmesini oluşturur.^[2] Acentelik sözleşmesinin sona erme sebepleri, TTK m. 121’de düzenlenmiştir. Bu hâllerden biri acentelik sözleşmesinin haklı sebeple feshedilerek sona erdirilmesidir (TTK m. 121/1). Haklı sebeple fesih^[3], acentelik^[4] gibi sürekli borç ilişkisi içeren

[1] Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011-27846.

[2] Naci Kınacıoğlu, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi* (Yeni Desen Matbaası, 1963), 34; Arslan Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap-Ticari İşletme*, 2. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), Yedinci Kısım-Acentelik, 8; Şaban Kayıhan, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, 5. Baskı (Kocaeli: Umuttepe Yayınları, 2018), 36; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 26. Baskı (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2020), 220; Hüseyin Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019) 832-833; İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku*, 11. Baskı (Ankara: Seçkin Kitabevi, 2018), 382; Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Kitabevi 2020), 344; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 13. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 527; Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2020), 156-157.

[3] Öğretide bu kavram “olağanüstü fesih” olarak da adlandırılmaktadır [Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 244; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 207; Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976), 156]. Bununla birlikte, bu çalışmada TTK’nin lafzına bağlı kalınarak “haklı sebeple fesih” kavramı kullanılacaktır.

[4] Acentenin aracılıkta bulunma veya sözleşme yapma şeklindeki faaliyeti süreklilik arz eder. Bkz. Kınacıoğlu, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi*,16; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 220; Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 837; Şener, *Ticari İşletme Hukuku*, 343; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, 21. baskı (İstanbul: Beta, 2020), 231; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku*, 528; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 38; Bozer ve Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 157; Mustafa İsmail Kaya,

sözleşmelerde hukuki ilişkiye son verme olanağı sağlayan genel bir ilke niteliği taşır.^[5] Nitekim benzer düzenleme Alman Ticaret Kanunu [*Handelsgesetzbuch* (HGB)] § 89a^[6] ve İsviçre Borçlar Kanunu [*Obligationenrecht* (OR)] Art. 418r^[7]de bulunmaktadır.

Sözleşme hukukuna egemen olan ilkelerden biri olan ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi uyarınca, sözleşme kurulduktan sonra şartlarda meydana gelen değişiklikler ne ölçüde olursa olsun, sözleşme ayakta kalmalı ve taraflar edimlerini ifaya devam etmelidir.^[8] Haklı sebeple derhal fesih borçlar

Acentelik Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 16; Albin Ströbl, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-104a HGB*, içinde Karsten Schmidt ve Werner F. Ebke (ed), 5. Baskı, (München: C. H. Beck, 2021), § 84 N 71.

- [5] Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 156; Ersin Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması*, 2. baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 57; Pınar Altunok Ormancı, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 2; Özge Ayan, *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 46; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 207; Jan Busche, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, içinde Hartmut Oetker (ed), 7. Baskı, (München: C. H. Beck, 2021), § 89a N 1; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 1396.

- [6] “(1) Acentelik sözleşmesi her iki tarafça ihbar sürelerine uyulmaksızın, haklı sebeplerle feshedilebilir. Bu hak (sözleşme ile) ortadan kaldırılmaz ya da kısıtlanamaz.” Bkz. Vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219), içinde der Fassung des Gesetzes zur weiteren Ausführung der EU-Prospektverordnung und zur Änderung von Finanzmarktgesetzen vom 8.7.2019 https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl119s1002.pdf#_bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl119s1002.pdf%27%5D__1620631466444 Erişim Tarihi: 28.04.2021.

- [7] “(1) Müvekkil ve acente, önceden ihbar etmeksizin, sözleşmeyi haklı sebeplerle derhâl feshedebilirler.” Bkz. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht) <https://www.parlament.ch/de> Erişim Tarihi: 28.04.2021.

- [8] Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı (İstanbul: Filiz Yayınevi, 1993), 368; Kenan Tunçomağ, “Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 32, no. 2-4, (1996), 884-5; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1418; Mustafa Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, 16. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), N 611.

hukukunun temelinde var olan bu ilkeye ayırık bir durum oluşturur.^[9] Başka bir deyişle, devam eden geçerli bir sözleşmede haklı sebepler taraflara ahde vefa ilkesinin bir istisnası olarak fesih olanağı verirler.^[10] Bu bağlamda, bu çalışmada acentelik sözleşmesinin sona ermesinde haklı sebep kavramı ele alınmıştır.

I. ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE HAKLI SEBEBİN İNCELENMESİ

A) GENEL OLARAK

TTK m. 121/1 uyarınca acentelik sözleşmesi belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir. Bu düzenleme ile sözleşme taraflarının, çekilmez hâle gelen bir sözleşme ilişkisine ihbar veya kararlaştırılan sözleşme süresinin sonuna kadar devam etmek zorunda kalması engellenmek istenmiştir.^[11] Buna göre, haklı sebeplerle fesih, gerek belirli bir süre için yapılmış olan gerek belirli süreli olmayan acentelik sözleşmelerini sona erdirir.^[12] Keza deneme süreli bir acentelik sözleşmesinin

[9] Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 196; Altınok Ormancı, *Haklı Sebep Feshi*, 138.

[10] Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Feshi*, 56.

[11] Theodor Bühler, *Zürcher Kommentar, Band V: Das Obligationenrecht, Teilband 2f, Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v* OR, içinde Peter Gauch ve Jörg Schmid (eds), 3. Baskı, (Zürich: Schulthess Verlag, 2000), Art. 418r N 2.

[12] Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 207; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 238; Kaya, *Acentelik Hukuku*, 326; Kayar, *Ticari İşletme Hukuku*, 387; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 244. Acentelik sözleşmesi süreli olsa dahi haklı sebeplerle her zaman feshedilebilir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1979/981, K. 1979/1537, 27.03.1979, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 14.04.2021. Alman Hukuku açısından aynı yönde bkz. Klaus J. Hopt, *Handelsgesetzbuch*, içinde Adolf Baumbach ve Klaus J. Hopt (eds), 40. Baskı (München: C. H. Beck, 2021), § 89a N 3; Jochen Lehmann, *BeckOK Handelsgesetzbuch*, içinde Martin Häublein ve Roland Hoffmann-Theinert (eds), 31. Baskı (München: C. H. Beck, 2021), § 89a N 5; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 2, 12; Gottfried Löwisch, *Handelsgesetzbuch, Band 1, § 1-342a*, içinde Carsten Thomas Ebenroth vd. (eds), 4. Baskı (München: C. H. Beck ve Verlag Vahlen, 2020), § 89a N 8; Busche, *HGB*, § 89a N 6; İsviçre Hukuku için aynı yönde bkz. Bühler, *ZK*, Art. 418r N 1; Georg Gautschi, *Berner Kommentar, Band/Nr. VI/2/5, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervvertrag, Agenturvertrag*,

de haklı sebebin varlığı hâlinde feshi mümkündür.^[13] Haklı sebeple fesih imkânının kullanılabilmesi için acentelik sözleşmesinin geçerli olması gerekir.^[14] Bu hak, acentelik sözleşmesinin her iki tarafına da aittir.^[15] Önemli olan tarafların sözleşmeyi sona erdirmek için haklı sebebe sahip olmalarıdır.

B) HAKLI SEBEP KAVRAMI

Haklı sebep kavramı acentelik ilişkisi açısından TTK'de tanımlanmamıştır.^[16] Bununla birlikte, donatma iştiraki açısından haklı sebep kavramına TTK m. 1083/2'de yer verilmiştir. Hüküm uyarınca dürüstlük kuralına göre paydaş donatanın iştirakte kalmasını ondan beklenilemeyecek derecede zorlaştıran olaylar haklı sebep sayılır. Bunun yanı sıra, hizmet sözleşmesinin haklı sebeple sona ermesini düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu^[17] (TBK) m. 435 uyarınca haklı sebep, sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük

Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407-424 OR, içinde Arthur Meier-Hayoz (ed), (Bern: Stämpfli Verlag, 1964), Art. 418r N 1b.

- [13] Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 207; Löwisch, *HGB*, § 89a N 8.
- [14] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 12. Somut olayda davacı, acentelik sözleşmesinin haksız sebeple feshedildiğini iddia ederek denkleştirme isteminde bulunmuştur. Davalı vekili, dava konusu sözleşmenin müvekkili şirketin yetkilisi CA'nın imzasını taşımadığından geçersiz olduğunu ve davacının acente değil, müşteri olarak algılandığını iddia ederek davanın reddini istemiştir. Yerel mahkeme, sözleşmenin yaklaşık 7 ay süreyle yürütülerek ve taraflar bu süre içerisinde karşılıklı olarak edimlerini yerine getirdikten sonra feshedildiği gözetildiğinde davalı şirketin AU'nun şirket mallarını satma, sözleşme imzalama konusunda yetkili olduğuna dair görüş yarattığı, davalının bu savunmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan bu savunmaya itibar edilmeyerek sözleşmenin kurulduğunun kabul edildiği gerekçesiyle davacının istemini kabul etmiştir. Yargıtay mahkeme kararının usul ve kanuna uygun olması sebebiyle davalının temyiz itirazlarının reddine karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2015/462, K. 2015/10260, 09.10.2015, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.
- [15] Bühler, *ZK*, Art. 418r N 7; Busche, *HGB*, § 89a N 28.
- [16] TTK m. 245'te kolektif şirkette haklı sebep kavramı tanımlanmakla birlikte, bu şirketler hukuku bağlamında yapılan bir tanım olduğu için hükme çalışmada yer verilmemiştir.
- [17] Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG. 04.02.2011-27836.

kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullardır. Öğretide haklı sebep için yapılan tanımları, tanımın içerisinde dürüstlük kuralının yer alıp almamasına göre ikiye ayırmak mümkündür: Buna göre öğretide bir görüşe göre^[18] haklı sebep, hukuki ilişkinin sürdürülmesini çekilmez hâle getiren ve (bozucu) yenilik doğuran bir bildirim veya değiştirmek yetkisinin kullanılmasını adil gösteren olgudur. Bununla birlikte bazı yazarlar bu tanıma, dürüstlük kuralını da eklemektedir.^[19] Örneğin bir görüşe göre^[20] haklı sebep, fesih hakkını kullanan taraf bakımından acentelik sözleşmesinin sürdürülmesini dürüstlük kuralları çerçevesinde beklenemeyecek duruma sokan olaylardır. Benzer bir tanımlama yapan görüşe göre^[21] haklı sebep, somut olayın koşullarıyla da bağlantılı olarak fesih hakkını kullanan taraf bakımından acentelik sözleşmesini sözleşme süresinin sonuna kadar devam ettirmesini dürüstlük kuralları çerçevesinde beklenemeyecek duruma sokan olayları (çekilmezlik) ifade eder. Alman öğretisinde ise, haklı sebep yerine önemli sebep (*Wichtiger Grund*)^[22] kavramı kullanılmakta olup,

[18] Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Feshi*, 23; Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 192. Hâlin gereğine göre, akdi ilişkiyi devam ettirmesi feshi ihbar edenden beklenemezse, sebep haklı sayılmaktadır [Kınacıoğlu, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi*, 88]. Benzer bir tanım için bkz. Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 47. Diğer bir görüşe göre haklı sebep, fesih beyan eden taraf için acentelik sözleşmesinin devamının mantıksız görünmesine neden olan herhangi bir durumdur. Bkz. Bühler, *ZK*, Art. 418r N 3; Gautschi, *BK*, Art. 418r N 2a.

[19] *Kaya*'ya göre sözleşmenin devamının fesheden taraf bakımından çekilmez bir hâl aldığı ve kendisinin sözleşmeye devamının dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenmesinin mümkün olmadığı durumlarda haklı sebep oluşur [Kaya, *Acentelik Hukuku*, 333]. *Kayıhan*'a göre haklı sebep, fesih hakkını kullanan taraf bakımından acentelik sözleşmesinin sürdürülmesini sözleşme ile öngörülmüş olan veya olağan fesih tarihine kadar devamını dürüstlük kuralları çerçevesinde beklenemeyecek duruma sokan olayları ifade eder. Bkz. Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 244.

[20] Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 874; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Şener, *Ticari İşletme Hukuku*, 382; Bahtiyar Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, 239.

[21] Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 210.

[22] Çamoğlu, önemli sebebin ancak haklı sebebin unsurlarını gerçekleştirecek düzeye yükselmiş bir grubunun haklı sebep kavramının içine gireceğini ifade etmektedir. Bu sebeple, yazara göre Alman hukukundan yapılan çevirilerde “*Wichtiger Grund*” teriminin lafzi değil, kavrama yönelik bir çeviri ile “haklı sebep” şeklinde tercüme edilmesi daha uygun olur [Bkz. Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Feshi*, 21]. Biz

kavram, Alman Medeni Kanunu^[23] (*Bürgerliches Gesetzbuch*) § 314'ten yararlanılarak tanımlanmaktadır.^[24] Buna göre fesih sebebi, somut olayın özellikleri ve tarafların menfaatleri dikkate alındığında, fesih hakkını kullanan taraf bakımından acentelik sözleşmesinin sürdürülmesini sözleşme ile öngörülmüş olan veya olağan fesih tarihine kadar devamını beklenemeyecek duruma sokuyorsa, önemlidir.

Kanaatimizce haklı sebebin tanımında dürüstlük kuralını kullanan görüş, haklı sebebin unsurlarını da kapsamı sebebiyle daha yerindedir. Zira sözleşmeyi sona erdirecek sebebin sadece fesih beyanında bulunan taraf için ilişkiye devamı çekilmez hâle getirmesinin aranması, kavramı tam olarak kapsamaz. Böyle bir tanımlama, sadece tarafların subjektif düşüncelerinin haklı sebep kabul edilmesi riskini taşımaktadır. Başka bir deyişle, haklı sebebin oluşumunda dürüstlük kuralı dikkate alınmazsa hukuki ilişkinin ortadan kaldırılması beyan sahibinin keyfiyetine bırakılmış olur.^[25] Bu sebeple, öğretilerde sürekli borç ilişkileri açısından haklı sebebin oluşması için sebebin hem objektif hem de subjektif açıdan belirli bir ağırlık taşıması, yani belirli bir önem derecesine sahip olması gerektiği ifade edilmektedir.^[26] Bunun anlamı, ortaya çıkan sebebin hem dürüstlük kuralına göre (objektif olarak) hem de somut olayda fesih hakkını kullanmak isteyen taraf açısından (subjektif olarak) derhal feshi haklı kılacak nitelikte olması gerekliliğidir. Buna uygun olarak öğretilerde acentelik sözleşmesinin feshi açısından haklı sebebin oluşmasında ikili bir incelemeye gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir.^[27] Buna

de çalışmamızda madde çevirileri dışındaki durumlarda “haklı sebep” kavramını kullanacağız.

[23] Bürgerliches Gesetzbuch içinde der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (Neubekanntmachung des BGB vom 18.8.1896 içinde der ab 1.1.2002 geltenden Fassung) <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> Erişim Tarihi: 08.05.2021.

[24] Hopt, *HGB*, § 89a N 6; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 11; Löwisch, *HGB*, § 89a N 12; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 13; Busche, *HGB*, § 89a N 15.

[25] Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 197.

[26] Altınok Ormancı, *Haklı Sebeple Feshi*, 139; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 209.

[27] Löwisch, *HGB*, § 89a N 39; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 13; Busche, *HGB*, § 89a N 16; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 13. Borca aykırı davranışın haklı

göre, bir olgu veya davranışın acentelik sözleşmesinin derhal feshi açısından öncelikle objektif bir sebep olup olmadığı belirlenmeli; ardından ilgili taraf açısından sözleşmenin sürdürülmesini kendisinden beklenemeyecek duruma getirip getirmediği incelenmelidir. Zira haklı sebebin varlığının somut olay bazında kabulü için sadece objektif ağırlık yeterli olmadığı gibi sadece sübjektif değerlendirmelerle yapılan haklı sebep tespiti de hatalı olacaktır.^[28] Nitekim haklı sebebin temelinde yer alan dürüstlük kuralı sebebin objektif ağırlığının; kişilik haklarının korunması [Türk Medeni Kanunu^[29] (TMK) m. 23] ve kişisel özgürlüğün korunması (TBK m. 27) ilkesi de sebebin sübjektif ağırlığının araştırılmasını gerektirir.^[30] Bu bağlamda haklı sebebin unsurları aşağıda “sebebin objektif ve sübjektif ağırlığa sahip olması” şeklinde ikiye ayrılarak ele alınacaktır.

C) HAKLI SEBEBİN UNSURLARI

1- Sebebin Objektif Ağırlığa Sahip Olması

Sebebin objektif ağırlığı, bir olgunun dürüstlük kuralı çerçevesinde fesih beyanında bulunan tarafın sözleşmeye devamını sözleşme süresinin sonuna ya da olağan fesih dönemine kadar kendisinden beklenemez hâle getiriyorsa oluşmuştur.^[31] Başka bir deyişle, haklı sebebin tespitinde öncelikle acentelik ilişkisinin sürdürülmesini mantıksız kılan uygun nesnel gerçeklerin olup olmadığı kontrol edilecektir.^[32] Buna göre ilk aşamada, bir davranış veya olayın, sözleşmenin derhal sona ermesini kaçınılmaz olarak gerekli hâle

sebebin oluşturabilmesi için, bu davranışın taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldıracak derecede ağır olması ve sözleşme ilişkisinin devamını çekilmez kılması gerekir [Bkz. Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 47-48].

[28] Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 197.

[29] Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG. 08.12.2001-24607.

[30] Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Feshi*, 56.

[31] Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 196-7; Altınok Ormancı, *Haklı Sebep Feshi*, 139.

[32] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 14; Löwisch, *HGB*, § 89a N 13.

getirip getirmediğini incelemek gerekir.^[33] Şayet davranış veya olay, tarafların sözleşme sonuna kadar beklemesini gerektiriyorsa söz konusu davranış veya olay somut olayda haklı sebep oluşturmayacaktır. Zira fesih sebebinin objektif olarak varlığı/ağırlığı haklı sebeple feshin geçerlilik koşuludur.^[34]

Ortaya çıkan sebeplerin objektif açıdan belli bir ağırlık taşıyıp taşımadığı, bu sebeplerin, aynı koşullar altında bulunan makul bir insana sözleşmeyi haklı sebeple fesih imkânı tanıyıp tanımayacağına bakılarak tespit edilir.^[35] Nitekim dürüstlük kuralının amacı; herkesin dürüst, namuslu, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilen orta zekâlı biri gibi davranmasını sağlamaktır.^[36] Buna göre, haklı sebebin tespitinde herhangi bir acentelik ilişkisi değil somut olayın koşulları dikkate alınmalıdır.^[37] Başka bir deyişle, belirli bir olgunun ortaya çıkması ile acentelik ilişkisine devamın ne zaman dürüstlük kuralına aykırı düşeceği değerlendirilirken bu ilişkilerin niteliği göz önünde tutulmalıdır.^[38] Bu sebeple öğretide sebebin objektif ağırlığını saptamak amacıyla sözleşmenin ihlalinin türü ve ağırlığının, sözleşmenin süresinin, kişisel ve maddi ilişkilerin yapısının, acentenin önceki hizmetlerinin ve fesheden tarafın kendi davranışının dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.^[39] Özellikle ihlalin ağırlığı ve türü sebebin objektif

[33] Löwisch, *HGB*, § 89a N 39.

[34] Altınok Ormancı, *Haklı Sebeple Feshi*, 139 vd; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 209; Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 875.

[35] Emre K. Gökyayla, “Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına Aykırı mıdır?” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1, (Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, 2007): 401, 401-5; Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 200; Altınok Ormancı, *Haklı Sebeple Feshi*, 140.

[36] Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1989), 290-291; Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 6.

[37] Löwisch, *HGB*, § 89a N 43; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 12; Busche, *HGB*, § 89a N 15; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 210.

[38] Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 196.

[39] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 16; Hopt, *HGB*, § 89a N 6; Busche, *HGB*, § 89a N 16.

ağırlığı açısından belirleyici rol oynar.^[40] Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta^[41] müvekkil, acentenin borçlu olduğu tutarı ödememesi sebebiyle acentelik sözleşmesini haklı sebebe dayanarak feshetmiştir. Buna karşılık Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) şirketin davalı nezdinde takip edilen davacı cari hesabının 31.12.2009 yılının sonu itibarıyla 5.477,19 TL borçlu olduğunu belirterek taraflar arasındaki ilişki süresi göz önüne alındığında anılan borç tutarının haklı sebeple feshe dayanak olamayacağına karar vermiştir. Yargıtay, BAM'ın kararını hukuk kurallarına uygun bularak temyiz itirazını reddetmiştir. Keza toplam ciroda satılacak ürünün payının düşük olması durumunda, yeni bir özel müşteri grubu için olağan ürün yelpazesinin kapsamı dışındaki malların satışı için acentenin hareketsizliği haklı bir sebep oluşturmaz.^[42] Kanaatimizce Yargıtay'ın ihlalin türü ve ağırlığını dikkate alarak vermiş olduğu kararlar yerindedir. Zira haklı sebeple fesih, sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi açısından istisnai bir yöntemdir. Bu yönüde başvurulabilmesi için öncelikle haklı sebep oluşturduğu iddia edilen sebebin dürüstlük kuralları çerçevesinde objektif ağırlığa sahip olması gerekir. Oysa söz konusu uyuşmazlıklarda ileri sürülen sebepler bu ağırlığı taşımamaktadır.

Ayrıca bazı durumlarda tarafların sözleşmeye aykırı davranışları, objektif ağırlığa sahip olmasa da bu davranışa uyarılara rağmen ısrarla devam edilmesi, bu sebebi objektif olarak ağır hâle getirebilir. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta,^[43] yerel mahkeme davalının davacı adına yaptığı masraflar ve dosyaya ibraz edilen tutanaklar, karşılıklı yazışmalar, uyarı bildirimleri ve noter ihtarnameleri göz önüne alındığında davacının sözleşmeye uymayarak uyarılara rağmen aykırılığa devam ettiği, faturaları ve hak edişleri düzgün tutmadığı, uyarılara rağmen yanı sıra ısrar ettiği ve bu nedenle sözleşmenin davalı tarafça haklı sebeple feshedildiğine karar vermiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin hukuka uygun bularak davacının temyiz itirazlarının reddetmiştir.

[40] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 19.

[41] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2019/1475, K. 2020/1949, 24.02.2020, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[42] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 19.

[43] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/17576, K. 2015/4248, 26.03.2015, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 02.05.2021.

Bunun yanı sıra, sözleşme süresi de ortaya çıkan sebebin objektif ağırlığının takdirinde etkili olur.^[44] Acentenin müvekkili için uzun süredir başarılı bir şekilde çalışması durumunda, müvekkilin acentelik sözleşmesini haklı sebeple feshetmesi için aranan gereksinimler daha yüksek olacaktır. Zira ilişki zaman içinde gelişmiş, bir istikrara kavuşmuş, taraflarca uzun süredir uygulanıyorsa, sözleşmenin devam edileceğine güvenerek durumunu buna göre düzenlemiş olan fesih muhatabının, sözleşme ilişkisinin devamındaki menfaati o ölçüde artmıştır. Bu menfaat karşısında, fesih beyanında bulunacak tarafın sözleşme ilişkisine devamını ağır fedakârlıklara rağmen beklemek dürüstlük kuralı gereğidir.^[45] Örneğin on yıldan fazla bir süredir müvekkille başarılı bir şekilde çalışan acentenin bireysel durumlarıyla ilgili raporlama yükümlülüğünü ihlal etmesi haklı sebep oluşturmaz.^[46] Öğretide bir görüş^[47], haklı sebebin belirlenmesinde sözleşmenin kalan süresinin önem arz edebileceği yönündedir. Buna göre, sözleşmenin kalan süresi ne kadar uzun olursa, fesheden tarafın sözleşme ilişkisine devam etmesinin beklenememe olasılığı o kadar yüksektir. Buna karşılık, sözleşme süresinin bitmesinin yaklaşması durumunda, fesheden tarafın sözleşme ilişkisini ihbar süresinin sonuna veya sözleşmenin sonuna kadar sürdürmesi daha mantıklıdır. Kanaatimizce bu görüş haklı sebebin dayandığı temeller dikkate alındığında yerinde değildir. Zira haklı sebep, sözleşmenin derhal sonlandırılması gerektiğini ifade eder. Taraf açısından bu ilişki çekilmez hâle geldiği için sözleşme süresinin bitmesine az bir zaman da kalsa, bu yola başvurulur. Örneğin müvekkil, acentenin uzun süredir gerçek olmayan faturalar keserek haksız bir şekilde komisyon kazandığını öğrenmişse, müvekkilin sözleşmenin bitimine bir ay kalması sebebiyle haklı sebeple fesih hakkını kullanamayacağını savunmak, haklı sebeple fesih hakkının özüne aykırıdır. Zira bu durum taraflar arasındaki güven ilişkisinin kalıcı olarak bozulmasına sebep olmuştur.^[48] Bununla

[44] Hopt, *HGB*, § 89a N 7; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 21; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 18; Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 197; Altınok Ormancı, *Haklı Sebeple Feshi*, 149.

[45] Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 197.

[46] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 21.

[47] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 17, 18; Altınok Ormancı, *Haklı Sebeple Feshi*, 149; Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 197.

[48] Busche, *HGB*, § 89a N 22.

birlikte, yukarıda listelenen değerlendirme kriterleri, yalnızca sözleşmenin devamının mantıksızlığını incelemek açısından yol göstericidir. Haklı sebebin tespitinde her zaman somut olayın koşulları belirleyicidir, bu sebeple herhangi bir şematik çözüme bağlı kalınarak nihai karar verilemez.^[49]

Sebebin objektif ağırlığa sahip olması koşuluyla sebebin kimden kaynaklandığının (taraf, üçüncü kişi, vs.) önemi yoktur.^[50] Bu sebeple, haklı sebep oluşturan olgunun taraflardan birinin borca aykırı davranışından kaynaklanması gerekmeyeceği gibi kusuruna dayanması da gerekmez. Başka bir deyişle haklı sebebe, acente veya müvekkilin kusurlu bir davranışı yol açabileceği gibi haklı sebebin doğumunda tarafların herhangi bir kusurunun söz konusu olmaması da mümkündür.^[51] Buna göre, acentenin uzun süre devam eden hastalığı nedeniyle görevlerini yerine getirememesi de sözleşmenin feshi için haklı bir sebep oluşturur.^[52] Örneğin acentenin felç olması ve bu hastalığı nedeniyle sözleşmede yer alan yükümlülüklerini yerine getiremeyecek duruma düşmesi, müvekkilin haklı sebebe dayanarak acentelik sözleşmesinin sona erdirebilmesine neden olur.^[53] Bunun gibi, hâl ve şartlardaki esaslı değişiklikler nedeniyle (*Clasula Rebus Sic Stantibus*, örneğin ülkenin büyük bir ekonomik krize girmesi, sözleşmenin ifasının imkânsız kılan, savaş, zelzele vb mücbir sebepler) sözleşme ilişkisinin devam ettirilmesi sözleşmeyi feshetmek isteyen taraftan beklenemez ise, bu sebep bu taraf bakımından haklı sebep sayılmalıdır.^[54] Bununla birlikte, hâkim takdir

[49] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 27.

[50] Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 193; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 210; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 14; Löwisch, *HGB*, § 89a N 14, 44a.

[51] Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Feshi*, 80; Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 194; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 874; Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 211; Kaya, *Acentelik Hukuku*, 390; Şener, *Ticari İşletme Hukuku*, 382; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku*, 541; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 245; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 48; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 14; Altınok Ormancı, *Haklı Sebeple Feshi*, 158 vd.

[52] Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 211.

[53] Şener, *Ticari İşletme Hukuku*, 382.

[54] Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 245; Kınacıoğlu, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi*, 88; Löwisch, *HGB*, § 89a N 13.

hakkını kullanırken olaydaki bütün verileri, bu arada kusuru da değerlendirir. Özellikle kasta dayalı davranışlar, güven temelini zedeleyici etkileri sebebiyle diğer sebeplere nazaran daha ağır basarlar.^[55] Ayrıca haklı sebebin taraflardan kaynaklanması zorunlu olmadığı için haklı sebebe dayanarak fesih hakkını kullanan taraf bakımından bir zararın doğmuş olması şart değildir,^[56] ileride bir zararın doğması ihtimalinin varlığı yeterlidir.^[57] Dolayısıyla taraflardan birinin kusuru ve zararın varlığı menfaatlerin dengelenmesinde işlev görür.

2- Sebebin Sübjektif Ağırlığa Sahip Olması

Sebebin sübjektif olarak ağır olması, sözleşmeyi fesheden taraf açısından acentelik sözleşmesine devamın beklenemez hâle gelmiş olmasıdır.^[58] Buna göre, acentelik ilişkisini haklı sebeple sona erdirmek için genel olarak uygun olan sebepler varsa, ikinci aşamada, acentelik ilişkisinin devam etmesinin fesheden kişiden beklenemez olup olmadığını belirlemek için menfaatler dengesinin değerlendirilmesi gerekir.^[59] Bu bağlamda, somut olayın tüm koşulları, özellikle orantılılık ilkesi dikkate alınmalı ve acentelik ilişkisinin erken sona ermesinde fesheden tarafın menfaati, sözleşmenin diğer tarafının sözleşmenin devamındaki menfaatiyle karşılaştırılmalıdır.^[60] Başka bir deyişle, sözleşmenin derhal feshedilmesinde fesih eden tarafın menfaati, sözleşmenin devamında feshedilecek sözleşme tarafının menfaatine ağır basmalıdır. Aksi takdirde, TTK m. 121 bağlamında haklı sebebin sübjektif ağırlığı oluşmaz.^[61] Örneğin uzun süredir sorunsuz bir şekilde devam eden

[55] Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Feshi*, 84.

[56] Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 874; Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Löwisch, *HGB*, § 89a N 13.

[57] Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 211.

[58] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 13; Busche, *HGB*, § 89a N 14; Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 196; Altınok Ormancı, *Haklı Sebeple Feshi*, 154.

[59] Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Feshi*, 98; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 15.

[60] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 15; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 15 ve 23; Löwisch, *HGB*, § 89a N 47. Haklı sebebin tespitinde orantılılık ilkesine uyulması gerektiği hususunda bkz. İstanbul 14. Bölge Adliye Mahkemesi, E. 2018/30, K. 2018/504, 17.05.2018, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[61] Löwisch, *HGB*, § 89a N 43.

acentelik ilişkisinde, acentenin hak kazandığı komisyonun birkaç sefer geç ödenmesi durumunda acentenin sözleşmenin devamındaki menfaati, derhal feshedilmesindeki menfaatten ağır basmaktadır. Zira yıllardır bu ilişki başarıyla sürdürülmüştür. Müvekkil, acentenin komisyon ödemelerini düzenli şekilde yaptığı için, bu durum acentelik ilişkisini acente açısından sürdürmez duruma getirmemiştir.

Bir sebep objektif olarak haklı sebep niteliğinde olmasına rağmen, fesih beyanında bulunacak tarafın bazı hâl ve hareketleri sebebin sübjektif anlamda haklı sebep ağırlığı taşımasına engel olabilir.^[62] Örneğin haklı sebebin bilinmesine rağmen fesih beyanında bulunacak tarafça bu sebebe uzun süre sessiz kalınması veya haklı sebebe rağmen ifa hareketlerine devam edilmesi yani haklı sebebe icazet veren davranışlarda bulunulması haklı sebeple fesih hakkının kullanılmamasına yol açar. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta^[63] taraflar arasında sözleşmenin başından beri işletilen sisteme göre, taksitli ödeme gerektiren poliçe bedelleri sonradan ödendiği gibi bir kısım poliçe primleri de ileri tarihli çekle veya kredi kartıyla ödenmektedir. Dolayısıyla acentelik ilişkisinin kurulmasından itibaren davalı poliçe bedellerini zamanında aktarmamıştır. Mahkeme sözleşmenin başından beri poliçe bedellerinin geç ödendiği ve davacı yanca buna ilişkin bir itirazda bulunulmadığı, bu durumda geç yapılan ödemelerin davacının kabulünde olduğunun kabulü gerektiğinden ödemelerin zamanında yapılmaması sebebiyle sözleşmeyi feshetmesinin haksız olduğuna karar vermiştir. Yargıtay, kararı bu yönden haklı bulmuştur. Benzer şekilde, Yargıtay Hukuk Genel

[62] Kaya, *Acentelik Hukuku*, 207-208; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 23-25; Altınok Ormancı, *Haklı Sebeple Feshi*, 156.

[63] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2019/4354, K. 2020/2853, 15.06.2020, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 03.05.2021. Somut olayda taraflar arasında sigorta acenteliği sözleşmesi imzalanmıştır. Davalı-birleşen davanın davacısının fesih sebepleri arasında davacı-birleşen davanın davalısının başka sigorta şirketleriyle sözleşme imzalaması olarak gösterildiği, oysa davalı-birleşen davanın davacısının Ankara Bölge Müdürlüğü'nde bu yönde 17.03.2009 tarihli açık muvafakat verdiği, sözleşmelerin bu tarihten sonra imzalandığı, esasen anılan sözleşmelerin Ticaret Sicil Gazetesinde yayınlandığı, davalı-birleşen davanın davacısının buna karşı koymadığı, bir uyarısının bulunmaması sebebiyle sözleşmenin feshinin haklı olmadığına karar verilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2013/16672, K. 2014/17367, 11.11.2014, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

Kurulu'nun önüne gelen bir uyuşmazlıkta^[64] acente Haziran-Eylül 2004 dönemine ilişkin toplam 125.000 TL tutarındaki primleri müvekkiline teslim etmemiştir. Bunu öğrenen müvekkil sözleşmeyi derhal feshetmemiş; acente söz konusu meblağın ödenmesine ilişkin müvekkiline taahhütname vermiş ve davalı taraf bu taahhütnameyi kabul etmiştir. Yerel mahkeme ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, müvekkilin bu taahhütname uyarınca yapılan ödemeleri kabul ettiği için buna ilişkin işlemlere icazet verdiğinin kabulü gerektiğine; müvekkilin taahhütnamenin verilmesinden önceki acente işlemlerine dayalı olarak söz konusu acentelik sözleşmesini feshetmesi durumunda, bu feshin haklı bir fesih olarak değerlendirilemeyeceğine kararında yer vermiştir.

D) HAKLI SEBEP KONUSUNDA TARAFLARCA ANLAŞMA YAPILIP YAPILAMAYACAĞI

Kanunen haklı sebebe dayanarak fesih hakkı tanıyan hükümler emredici hükümlerdir. Zira bu hakkın temelinde dürüstlük kuralı ile kişiliğin ve kişisel özgürlüğün korunmasını esas alan TMK m. 23 vardır.^[65] Bu sebeple, taraflar anlaşarak haklı sebeple fesih hakkını ortadan kaldıramaz veya sınırlandıramaz.^[66] Keza tarafların bu hakkı kullanmaktan peşinen feragat etmesi geçersizdir^[67]. Buna karşılık, haklı sebebin doğumundan sonra ilgili taraf isterse bu hakkını

[64] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/116, K. 2018/1794, 27.11.2018, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[65] Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 165; Altınok Ormancı, *Haklı Sebeple Feshi*, 117. Bu nitelik haklı sebebin temelini oluşturan objektif iyiniyet ve kişilik haklarının korunması ilkesinin bir sonucudur. Bkz. Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Feshi*, 102; Bühler, *ZK*, Art. 418r N 7; Gautschi, *BK*, Art. 418r N 1a.

[66] Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 164; Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 874; Kaya, *Acentelik Hukuku*, 334; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 245. Alman hukukunda bu durum, HGB § 89a/1'de açıkça düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca bu hak ortadan kaldırılamaz ya da kısıtlanamaz.

[67] Kınacıoğlu, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi*, 89; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Şener, *Ticari İşletme Hukuku*, 383; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 245; Alman hukukunda aynı yönde bkz. Hopt, *HGB*, § 89a N 26; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 55; Busche, *HGB*, § 89a N 28.

kullanmaktan vazgeçebilir^[68]. Bununla birlikte, uygulamada matbu acentelik sözleşme metinleri kullanılmakta ve bu sözleşmenin maddelerinden birini acentelik sözleşmesinin haklı sebeple feshi oluşturmaktadır^[69]. Öğretide sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde tarafların acentelik sözleşmesinde hangi sebeplerin haklı sebep oluşturacağını kararlaştırabileceği; ancak böyle bir hükmün geçerli olup olmayacağına yapılan düzenlemenin fesih hakkının özünü zedeleyip zedelediğine bakılarak karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.^[70] Bunun için öncelikle sözleşmede kararlaştırılan sebep nesnel olarak değerlendirildiğinde TTK m. 121 açısından haklı bir sebep olarak kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, haklı sebebin objektif ağırlığını taşımalıdır.^[71] Ayrıca sözleşmede kararlaştırılan ve sözleşmeyi derhal sona erdirmek için yeterli sayılan bu sebeplerin geçerli olabilmesi için bunların kanunun amacına, kişilik haklarına ve dürüstlük kuralına da aykırılık taşımamaları gereklidir. Özellikle haklı sebep kararlaştırarak sözleşme ilişkisinden kolayca kurtulmak, acentenin denkleştirme talebini veya sözleşmenin feshi sonucunda elde edeceği menfaatleri ortadan kaldırmak amaçlanmaktaysa, bu düzenleme hakkın kötüye kullanılması nedeniyle geçersiz sayılmalıdır.

[68] Kınacıoğlu, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi*, 89; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Hopt, *HGB*, § 89a N 29; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 58; Löwisch, *HGB*, § 89a N 139; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 92.

[69] Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, kendi web sayfasında acentelik sözleşmesi örneği yayınlamaktadır. Sözleşmenin 39 ve 40. maddeleri haklı sebeple feshi düzenlemektedir. Bkz. <https://tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=2481&lst=DuyurularListesi> Erişim Tarihi: 30.04.2021. Benzer şekilde, İstanbul Sigorta Acenteleri Derneği'nin örnek acentelik sözleşmesi metni için bkz. <http://www.isad.org.tr/index.php/isaddan-haberler/949-oernek-acentelik-soezlemes-.html> Erişim Tarihi: 30.04.2021.

[70] Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 210; Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 874; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 244-245; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 48; Şener, *Ticari İşletme Hukuku*, 382; Alman hukukunda aynı yönde bkz. Hopt, *HGB*, § 89a N 28; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 24; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 29; Löwisch, *HGB*, § 89a N 135.

[71] Löwisch, *HGB*, § 89a N 135; Busche, *HGB*, § 89a N 15. Yapılan sözleşmenin geçerli olup olmadığı hususunda ise anılan olguya/olgulara bakmak gerekir. Bkz. Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 212.

Örneğin tüzel kişi olan acentenin ortaklarından birinin değişmesinin derhal fesih sebebi sayılması gibi.^[72]

Kanaatimizce de taraflar sözleşmede nelerin haklı sebep oluşturacağını kararlaştırabilirler. Zira TTK'de bunu yasaklayan herhangi bir hüküm yoktur.^[73] Keza haklı sebebi düzenleyen hükümlerin emredici olması, bunlar üzerinde hiç tasarrufta bulunulamayacağı anlamı taşımaz^[74]. Bununla birlikte bu anlaşma, haklı sebeple fesih hakkının özüne aykırı olmadığı sürece geçerlidir. Başka bir deyişle, sözleşmede sayılan sebepler, mutlak olarak sözleşmenin haklı sebeple feshine olanak sağlamazlar. Fesih sebepleri somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir^[75]. Nitekim somut olayda^[76] müvekkil, acentelik sözleşmesini üç ay önceden haber vermek suretiyle feshetmiş ve fesih gerekçesi olarak, satış hedeflerinin gerçekleştirilememesi ile performans eksikliği ve performansta iyileştirme görülmemiş olmasını göstermiştir. Davacı acente, bu feshin haksız olduğu gerekçesiyle denkleştirme tazminatını talep etmiştir. BAM, taraflar arasında 02.02.2011 tarihli belirsiz süreli acentelik sözleşmesi yapıldığını ve sözleşmenin “Portföyü Geliştirme Borcu” başlıklı 11. maddesinde; “Acente, mevzuata uygun olmak koşulu ile üretimini artırmak ve şirketin vereceği satış hedeflerini gerçekleştirmek zorundadır. Acentenin üretiminin benzer durumdaki acentenin normal üretimlerinin altına düşmesi ve şirketçe yapılan ihtara rağmen acentenin üretimini makul bir süre içinde tekrar beklenen/taahhüt edilen düzeye çıkaramaması, acentenin sözleşmenin feshi bakımından haklı neden oluşturur.” denildiğini belirtmiştir. Kararın devamında BAM haklı sebeple ilgili belirli saptamalarda bulunmuştur. Buna göre, haklı sebebin takdirinde sözleşmenin tarafları arasında çıkan sorun ile buna uygulanacak yaptırım arasında orantılılık ilkesine riayet edilmeli ve olağanüstü fesih son çare

[72] Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 48.

[73] Sigorta Acenteleri Yönetmeliği m. 15/3'te sözleşmenin feshine neden olan haklı sebeplerin acentelik sözleşmesinde açıklanacağı düzenlenmiştir. Bkz. RG. 22.04.2012-28980.

[74] Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Feshi*, 103.

[75] Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 48.

[76] İstanbul 14. Bölge Adliye Mahkemesi, E. 2018/30, K. 2018/504, 17.05.2018, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

olarak düşünölmelidir. Bu durumda, davalı her ne kadar acente portföyünün verimli olmamasını gerekçe göstermiş ise de portföy azalması, acentenin kendi kusuru olarak kabul edilerek sözleşmenin haklı feshine sebep olarak değeriendirilemez. Başka bir ifadeyle, salt böyle bir iddia, hukuken davacı acentenin kusurlu bir davranışına dayanak olarak gösterilemez. Nitekim, daha düşük prim üretimi yapan diğeri acentelerin sözleşmelerinin feshedilmemiş olması da gözetildiğinde ilk derece mahkemesinin bu yöndeki değeriendirmesi yerindedir. Bu sebeple BAM, istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. Kanaatimizce tarafların acentelik sözleşmesinde “her borca veya sözleşmede yer alan her yükümlölüğe aykırılığın acentelik sözleşmesinin haklı sebeple feshi gerekçesi olduğunu” kararlaştırması, bunlara haklı sebep niteliği kazandırmaz.^[77] Zira böyle bir anlaşma, haklı sebep kavramının da ortadan kalkmasına sebep olur ve bu hakkın emredici niteliği ile bağdaşmaz. Keza anlaşma, TTK m. 121’de öngörölen asgari bildirim süresinin dolanılmasına da yol açar.^[78] Kanaatimizce bu durumun öncelikle bir uyarıya bağlanması da bunların haklı sebep sayılmasını sağlamaz. Burada ihlalin ne olduğu da önemlidir. Aksi takdirde, tarafların yapmış oldukları her hareket sadece uyarılması sebebiyle haklı sebep hâline gelmiş olur ki, bu da haklı sebep kavramıyla çelişir. Buna karşılık, Yargıtay’ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta^[79] acentelik sözleşmesinde fesih koşullarını düzenleyen 41. maddesine göre, davalı şirketin, işbu sözleşmedeki yükümlölüklerinden herhangi birisini, mücbir sebebe dayananlar hariç, otuz gün süreli ihtar rağmen yerine getirmemesi durumunda, acente açısından haklı sebeple fesih imkânının oluşacağı kararlaştırılmıştır. Yargıtay kararında, sözleşmede haklı sebeple feshin ancak fesihden önce davalıya yükümlölüklerini yerine getirmesi için otuz günlük süre veren bir ihtarname keşide edilmesi ve davalının buna rağmen yükümlölüklerini yerine getirmemesi koşuluna bağlandığını; somut olayda ise mahkemece davacı tarafından davalıya fesih ihtarından önce otuz günlük süre tanıyan bir ihtarnamenin keşide edilip edilmediğinin incelenmediğini belirtmiştir. Yargıtay bu durum karşısında yerel mahkemenin, davacı

[77] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 29. Sözleşmede fesih için haklı sebeplerin belirlenmesi, makul bir değeriendirmeyi sınırlandırabilir; ancak küçük ihlaller için kısıtlayıcı bir yorumu engellemez. Bkz. Hopt, *HGB*, § 89a N 28.

[78] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 29.

[79] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/5591, K. 2015/3379, 12.02.2015, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

tarafından davalıya fesih ihtarından önce otuz günlük süre tanıyan ilk ihtar-namenin keşide edilip edilmediğini, diğer bir deyişle davacının sözleşmeyi haklı sebeple feshedip feshetmediğini incelemeyen, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar vermesi sebebiyle kararı bozmuştur. Kanaatimizce bu karar yerinde değildir. Zira Yargıtay sadece otuz gün önce ihtar çekilip çekilmediğini incelemiş; ancak haklı sebep olduğu iddia edilen olgunun ne olduğunu araştırmamıştır. Benzer şekilde başka bir olayda^[80] taraflar arasında acentelik sözleşmesi yapılmıştır. Bu sözleşmede acentenin, bir hafta boyunca tahsil ettiği primlerin, komisyon ve kendi tanzim ettiği poliçe, tecitname, zeyilnamelerle ilgili vergileri düşükten sonra kalan kısmını, en geç ertesi haftanın son gününün bitimine kadar her bir poliçe belirtilerek müvekkile intikal ettireceği yazılıdır. Sözleşmenin sona ermesinin düzenlendiği 11. maddesinde de müvekkilin, acentenin sözleşme hükümlerine uymaması hâlinde herhangi bir bildirim yapmaksızın sözleşmeyi derhal feshedebileceği kararlaştırılmıştır. Yargıtay somut olayda davacı acentenin uhdesinde tuttuğu prim miktarı gözetildiğinde, acentenin üzerine düşen edimi gereği gibi ifa etmediği, bu durumun sözleşmeye aykırılık niteliği taşıdığı sabit olduğundan, mahkemece davalının acentelik sözleşmesini haklı olarak feshettiğine karar vermiş ve yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Kanaatimizce bu karar haklı sebebin belirlenmesinde kullanılan kriterler açısından yerinde değildir. Zira Yargıtay haklı sebep açısından acentenin davranışını sadece sözleşmeye aykırı olup olmaması açısından incelemiş ve bu sebeple de müvekkilin yaptığı feshi haklı görmüştür. Oysa bu aykırılığın sözleşmenin devamını beklenemez kılıp kılmadığını, acentelik sözleşmesinin süresini, acentenin daha önceki faaliyetlerini göz önünde bulundurmamıştır.

Buna karşılık, objektif ağırlığa sahip bir sebebin acentelik sözleşmesinde belirtilmesi ve bu durumun taraflardan biri açısından sözleşmenin devamını ne şekilde çekilmez hâle getireceğinin somutlaştırılması durumunda, bu hüküm kural olarak geçerli olacaktır.^[81] Örneğin Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin yayınladığı matbu sözleşmede “Prim tahsil etmeye yetkili Acente’nin, bir faaliyet dönemi içinde üç kez önceki ayda topladığı primlerin tamamını kararlaştırılan vadede Şirket’e ödememesi üzerine yapılan uyarıya

[80] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2016/10306, K. 2018/2816, 17.04.2018, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[81] Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 25.1.

rağmen ödeme yapmaması” haklı sebep olarak kararlaştırılmıştır.^[82] Bununla birlikte, haklı sebebin belirlenmesine ilişkin anlaşmalar, bu sebebi mutlak şekilde haklı sebep hâline getirmese de, belirli bir durumun, fesih açısından haklılığını değerlendirmede kullanılacaktır. Başka bir deyişle, bu anlaşma, tarafların münferit olgu hakkındaki düşüncelerini belirten bir işaret olarak algılanabilir. Dolayısıyla tarafların hangi olguları aralarındaki borç ilişkisinin devamı için haklı veya haksız gördüklerine dair iradelerinin ortaya çıkması haklı sebebin değerlendirilmesinde nazara alınır.^[83] Ayrıca belirli sebeplerin haklı sebep olarak sayılması, sözleşmede kararlaştırılmayan diğer sebeplerin haklı sebep olmasını da engellemez.^[84] Buna karşılık, Sigorta Acenteliği Yönetmeliği m. 15/3’te sözleşmenin feshine neden olan haklı sebeplerin acentelik sözleşmesinde açıklanacağı ve sigorta şirketinin sözleşmede yer vermediği bir hususu haklı sebep olarak dayanak gösteremeyeceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce her ne kadar bu hüküm, acenteleri korumak amacıyla getirilmiş olsa da sigorta şirketlerinin haklı sebeple fesih hakkını ortadan kaldıramaz. Zira haklı sebeple fesih hakkı kanunla düzenlenmiştir ve normlar hiyerarşisi gereği yönetmelikle böyle bir hüküm getirilemez. Keza hükmün zayıfın korunması düşüncesine dayanması da bu görüşümüzü değiştirmez; çünkü haklı sebep somut olayın şartlarına göre belirlenir. Dolayısıyla sözleşmenin başında öngörülemeyen bir durum daha sonradan ortaya çıkabilir.

Acentelik sözleşmesinde bazı sebeplerin haklı sebep oluşturmayacağı da düzenlenebilir. Öğretide bir görüşe göre fesih sebebi olamayacağı kararlaştırılan bu olgular, somut objektif şartlara göre, bir tarafın sözleşmeyle bağlı tutulmasını çekilmez hâle getirmişse, tarafların anlaşmasına rağmen, haklı sebeple feshi mümkün kılabilir. Zira önemli olan fesih anındaki objektif durumun dikkate alınmasıdır.^[85] Diğer görüşe göre, objektif olarak haklı sebep sayılan bazı olay veya davranışların, sözleşmeyle bu niteliğinin

[82] Bkz. <https://tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=2481&clst=DuyurularListesi>, Erişim Tarihi: 30.04.2021.

[83] Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 165. Tarafların acentelik sözleşmesinde haklı sebep olarak belirli bir konuya açıkça özel önem vermeleri, kanunu yorumlarken, menfaatleri tartarken ve makullüğü incelerken dikkate alınacaktır. Bkz. Löwisch, *HGB*, § 89a N 137.

[84] Gautschi, *BK*, Art. 418r N 2c; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 29.

[85] Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 165; Hopt, *HGB*, § 89a N 28.

kaldırılması mümkündür. Bununla birlikte, böyle bir durumda yapılan düzenlemenin fesih hakkının özünü zedeleyip zedelediği ayrıca incelenmeli, hakkaniyet gerektiriyorsa bu tür kayıtlar geçersiz sayılmalıdır.^[86] Kanaatimizce de taraflarca bazı olay veya davranışların haklı sebep sayılmayacağı kararlaştırılabilir. Böyle bir anlaşma kural olarak geçerli olmakla birlikte, sözleşmede haklı sebep olmayacağı kararlaştırılan davranış veya olayın mutlak olarak haklı sebep sayılmasını engellemez. Şayet somut olayın koşulları gerektiriyorsa hâkim böyle bir anlaşmaya rağmen söz konusu davranış veya olayı haklı sebep olarak kabul edebilir. Kanaatimizce böyle bir anlaşmanın önemi, haklı sebebin oluşmasında aranacak ağırlığa etkisidir. Başka bir deyişle, acentelik sözleşmesinde ilgili sebebin hiç kararlaştırılmamış olması hâlindeki değerlendirme kriterleri ile kararlaştırılmış olması hâlinde haklı sebebe hükmedilmesi için aranacak gereklilikler farklı olacaktır.

E) HAKLI SEBEP ÖRNEKLERİ

1- Genel Olarak

Haklı sebeplere ilişkin örnek bir liste vererek haklı sebeplerin baştan genel olarak tespiti mümkün değildir. Zira bir sebebin acentelik sözleşmesini derhal sona erdirmek için yeterli olup olmadığının belirlenmesinde somut olayın bütün özelliklerinin dikkate alınması gerekir.^[87] Başka bir deyişle, ne “mutlak fesih gerekçeleri” ne de tersine, haklı sebeple feshi kesinlikle haklı kılmayacak gerekçeler vardır.^[88] Nitekim haklı sebep, hâkime takdir yetkisi sağlayan kapsamlı ve belirsiz bir hukuki kavram olarak tasarlanmıştır.^[89] Sebebin haklı olup olmadığını, yani bu sebeple sözleşmenin sona erdirilmesinin dürüstlük kurallarına uygun olup olmadığını, TMK m. 4 uyarınca somut olayı inceleyen hâkim takdir eder. Hâkim borca aykırı davranışın niteliğini, bunun sözleşme ve taraflar arasındaki güven ilişkisine yaptığı etkiyi ve sözleşmenin amacı ve yapısı ile somut olayın tüm özelliklerini göz

[86] Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 49.

[87] Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 49; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 247; Bozer ve Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 166; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 210; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 13.

[88] Hopt, *HGB*, § 89a N 9; Löwisch, *HGB*, § 89a N 12; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 12.

[89] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 13.

önünde tutarak bir sonuca varmalıdır.^[90] Örneğin Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta,^[91] davalı, sözleşmeyi haklı sebeplerle feshettiğini ileri sürmüş; ancak mahkeme davalının ileri sürdüğü sebeplerin gerçekten mevcut olup olmadığı ve haklı bir sebep teşkil edip etmediği konusunda yeterli araştırma yapmadan, salt sözleşmeyle kendisine tanınan tek taraflı fesih hakkı olduğu ve feshin de sözleşmeye uygun yapıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay, “6762 sayılı Ticaret Kanunu^[92] m. 133 uyarınca, haklı sebeplerin varlığı hâlinde sözleşme her zaman feshedilebilecek olduğuna göre, mahkemece öncelikle davalının fesih için ileri sürdüğü sebeplerin haklı sebep olup olmadığı hususu değerlendirilerek haklı ya da haksız feshin varlığının tespiti gerektiği” gerekçesiyle hükmü, davacı yararına bozmuştur. Bununla birlikte, literatürde yer alan örnekler hâkim açısından rehberlik görevi görür.^[93] Bu bağlamda aşağıda haklı sebep oluşturabilecek durumlara genel hatlarıyla değinilmekte birlikte, özellikle uygulamada çok fazla karşılaşılan durumlar ayrıntısıyla ele alınacaktır.^[94]

2- Müvekkilin İleri Sürebileceği Haklı Sebep Örnekleri

a) Temel Sözleşme Yükümlülüklerinin İhlal Edilmesi

Acentenin temel sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmemesi, müvekkilin acentelik sözleşmesini feshetmesi için haklı sebep oluşturabilir.^[95]

[90] Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Feshi*, 97; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 247; Bozer ve Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 166; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 210; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 48; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 13.

[91] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2016/9009, K. 2018/3615, 16.05.2018, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[92] Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG. 09.07.1956-9353.

[93] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 32; Busche, *HGB*, § 89a N 18; Çamoğlu, *Kollektif Ortaklığın Feshi*, 99.

[94] Müvekkil ve acente açısından ortak olabilecek haklı sebep örnekleri anlatımda tekrar olmaması adına sadece müvekkilin ileri sürebileceği haklı sebep örnekleri bölümünde incelenecektir.

[95] Löwisch, *HGB*, § 89a N 65; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 44; Hopt, *HGB*, § 89a N 17.

Bu konuda özellikle TTK m. 109 ilâ 112 yol gösterici olacaktır; ancak acentenin sadece kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi, söz konusu ihlali haklı sebep hâline getirmez. Bu ihlalin haklı sebep için aranan objektif ve sübjektif ağırlığa da sahip olması gerekir. Öğretide acentenin müvekkili adına tahsil ettiği paraları göndermemesi,^[96] tekel hakkının ihlali, ticaret yerini kendisine bırakılan tekel bölgesi dışında başka bir bölgeye nakletmesi,^[97] sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlar,^[98] komisyonların yanlış faturalandırılması,^[99] ticari sınırların açıklanması,^[100]

[96] Davacının tahsil ettiği primleri davalı şirkete ödememesinin haklı sebep oluşturduğu hususunda bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2016/2220, K. 2017/4433, 18.09.2017, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021. Dava, acentenin sigortalılardan tahsil ettiği primleri zimmetinde tutarak sigorta şirketine intikal ettirmemesinden kaynaklanmaktadır. Acentelik sözleşmesinin feshedilmesine neden olan şey de budur ve fesheden lehine haklı bir sebep oluşturmaktadır. Bkz. İstanbul 14. Bölge Adliye Mahkemesi, E. 2018/1210, K. 2019/1257, 02.10.2019, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[97] Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 239.

[98] Acentenin, siparişlere müşterinin gerçekte sipariş ettiğiinden daha fazla mal girerek sahte siparişler yoluyla komisyon ödemeleri yapması sözleşmeden doğan sadakat yükümlülüğünün önemli bir ihlali olduğu hususunda bkz. Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 45. Acentenin müşteriye verilmeyen bir malzemeye ilişkin bedelin faturaya yansıtılması üzerine uyarılması, sonrasında yine müşteriye verilmeyen bir hizmetin fatura edilmesi ve başka bir müşteriye de hizmet verilmediği hâlde uçak kargo faturası düzenlenmesi haklı sebeptir. Bkz. İstanbul 12. Bölge Adliye Mahkemesi, E. 2018/2576, K. 2010/1232, 26.11.2020, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021. Acentenin portföyündeki poliçelerini acentelik sözleşmesinin son bulmasından önce başka sigorta şirketlerine kaydırması sözleşmenin feshi için haklı sebep oluşturur. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2015/13042, K. 2017/1342, 07.03.2017, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 29.04.2021. Acentenin, müvekkilinin çalışmadığı bir alanda, onun acentesi olduğunu gösterir şekilde yabancı bir sigorta şirketinin evraki üzerine kaşe ve imza atarak, bu firmanın poliçelerinin de müvekkilinin teminatı altında olduğu konusunda muhatapları nezdinde intiba oluşturmasının haklı sebep oluşturacağı hususunda bkz. İstanbul 13. Bölge Adliye Mahkemesi, E. 2018/830, K. 2019/1098, 11.09.2019, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[99] Acentenin daha yüksek bir komisyon elde etmek için kasten yanlış muhasebe tutması haklı sebep oluşturur. Bkz. Busche, *HGB*, § 89a N 19.

[100] Bu, müvekkilin açıklama sonucunda zarar görüp görmediğine bakılmaksızın geçerlidir. Bkz. Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 44.

acentenin müvekkilinin itibarını sarsıcı söylentiler yayması haklı sebebe örnek olarak gösterilmektedir.^[101] Keza acentenin müvekkilin talimatlarına aykırı davranması da haklı sebep oluşturabilir. Buna göre acentelik ilişkisinde müvekkil, acentenin bağımsız tacir yardımcılığı niteliğine aykırı düşmeyecek şekilde talimat verebilir. Örneğin müvekkil acenteye hangi malların öncelikle satılmasının uygun olacağı konusunda, sözleşme koşulları ve satış fiyatını belirleme yöntemi hakkında talimat verebilir. Acente, bu tür talimatlara uymakla yükümlüdür.^[102] Buna karşılık, acentenin bu talimatlara açıkça karşı çıkması ve bu sebeple satışı engellemesi haklı sebep oluşturur.^[103] Örneğin müvekkil sigorta başvuruları işlenirken veya ürün yelpazesi değiştiğinde acentenin müşterilere düzenli ziyaretlerde bulunması ile ilgili talimatlar vermiştir. Acente bu talimata haklı bir gerekçesi olmaksızın ısrarla uymamışsa, bu durum sözleşmenin feshi açısından haklı sebeptir.^[104] Ayrıca acente, sözleşmeden kaynaklanan ifa borcunu kusurlu bir şekilde yerine getirmese, bu durum da haklı sebep oluşturabilir.^[105] Örneğin acentenin müşterinin kredi verilebilirlik durumunun eksikliğinin farkında olmasına rağmen, aracılık yapması sözleşmenin feshi için haklı sebep oluşturur. Keza kişisel hizmet ilkesinin ihlali, bir aracın sözleşmeye aykırı özel amaçlarla kullanılması, alkol tüketiminden dolayı ehliyet kaybı da haklı sebep oluşturur.^[106] Son olarak acentenin haber verme yükümlülüğünü ihlal etmesi fesih için haklı sebep oluşturabilir. Buna göre, acente aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule

[101] Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 874; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 50-51; Kınacıoğlu, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi*, 89; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 247-248; Gautschi, *BK*, Art. 418r N 2b; Busche, *HGB*, § 89a N 19.

[102] Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 227.

[103] Hopt, *HGB*, § 89a N 17; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 44; Kınacıoğlu, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi*, 89; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 247; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 51.

[104] Hopt, *HGB*, § 89a N 17.

[105] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 41; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 41.

[106] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 41.

yetkilidir (TTK m. 105/1). Acente kendisine yapılan bu ihtar ve ihbarları, vakit geçirmeden müvekkiline bildirmekle yükümlüdür. Keza acente, bölgedeki piyasanın ve müşterilerin finansal durumunu, şartlarını, bunlarda meydana gelen değişiklikleri ve yapılan işlemlere ilişkin olarak müvekkilini ilgilendiren bütün hususları ona zamanında bildirmek zorundadır (TTK m. 110/1). Bu durumun haklı sebep oluşturması, sadece acentenin haber verme yükümlülüğüne uymayı reddetmesi durumunda değil, aynı zamanda ihmal nedeniyle yetersiz raporlama durumunda da geçerlidir. Örneğin acentenin ticaret şirketi olması ve tür değişikliği sonucunda sorumluluğun sınırlandırılması konusunda müvekkili bilgilendirmemesi durumunda da bildirim yükümlülüklerinin ihlali söz konusudur. Acente, çıkar çatışmasına veya hastalığa yol açan başka bir faaliyeti bildirmese de aynıysa geçerlidir.^[107] Bu yönde bir ihlale karar verilirken, TTK m. 110 uyarınca bildirim gerekli olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Buradaki sınır, acentenin kişisel bağımsızlığının ihlalidir ve bu, günlük bildirim yükümlülüğünde söz konusu olabilir.^[108]

Bununla birlikte, sadece acentenin müvekkile olan borcunu ödememesi haklı sebep oluşturmaz. Zira öncelikle borcun tutarının acentelik sözleşmesi bağlamında önemsiz olmaması gerekir. Nitekim Yargıtay taraflar arasındaki ilişki süresini dikkate alarak borçlu olunan tutarın az olmasının haklı sebep oluşturmayacağına karar vermiştir.^[109] Bunun yanı sıra, müvekkilin acenteyi uyarması ve acentenin borcunu ifa etmesi için gerekli hukuki prosedürün de uygulanması gerekir.^[110] Bu konuda Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta^[111] müvekkil, acentenin kendisine borcu bulunması sebebiyle acentelik sözleşmesini haklı sebeple feshetmiştir. Yerel mahkeme davacı acentenin,

[107] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 36; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 42.

[108] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 36.

[109] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2019/1475, K. 2020/1949, 24.02.2020, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 24.04.2021. Kararın tam metni için bkz. yuk. C. 1. Sebebin Objektif Ağırlığa Sahip Olması, dpn 41'e ilişkin metin.

[110] Uyarıya rağmen uzun bir süre boyunca önemsiz olmayan bir meblağ ile borcunu ödememesinin haklı sebep oluşturacağı yönünde bkz. Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 44.

[111] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2015/15206, K. 2016/4748, 27.04.2016, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 25.04.2021.

davalı müvekkiline olan borcunu ödemediğinden taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelendiğini ve sözleşmenin davalı açısından çekilmez bir hâle geldiğini belirtmiştir. Yargıtay acentenin borçlu olması sebebiyle sözleşmenin feshedilebilmesi için TBK'nin ilgili maddelerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, TBK m. 123 uyarınca ancak acentenin temerrüde düşmüş olması ve davalının ise, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre vermesi veya TBK m. 124 uyarınca uygun bir süre verilmesine gerek olmadığını ispat etmesi gerekir. Oysa yerel mahkeme, bu konuda hiçbir inceleme ve değerlendirme yapmaksızın sadece acentenin borcu bulunduğu gerekçesiyle feshin haklı olduğunun kabul etmiştir. Yargıtay bu kabulü doğru görmemiş ve mahkemenin kararını bozmuştur.

b) Ciroda Düşüş veya Ciro Hedeflerine Ulaşamama

Acentenin, diğer acenteler ile karşılaştırıldığında yalnızca ortalamanın altında bir ciro^[112] (kazanç) sağlanması veya geçmiş yıllara göre ciroda düşüş olması kural olarak haklı sebeple fesih imkânı sağlamaz.^[113] Zira sözleşmede özel olarak gösterilmedikçe, acente belli bir süre içinde belli sayıda aracılık faaliyetinde bulunmak ya da sözleşme yapmakla yükümlü değildir. Onun borcu, aracılık veya sözleşme yapılması hususunda çaba göstermekten ibarettir.^[114] Acentenin cirosunun düşmesinin haklı sebep olarak kabul edilebilmesi için somut olayın özelliklerine göre, bu durum taraflar için ilişkinin devamını gerçekten çekilmez hâle getirmelidir.^[115] Başka bir deyişle, tarafların acentelik sözleşmesinde belirtilen borçlarını tam olarak icra etmelerine rağmen beklenen cironun elde edilememesi sözleşmenin feshi için haklı sebep

[112] Ciro, sözlük biliminde “satış hacmi” olarak tanımlanmaktadır [Türk Dil Kurumunun sitesi için bkz. <https://sozluk.tdk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 08.05.2021]. Bununla birlikte, uygulamada ciro, bir işletmenin masrafları düşüldükten sonra elde ettiği kazanç anlamında kullanılmaktadır. <https://www.milliyet.com.tr/uzmanpara/ciro-nedir-turleri-nelerdir-ciro-nasil-hesaplanir-6383659> Erişim Tarihi: 08.05.2021]. Uygulamayla bütünlük sağlamak amacıyla çalışmada “kazanç” yerine “ciro” kavramı tercih edilmiştir.

[113] Löwisch, *HGB*, § 89a N 73; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 42; Gautschi, *BK*, Art. 418r N 2b; Hopt, *HGB*, § 89a N 17; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 48.

[114] Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 225; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 110-111; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 42.

[115] Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 48.

oluşturmaz.^[116] Nitekim somut olayda^[117] acentenin son iki yıldır kendisine verilen hedefleri gerçekleştirememesi ve bu sebeple müvekkiline zarar vermesi sebebiyle, müvekkil acentelik sözleşmesini feshetmiştir. Yargıtay kararında, bu durumu haklı sebep olarak görmemiştir. Benzer şekilde BAM'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta^[118] davalı taraf davacı ile olan acentelik sözleşmesinin haklı sebeple fesih gerekçesi olarak, davacı acentenin kendisine verilen hedeflerin altında kalmış olmasını göstermiştir. Bu durumun müvekkili şirketi zarara uğrattığını ve aradaki güven ilişkisinin temelden sarsılmış olduğunu iddia etmiştir. BAM, bu hedeflerin acente bakımından bir borç veya yüküm olmadığı, ulaşılmaması istenen hedef ve niyet açıklaması niteliği gösterdiğini belirtmiştir. Keza BAM'a göre belli branşlarda azalmanın özellikle piyasa daralması ve aşırı rekabetin olduğu son yıllarda acente bakımından bir özensizlik veya güven sarsıcı durum olarak değerlendirilemez. Bu hedeflerin belirtilmesi bir niyet açıklaması niteliğindedir ve belli hedeflere ulaşamamanın davalı şirketin zarar görmesine yol açan bir borca aykırılık oluşturmaz. BAM, ilk derece mahkemesince bilirkişi raporuna göre, davalının davacı acentenin hedeflerin altında kaldığı gerekçesiyle sözleşmenin haklı fesih sebebi olarak ileri sürdüğü olguların yerinde olmadığına belirlendiği de dikkate alındığında, ilk derece mahkemesi karar gerekçesine göre davalı vekilinin bu yöndeki istinaf nedeni de yerinde olmadığına karar vermiştir.

[116] Gautschi, *BK*, Art. 418r N 2b.

[117] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2016/12570, K. 2018/6010, 04.10.2018, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 01.05.2021. Keza benzer bir uyuşmazlıkta da müvekkil, acentenin sözleşmede yer alan istihsal (üretim) hedeflerine uygun üretim yapmaması ve tahsilat prensiplerine uymaması sebebiyle acentelik sözleşmesini feshetmiştir. Yerel mahkeme sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi sebebiyle tazminata hükmetmiştir. Yargıtay da uyuşmazlığı tazminatın miktarı açısından incelemiş diğer hususlarda yerel mahkemenin kararını hukuka uygun bulmuştur. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/6176, K. 2014/11839, 23.06.2014, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 02.05.2021.

[118] İstanbul 13. Bölge Adliye Mahkemesi, E. 2017/1032, K. 2018/517, 30.05.2018, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi 04.05.2021. Müvekkil, acentenin performansının düşük olması sebebiyle teknik olarak zarar ettiğini ileri sürerek sözleşmeyi feshetmiştir. Yerel mahkeme ve BAM, performans olumsuzluğunun davacıya ait olmaması ve müşterilerden kaynaklanması sebebiyle haklı sebep oluşturmayacağını kararlarında belirtmiştir. Bkz. İstanbul 12. Bölge Adliye Mahkemesi, E. 2017/634, K. 2018/157, 01.03.2018, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

Buna karşılık, BAM'ın önüne gelen diğer bir uyuşmazlıkta^[119] müvekkil, acentenin sözleşme gereğince kendisine senenin başında yazılı olarak bildirilen hedefleri gerçekleştirmemiş olması nedeniyle taraflar arasındaki sözleşmeyi feshetmiştir. İlk derece mahkemesi bilirkişiler tarafından yapılan hesaplamalara göre acentenin belirlenen hedefleri fazlasıyla gerçekleştirdiği anlaşıldığı için müvekkilin feshinin haksız olduğuna kanaat getirmiştir. BAM ilk derece mahkemesinin yaptığı tespiti haklı bulmuş; ancak denkleştirme isteminin doğru hesaplanmaması gerekçesiyle davanın yeniden görülmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. Kanaatimizce bu kararın gerekçesi yerinde değildir. Zira acentenin sadece belirlenen ciro hedeflerine ulaşamaması, bu durumu acentelik sözleşmesinin sona ermesi açısından haklı sebep sayılmasını sağlamaz. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin acentenin belirlenen hedefleri gerçekleştirdiği gerekçesiyle sebebin haksız olduğuna karar vermesi yerinde değildir. Bununla birlikte, acentenin ciro düşüklüğü devamlılık arz ediyor ve acentenin kusurlu bir şekilde görev ihlaline dayanıyorsa haklı sebep oluşturabilir.^[120] Zira ciro düşüklüğünün geçici olması durumunda haklı sebebin sübjektif ağırlığı oluşmaz.

Taraflar acentelik sözleşmesinde asgari bir ciro hedefi belirlemiş olabilirler. Sözleşmeyle belirlenmiş olsa bile, sadece asgari ciro hedefine ulaşamama haklı sebep oluşturmaz.^[121] Zira tek başına bu durum haklı sebebin objektif ve sübjektif ağırlığını taşımaz. Buna karşılık Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta^[122] belirsiz süreli acentelik sözleşmesi yapılmış ve sözleşmede

[119] İstanbul 14. Bölge Adliye Mahkemesi, E. 2018/2322, K. 2020/1215, 19.11.2020, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[120] Hopt, *HGB*, § 89a N 18; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 42, 47; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 50 dipnot 111.

[121] Löwisch, *HGB*, § 89a N 69; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 42; Gautschi, *BK*, Art. 418r N 2b; Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 875.

[122] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2015/10067, K. 2015/13571, 16.12.2015, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 28.04.2021. Benzer şekilde Yargıtay'ın önüne gelen somut olayda taraflar arasında düzenlenen acentelik sözleşmesinde üretimin benzer durumdaki acentelerin altına düşmesi sözleşmeyi sona erdirecek haklı sebepler arasında sayılmıştır. Sözleşmenin 11. maddesi uyarınca, acentenin üretiminin benzer durumdaki acentelerin normal üretimlerinin altına düşmesi ve şirketçe yapılan ihtara rağmen, acentenin üretimini makul bir süre içinde tekrar beklenen düzeye çıkaramaması acentelik sözleşmesinin feshi için haklı sebep oluşturacaktır. Müvekkil

üretim hedefine uyulmamışsa davalının her zaman tazminatsız fesih hakkına sahip olacağı kararlaştırılmıştır. Davalı müvekkil, yetersiz üretim nedeniyle akdi feshettiğini acenteye bildirmiştir. Yerel mahkeme acentenin kusurunun haklı fesih sebebi olabileceğine ancak, üretim yetersizliğinin acentenin kusuru olarak kabul edilmesinin hakkaniyete uygun olmadığına, bu itibarla davacının, davalıdan portföy tazminatı ile komisyon alacağı talep edebileceğine karar vermiştir. Yargıtay, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin “Sözleşmenin süresi ve feshi” başlıklı 23/1-c maddesindeki “şirket tarafından uygun görülen üretim hedeflerine uymaması” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğinin somut olayda incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay’a göre davacı sigorta acentesinin faaliyet gösterdiği yerleşim merkezinde eşdeğer sigorta acentelerinin hedeflenen performansı belirlenip, davacı tarafca bu hedeflerin tutturulup tutturulmadığı, davalının sözleşmeyi feshinin haklı olup olmadığı değerlendirilerek, bunun sonucuna göre bir karar vermek gerekir. Oysa yerel mahkemenin, anılan hususları dikkate almaksızın yanılığılı değerlendirmeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır. Bu sebeple Yargıtay, kararı davalı yararına bozmuştur. Keza BAM da önüne

bu düzenlemeye dayanarak acentelik sözleşmesini feshetmiştir. Davalı tarafından davacı acenteye gönderilen 21.11.2012 tarihli ihtarnamede, davacı acente üretiminin, şirket acentelerinin üretim ortalamasından ve üretim hedefinden oldukça uzak seyrettiği ve acente portföyünün ağırlıklı olarak kaza branşından oluştuğu ileri sürülerek bir ay sonra sözleşmenin feshedileceği bildirilmiştir. Bunun üzerine acente, feshin haksız olduğunu belirterek denkleştirme istemi ve diğer zararlarının tazminini talep etmiştir. Yerel mahkeme, davalının, taraflar arasında düzenlenen acentelik sözleşmesinin 11. maddesine dayanarak sözleşmeyi sona erdirdiğini ve bu durumun haklı sebep oluşturduğunu belirterek davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay üretim ortalaması belirlenirken davacı acenteye benzer hangi acentelerin baz alındığı, üretim ortalamasının davacı acentenin bulunduğu ilçe şartlarında ne olması gerektiği ayrıca acente portföyünün kaza branşı haricinde diğer branşlarda ortalamasının ne olması gerektiği belirtilmemiştir. Bu durumda, mahkemece, ihtarnamenin taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olup olmadığı, davacı acentenin üretim ortalamasını yakalaması için verilen sürenin acentenin bulunduğu ilçe şartlarında makul olup olmadığı konusunda, ilçe şartlarında diğer emsal acentelerin üretim ortalamalarını da değerlendiren bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirmeye dayalı yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2015/5683, K. 2015/12737, 30.11.2015, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 03.05.2021.

gelen bir uyuşmazlıkta^[123] acentenin sözleşmede öngörülen üretim hedeflerini tutturamadığının açıkça belirlendiği, bu durumda davacının verilen satış hedeflerine uymaması (m.22/E) nedeniyle davalının sözleşmenin 22. maddesindeki düzenleme uyarınca acentelik sözleşmesini haklı olarak feshettiği sonucuna ulaşmıştır. Kanaatimizce her iki karar da yerinde değildir. Zira haklı sebebin varlığı için davranış veya olayın objektif ve sübjektif açıdan belirli bir ağırlığa ulaşması gerekir. Kararlarda somut olay açısından acentelik ilişkinin süresi, acentenin daha önceki başarıları, tarafların menfaati ve bu durumun acentelik ilişkisini çekilmez hâle getirip getirmediği tartışılmamış; sadece sözleşmede yer alması sebebiyle bu durum haklı sebep sayılmıştır. Ayrıca acentenin her şeyi yapmasına rağmen belirli hedefi tutturamamasının haklı sebep sayılması dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz. Keza böyle bir durum, acente karşısında güçlü bir konumda olan müvekkilin sözleşme ilişkisinden kolayca kurtulmasına sebep olur ve haklı sebeple feshin son çare olması ilkesine aykırılık oluşturur. Nitekim BAM önüne gelen bir davada^[124] aynı gerekçelerle portföy azalmasını, sözleşmenin haklı feshine sebep olarak görmemiştir.

Kanaatimizce sözleşmede kararlaştırılan belirli bir ciro hedefine ulaşamamanın haklı sebep sayılması için öncelikle bu hedefin sektördeki diğer acentelerle karşılaştırılınca makul düzeyde olması gerekir. Başka bir deyişle, tarafların acentenin belirli bir süre içinde önceden belirlenmiş minimum ciroya ulaşmasını öngören hukuki olarak geçerli bir asgari ciro anlaşması yapmış olmaları gerekir.^[125] İkinci olarak bu başarının gerçekleşmemesi durumunun yaptırımı olarak acentelik sözleşmesinin derhal feshedilmesi kararlaştırılmış olmalıdır. Üçüncü olarak bu yaptırımın acentenin kusurlu davranışına bağlı olması veya acenteye atfedilebilir bir sebebe dayanması gerekir.^[126] Örneğin acentenin yükümlülüklerini sürekli olarak ihmal etmesi,

[123] İstanbul 14. Bölge Adliye Mahkemesi, E. 2018/1111, K. 2019/766, 24.05.2019, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[124] İstanbul 14. Bölge Adliye Mahkemesi, E. 2018/30, K. 2018/504, 17.05.2018, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021. Kararın tam metni için bkz. yuk. D. HAKLI SEBEP KONUSUNDA TARAFLARCA ANLAŞMA YAPILIP YAPILAMAYACAĞI, dpn. 76'ya ilişkin metin.

[125] Löwisch, *HGB*, § 89a N 69.

[126] Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 43; Löwisch, *HGB*, § 89a N 69.

personelini yetersiz şekilde denetlemesi veya aracılık sırasında kredi değerlendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle ciro hedefine ulaşamaması gibi. Son olarak somut olayın tüm koşulları göz önüne alındığında, belirli bir durumda asgari ciroya ulaşamama sözleşmenin derhal feshi için haklı sebep olarak sayılmalıdır.^[127]

c) Rekabet Yapmama Borcuna Aykırılık

Acente, acentelik sözleşmesi süresinde tekel hakkını düzenleyen TTK m. 104 ve acentenin müvekkilinin menfaatini korumakla yükümlü olduğunu düzenleyen TTK m. 109 hükümleri uyarınca, aksi taraflarca yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, sözleşmede zikredilmese dahi kanunen rekabet yapmama borcu altındadır.^[128] Acente tarafından rekabet yapmama borcunun ihlali, sözleşmeye bağlı sadakat ve menfaatlerin korunmasına ilişkin yükümlülüklerinin ciddi bir şekilde ihlal edilmesine yol açar. Bu ihlal genellikle haklı sebep oluşturur.^[129] Rekabet yapmama borcuna aykırılık, acentenin kendi müvekkiliyle rekabet etmesi veya müvekkilin bir rakibi için çalışması durumunda ortaya çıkar. Acente, müvekkilin işiyle kısmen örtüşen bir sektörde bulunan yabancı bir müvekkil için çalışıyorsa, kabul edilemez bir rekabet etkinliği oluşacaktır.^[130] Acente tarafından sözleşmeye göre satılacak rakiplere ait ürünler ile müvekkilin ürünlerinin kullanılma amacı müşteriler açısından aynıysa, fiili anlamda rekabet durumu vardır. Bununla birlikte, ürünlerin kimlik, benzerlik ve hatta fiyat veya kalite açısından karşılaştırılabilir olması ve ürün yelpazesinin örtüşmesi gerekli değildir. Burada belirleyici faktör, müşterinin bakış açısından rekabetçi bir durumun olup olmadığıdır.^[131] Bu durumun haklı sebep sayılması için, müvekkilin zarara uğrayıp uğramadığı veya acentenin rekabet ettiği yer de önemli değildir; müvekkilin çıkarlarını ihlal etmesi yeterlidir. Başka bir

[127] Löwisch, *HGB*, § 89a N 69.

[128] Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 51; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 228.

[129] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 34; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 40; Löwisch, *HGB*, § 89a N 78; Busche, *HGB*, § 89a N 19; Hopt, *HGB*, § 89a N 19; Kınacıoğlu, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi*, 89; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 247; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 49; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 211.

[130] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 34.

[131] Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 41.

deyişle, burada önemli olan acentenin değil, müvekkilin faaliyet alanıdır. Bu sebeple, bir akaryakıt istasyonu kiracısının sözleşmeli benzin istasyonuna yetmiş kilometre mesafede rekabet faaliyetine başlaması rekabetçi bir faaliyet oluşturur.^[132] Keza, bu durumun haklı sebep oluşturabilmesi için sözleşmede bir rekabet maddesinin bulunması da gerekli değildir^[133]; ancak sözleşmeyle böyle bir yasağın kabul edilmesi hâlinde bu davranış kural olarak haklı sebep oluşturur.^[134] Buna karşılık, müvekkil acentenin kendisiyle rekabet içeren faaliyetini sözleşmesinin başında bilmesine rağmen buna itiraz etmemişse, daha sonradan bu durumun haklı sebep olduğunu iddia edemez. Zira sebep, haklı sebebin varlığında aranan sübjektif ağırlığı kaybetmiştir. Nitekim BAM, önüne gelen bir uyumsuzlukta,^[135] birden fazla müvekkille çalışan acente açısından, sözleşme kurulurken bu durumdan haberdar olan davalı şirketin, sonradan bu durumun haklı sebep olduğunu iddia etmesinin iyi niyet kuralları çerçevesinde korunamayacağını belirtmiştir.

d) Hakaret Suçu ve Diğer Cezai Suçlar

Acente tarafından işlenen hakaret suçu veya diğer suçlar, fesih için haklı bir sebep oluşturabilir.^[136] Bunun için, hakaretin acentelik ilişkisinin devamını müvekkilden beklenemeyecek hâle sokacak kadar ciddi olup olmadığı her zaman kontrol edilmelidir. Örneğin zorlu bir iş tartışması sırasında ve büyük bir heyecanla yapılan aşağılamalar somut olayın koşullarında haklı sebep oluşturmayabilir. Bununla birlikte, hakaret özellikle müvekkilin diğer çalışanlara karşı yetkisini zayıflatıyorsa fesih için haklı bir sebep olabilir.^[137] Hakaretin müvekkilin kendisine mi yoksa yönetim kadrosuna mı yönelik

[132] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 34.

[133] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 34.

[134] Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 40.

[135] İstanbul 14. Bölge Adliye Mahkemesi, E. 2018/1827, K. 2020/107, 06.02.2020, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[136] Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 45; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 46; Busche, *HGB*, § 89a N 19; Hopt, *HGB*, § 89a N 17; Gautschi, *BK*, Art. 418r N 2b; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 51.

[137] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 50.

olduğunun haklı sebebin tespitinde önemi yoktur. Keza müvekkilin ana müşterisine karşı bir suç işlenmesi de haklı bir sebep olabilir.^[138]

Bunun yanı sıra, müvekkilin acenteye olan güvenini tamamıyla sarsıcı belirli suçlar da haklı sebep oluşturur. Örneğin toplanan müşteri parasının zimmete geçirilmesi veya kötüye kullanılması ya da özellikle acentenin müvekkile sahte imzalı bir sözleşme sunması durumunda bunlar haklı sebep oluşturur.^[139]

e) Acentenin Ortaklarına veya Yapısına İlişkin Değişiklikler

Acentelik faaliyeti gerçek veya tüzel kişi tarafından yerine getirilebilir.^[140] Zira TTK'de bunu engelleyen herhangi bir hüküm yoktur. Acentelik faaliyetinin bir ticaret şirketi tarafından meydana getirilmesi durumunda, bir ortağın ayrılması kural olarak haklı sebep oluşturmaz. Bununla birlikte, istisnai durumlarda, bir ortağın acenteden ayrılması, fesih için haklı sebep teşkil edebilir.^[141] Örneğin ayrılan ortak, aynı zamanda şirketin genel müdürü veya çalışanı olarak yer alıyor ve müvekkilin bu acenteye çalışmasının sebebi ayrılan ortağın bulunmasıysa bu, haklı sebep oluşturabilir. Keza şirkete yeni bir ortak katılması da kural olarak haklı sebep oluşturmaz.^[142] Buna karşılık, katılan bu ortağın şirkette bulunması müvekkil açısından acentelik sözleşmesinin devamını çekilmez kılıyorsa haklı sebep oluşturabilir. Örneğin müvekkilin husumetli şekilde boşanmış olduğu eski eşinin, müvekkilin iş yaptığı acentelik şirketine ortak olması gibi. Benzer şekilde, müvekkille rekabet hâlinde bulunan bir kişinin de acenteye ortak olması, müvekkil açısından haklı sebep oluşturabilir.^[143]

[138] Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 45; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 46; Hopt, *HGB*, § 89a N 17.

[139] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 46; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 46.

[140] Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 218; Kaya, *Acentelik Hukuku*, 2-3; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 33; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 5.

[141] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 50; Löwisch, *HGB*, § 89a N 76.

[142] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 50; Löwisch, *HGB*, § 89a N 76; Busche, *HGB*, § 89a N 19. Acente anonim şirkete, payların kontrolünün el değiştirecek şekilde devri haklı sebep oluşturur. Bkz. Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 874.

[143] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 51.

Acentelik faaliyetinin bir şirket tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, bu şirketin türünün değişikliği veya birleşme, bölünme veya tür değiştirme gibi yapısal değişiklikleri kural olarak müvekkile haklı sebeple fesih hakkı vermez.^[144] Zira biçim değişikliği, kişisel hizmet yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmez. Keza müvekkilin sorumluluk riski, yapısal değişikliklerle artmaz; çünkü müvekkil TTK m. 134 ilâ 194 hükümleri ile yeterince korunmaktadır. Bununla birlikte, tür değişikliği, müteakip tüzel kişiliğin ekonomik olarak zayıflamasına yol açıyorsa, müvekkilin çıkarlarını makul olmayan bir şekilde tehlikeye atıyorsa, fesih için haklı sebep oluşturur.

f) Faaliyetin Durması

Acentenin faaliyetini durdurmasının haklı sebep oluşturup oluşturmayacağına her somut olaya göre incelenmesi gerekir.^[145] Buna göre acente faaliyetini sürekli olarak durdurduysa, bu durum acentenin faaliyetin durmasında kusuru olmasa bile haklı sebep sayılır. Zira müvekkilin sözleşme süresinin veya olağan fesih süresinin sonuna kadar beklemekte herhangi bir menfaati kalmamıştır. Acentenin tutuklanması sebebiyle işyerini kapatması veya felç gibi işlerini yapmasını engelleyen kalıcı bir hastalığa yakalanması ve faaliyetini bu sebeple durdurması gibi durumlar buna örnek gösterilebilir.^[146] Öğretide bir görüşe göre^[147] acentenin faaliyetine kısa süreli ara vermesi de haklı sebep oluşturur. Kanaatimizce kısa süreli ara vermenin haklı sebep sayılıp sayılmayacağına somut olayın koşulları göz önünde tutularak karar verilmelidir. Zira tarafların arasındaki ilişkiye bağlı olarak müvekkil tarafından bu durum haklı sebep görülmebilir ve sebebin sübjektif ağırlığı bulunmayabilir. Ayrıca ekonomik kayıplar nedeniyle faaliyetin

[144] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 52.

[145] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 53; Löwisch, *HGB*, § 89a N 74; Hopt, *HGB*, § 89a N 20; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 4; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku*, 541; Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 247; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 50.

[146] Acentenin öngörülemeyen bir süre için beklenmedik bir hastalığa yakalanmasının da haklı sebep oluşturacağı hususunda bkz. Hopt, *HGB*, § 89a N 20; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 211.

[147] Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 211.

durdurulması haklı sebep oluşturmaz. Bu durumda müvekkilin olağan fesih süresini beklemesi mantıklıdır.^[148]

Bunun yanı sıra, mücbir sebepler yüzünden işletmenin faaliyeti sürekli olarak durmuşsa bu durum da haklı sebep oluşturur. Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır.^[149] Örneğin deprem veya sel yüzünden, acentenin işyerinin tamamen yok olması gibi. Bununla birlikte, mücbir sebepler işletmenin faaliyetini geçici olarak durdurmasına ve ekonomik kaybına sebep olmuşsa, bu durumun haklı sebep oluşturup oluşturmayacağı somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bu konuda özellikle covid-19 sebebiyle işletmenin faaliyetindeki değişiklikler incelenebilir. Nitekim öğretilerde Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi ilan edilen Covid-19 salgını “mücbir sebep” olarak nitelendirilmektedir.^[150] Kanaatimizce yalnızca Covid-19’un varlığı, sözleşmenin feshedilmesi için haklı sebep oluşturmaz. Zira bu durumun acentelik sözleşmesini etkilemesi ve sözleşmenin bu sebeple devamını taraflardan beklenemez hâle sokması gerekir. Örneğin acente Covid-19 sebebiyle faaliyetlerine kısa süreli ara vermişse, bu durum çekilmezlik unsuru oluşmadığı için haklı sebep oluşturmayacaktır. Buna karşılık, acente faaliyetini kalıcı olarak durdurmuşsa, bu durum haklı sebep oluşturacaktır. Zira müvekkilin, acentelik sözleşmesinin sonuna kadar beklemesinde menfaati bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, acente ifası mümkün bir borcunu Covid-19’un etkisiyle zamanında ifa edememişse, bu durumda borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanır (TBK 117

[148] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 53; Busche, *HGB*, § 89a N 21.

[149] Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 630; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 418.

[150] Yaşar Can Göksoy, “Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü (TTK m. 18) Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Tacirlerin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri Üzerindeki Etkileri,” *Yaşar Hukuk Dergisi* 2, no. 2 (2020): 12, 14. Covid-19’un pek çok borç ilişkisi açısından mücbir sebep teşkil ettiği hususunda bkz. Şahin Akıncı, “Covid 19’un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi,” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, no: 38 (Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, 2020): 62, 65-68; Arzu Oğuz, “Covid 19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi,” *Terazi Hukuk Dergisi* 15, no. 166 (2020): 1275, 1284.

vd). Dolayısıyla müvekkilin öncelikle borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurması gerekir. Şayet mücbir sebep sürekli nitelikteyse borcun ifası imkânsızlaşır ve borç sona erer (TBK m. 136).^[151] Ayrıca öğretide Covid-19 döneminde uygulanan yasaklar sebebiyle acentenin edimini ifası geçici olarak imkânsızlaşmışsa,^[152] bu durumda da borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulacağı ifade edilmektedir.^[153] Bu sebeple, kanaatimizce müvekkilin öncelikle söz konusu hukuki yollara başvurması gerekir. Şayet bu yolları tükettikten sonra bu durum devamlılık arz ediyorsa, acente edimini ifa etmek için hiçbir çaba göstermiyorsa ve acentelik sözleşmesinin devamını müvekkil açısından beklenemez hâle getiriyorsa, haklı sebep oluşturmaldır. Bu bağlamda, Covid-19'un haklı sebep oluşturup oluşturmayacağına somut olayın koşullarına göre karar verilmelidir.

g) Diğer Sebepler

Acente olarak faaliyette bulunabilmek için gereken resmi iznin alınmamış olması da haklı sebep oluşturur.^[154] Nitekim Yargıtay önüne gelen bir uyuş-

[151] Bu durumun, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığı oluşturduğu hususunda bkz. Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1003; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 635-636; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N 1345.

[152] Covid-19 salgının ne zaman biteceği bilinmemekle birlikte, günün birinde biteceği ve hayatın normale döneceği düşünüldüğünde, imkânsızlığın geçici bir imkânsızlık olacağı hususunda bkz. Akıncı, "Covid 19'un Borç İlişkilerine," 72.

[153] Sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde ifaya başlanmış ve fakat bir süre sonra edim yerine getirilemez hâle gelmişse, hâkim görüşüne göre imkânsızlığın sonuçları ortaya çıkar. Fakat edimin sonradan yerine getirilmesi mümkünse imkânsızlık değil temerrüt hükümleri uygulanacağı hususunda bkz. Mehmet Altunkaya, *Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 126; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 909; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N 1345 dpn 171; Akıncı, "Covid 19'un Borç İlişkilerine," 74.

[154] Bozer ve Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 166; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 51. Yerel mahkeme levha kayıt işlemini tamamlamayan herhangi bir sigorta acentesinin poliçe düzenleme imkânının bulunmadığı, levhaya kayıt işlemlerine yönelik olarak zaman sınırlaması olduğu, davacının sabıka kaydının olmasının da gecikmenin sebeplerinden bulunduğu, anılan emredici düzenlemelere istinaden davalının fesihle haklı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. İbrahim edilen 18/02/2009 tarihli ihtar ile davacı acentenin kayıt işlemini yaptırması talep

mazlıkta^[155] bu durumu açıkça haklı sebep saymıştır. Keza Yargıtay diğer bir uyuşmazlıkta,^[156] acentenin TOBB'da tutulan acentelik levhasında adının kayıtlı olmasına rağmen, müvekkilin bunun aksini iddia ederek sözleşmeyi feshetmesinin, müvekkilin haklı sebep olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi olduğu yönünde karar vermiştir.

Öğretide acentenin askere gitmesinin haklı sebep oluşturup oluşturmayacağı hususunda bir tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre, iki yıllık mecburi askerlik süresi fazla olduğu için, bu durum haklı bir sebep oluşturur.^[157] Diğer bir görüşe göre, bu durum sözleşmeyi sona erdirmeye imkân tanıyacak haklı bir sebep oluşturmaz. Zira askerlik görevinin ifa edilmesi, devletin genel güvenlik ihtiyacına ilişkin olup, niteliklerini taşıyan her Türk vatandaşı tarafından ilgili kanunlarda belirtilen mecburi süre kadar yapılması şarttır. Başka bir deyişle, gerekli nitelikleri taşıyan her Türk vatandaşının askere gidip gitmemesi onun iradesine bağlı olan bir husus değildir. Keza müvekkil, tacir niteliğini haiz olduğu için işlerinde basiretli bir tacir gibi

edilmiş, işlemlerin .../02/2009 tarihine kadar gerçekleştirilmesi istenmiş, bunun mümkün olmaması üzerine 18/11/2009 tarihli ikinci bir ihtar ile .../11/2009 tarihine kadar levhaya kayıt işlemi tamamlanmadığı takdirde acenteliğin re'sen feshedileceği belirtilmiştir. Davacı tarafca davalı şirketine 30/09/2009 tarihinde gerekli başvurunun yapıldığı, levhaya kayıt için istenen evrakların Ticaret Odasına teslim edildiği, ilgili oda tarafından .../11/2009 tarihinde Hazine'den görüş istendiği ve bu görüşün beklendiği bildirilmiştir. Yargıtay levhaya yasal sürede kayıt yaptırılmaması fesih sebebi yapılmayıp, ihtarlar ile davalı şirketçe levhaya kayıt için davacı tarafa süreler tanıdığı, davalının ikinci ihtarnamesinden önce davacının 30/09/2009 tarihinde başvurusunu yaptığı, davacı yetkilisinin sabıkasının levhaya kayıt sürecine etkili olmadığı hususu dikkate alınarak; levhaya kayıt sürecinin uzamasında yani davalı tarafca bildirilen sürede kaydın yapılamamasında davacıya yüklenebilecek bir kusur bulunmayıp, feshin haklı olduğu söylenemeyeceğinden işin esasına girilip değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine hükmedilmesi yerinde görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2017/909, K. 2019/446, 17.01.2019, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 01.05.2021.

[155] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1995/8837, K. 1996/1888, 19.03.1996, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[156] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/19227, K. 2015/6733, 12.05.2015, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[157] Kınacıoğlu, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi*, 91 dpn 217.

hareket ederek (TTK m. 18/2) acentelik ilişkisine girdiği kişinin askerlik hizmetini yapıp yapmadığını göz önüne almalı ve en azından sözleşmeye askerlik hizmetinin acentelik ilişkisini sona erdirebilecek haklı bir sebep olduğu yönünde hüküm koymalıdır. Bununla birlikte, askerlik görevinin bitiminde acentelik faaliyetine devam edilmemesi haklı sebep oluşturur.^[158]

3- Acentenin İleri Sürebileceği Haklı Sebep Örnekleri

a) Acentelik Sözleşmesinden Doğan Edim Yükümlülüklerinin İhlali

Müvekkilin, acentelik sözleşmesinden doğan edim yükümlülerine aykırı davranması haklı sebep oluşturabilir.^[159] Müvekkilin acentelik sözleşmesinden doğan borçları genel olarak TTK m. 120'de düzenlenmiştir. Bunlar müvekkilin bilgi ve belgeleri verme borcu, bilgilendirme borcu, acentenin istemeye hak kazandığı ücretin ödenmesi, ücret, avans ve olağanüstü giderler hakkında faiz ödenmesi borcudur. Bunun yanı sıra, acenteyi destekleme, sır saklama ve rekabet etmeme borcu TTK m. 120'de sayılmayan müvekkil borçlarındandır.^[160] Dolayısıyla bu borçların ihlali haklı sebep açısından değerlendirilecektir.

Müvekkil, kural olarak, acentenin aracılık ettiği her işlemi sonuçlandırmak zorunda değildir. Bununla birlikte, acentenin aracılıkta bulunduğu sözleşmeleri yapmaktan keyfi olarak kaçınıyorsa ve bu durum süreklilik arz ediyorsa, bu durum acente açısından haklı sebep oluşturur.^[161] Keza öğretilerde müvekkilin hiçbir gerekçe göstermeden acentelik ücretini ödememesi veya sürekli geç ödemesi, müşterilere sürekli şekilde ayıplı mal göndermesi, acentenin tekel hakkının ihlali, sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlar,^[162]

[158] Kayıhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 248-249.

[159] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 55; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 50.

[160] Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 194 vd.

[161] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 55; Busche, *HGB*, § 89a N 22; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 49.

[162] Müvekkilin acentenin müşterileri ile malları doğrudan kendisinden sipariş etmesi için anlaşması ve dolayısıyla acentenin komisyon kayıplarına uğraması amacıyla girişimde bulunması, sadakatsiz davranış olarak işten çıkarılma için önemli bir neden teşkil etmektedir. Bkz. Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 56.

acentenin iş yapmasının engellenmesi,^[163] müvekkilin asılsız ithamlarda bulunması, tek taraflı olarak acentenin bölgesinin daraltılması haklı sebebe örnek olarak verilmektedir.^[164] Bunun yanı sıra, acentenin sürekli olarak hak kazandığı komisyonun faturalandırılmasında ve ödenmesinde yapılan usulsüzlükler haklı sebep oluşturur.^[165] Zira komisyonların tek taraflı, sözleşmeye aykırı olarak azaltılması, mevcut acentelik sözleşmesinde ciddi bir ihlale yol açar. Bununla birlikte, müvekkilin borçlu olduğu komisyonun bir kısmını alıkoyması, komisyon yükümlülüklerini yerine getirmede yavaş olması ve bu nedenle, bir defaya mahsus görev ihlalleri kural olarak haklı sebep oluşturmaz.^[166]

b) Diğer Sebepler

Haklı sebeple fesih, haklı sebebin fesih beyanı ile muhataba bildirilmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır.^[167] Bununla birlikte, bu fesih beyanı,

[163] Müvekkilin herhangi bir uyarı yapmaksızın davacının poliçe düzenlememesi için bilgisayar sisteminin girişini ekran karartmak suretiyle engellemesi ve daha sonra sözleşmeyi feshetmesi, acentelik sözleşmesinin haklı sebep olmadan feshi olduğu için acente denkleştirme istemine hak kazanır. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/16850, K. 2015/3124, 09.03.2015, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.05.2021.

[164] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 55-59; Busche, *HGB*, § 89a N 22; Hopt, *HGB*, § 89a N 23-24; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 49; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 239; Kayhan, *Acentelik Sözleşmesi*, 249; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 49-50; Kinacıoğlu, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi*, 89.

[165] Busche, *HGB*, § 89a N 22; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 58; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 51; Hopt, *HGB*, § 89a N 22.

[166] Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 58.

[167] Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 209; Ayan, *Denkleştirme Hakkı*, 52; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 65; Hopt, *HGB*, § 89a N 14; Seliçi, *Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 159-60; Altınok Ormancı, *Haklı Sebeple Feshi*, 180. Davalının fesih ihtarında neden göstermesi de önemli değildir. Bu durumda, mahkemece, davalının sözleşmeyi fesih tarihi ve yetki belgelerinin tarihleri dikkate alınarak davalının sözleşmeyi fesih tarihinde haklı olup olmadığı üzerinde durulmalı sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1995/8837, K. 1996/1888, 19.03.1996, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 08.05.2021.

feshedilen taraf için haklı sebeple fesih hakkı doğurabilir.^[168] Kural olarak, işine son verilen kişi derhal haksız fesih işlemine itiraz etmeli, şahsında veya davranışında bildiği iddia edilen fesih gerekçelerini çürütmeli ve daha fazla güvene dayalı işbirliğine hazır olduğunu ciddi şekilde beyan etmelidir. Buna karşılık, fesheden taraf sözleşmeden doğan yükümlülüklerini daha fazla yerine getirmeyi reddederse, feshedilen taraf, buna dayanarak sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilir. Keza acentenin ihbar sürelerine uyarak olağan fesih yoluyla sözleşmeyi feshetmesi durumunda, müvekkilin ihbar süresi sona ermeden acentenin işini yapmasına engel olması da haklı sebep oluşturur.^[169] Ayrıca acente tarafından kanıtlanabilen sözleşmenin kalıcı olarak yerine getirilememesi, genellikle yalnızca bu durumun daha uzun bir süre için öngörülebilir olması durumunda haklı sebep sayılabilir. Örneğin uzun süreli hastalık, müvekkilin işini durdurması, satılan malların üretiminin durdurulması gibi.^[170]

[168] Löwisch, *HGB*, § 89a N 71; Ströbl, *MüKoHGB*, § 89a N 58; Lehmann, *BeckOK HGB*, § 89a N 50; Hopt, *HGB*, § 89a N 17, 23.

[169] Hopt, *HGB*, § 89a N 22.

[170] Löwisch, *HGB*, § 89a N 74.

SONUÇ

TTK m. 121/1 uyarınca acentelik sözleşmesi belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir. Hükümde haklı sebep kavramı tanımlanmasa bile, bir davranış veya olayın haklı sebep oluşturabilmesi için, objektif ve sübjektif ağırlığa sahip olması gerekir. Aksi takdirde, haklı sebeple fesih sözleşmeyi sona erdirmek için olağan bir yöneme dönüşecektir. Sebebin objektif ağırlığı, bir olgunun dürüstlük kuralı çerçevesinde fesih beyanında bulunan tarafın sözleşme süresinin sonuna ya da en yakın olağan fesih dönemine kadar sözleşmeye devamını beklenemez hâle getirmesidir. Bu ağırlık, aynı koşullar altında bulunan makul bir insanın, o koşullar karşısında sözleşmeyi haklı sebeple fesih hakkının olup olmayacağına bakılarak tespit edilir. Sebebin sübjektif olarak ağır olması, sözleşmeyi fesheden taraf açısından acentelik sözleşmesine devamın beklenemez hâle gelmiş olmasıdır. Hâkim somut olayda her iki unsuru da incelemelidir. Buna karşılık, bu çalışmada bazı yargı kararlarında bu unsurların incelenmediği saptanmıştır.

Kanunen haklı sebebe dayanarak fesih hakkı tanıyan hükümler emredici hükümlerdir. Bununla birlikte, taraflar haklı sebeple fesih hakkının özüne aykırı olmadığı sürece sözleşmede nelerin haklı sebep oluşturacağını kararlaştırabilirler. Keza acentelik sözleşmesinde bazı sebeplerin haklı sebep oluşturmayacağı da düzenlenebilir. Her iki anlaşma da kural olarak geçerli olmakla birlikte, somut olayda haklı sebebin varlığına, sebebin objektif ve sübjektif ağırlığı taşıyıp taşımadığı incelenerek karar verilmelidir.

Haklı sebeplere ilişkin örnek bir liste vererek haklı sebeplerin baştan genel olarak tespiti mümkün değildir. Zira bir sebebin, acentelik sözleşmesini derhal sona erdirmek için yeterli olup olmadığının belirlenmesinde somut olayın bütün özelliklerinin dikkate alınması gerekir. Buna karşılık, literatürde yer alan örnekler hâkim açısından rehberlik görevi görür.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin. “Covid 19’un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi.” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, no. 38 (Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, 2020): 62-103
- Akyol, Şener. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*. 2. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Altınok Ormancı, Pınar. *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Altunkaya, Mehmet. *Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. 26. Baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2020.
- Ayan, Özge. *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. 13. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku*. 21. Baskı. İstanbul: Beta, 2020.
- Bozer, Ali ve Celal Göle. *Ticari İşletme Hukuku*. 6. Baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2020.
- Busche, Jan. *Handelsgesetzbuch Kommentar*, içinde Hartmut Oetker (ed), 7. Baskı. München: C. H. Beck, 2021.
- Bühler, Theodor. *Zürcher Kommentar, Band V: Das Obligationenrecht, Teilband 2f, Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v) OR*. içinde Peter Gauch ve Jörg Schmid (eds), 3. Baskı, Zürich: Schulthess Verlag, 2000.
- Çamoğlu, Ersin. *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması*. 2. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Edis, Seyfullah. *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. 4. Baskı. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1989.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 25. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

- Gautschi, Georg, *Berner Kommentar, Band/Nr. VI/2/5, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407-424 OR*. içinde Arthur Meier-Hayoz (ed). Bern: Stämpfli Verlag, 1964.
- Göksoy, Yaşar Can. “Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü (TTK m. 18) Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Tacirlerin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri Üzerindeki Etkileri.” *Yaşar Hukuk Dergisi* 2, no. 2 (2020): 12-25.
- Gökyayla, Emre K. “Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına Aykırı mıdır?” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1, (Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, 2007): 401-20
- Hopt, J. Klaus. *Handelgesetzbuch*. içinde Adolf Baumbach ve Klaus J. Hopt (eds). 40. Baskı. München: C. H. Beck, 2021.
- Kaya, Arslan. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap-Ticari İşletme, Yedinci Kısım-Acentelik*. 2. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- Kaya, Mustafa İsmail. *Acentelik Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Kayar, İsmail. *Ticari İşletme Hukuku*. 11. Baskı, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2018.
- Kayıhan, Şaban. *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*. 5. Baskı. Kocaeli: Umuttepe Yayınları, 2018.
- Kınacıoğlu, Naci. *Acente ve Acentelik Sözleşmesi*. Yeni Desen Matbaası, 1963.
- Lehmann, Jochen. *BeckOK Handelgesetzbuch*. içinde Martin Häublein ve Roland Hoffmann-Theinert (eds). 31. Baskı. München: C. H. Beck, 2021.
- Löwisch, Gottfried. *Handelsgesetzbuch, Band 1, § 1-342a*. içinde Carsten Thomas Ebenroth vd. (eds). 4. Baskı. München: C. H. Beck ve Verlag Vahlen, 2020.
- Oğuz, Arzu. “Covid 19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi,” *Terazi Hukuk Dergisi* 15, no. 166 (2020): 1275-1285.
- Oğuzman, Mustafa Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*. 16. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.

- Seliçi, Özer. *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.
- Ströbl, Albin. *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 1, §§ 1-104a HGB, içinde Karsten Schmidt ve Werner F. Ebke (ed), 5. Baskı, (München: C. H. Beck, 2021).
- Şener, Oruç Hami. *Ticari İşletme Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Kitabevi, 2020.
- Tekinay, Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Baskı. İstanbul: Filiz Yayınevi, 1993.
- Tunçomağ, Kenan. “Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 32, no. 2-4, (1996): 884-905
- Ülgen, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan. *Ticari İşletme Hukuku*. 6. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU VE BANKALARIN GÜVEN KURULUŞU OLARAK KABUL EDİLMESİ KAPSAMINDA BANKA BÜNYESİNDE GERÇEKLEŞEN VERİ İHLALİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ezgi ALIMCI*

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

* Avukat, Ankara Barosu. (ezgalimci123@gmail.com)
<https://orcid.org/0000-0003-0744-7991>

Makalenin Geliş Tarihi: 14 Ağustos 2021 **Kabul Tarihi:** 22 Mart 2022

Atf önerisi: Alımcı, Ezgi. “Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Bankaların Güven Kuruluşu Olarak Kabul Edilmesi Kapsamında Banka Bünyesinde Gerçekleşen Veri İhlalinin Değerlendirilmesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 1 (Ocak 2021): 47-76. DOI [10.30915/abd.1118300](https://doi.org/10.30915/abd.1118300)

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU VE BANKALARIN GÜVEN KURULUŞU OLARAK KABUL EDİLMESİ KAPSAMINDA BANKA BÜNYESİNDE GERÇEKLEŞEN VERİ İHLALİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Kişilerin temel hak ve özgürlüklerinden birisi olan kişisel verilerin korunması, gelişen teknoloji ve buna bağlı değişen hayat koşulları içerisinde oldukça önemli bir konu hâline gelmiştir. Özellikle hassas kişisel verilerin işlendiği, korunduğu ve saklandığı bankacılık işlemlerinde, bankaların ilgili kişilerin kişisel verilerine karşı gerekli idari ve teknik tedbirleri almaları ve veri ihlallerine karşı bir güvenlik duvarı oluşturmaları, kişilik hakkı olan kişisel verilerin değeri gözetildiğinde oldukça önem arz etmektedir. Ancak bankaların kendilerine duyulan güveni suiistimal etmeleri ve banka çalışanları tarafından sahip oldukları yetkilerin kötüye kullanılması gibi durumların meydana gelmesi ile gerçek kişilere ait bilgilerin hukuka aykırı yollarla üçüncü kişilere aktarıldığı durumlarla karşılaşılabilir. Bu kapsamda çalışmamızda kamu nezdinde güven kuruluşu olarak kabul gören bankalarda meydana gelen veri ihlalleri ve bu ihlallerinin bankalara karşı duyulan güven duygusuna olan etkisi ele alınmaktadır. Günümüzde her ne kadar bankalarda işlenen verilere kanuni düzenlemeler açısından önemli boyutta bir güvenlik sağlanıyor olsa da fiiliyatta bankaların bunu sorunsuz sağlayabilecek bir teknik altyapıya, sisteme sahip olamamalarından ötürü bu kanuni güvenliğin gerçekten sağlanamadığı görülmektedir.

Anahtar Kelimeler

kişisel veri

veri ihlali

veri sorumlusu

güven kuruluşu olan bankalar

bankacılık sektöründe kişisel verilerin işlenmesi

EVALUATION OF THE DATA VIOLATION OCCURRED WITHIN THE BANK UNDER THE LAW ON PROTECTION OF PERSONAL DATA AND ACCEPTANCE OF BANKS AS TRUST BODIES

ABSTRACT

The protection of personal data, one of the people's fundamental rights and freedoms, has become a crucial issue in developing technology and changing life conditions. Especially in banking transactions where sensitive personal data are processed, protected, and stored, banks must take the necessary administrative and technical measures against the relevant persons' data and create a firewall against data breaches. However, it is possible to encounter situations such as the abuse of trust by banks and the illegal transfer of information to third parties. Also, in some cases, it is seen that the data breaches experienced are caused by the bank employees acting out of personal emotions. This paper will discuss data breaches occurring in banks and the effect of these violations on banks as trust institutions. Although a significant level of security is provided in terms of legal regulations for the data processed in banks, banks cannot provide it in practice due to a lack of technical infrastructure and systems.

Keywords

personal data

data breach

the data controller

trust institutions

processing of personal data in the banking sector

GİRİŞ

Kişisel verilerin korunması amacıyla hukukumuzda birçok değişiklik yapılmış ve yeni kanunî düzenlemelere gidilmiştir. 07 Nisan 2016 tarihinde yayımlanan 29677 sayılı Resmî Gazete ile yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ile kişisel verilerin korunması, izinsiz işlenmesinin engellenmesi gibi hususlara ilişkin önemli düzenlemeler getirilmiştir.

KVKK ile kişisel verilerin korunmasına yönelik getirilen hükümler çerçevesinde diğer hukuk dallarında da veri korumasına dair uyumun sağlanabilmesi amacıyla önemli kanunî değişiklikler yapılmıştır. Kişisel verilerin yoğun bir şekilde işlendiği bankacılık sektöründe de önemli düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

Kamu nezdinde bir güven kuruluşu olarak anılan bankaların, kişiler için oldukça önemli kabul edilen hassas kişisel verilere sahip olduğu bir gerçektir. Bu kapsamda özellikle bankaların tabi oldukları ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü kapsamında hâlihazırda basiretli bir tacir gibi yürüttükleri faaliyetlerin KVKK ile uyumunun sağlanması ile daha da güvenli bir hâle geleceği açıktır. Aksi düşünüldüğünde de bu güven kuruluşlarında söz konusu olabilecek veri ihlallerinde de kişilerin ciddi maddi ve aynı zamanda manevi zarara uğrayabilecekleri de unutulmamalıdır. Çünkü bankalar ile yalnızca ad, soyad ve kimlik bilgileri paylaşılmayıp bunun da ötesinde; kredi risk ve teminat durumu, ödeme performans bilgileri, karşılıksız çek ve protestolu senet ödeme bilgileri gibi, oldukça önemli veriler bankalar tarafından işlenmektedir.

Öte yandan, KVKK'nın "Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler" başlıklı 12'nci maddesinin (5) numaralı fıkrası "*İşlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede ilgilisine ve Kurula bildirir. Kurul, gerekmesi hâlinde bu durumu, kendi internet sitesinde ya da uygun göreceği başka bir yöntemle ilan edebilir*" hükmünü amirdir.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun internet sitesinde yayınlanan 13.04.2021 tarihli karar ile 05.04.2021 tarihinde bir Banka bünyesinde gerçekleşmiş veri ihlali durumunun tespit edildiği kamuoyuna bildirilmiştir. Yapılan veri ihlali bildiriminde, Bankada tespit edilen ihlalden tahmini olarak 2484 kişinin etkilendiği, ihlalin ise; bir çalışanın, kendisine görevi nedeniyle

tanımlanan Bankalar Birliği Risk Merkezi istihbarat kayıtları sorgulama yetkisini görevi dışında kullanması, sorgulamalar yapması ve edindiği bu bilgileri üçüncü kişilere aktarması yoluyla gerçekleştiği bildirilmiştir.

Ayrıca mezkûr veri ihlali bildiriminde; ihlalden, T.C. kimlik numarası, ad, soyad, iletişim bilgileri, kredi risk ve teminat durumu, ödeme performans bilgileri, karşılıksız çek ve protestolu senet ödeme bilgilerinin etkilendiği ancak ihlalden etkilenen ilgili kişi gruplarının henüz tespit edilemediği belirtilmiştir.

Esasen mezkûr karara konu Banka bünyesinde gerçekleşen veri ihlalini konu aldığımız bu çalışmamız, öncelikle kişisel veri, veri sorumlusu ve aynı zamanda veri işleyen kavramlarından ne anlaşılması gerektiğine kısaca değinilecek olup, akabinde gerçekleşen herhangi bir veri ihlalinde ortaya çıkacak sonuçlardan bahsedilecektir. Ancak çalışmamızın bütününde özellikle bankacılık sektöründe söz konusu olan kişisel verilerin korunmasına yönelik faaliyetler ve güven kuruluşu olarak kabul edilen bankalarda gerçekleşen ihlallere değinilecektir. Her bir konu başlığı, 05.04.2021 tarihinde Bankada tespit edilen veri ihlali hakkında yapılan değerlendirmeler ile sonuçlandırılacaktır.

I. GENEL OLARAK KİŞİSEL VERİ

Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Kişisel veriden söz edebilmek için, verinin bir gerçek kişiye ilişkin olması ve bu kişinin de belirli ya da belirlenebilir nitelikte olması gerekmektedir.^[1] Kanunda hangi bilgilerin kişisel veri olarak kabul edileceğine ilişkin sınırlı sayım yoluna gidilmediğinden, kapsamının genişletilmesi mümkündür. Önemli olan, verinin kişi ile ilişkilendiriliyor olması ya da onu tanımlayabilmesidir.^[2]

Örneğin, kişiye yapılan kan testi sonucunda elde edilen objektif veriler kadar, kişinin güvenilir veya güvenilmez olduğuna dair subjektif bilgiler de kişisel veri niteliği taşır. Kredi başvuru işlemlerinde kişinin borçlarını zamanında ödeyip ödemediğine dair subjektif bilgi, bankanın başvuracağı

[1] Zeynel Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, (İstanbul: On İki Levha, 2019), 45.

[2] *Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, (Ankara: KVKK Yayınları, Aralık 2019).

önemli kişisel verilerdendir.^[3] Kişisel veri sınıfına, bireyin özel ve aile hayatına dokunan bilgilerin yanında çalışma ilişkileri veya bireyin ekonomik ve sosyal davranışlarıyla ilgili olarak birey tarafından üstlenilen her türlü faaliyetle ilgili bilgilerde dahil edilebilmektedir.^[4]

Diğer taraftan özel nitelikli kişisel veriler ise başkaları tarafından öğrenildiği takdirde ilgili kişinin mağdur olabilmesine veya ayrımcılığa maruz kalabilmesine neden olabilecek nitelikteki verilerdir^[5]. Kanunda, hangi kişisel verilerin özel nitelikli kişisel veri olduğu tek tek belirtilmiş olup, bu sayılanlar dışındakiler özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilemez.^[6]

Günümüz koşullarında önemi daha da artan kişisel verilerin korunmasına yönelik 6698 sayılı Kanun olan KVKK'nin amacı, kişisel verilerin işleme şartlarını, kişisel verilerin işlenmesinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir. Kişinin mahremiyetinin korunması ile veri güvenliğinin sağlanması da bu kapsamda değerlendirilmektedir.^[7]

KVKK'nin "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesi kapsamında, kişisel verisi işlenen gerçek kişiler "*ilgili kişi*" olarak tanımlanmıştır. Bu noktada ifade edilmelidir ki, Kanun kapsamında yalnızca gerçek kişilerin verilerinin korunması öngörülmüş olup, tüzel kişilerin verileri Kanun kapsamı dışında tutulmuştur. Zira Kanun'da yer alan kişisel verinin tanımı gereği, tüzel kişiye ait bir verinin herhangi bir gerçek kişiyi belirlemesi ya da belirlenebilir kılması hâlinde, bu veriler de Kanun kapsamında koruma altındadır. Ancak, burada

[3] Yasemin Avcı, "Kişisel Verilerin Korunması," (Yüksek Lisans Tezi, Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), 7.

[4] "Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data," Article 29 Data Protection Working Party, 20 Haziran 2007, <https://www.clinicalstudydatarequest.com/Documents/Privacy-European-guidance.pdf> Erişim Tarihi: 09.05.2021.

[5] Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), 43.

[6] KVK Kurumu, *100 Soruda*, 30.

[7] "6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Amacı ve Kapsamı," Kişisel Verileri Koruma Kurumu, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4185/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununun-Amaci-ve-Kapsami>

Erişim Tarihi: 11.05.2021.

korunan menfaat tüzel kişiye değil, düzenlemenin temellendirdiği öncelik gereği belirlenen ya da belirlenebilecek gerçek kişiye ait olacaktır. Çünkü Kanun'da, tüzel kişilere ait verilerin korunması düzenlenmemektedir.^[8]

Yukarıda yer alan açıklamalarımız kapsamında, 13.04.2021 tarihli karar ile veri ihlalinin gerçekleştiği bildirilen Banka tarafından kullanılan ilgili kişilere ait; ad, soy ad vd. kimlik bilgileri, banka dekontları, kredi kartı ekstreleri, kullanıcı işlem kayıtları, kredi risk ve teminat durumu, ödeme performans bilgileri, karşılıksız çek ve protestolu senet ödeme bilgileri gibi birçok bilginin de birer kişisel veri niteliğini haiz olduğu ifade edilmelidir.

A) GENEL OLARAK VERİ SORUMLUSU VE VERİ İŞLEYEN

Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiye ise Kanun kapsamında “veri sorumlusu” (KVKK m.3) denilmektedir. Bir başka ifadeyle, veri sorumlusu, işleme faaliyetinin “neden” ve “nasıl” yapılacağı sorularının cevabını verecek kişidir.^[9]

Veri sorumlusunun tespiti için kişisel verilerin işlenmesi ve işleme amacı, işlenecek kişisel veri türleri, işlenen kişisel verilerin hangi amaçlarla kullanılacağı, hangi kişilerin kişisel verilerinin işleneceği, kişisel verilerin paylaşılıp paylaşılmayacağı, paylaşılacaksa kimlerle paylaşılacağı, ne kadar süreyle saklanacağı, ilgili kişilerin erişim hakkı ve diğer haklarının uygulanıp uygulanmayacağı gibi hususlara kimin karar verdiği dikkate alınır.^[10]

Burada belirtilmesi gereken diğer bir husus ise, eğer veri işleme faaliyeti bir tüzel kişilik tarafından gerçekleştiriliyorsa, burada veri sorumlusu tüzel kişinin kendisidir. Tüzel kişiliğin içerisinde veri işleme faaliyetlerinden sorumlu olan gerçek kişiler veri sorumlusu sayılmazlar.^[11]

[8] Çiğdem Ayözger Öngün, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 19.

[9] Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. baskı (İstanbul: Hukuk Akademisi, 2020), 188.

[10] “Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen,” Kişisel Verileri Koruma Kurumu, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4195/Veri-Sorumlusu-ve-Veri-Isleyen> Erişim Tarihi: 10.05.2021.

[11] Gamze Turan Başara, “Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 16, Aralık 2020, s.65.

Veri sorumlusunun tüzel kişi olması hâlinde, veri sorumlusu yükümlülüğü ilgili tüzel kişilik üzerinde doğacaktır. Tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili olan organ veya kişiler tüzel kişilik içerisinde tüzel kişiliğin sahip olduğu veri sorumlusu yükümlülüklerini yerine getirmek üzere kişi veya kişileri görevlendirebilirler.^[12]

Veri işleyen ise veri sorumlusu adına kişisel verileri kendisine verilen talimatlar çerçevesinde işleyen gerçek veya tüzel kişilerdir. Veri işleyen faaliyetleri veri işlemenin daha çok teknik kısımları ile sınırlıdır. Burada önemli olan, veri işleyen bu kapsamdaki kişisel veri işleme faaliyetlerini veri sorumlusundan aldığı talimatlar doğrultusunda gerçekleştirmesidir.^[13] Nitekim Kanunda, kişisel veri işleme faaliyetlerine ilişkin hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesinde veri sorumlusu esas alınmaktadır.^[14]

Sonuç olarak, veri sorumlusu Bankanın bizzat kendisi olmakla birlikte, veri ihlaline sebep olan banka çalışanı ise bankanın kendisine verdiği talimatlar çerçevesinde verileri işlemekle yükümlü veri işleyen sıfatını haizdir.

B) KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNDE GENEL İLKELER

Kişisel verilerin işlenmesinde her zaman Kanun'da ortaya konulan genel ilkelere (KVKK m. 4) uygun davranılmalıdır. Kişisel verilerin işlenmesinde genel ilkeler şunlardır:

Hakkaniyete ve Dürüstlük Kuralına Uygun Olma: Kişisel verilerin korunması açısından hukuka uygun bir veri işleme faaliyetinin söz konusu olabilmesi için bu işlemenin genel hukuk normlarıyla uyumlu olması gerekliliğinin yanı sıra kanun ve diğer hukuki düzenlemelere de uygun olmalıdır.^[15]

[12] Selami Hatipoğlu, “Kişisel Verilerin Korunması ve İdarenin Sorumluluğu,” (Yüksek Lisans Tezi, Edirne: Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), 85.

[13] Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen.”

[14] Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen.”

[15] Aydın Akgül, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, (İstanbul: Beta, 2014), 126

Belirli, Açık ve Meşru Amaçlara Yönelik İşleme: Belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme ilkesi, veri işleme amacının açık, net ve kesin olarak belirlenmesini ve bu amacın meşru olmasını gerekli kılar.^[16]

Verilerin İşlendikleri Amaçla Bağlantılı, Sınırlı ve Ölçülü Olma: Kişisel veriler yeterli, ilgili ve işleme amaçlarına göre gerekli olanlarla sınırlı olacaktır. Burada söz konusu olan, veri toplamanın işleme amaçlarına uygun bir seviyeye indirilmesi yükümlülüğüdür.^[17]

Doğru ve Gerekliğinde Güncel Tutulma: Kişisel verinin doğruluğu, güncel tutulmasından farklı olarak, mutlak surette sağlanmalıdır. Söz konusu ilke uyarınca, kişisel veri işleme faaliyetlerinin doğru ve güncelliğini yitirmemiş olan kişisel verilere dayalı olarak gerçekleştirilmesi gereklidir. Kişisel veriler daima gerçeği yansıtmalıdır.^[18]

Gereken Süre Kadar Verilerin Muhafaza Edilmesi: Belirli bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilmek üzere tutulan kişisel verilerin, söz konusu amacın ortadan kalkması halinde artık elde tutulması gerekir.^[19]

Bütünlük ve Gizlilik: Bütünlük ve gizlilik ilkesi gereği, kişisel verilerin, kazara kayba, imhaya veya tahribe karşı koruma da dahil olmak üzere yetkisiz veya yasa dışı işlemeye karşı korumaya yönelik teknik veya organizasyonel önlemler kullanılarak uygun güvenlik düzeyini sağlayacak şekilde işlenmesi gereklidir.^[20]

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkeler, tüm kişisel veri işleme faaliyetlerinin özünde bulunmalı ve tüm kişisel veri işleme faaliyetleri bu ilkelere uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Ancak veri sorumlularının kişisel veri işleme faaliyetlerinde uymaları zorunlu olan ilkeler bunlarla sınırlı kalmayacak olup, zira günümüz değişen koşulları kapsamında birçok yeni ilkenin varlığından söz edilebilecektir.

[16] KVK Kurumu, 100 Soruda.

[17] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 282.

[18] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 293.

[19] Hayrunnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 143.

[20] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 305.

13.04.2021 tarihli Kurul kararına konu veri ihlalinde, bir banka çalışanı tarafından kendisine görevi nedeniyle tanımlanan Bankalar Birliği Risk Merkezi istihbarat kayıtlarını sorgulama yetkisi, görevi dışında kullanılarak sorgulamalar yapılmış ve edinilen bilgiler üçüncü kişilere aktarılmıştır. Bu veri ihlalden üçüncü kişilere ait T.C. kimlik numarası, ad, soyad, iletişim bilgileri, kredi risk ve teminat durumu, ödeme performans bilgileri, karşılıksız çek ve protestolu senet ödeme bilgileri etkilenmiş, bu bilgilerin üçüncü kişiler ile hukuka aykırı bir şekilde paylaşıldığı tespit edilmiştir.

Mezkûr ilkeler dâhilinde, Banka bünyesinde faaliyet gösteren banka çalışanı tarafından öncelikle hakkaniyete ve dürüstlük kuralına uygun olma ilkesinin ihlal edildiği anlaşılmaktadır. Zira bahse konu banka çalışanı tarafından, kendisine görevi nedeniyle tanımlanan Bankalar Birliği Risk Merkezi istihbarat kayıtları sorgulama yetkisi, görevinin gerektirdiği amacın dışında kötüye kullanılmış ve hukuka aykırı kullanımlar ile elde edilen bilgiler üçüncü kişilere aktarılmıştır.

Buna ek olarak kanaatimce, veri sorumlusu konumunda olan Banka tarafından ise bütünlük ve gizlilik ilkesi ihlal edilmiş olmakla birlikte, 13.04.2021 tarihli karar ile veri ihlalinin gerçekleştiği bildirilen Bankada işlenen kişisel verilerinin, yetkisiz veya yasa dışı işlenmeye karşı korumaya yönelik teknik veya organizasyonel önlemler kullanılarak uygun güvenlik düzeyinin sağlanması akabinde işlenmediği anlaşılmaktadır. Bu yöndeki yükümlülüklerin yerine getirildiğinin ispat külfeti ise, veri sorumlusu olan Banka üzerindedir.

C) VERİ İHLALI VE SONUÇLARI

KVKK'nin 12/5. maddesi, “İşlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede ilgisine ve Kurula bildirir. Kurul, gerekmesi hâlinde bu durumu, kendi internet sitesinde ya da uygun göreceği başka bir yöntemle ilan edebilir.” düzenlemesini havidir. Madde uyarınca, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde başkaları tarafından ele geçirilmesi halinde, veri sorumlusunun bu durumu ivedilikle ilgisine ve Kurula bildirmesi gereklidir.

Nitekim Kurul'a, gerekli hâllerde ihlalin Kurul'un internet sitesinde veya uygun görülecek başka bir ortamda yayınlanması konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Kanun kapsamında hüküm altına alınmış düzenlemelere

ve Kurul kararlarına aykırı olarak verilerin ele geçirilmesi hukuka uygun olmayan yani kanuni olmayan olacaktır.^[21]

Kurul'un 24.01.2019 tarihli 2019/10 sayılı kararında, Kurul'a ve ihlalden etkilenmiş kişilere bildirim yapılmasındaki amacın, ihlal nedeniyle bu kişiler hakkında ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların bir an önce önüne geçilmesi veya en aza indirilmesine imkân verecek önlemler alınmasını sağlamak olduğu ifade edilmiştir.^[22] Veri ihlali bildirimının veri sorumlusu tarafından yapılması gereklidir. Nitekim Kurul tarafından verilen konuya ilişkin kararların sonunda veri ihlali bildirim formularının yer aldığı görülebilmektedir. Ancak orada da belirtildiği üzere, bu formların veri sorumlusu tarafından doldurulması gereklidir. Buna ek olarak, diğer kişiler tarafından ise yine Kurul'a yazılı olarak ilgili şikâyet ve/veya ihbar içerikli başvuruların iletilmesi de mümkündür.

Veri sorumlusu tarafından ilgili kişiye yapılacak olan ihlal bildirimini; "*Ihlalinin ne zaman gerçekleştiği*, kişisel veri kategorileri bazında (kişisel veri / özel nitelikli kişisel veri ayrımı yapılarak) hangi kişisel verilerin ihlalden etkilendiği, kişisel veri ihlalinin olası sonuçları, veri ihlalinin olumsuz etkilerinin azaltılması için alınan veya alınması önerilen tedbirler, ilgili kişilerin veri ihlali ile ilgili bilgi almalarını sağlayacak irtibat kişilerinin isim ve iletişim detayları ya da veri sorumlusunun web sayfasının tam adresi, çağrı merkezi vb. iletişim yolları" şeklindeki asgari unsurları içermeli ve açık ve sade bir dille yapılmalıdır.

Kurula herhangi bir bildirim yapılması hâlinde veyahut bildirim vaktinde yapılmaması durumunda, Kurul'un veri ihlalden bir şekilde haberdar olması durumunda veri sorumlusunun sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Bu noktada belirtilmelidir ki, KVKK'nın 12. maddesi uyarınca, veri sorumlusu, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini ve bu verilere erişilmesini önlemek ile verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla gerekli her türlü teknik ve idari tedbiri almak zorundadır. Son olarak, KVKK uyarınca veri ihlalleri hâlinde çeşitli idari para cezası yaptırımları uygulandığı

[21] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 550.

[22] "Kişisel Veri İhlali Bildirimi," Kişisel Verileri Koruma Kurumu, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5362/Veri-Ihlali-Bildirim> Erişim Tarihi: 09.05.2021.

ve kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkının da saklı tutulduğu ifade edilmelidir.^[23]

Tüm bu açıklamaların çalışmamıza konu olayda nasıl sübut bulunduğu incelenecek olursa; Kurul tarafından yayınlanan 13.04.2021 tarihli veri ihlali bildiriminde, Banka bünyesinde ortaya çıkan ihlalin 05.04.2021 tarihinde tespit edildiği belirtilmiştir. Dolayısıyla veri sorumlusu olan ve diğer bir deyişle, veri ihlali bildirimini de Kurul'a bildirmekle yükümlü olan Banka tarafından ihlalin, tespitten yaklaşık yedi gün sonra Kurul'a bildirildiği değerlendirilmektedir.

Kanaatimce, bu noktada Kurul'a yapılan bildirimde Kanun'da yer alan "en kısa sürede" ifadesine ve bu yönde tesis edilen Kurul kararlarına^[24] kıyasla geç kalınmıştır. Nitekim Kurul tarafından yayınlanan kararda henüz

[23] "Kişisel Verileri Koruma Kurulu Karar Özetleri, Kişisel Veri Güvenliğinin Sağlanması Amacıyla Uygun Güvenlik Düzeyini Temin Etmeye Yönelik Gerekli İdari ve Teknik Tedbirlerin Alınması," Kişisel Verileri Koruma Kurumu, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5416/Kisisel-Veri-Guvenliginin-Saglanmasi-Amaciyla-Uygun-Guvenlik-Duzeyini-Temin-Etmeye-Yonelik-Gerekli-Idari-ve-Teknik-Tedbirlerin-Alinmaması> Erişim Tarihi: 10.05.2021.

[24] Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından yayınlanan 24.01.2019 tarih ve 2019/10 sayılı kararında, "Kanunun 12 nci maddesinin (5) numaralı fıkrasının "İşlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede ilgisine ve Kurula bildirir..." hükmünde yer alan "en kısa sürede" ifadesinin 72 saat olarak yorumlanmasına ve bu kapsamda veri sorumlusunun bu durumu öğrendiği tarihten itibaren gecikmeksizin ve en geç 72 saat içinde Kurula bildirmesine, veri sorumlusunca söz konusu veri ihlalden etkilenen kişilerin belirlenmesini müteakip ilgili kişilere de makul olan en kısa süre içerisinde, ilgili kişinin iletişim adresine ulaşılabilirse doğrudan, ulaşılıyorsa veri sorumlusunun kendi web sitesi üzerinden yayımlanması gibi uygun yöntemlerle bildirim yapılmasına, Veri sorumlusu tarafından Kurula haklı bir gerekçe ile 72 saat içinde bildirim yapılamaması halinde, yapılacak bildirimle birlikte gecikmenin nedenlerinin de Kurula açıklanmasına.." yer alan şeklindeki değerlendirmelerden Kurul tarafından kabul edilen "en kısa sürede" Kurul'a bildirimden anlaşılması gerekenin, ihlalin öğrenilmesinden sonraki 72 saat olduğu anlaşılmaktadır. Aksi halde veri sorumlusu gecikmenin nedenlerini açıklamalıdır. Aynı şekilde diğer yabancı ülkelerin tabi oldukları Genel Veri Koruma Yönetmeliği (GDPR) kapsamında da bildirim için belirlenen sürenin "en geç 72 saat" olduğu görülmektedir (GDPR, m. 33) <https://gdpr-info.eu/art-33-gdpr> Erişim Tarihi: 11.05.2021.

ihlalden etkilenen kişilerin tespit edilemediği, çalışmalara devam edilmekte olduğu ifade edilmiştir.

II. BANKALARIN GÜVEN KURULUŞU OLARAK KABUL EDİLMELERİNİN NİTELİĞİ

Faaliyet alanları, kuruluşları, iç denetim sistemleri, yönetimleri, finansal raporlamaları, öz sermayeleri, sermaye yeterlilik oranları ve bağımsız denetimleri ile bankalar, birer güven kuruluşlarıdır. Bankaların hukuki sorumluluk ve uyması zorunlu usul ve esasları başta 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (Bankacılık Kanunu) olmak üzere, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanun (TTK) gibi birden çok mevzuatta düzenlenmiştir.^[25]

Nitekim TTK'nın 18/2. maddesi kapsamında düzenlenen basiretli bir tacir gibi davranarak ticari işlerin yürütülmesi hususu aynı zamanda bankalar için de söz konusudur. Ancak burada bankaların daha da ağırlaştırılmış bir hukuki sorumluluğunun bulunduğunu belirtmekte yarar vardır.^[26] Çünkü bankalar kamu nezdinde güven uyandıran kuruluşlardır ve kamu nezdinde önem arz eden bir güvenin korunmasının da sıradan bir tacire kıyasla daha yüksek özenle hareket gerektireceği açıktır. Bankaların kamu nezdinde bu denli güvenli bir kuruluş olarak kabul edilmelerinin altında yatan en büyük neden ise devlet denetimi altında faaliyet göstermeleri ve verdikleri hizmetin TBK'nın 6. maddesi uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından verilecek bir ruhsata tabii olmasıdır.^[27]

Bir sözleşmenin akdedilmesinden önce dahi taraflar arasında bir güven ilişkisi meydana gelmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinden doğan dürüstlük kuralı da bu güvenin temeli sayılacaktır. Dolayısıyla da güvenin korunması ilkesi gereğince, ortada söz konusu olan güvene uygun

[25] Ahmet Battal, *Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001), 34.

[26] Battal, *Güven Kurumu*, 37.

[27] Battal, *Güven Kurumu*, 37.

davranışlarda bulunulması ve bunun aksinin sonuçlarına katlanılması gerekecektir.^[28]

Söz konusu güveni koruma ve bu güvene uygun olarak hareket etme yükümlülüğü, güven kuruluşu olarak kabul edilen bankalar için de söz konusudur.^[29] Ancak bu noktada bankalar nezdinde bu güvenin, sadece sözleşmeleri değil, tüm bankacılık işlemlerini kapsadığı ifade edilmelidir.

Konuyla alakalı olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.09.2019 tarihli, 2017/11-129 E., 2019/961 K. sayılı kararında;

“Bankalar, özel yasa ile kurulan ve kendilerine alanlarında çeşitli imtiyazlar tanınan, topladıkları mevduatı ve katılım fonlarını sahteciliklere karşı özenle korumak zorunda olan kuruluşlardır. Bankalar sahip oldukları bu vasıfları sebebiyle bankacılık işlemlerinin güvenilen tarafı konumundadırlar. Bu durum, bankaların bir güven kurumu olarak kabul edilmesini ve bankanın sorumluluğunun özel güven sebebiyle ağırlaştırılmasını gerektirir.”

şeklinde yapılan değerlendirmeler ile bankaların güven kurumu oldukları ve bu durumun gerektirdiği özen yükümlülüğüne uygun hareket etmeleri gerektiği vurgulanmıştır.

Diğer taraftan, TBK'nın 115/3. maddesi; “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür” *hükümünü ihtiva etmektedir.*

Ancak bankalar, yükümlülüklerini yerine getirirken objektif özen ile davranmak zorundadırlar. Bankalar için söz konusu olan ağırlaştırılmış özen sorumluluğu nedeniyle bankaların, hafif kusurdan dahi sorumlu tutulacakları kabul edilmektedir.^[30] Zira bu konu hakkında Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmelerde, bankaların sorumlu tutulması için verilen zarar ile

[28] Battal, *Güven Kurumu*, 34.

[29] Haluk Tandoğan, *Türk Hukukunda Bankacının Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara, 1974),109.

[30] Yağmur Turan, “Türk Hukuku ve Yargıtay Kararları Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Örnek Değerlendirme,” *Elmas Yeşiloğlu* (blog) <https://www.elmasyesiloglu.com/tr/blogumuzu-kesfedin/makaleler/>

objektif özen yükümlülüğünün ihlali arasında illiyet bağının varlığı yeterli kabul edilmektedir.

Konuyla alakalı olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.06.2015 tarihli, 2013/11-2426 E., 2015/1540 K. sayılı kararında;

“... somut olayda taraflardan birisinin banka olması nedeniyle belirtilmelidir ki; bankalar devletin yoğun denetimi ve müdahalesi altında bulunan ve kendileri için belirlenmiş özel ilkelere uymak şartıyla faaliyet gösterebilen kuruluşlardır. Bankacılık sektörüne özgü bu durum, bankalarla muhatap olan geniş halk kitlelerinin bankalara karşı özel bir güven duygusu beslemelerine yol açmaktadır...”

denilerek bu güven taahhüdünü verenin bir banka olması sebebiyle, bankanın basiretli bir tacir gibi davranması gerektiği ve verdiği bu taahhüt altındaki imzasının bağlayıcı olduğuna da dikkat çekilmiştir.

Bir başka ifadeyle güven kuruluşları olarak anılan bankalar için güven, bankanın kendisine duyulan güvene aykırı davranışta bulunmamasıdır. Örneğin Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında, banka tarafından fahiş kazanç amacı ile faiz oranının tek yanlı artırma yetkisine dayalı olarak haklı görül-meyecek bir orana yükseltmesinin açıkça güvenin ve kendisine tanınan hakkın suiistimali anlamına gelebileceği değerlendirilmiştir.^[31] Özetle ifade edilebilir ki, bankaların sahip oldukları nitelikler ve tâbi oldukları sıkı denetimler, bankaların, kamu nezdinde bir güven kuruluşu olarak anılmasını kaçınılmaz kılmaktadır.

Kamu nezdindeki mezkûr güvenin sonucu olarak, bankaların ağırlaştırılmış özen yükümlülüğüne uygun bir şekilde hareket etmesi zorunludur. Ancak Kurul tarafından yapılan veri ihlali bildiriminden de anlaşılmaktadır ki, günümüz şartlarında güven kuruluşu olan bankalar nezdinde dahi ciddi ihlaller söz konusu olabilmekte ve bilgilerinizin korunması hakkında neredeyse en çok güvendiğiniz bankalarda dahi kişisel bilgilerinizin sızdırılması, mümkün olabilmektedir.

Bir güven kuruluşu olarak kabul edilen ve belli bir tanınmışlığı bulunan Banka bünyesinde tespit edilen veri ihlali ile kişilerin bankalara duyduğu

[turk-hukuku-ve-yargitay-kararlari-isiginda-bankalarin-hukuki-sorumluluguna-iliskin-ornek-degerlendirme](#), Erişim Tarihi: 07.05.2021.

[31] Yargıtay 19. HD., E. 1996/6 K. 1996/2976 T. 26.03.1996.

güvenin zedelenmesi kuvvetle muhtemel hâle gelecektir. Yukarıda da detaylıca izah edildiği üzere bankalar, nitelikleri ve tâbi oldukları sıkı denetimler sayesinde kamu nezdinde ciddi bir güven unsuru olarak kabul edilmektedir. Ancak kanaatimce, 13.04.2021 tarihli karar ile veri ihlalinin gerçekleştiği bildirilen Bankada gerçekleşen veri ihlali, güven kuruluşu olarak kabul edilen bankalarda dahi kişilerin verileri hakkında tam güvenliğinin henüz şu aşamada sağlanmadığı, verilerin özellikle veri işleyenlerin kişisel duygularının etkisiyle üçüncü kişilere aktarılması ihtimalinin de diğer ihtimaller karşısında daha yüksek olduğunu bizlere göstermektedir. Ayrıca söz konusu ihlalin, -özellikle ihlalin gerçekleşmiş Banka başta olmak üzere- diğer banka kuruluşları için de olumsuz bir intiba bırakacağı; belki de kişilerin, artık bilgilerini banka kuruluşları ile paylaşmaktan imtina etmeye yönelecekleri düşüncesindeyim.

Veri işleyen sorumluluğunun ne olacağı konusunun da ayrıca aydınlatılması gereklidir. KVKK'nın 12/4. maddesi; "Veri sorumluları ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder." hükmünü ihtiva etmektedir. Veri işleyen ilgili kişi ile herhangi akdi bir ilişkisinin olmaması sebebiyle veri işleyen hukuka aykırı bir fiilinden dolayı haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Kanununun 12. maddesindeki hüküm uyarınca veri sorumlusu da veri işleyen söz konusu haksız fiilinden ötürü, veri işleyenle birlikte sorumlu addedilecektir. Bu bağlamda veri işleyen; veri sorumlusu adına ve veri sorumlusunun verdiği talimat gereği işin ifası sırasında ilgili kişiye vermiş olduğu zararın, veri sorumlusu tarafından tazmin edilmesi gerekliliğinden söz etmek mümkün olacaktır.^[32]

Öte yandan TBK'nın 66. maddesi kapsamında adam çalıştırmanın, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Adam çalıştırmanın, zarar meydana geldiğinde özen yükümünü yerine getirmediği karine olarak kabul edilir. Buna karşın sorumluluğun tayini açısından veri sorumlusu tarafından TBK'nın 66/2. maddesi kapsamında, veri işleyeni seçerken, veri işleme faaliyetiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını

[32] Ali Aydın, "KVKK Kapsamında Veri İşleyen Sorumluluğu," *Finans Postası* (blog) <https://www.finanspostasi.com/kvkk-kapsaminda-veri-isleyen-in-sorumlulugu/> Mayıs 2020.

engellemek için gerekli özeni gösterdiğinin ispat edilebilmesi gereklidir.^[33] Yine TBK'nın 66/4. maddesi uyarınca veri sorumlusu tarafından tazmin etmiş olduğu zarar için, veri işleyene, onun sorumlu olduğu ölçüde, rücu edilebilecektir. Tüzel kişi organını oluşturan kişiler için özel sorumluluk hali düzenlenmiş olduğundan tüzel kişi, TBK'nın 66. maddesi uyarınca sorumlu tutulmayacaktır. Tüzel kişiliğin olduğu hallerde veri sorumlusu da tüzel kişilik olacağı için sorumlu kişilik zaten tüzel kişilik olacaktır. Yönetimle görevli kişilerin sorumlulukları ise yine özel düzenlemelere tabidir.^[34]

Veri işleyenin ifa yardımcısı olması hali kapsamında değerlendirecek olursak da çalışan, çalıştırmanın bir üçüncü kişiye olan borcun ifasında yardımcı oluyorsa ve çalışan bir borca aykırı davranışla alacaklıya zarar vermiş ise bu halde çalıştıran bu yardımcı şahsın fiillerinden sorumludur.^[35] Ancak bazı durumlarda yardımcı şahsın davranışı hem borca aykırılık hem de genel davranış kurallarına aykırılık teşkil ediyor ise çalıştıranın TBK'nın 66. ve 116. Maddesi hükümlerinden kaynaklanan sorumlulukları gündeme gelecektir. Bu durumda da veri sorumlusunun veri işleyeni ifa yardımcısı olarak kullanması halinde uygulama alanı bulacak hüküm aynı kanunun 116. maddesi olacaktır ve ortaya çıkan zarardan her halde sorumlu tutulacaktır^[36].

Veri işleyen tarafından gerçekleştirilen ihlali Türk Ceza Hukuku kapsamında değerlendirecek olursak; veri işleyenin hukuka aykırı bir şekilde kişisel verileri kaydetmesi, üçüncü kişiye aktarması, ele geçirmesi veya yok etmemesi fiillerinden doğan cezai sorumluluk, şahsilik ilkesi gereği sadece veri işleyeni kapsayacaktır. Bu nedenle, veri sorumlusunun, veri işleyenin fiillerinden dolayı herhangi bir cezai sorumluluğu bulunmayacağının kabulü gereklidir.

Kanaatimce, 13.04.2021 tarihli karar ile veri ihlalinin gerçekleştiği bildirilen Bankanın cezai olarak bir sorumluluğunun bulunmamasına karşın,

[33] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, 17. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 618-9.

[34] Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, (İstanbul, 2013), 114 vd.

[35] Eren, *Borçlar Hukuku*, 618-9.

[36] Tekin Memiş, "Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki İlişkiler ve Sorumluluk Düzeni," *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 6, (Aralık 2017), 15 vd.

üçüncü kişiler ile ilgili kişisel verileri hukuka aykırı bir şekilde paylaşan veri işleyeninin cezai sorumluluğuna gidilebilecektir. Aynı zamanda veri işleyen ile sorumlu olan veri sorumlusu Bankanın ise veri işleyeni seçerken, veri işleme faaliyetiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat edebilmesi hâlinde tazmin edilen zarar için veri işleyene sorumluluğu ölçüsünde rücu edebilecektir.

III. BANKACILIK FAALİYETLERİ KAPSAMINDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Özellikle Bankacılık sektörünün de KVKK ile uyum sağlaması bir zorunluluk olup, günümüzde kişiler için önemli olabilecek bilgilerin başkaları tarafından kullanılmasının önüne geçilmesi gereklidir.

Sürekli regülasyona tâbi tutulan ve kişisel verilerin yoğun bir şekilde işlendiği bankacılık sektöründe de KVKK ile uyumun sağlanabilmesi adına önemli düzenlemeler yapılmıştır. Nitekim KVKK ile uyum amacıyla Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesi kapsamında önemli bir kanuni değişiklik yapılmış olmasının yanı sıra özellikle elektronik bankacılık hakkında düzenlemeler ve ilgili ortamda verilerin korunmasının hakkındaki *Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik* (Yönetmelik) yayımlanmıştır.^[37]

25 Şubat 2020 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren *Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun* 10. maddesi ile Bankacılık Kanunu'nun "Sırların Saklanması" başlıklı 73. maddesine;

"Bankacılık faaliyetlerine özgü olarak bankalarla müşteri ilişkisi kurulduktan sonra oluşan gerçek ve tüzel kişilere ait veriler, müşteri sırrı hâline gelir. Diğer kanunların emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, müşteri sırrı niteliğindeki bilgiler, bu maddede belirtilen sır saklama yükümlülüğünden istisna tutulan hâller haricinde, 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca müşterinin açık rızası alınsa dahi, müşteriden gelen bir talep ya da talimat olmaksızın yurt içindeki ve yurt dışındaki üçüncü kişilerle paylaşamaz ve bunlara aktarılamaz. Kurul ekonomik güvenliğe ilişkin yapacağı değerlendirme neticesinde, müşteri sırrı ya da banka sırrı niteliğinde olan her

[37] RG 15.03.2020/31069.

türlü verinin, yurt dışındaki üçüncü kişilerle paylaşılmasını ya da bunlara aktarılmasını yasaklamaya, ayrıca bankaların faaliyetlerini yürütmede kullandıkları bilgi sistemleri ve bunların yedeklerinin yurt içinde bulundurulması hususunda karar almaya yetkilidir. Bu maddede belirtilen sır saklama yükümlülüğünden istisna tutulan hâllerde yapılacak paylaşımlar da dâhil olmak üzere, müşteri sırrı ve banka sırrı niteliğindeki bilgiler, sadece belirtilen amaçlarla sınırlı olmak ve ölçülülük ilkesine uygun olarak bu amaçların gerektirdiği kadar veriyi içermek kaydıyla paylaşılabilir.” ve “Sır niteliğindeki bilgilerin, üçüncü ve dördüncü fıkralar uyarınca yapılacak paylaşım ve aktarımlarına ilişkin kapsam, şekil, usul ve esasları belirlemeye veya bunlara ilişkin sınırlamalar getirmeye Kurul yetkilidir.”

düzenlemeleri eklenmiştir.

Bu noktada ifade edilmelidir ki, değişiklik öncesi Bankacılık Kanunu’nda müşteri sırrı ifadesi yer almaktaydı. Ancak Kanun’da bu ifadenin bir tanımı yapılmamıştı. Öte yandan müşteri sırrı, Bankacılık Kanunu’nun 4. maddesinde sayılan bankacılık faaliyetleri kapsamında bankayla herhangi bir şekilde hukuki ilişki kuran ya da kurmak üzere olan kişilerin iktisadi, mali, ticari ve mesleki durumları hakkında bankanın edindiği her türlü bilgiler ile bu kişilerin yararlandıkları ya da yararlanmak istedikleri bankacılık hizmetlerine ya da kurulan hukuki ilişkiye ait bilgiler olarak tanımlanabilir.^[38]

Yapılan kanuni değişiklik ile, müşteri sırrının Kanun’da açıkça tanımlandığı görülmektedir. Söz konusu tanıma göre, müşteri sırrı, bankanın faaliyetlerine özgü olarak “müşteri ilişkisi kurulduktan sonra oluşan verileri” kapsamaktadır. Madde lafzına bakıldığında, bankanın ilk defa müşteri kaydı yaptıktan sonra, yani müşteri ilişkisi kurulduktan sonra, ilk kez oluşan örneğin müşteri numarası, hesap numarası gibi ve devamında bankacılık faaliyetleri kapsamında oluşacak olan kişisel verilerin tamamının müşteri sırrı kapsamında yer alacağı anlaşılmaktadır. Bu tanımdan hareketle, müşteri ilişkisi kurulmadan önce bankanın ilgili kişilerden veya çeşitli kanallardan topladığı kişisel verilerin müşteri sırrı olarak kabul edilmediği sonucuna ortaya çıkmaktadır.^[39]

[38] Yaşar Alıcı, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, (İstanbul, 2017), 1289.

[39] Arif Candemir, “Bankacılık Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması Alanında Yaşanan Gelişmeler,” *Lexpera Blog* (blog), <https://blog.lexpera.com.tr/bankacilik-sektorunde-kisisel-verilerin-korunmasi-alaninda-yasanan-gelistmeler/> Erişim Tarihi :10.05.2021.

KVKK ile uyumun sağlanması amacıyla Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesi kapsamında yapılan değişiklikler uyarınca müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin, müşterinin açık rızası alınsa dahi, müşteriden gelen bir talep ya da talimat olmaksızın yurt içindeki ve dışındaki üçüncü kişilerle paylaşılmayacağı ve aktarılamayacağı (7222 Sayılı Kanun m. 10) düzenlenmiştir.

Kanuni değişiklikte ayrıca, müşteri sırrı niteliğindeki verilerin paylaşım ve aktarımlarına ilişkin kapsam, şekil, usul ve esasları belirleme ve bunlara ilişkin sınırlamalar getirme yetkisinin BDDK'ya ait olduğu ifade edilmiştir. Bu açıdan 73. madde kapsamında veri ihlaline sebep olan bir banka hakkında hem BDDK hem de Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından karar alınabilecektir.^[40] Diğer yandan, yukarıda sözü edilen Yönetmelik kapsamında kişisel verilerin korunmasına ilişkin dikkat çekici düzenlemelere yer verilmiştir.

Açık rıza, Yönetmelik kapsamında KVKK'da yer alan aynı şekliyle tanımlanmıştır. Ancak özel nitelikli kişisel veriler ile aynı anlamda kullanılan hassas veri, KVKK'dan farklı bir şekilde Yönetmeliğin 3. maddesinde: “*Kimlik doğrulamada kullanılan veriler başta olmak üzere; müşteriye ait olan, çeşitli sebeplerle bankaca muhafaza edilen ve üçüncü kişilerce ele geçirilmesi halinde, bu kişilerin müşteri olan kişilerle ayırt edilebilme mekanizmalarının zarar göreceği ve dolandırıcılık ya da müşteriler adına sahte işlem yapılmasına imkân verebilecek nitelikteki veriler*” olarak tanımlanmıştır.

Burada hassas veriler ile özellikle kimlik doğrulama için kullanılan müşteriye ait parola, pin, avuç içi, vb. gibi işlem güvenliğini sağlamak ve özellikle elektronik bankacılık hizmetlerinde müşterinin ayırt edilmesini sağlamak amacıyla kullanılan verilerden bahsedilmektedir. Yönetmeliğin “*Verilerin Paylaşılması*” başlıklı 10. maddesinde ise Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesinde yapılan değişikliğe paralel bir düzenleme getirilmiştir;

“Banka, müşterinin kendisinden gelen ve yazılı şekilde ya da kalıcı veri saklayıcısı yoluyla kanıtlanabilir nitelikte olan bir müşteri talebi olmaksızın, faaliyetlerinin ifası sırasında ve her türlü dış hizmet alımlarında bilgi sistemleri aracılığıyla edindiği, sakladığı veya işlediği müşteri sırrı niteliğindeki bilgileri, Kanunda yer alan istisnai haller haricinde yurtiçindeki ve yurtdışındaki üçüncü kişilerle paylaşamaz ve bunlara aktaramaz.”

[40] Candemir, “Bankacılık Sektöründe.”

Ayrıca müşteri sırrı niteliğindeki verilerin aktarımına ilişkin müşteri taleplerinin yazılı şekilde veya kısa mesaj, elektronik posta vb. ile gerektiğinde ispatı sağlanabilecek şekilde yapılması gerektiği öngörülmüştür. Aynı maddenin devamında yer alan; “Müşterinin, bilgilerini paylaşmaya dair açık rıza göstermesi verilecek hizmet için bir ön şart haline getirilemez.” şeklindeki düzenleme ile de açık rızanın şarta bağlanamayacağı ifade edilmiştir.

Dolayısıyla, Sözleşme konusu bankacılık hizmeti açısından doğrudan gerekli olamayan bu veri işleme faaliyetine yönelik rıza, hizmetin ön şartı haline getirilmiş olup dolayısıyla özgür bir biçimde verilmiş olma koşulunu sağlamadığı için geçersiz olacaktır.^[41]

Bununla birlikte Bankacılık Kanunu’nun 73. maddesinde, açık rızanın yok sayılması, Yönetmelikte ise açık rızanın tanımlanması ve şartlarından söz edilmesi, uygulama bakımından bir tutarsızlık oluşturmasına sebebiyet vermektedir. Zira Kanunda müşterinin açık rızası alınsa dahi, müşteriden gelen bir talep ya da talimat olmaksızın yurt içindeki ve dışındaki üçüncü kişilerle paylaşılmayacağı ve aktarılamayacağı ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, Kanun ile Yönetmelik arasında bir uyumsuzluk söz konusudur. Ayrıca, Yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca, banka yönetimi tarafından bilgi güvenliği komitesi oluşturulması öngörülmüş ve bilgi varlıklarının nasıl sınıflandırılacağına yönelik olarak da bilgi güvenliği komitesi tarafından onaylı bir varlık sınıflandırma kılavuzu hazırlanması, varlıkların güvenlik sınıfı belirlenirken gizlilik derecesi, hassas veri, kişisel veri ya da sır kapsamındaki veri olup olmadığı, bütünlük ve erişilebilirlik gereksinimi, saklama süresi ve asgari yedekleme sıklığı gibi kriterler göz önünde bulundurulması gerektiği hüküm altına alınmıştır.^[42]

Yönetmeliğin “*Siber olay yönetimi, sızma testi ve siber istihbarat paylaşımı*” başlıklı 18. maddesinde ise; bankalara, bünyelerindeki siber olayların yönetimi ve siber olaylara müdahale amacıyla yeterli teknik ve operasyonel becerilere sahip bir kurumsal siber olaylara müdahale ekibi kurulması yükümlülüğü getirilmiştir. Banka bünyesinde oluşturulacak Kurumsal SOME (“*Siber Olaylara Müdahale Ekibi*”) ile siber olayların BDDK’ya ve bankanın ilgili yönetim birimlerine raporlanması amaçlanmıştır. Hassas verilerin ya da kişisel verilerin sızmasına ya da ifşasına yol açan bir siber

[41] Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 145.

[42] Candemir, “Bankacılık Sektöründe.”

olayın yaşanması hâlinde banka tarafından müşterilerin bilgilendirilmesi yükümlülüğü de ilk olarak mezkûr Yönetmelik ile getirilen düzenlemeler arasındadır.

Tüm bu açıklamaları bu makaleye konu karardaki Banka bünyesinde tespit edilen veri ihlali kapsamında değerlendirmeden önce, daha önce yaşanmış olan benzer nitelikteki veri ihlallerinden söz edecek olursak: 13.04.2021 tarihli karar ile veri ihlalinin gerçekleştiği bildirilen Banka bünyesinde gerçekleşen veri ihlali ile yakın tarihte bir başka Banka bünyesinde de bir veri ihlalinin tespit edildiği Kurul internet sayfasında ilan edilmiştir.^[43] Olayda banka personeli tarafından yetkisi kapsamında Kredi Kayıt Bürosu (KKB) sorguları neticesinde ulaşılan kişisel verilerin kendi iletişim yolları (telefon, elektronik haberleşme programı vs.) aracılığı ile üçüncü kişilere aktarıldığı tespit edilmiştir. Banka nezdinde ihlale ilişkin incelemelere devam edilmekte olduğu belirtilmiştir. Emsal olay incelendiğinde makaleye konu karardaki Bankada ortaya çıkan veri ihlalinde olduğu gibi burada da banka çalışanının kişisel menfaatleri doğrultusunda kişisel duyguları ile hareket etmesi ve yetkisi altındaki banka sistemleri aracılığıyla ilgili kişilerin verilerini üçüncü kişilere aktarması ile gerçekleşmiş bir ihlalden söz edilmektedir.

Kurul tarafından bir banka nezdinde gerçekleşen veri ihlali ile ilgili olarak tesis edilen 26.11.2019 tarihli 2019/362 sayılı kararda ise özetle;

“...Veri Sızıntısı Tespit/Önleme Sisteminin mevcut olduğunun belirtilmesine rağmen söz konusu ihlale neden olan kurumsal e-postadan kişisel veri sızıntısının olduğu ve alınan tedbirlerin bu ihlali engellemeye yeterli olmadığı, bankanın teknik tedbir olarak belirttiği “Kredi Kartı numarası içeren e-postaların Banka dışına gönderilmek istenmesi durumunda, kart sayısı belirli bir adedin üzerinde ise bu e-postanın karantinaya alındığı ve gönderilemediği”, tedbirinin bu tür ihlaller konusunda kötü niyetli kişilerce kolayca aşılabilir düzeyde olduğu...”

belirtilerek özellikle bankaların almakla yükümlü oldukları teknik tedbirlere vurgu yapılmış, netice itibariyle de veri sorumlusu aleyhine ihlaller

[43] “Kamuoyu Duyurusu (Veri İhlali Bildirimi) – Fibabanka AŞ,” Kişisel Verileri Koruma Kurumu,

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6900/Kamuoyu-Duyurusu-Veri-Ihlali-Bildirimi-Fibabanka-AS> Erişim Tarihi: 12.05.2021.

kapsamında belli miktarda idari para cezasına hükmedilmiştir.^[44] Benzer nitelikli bir başka olayda ise Kurul tarafından verilen kararda;

“...ihlale sebep olan personelin ihlal fiillerinin 10.07.2017 tarihinde başlamasına rağmen; bu ihlal fiilinin 08.07.2019 tarihinde tespit edildiği; benzer şekilde Bankanın başka bir şubesindeki ihlal fiillerinin başlangıç tarihleriyle tespit tarihleri arasında 18 ay gibi oldukça uzun bir süre bulunduğu, bu durumun kişisel veri güvenliği takibi noktasında veri sorumlusu tarafından güvenlik yazılımı mesajlarının, erişim kontrolü kayıtlarının ve diğer raporlama araçlarının düzenli olarak kontrol edilmediğinin göstergesi olduğu, veri sorumlusu nezdinde çalışan herkesin hangi konumda çalıştığına bakılmaksızın kişisel veri güvenliğine ilişkin rol ve sorumluluklarının, görev tanımlarında belirlenmesi ve çalışanların bu konudaki rol ve sorumluluğunun farkında olmasının sağlanması gerektiği, ancak bunun veri sorumlusu tarafından sağlanmadığının görüldüğü...”

Belirtilerek burada da idari ve teknik tedbirlerin zamanında alınmamış olduğuna dikkat çekilmiş ve veri sorumlusu hakkında idari para cezasına hükmedilmiştir.^[45]

Ülkemizde yaşanan veri ihlallerine benzer birçok ihlal diğer yabancı ülkelerde de söz konusu olabilmektedir. Yabancı ülkelerde bahse konu veri ihlallerinin, daha ciddi boyutlarda ve çok daha fazla sayıda insanı etkiler şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir. Örneğin, 2017 yılında bir kredi raporlama kuruluşu olan Equifax da yaşanan veri ihlali kapsamında, kişisel bilgiler, doğum tarihleri, telefon numaraları, sosyal güvenlik numaraları ve e-posta adresleri gibi tanımlayıcı bilgiler ve oldukça fazla kişinin kredi kartı numaralarının çalındığı tespit edilmiştir. Bu durum ciddi maddi zararlara neden olmuş ve yapılan incelemelerde ise çekirdek tüketici veya

[44] “Bir Banka Nezdinde Gerçekleşen Veri İhlali ile İlgili Olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 26/11/2019 Tarihli ve 2019/352 Sayılı Karar Özeti,” Kişisel Verileri Koruma Kurumu, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6656/2019-352> Erişim Tarihi: 10.05.2021. Kararda ayrıca, Kanunun 12. maddesinin 5. fıkrasında yer verilen “*en kısa sürede*” (24.01.2019 tarih ve 2019/10 sayılı Kurul kararında belirtilen 72 saatlik süre) bildirimde bulunma yükümlülüğüne uygun hareket edilmemesinden dolayı ayrı bir idari para cezasına hükmedilmiştir.

[45] “Bir bankanın veri ihlal bildirimini hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 05.05.2020 tarih ve 2020/344 sayılı Karar Özeti,” Kişisel Verileri Koruma Kurumu, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6764/2020-344> Erişim Tarihi: 10.05.2021.

ticari kredi raporlama veri tabanlarında yetkisiz faaliyet olduğuna dair hiçbir kanıtın bulunmadığı belirtilmiştir. Yaşanılan veri ihlali akabinde Equifax tarafından ihlalden etkilenenlere gerekli bildirimler yapılmış ve bu ihlalden etkilenmelerinin bir nevi telafisi -aynı zamanda kendi itibarlarını korumak amacıyla- olarak Equifax tarafından ilgili kişilere 12 aylık ücretsiz kredi izleme ve kimlik hırsızlığı koruması hizmeti sağlanmıştır.^[46]

Bu örnekler sonrasında basın ve yayın organları tarafından olaylar hakkında yayınlanan yazılarda da özellikle, bu veri ihlallerinin banka ve kredi kuruluşlarının itibarları üzerindeki olumsuz etkisinin vurgulandığı gözlenmektedir. Bu durum gerçekten de banka ve kredi kuruluşları nezdinde gerçekleşen veri ihlallerinde en önemli riskin, kamu nezdinde güven kuruluşu olarak anılan bu kuruluşlara karşı duyulan güvenin, bu ihlallerden ne denli olumsuz etkileneceği hususu olduğunu göstermektedir.^[47]

Tüm bu açıklamalar kapsamında anlaşılmaktadır ki, 13.04.2021 tarihli karar ile veri ihlalinin gerçekleştiği bildirilen Banka bünyesinde tespit edilen veri ihlali sonucu başka kişilere aktarılan veriler hakkında yapılan incelemelerin devamında kişilerin elektronik bankacılık işlemlerinde kullandıkları parola, pin, avuç içi, vb. gibi verilerinde üçüncü kişilere aktarıldığının tespiti hâlinde, hassas verilerin de ihlal edilmiş olacağı sonucu ile karşılaşılması kuvvetle muhtemeldir. Ayrıca, yukarıda izah edilen bankacılık sektöründe yapılan KVKK ile uyum düzenlemelerine rağmen veri ihlallerinin halen söz konusu olabileceği ihtimali, Bankada gerçekleşen olay ve diğer emsal örnekler ile somutlaşmaktadır. Bu kapsamda bir güven kuruluşu olan bankalar tarafından dahi kişisel verilerin ve hatta hassas verilerin gizliliğinin, korunmasının ve başkaları ile paylaşılmasının önüne geçilmesinin her zaman mümkün olamadığı görülmektedir.

Çalışmaya konu olan Banka bünyesinde gerçekleşen veri ihlali ve yukarıda bahsedilen diğer benzer olaylar, banka çalışanları yani diğer adıyla veri işleyen sıfatını haiz çalışanların kişisel duygularının, ileride söz konusu olabilecek veri ihlallerinde önemli bir rol oynayacağını göstermektedir. Zira kanaatimce,

[46] “Consumer Notice,” Equifax, <https://www.equifaxsecurity2017.com/consumer-notice/> Erişim Tarihi: 10.05.2021.

[47] “Yapı Kredi’de büyük skandal. Binlerce müşteriyi ilgilendiriyor,” *Yeniçağ Gazetesi*, 16 Nisan 2021. <https://www.yenicaggazetesi.com.tr/yapi-kredide-buyuk-skandal-binlerce-musteriyi-igilendiriyor-446377h.htm>, Erişim Tarihi: 10.05.2021.

insan yapısının bir getirisi olan kişisel duygulara karşın bankaların güven kuruluşu olarak yarattıkları izlenimin devamlılığını sağlayabilmeleri için ciddi güvenlik önlemleri almalarının gerekli olduğu gerçeği karşısında, gelişen teknolojiye ayak uydurarak veri ihlallerinin önüne, özellikle geliştirilebilecek yapay zekâ koruma ve güvenlik uygulamaları ile de geçilebileceğinin de göz önünde bulundurulmasında fayda olacaktır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bankacılık faaliyetleri üzerindeki devlet denetimi, bankaların ancak BDDK'nın verdiği ruhsat ile faaliyetlerine devam edebilmesi ve Bankacılık Kanunu kapsamında hüküm altına alınan diğer özen yükümlülüklerine uygun hareket etme zorunluluğu, bankaların birer güven kuruluşları olarak kabul edilmesinin dayanaklarını oluşturmaktadır. Nitekim bu kapsamda bankaların itibarının da kanunen korunur olduğu söylenebilir.

Özellikle elektronik bankacılık sektöründe kullanılan verilerin niteliği gereği hassas veriler olarak tanımlanan birçok verinin bankalar tarafından işlendiği, saklandığı ve korunmasının amaçlandığı bir gerçektir. Günümüzde banka kuruluşları, kişisel verileri de korumak bakımından toplum nezdinde belli bir güven duygusuna sahiptir. Ancak bu güven duygusunun bir diğer sonucu da banka kuruluşlarının bu güvenin gerektirdiği gibi hassas davranmak zorunda olmalarıdır. Bir diğer ifadeyle, banka kuruluşlarının kişiler nezdindeki güvenli konumlarını koruyabilmeleri için hata yapma payları neredeyse yoktur. Toplumun hassas verileri paylaşmak zorunda kaldığı banka kuruluşları bu verileri işlemedeki güvenliği sağlamakla yükümlüdür.

Sonuç olarak yukarıda yapılan tüm açıklamalar ışığında, 13.04.2021 tarihli karara konu olan 05.04.2021 tarihinde Banka bünyesinde, bir banka çalışanı tarafından kendisine görevi nedeniyle tanınan yetkinin görevi dışında kişisel menfaatlere aracı olarak kullanılması ile üçüncü kişilerin TC kimlik numarası, ad, soyad, iletişim bilgileri, kredi risk ve teminat durumu, ödeme performans bilgileri, karşılıksız çek ve protestolu senet ödeme bilgilerinin hukuka aykırı bir şekilde başka kişilere aktarılması şeklindeki veri ihlalinin, ilgili kişiler açısından yarattığı güvensizliğin yanı sıra kamuoyu ile paylaşılan bu ihlalin, toplumun banka kuruluşlarına karşı duydukları güveni olumsuz etkileyeceğini düşünmekteyim.

Ancak bu noktada kanaatimce en çok odaklanılması gereken konulardan birisi, görev tanımına aykırı bir şekilde kişisel menfaatleri doğrultusunda hareket ederek yetkilerini kötüye kullanan banka çalışanları tarafından yapılan veri ihlallerinin nasıl önüne geçilebileceğidir. Çünkü yaşanan birçok benzer olayda, özellikle ilgili kişilerin verilerinin üçüncü kişilere banka çalışanları aracılığıyla aktarıldığı görülmektedir. Zira toplumun banka kuruluşları ile paylaştıkları bilgiler açısından oldukça hassas oldukları gerçeği gözetildiğinde, banka kuruluşlarında veri ihlallerinin sık sık tekrarlanması halinde

kişilerin, banka kuruluşlarına karşı aynı güven duygusu ile yaklaşmayacakları ve özellikle elektronik bankacılık faaliyetlerine karşı güvensizliğin artacağı kanaatindeyim. Gelişen teknoloji ve buna bağlı sunulan hizmetlerde artan çeşitlilik ile çok sayıda insan elektronik bankacılık faaliyetlerini kullanmaya başlamış durumda ancak bu artışa rağmen, bankacılık faaliyetleri yoluyla, ilgili kişilerin verilerinin üçüncü kişilere aktarılmasına yönelik ihlallere devam edilmesi halinde toplumun başta elektronik bankacılık faaliyetlerinden yararlanmaktan uzaklaşabileceği unutulmamalıdır. Dolayısıyla bu risklere yönelik olarak güvenlik kalkanının oluşturulması noktasında banka kuruluşlarına önemli bir rol düşmektedir.

Yabancı ülkelerde yaşanan benzer olaylar neticesinde banka ve/veya kredi kuruluşları tarafından ihlalden etkilenen kişilere sunulan ücretsiz birtakım hizmetler ile ihlalin kuruluşun itibarı üzerinde yarattığı olumsuz etkinin azaltılmaya çalışıldığı gözlenmektedir. Bu yönde sunulan hizmetlerinde veri ihlallerinin banka kuruluşlarına duyulan güveni azaltmadaki etkisi de ayrıca bir tartışma konusu olmakla birlikte kanaatimce, olumsuz etkiyi olabildiğince aza indirebilmek açısından fayda sağlayacaktır.

Banka kuruluşları kamu nezdinde kazandıkları güveni koruyabilmek adına gerekli tüm idari ve teknik tedbirleri alabilmelidir. Banka çalışanı tarafından görev adı altında hiçbir verinin dışarıya sızdırılmayacağına tam anlamda sağlanması gerekmektedir. Ancak gelinen aşamada her ne kadar bankalarda işlenen verilere kanuni düzenlemeler açısından önemli boyutta bir güvenlik sağlanıyor olsa da fiiliyatta bankaların bunu sorunsuz sağlayabilecek bir teknik altyapıya, sisteme sahip olamamalarından ötürü bu kanuni güvenliğin gerçekten sağlanamadığını görmekteyiz. Bu yönde bir altyapı geliştirilene kadar da bankalarda benzer şekilde veri ihlalleri ile karşılaşmaya devam edeceğimiz kanaatindeyim.

KAYNAKÇA

- Akgül, Aydın. *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*. 2. Baskı. İstanbul: Beta, 2014.
- Alıcı, Yaşar. *Bankacılık Kanunu Şerhi*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Avcı, Yasemin. “Kişisel Verilerin Korunması.” Yüksek Lisans Tezi, Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Aydın, Ali. “KVKK Kapsamında Veri İşleyen Sorumluluğu.” İstanbul Barosu, Mayıs 2020.
- Battal, Ahmet. *Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001.
- Başalp, Nilgün. *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Başara, Turan Gamze. “Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 16, (Aralık 2020): 57-90.
- Dülger, Murat Volkan. *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*. 3. Baskı. İstanbul: Hukuk Akademisi, 2020.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku*. 17. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Hatipoğlu, Selami. “Kişisel Verilerin Korunması ve İdarenin Sorumluluğu.” Yüksek Lisans Tezi, Edirne: Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Kangal, Zeynel. *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu. *100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*. (Ankara: KVKK Yayınları, Aralık 2019) <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/185c2130-8070-4b2b-a91e-1d48322ca352.pdf> Erişim Tarihi: 11.05.2021.
- Memiş, Tekin. “Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki İlişkiler ve Sorumluluk Düzeni.” *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 6, (Aralık 2017).
- Oğuzman, Mustafa Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

- Öngün, Çiğdem Ayözger. *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*. 2. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Özdemir, Hayrunnisa. *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Hukukunda Bankacının Hukuki Sorumluluğu*. Ankara, 1974.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- Article 29 Working Party. “Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data.” <https://www.clinicalstudydatarequest.com/Documents/Privacy-European-guidance.pdf> Erişim Tarihi: 09.05.2021.
- Candemir, Arif. “Bankacılık Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması Alanında Yaşanan Gelişmeler”, *LexperaBlog*, <https://blog.lexpera.com.tr/bankacilik-sektorunde-kisisel-verilerin-korunmasi-alaninda-yasanan-gelistmeler/> (İET:10.05.2021).
- Equifax. “Consumer Notice.” <https://www.equifaxsecurity2017.com/consumer-notice/> Erişim Tarihi: 10.05.2021.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu. “Bir Banka Nezdinde Gerçekleşen Veri İhlali ile İlgili Olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 26/11/2019 Tarihli ve 2019/352 Sayılı Karar Özeti.” <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6656/2019-352> Erişim Tarihi: 10.05.2021.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu. “Kamuoyu Duyurusu (Veri İhlali Bildirimi) – Fibabanka AŞ.” <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6900/Kamuoyu-Duyurusu-Veri-Ihlali-Bildirimi-Fibabanka-AS> Erişim Tarihi: 12.05.2021.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu. “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Amacı ve Kapsamı.” <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4185/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununun-Amaci-ve-Kapsami> Erişim Tarihi: 11.05.2021.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu. “Kişisel Veri İhlali Bildirimi.” <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5362/Veri-Ihlali-Bildirimi> Erişim Tarihi: 09.05.2021.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. “Kişisel Verileri Koruma Kurulu Karar Özetleri, Kişisel Veri Güvenliğinin Sağlanması Amacıyla Uygun Güvenlik Düzeyini Temin Etmeye Yönelik Gerekli İdari ve Teknik Tedbirlerin Alınması.” <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5416/Kisisel-Veri-Guvenliginin-Saglanmasi-Amaciyla-Uygun-Guvenlik-Duzeyini-Temin-Etmeye-Yonelik-Gerekli-Idari-ve-Teknik-Tedbirlerin-Alinmaması> Erişim Tarihi: 10.05.2021.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. “Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen.” <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4195/Veri-Sorumlusu-ve-Veri-Isleyen> Erişim Tarihi: 10.05.2021.

Turan, Yağmur. “Türk Hukuku ve Yargıtay Kararları Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Örnek Değerlendirme.” *Elmas Yeşiloğlu* (blog) <https://www.elmasyesiloglu.com/tr/blogumuz-kesfedim/makaleler/turk-hukuku-ve-yargitay-kararlari-isiginda-bankalarin-hukuki-sorumluluguna-iliskin-ornek-degerlendirme>, Erişim Tarihi: 07.05.2021.

Yeniçağ Gazetesi. “Yapı Kredi’de büyük skandal. Binlerce müşteriye ilgilendiriyor.” 16 Nisan 2021. <https://www.yenicaggazetesi.com.tr/yapi-kredide-buyuk-skandal-binlerce-musteriyi-igilendiriyor-446377h.htm>, Erişim Tarihi: 10.05.2021.

ANONİM ŞİRKETTE ÖZEN VE BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMINA İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER

Cafer EMİNOĞLU*

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

* Doç. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Ankara Barosuna Bağlı Avukat Arabulucu. (ceminoglu@ybu.edu.tr)
<https://orcid.org/0000-0001-6219-3360>

Makalenin Geliş Tarihi: 18 Ağustos 2021 **Kabul Tarihi:** 5 Nisan 2022

Atf önerisi: Eminoğlu, Cafer. “Anonim Şirkette Özen ve Bağlılık Yükümlülüğünün Kişi Bakımından Kapsamına İlişkin Bazı Değereendirmeler.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 1 (Ocak 2021): 77-105. DOI [10.30915/abd.1118331](https://doi.org/10.30915/abd.1118331)

ANONİM ŞİRKETTE ÖZEN VE BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMINA İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER

ÖZ

TTK m. 369 hükmü “yönetim kurulu üyeleri” ve “yönetimle görevli üçüncü kişilerin” özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenlemektedir. İlgili hükme göre bu kişiler görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetme yükümlülüğü altındadırlar. TTK’nın temsil ve yönetime ilişkin hükümleri incelendiğinde ifade olunan “yükümlü kılınanlar çevresinin” eksik olduğu, en azından lafzi olarak, “kendilerine sadece temsil yetkisi devredilen kişilerin” hükmün kapsamı dışında kaldığı görülmektedir. Diğer taraftan TTK m. 369/2 hükmü nedeniyle tam hâkimiyet altında bulunan bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri ile “yönetimle görevli üçüncü kişilerin” özen ve bağlılık yükümlülüğünün ne ölçüde ortadan kalktığı tartışmalıdır. İfade olunan hususların yanında özen ve bağlılık yükümlülüğünün kişi bakımından kapsamı fiili organ kavramı bağlamında da bu çalışmada ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler

özen yükümlülüğü

bağlılık yükümlülüğü

tedbirli bir yöneticinin özeni

bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri

fiili organ

SOME ASSESSMENTS ON THE PERSONAL SCOPE OF DUTY OF CARE AND LOYALTY IN JOINT STOCK COMPANIES

ABSTRACT

Article 369 of Turkish Commercial Code numbered 6102 (TCC) regulates the duty of care and loyalty for “board members” and “third persons who are in charge of management.” According to the mentioned provision these persons are obliged to perform their tasks attentively as expected from a prudent director and safeguard the interest of the company in compliance with the principle of honesty. A closer look to the TCC’s representation and management provisions shows that the mentioned scope of obligated persons is not precisely described. At least literally, “persons to whom only the power of representation is delegated” remains out of the scope of the provision. On the other hand, in what capacity the TTC Art. 369/2 lifts the duty of care and loyalty for fully controlled company’s “board members” and “third persons who are in charge of management” is controversial. Beside these issues the personal scope of duty of care and loyalty is handled also in regard of some other doctrines such as de facto managing body.

Keywords

duty to care

duty of loyalty

the care of a prudent director

managing body-members of a controlled company

de facto body of a company

GİRİŞ

“Özen ve bağlılık yükümlülüğü” kenar başlıklı TTK m. 369 hükmü yönetim kurulu üyeleri ile birlikte yönetimle görevli üçüncü kişilerin görevlerini icra ederken bağlı oldukları özenli davranma ve sadakat mükellefiyetlerini düzenlemektedir. Bu hususta objektif bir özen kriteri öngörülmüş, yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmeleri gerekliliği hükme bağlanmıştır. Aynı kişilerin sadakat yükümlülükleri için ise “şirket çıkarlarını gözetmek” ve buna bağlı olarak “dürüstlük kuralı” belirleyici kriterler olarak tespit edilmiştir. Buna göre yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.

Belirtmek gerekir ki mezkûr madde ile öngörülen “kendileri için özen ve sadakat yükümlülüğü öngörülen kişiler” çevresi bazı yönlerden eksik bazı yönlerden ise izaha muhtaçtır. Örneğin TTK, 6762 sayılı eTTK'den farklı olarak temsil ve yönetim yetkilerinin devrini birbirinden ayırmıştır. TTK m. 370/2 hükmüne uygun bir temsil devri ayrıca yapılmadığı müddetçe, yönetimin devri ile temsil yetkisi de devredilmiş olmayacaktır.^[1] Ayrıca tek başına temsil yetkisinin devri yönetimin devrini kapsamayacaktır. Bir başka söylemle, birlikte devre ilişkin bir karine TTK uygulaması açısından söz konusu değildir. Oysa TTK m. 369 hükmü özen ve bağlılık yükümünü düzenlerken üçüncü kişiler bakımından “yönetimle görevli” kişilerden bahsetmektedir. Şu halde kendilerine sadece temsil yetkisi devredilen yönetim kurulu harici kişilerin özen ve bağlılık yükümlerinin TTK m. 369'da belirlenen çerçeveye tabi olup olmadığı tartışmalı hale gelmektedir.^[2] İlgili ayırımın, madde metni yazılırken unutulduğu ve bu nedenle sadece temsil ile yetkilendirilen üçüncü kişilerin de aynı sorumluluk rejimine tabi olduğu savunulabileceği gibi ifade olunan farklılığın kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu da iddia edilebilir.

[1] Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), Kn. 12-51. İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku I*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku araştırmaları Enstitüsü, 2013), 593.

[2] Bkz. Ersin Çamoğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirmeler ve Öneriler*, 8. Baskı (İstanbul: Onikilevha), 175-6.

TTK m. 369 hükmünün ikinci fıkrası, tam hâkimiyet altında bulunan bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililerinin sorumluluğunu düzenleyen özel hükümler olan TTK m. 203 ilâ 205 inci madde hükümlerini “saklı” tutmaktadır. Böylelikle, belirtilen kişilerin durumları ve topluluk hükümleri göz önünde bulundurularak belirlenmesi gereken bir yükümlülük sahasına işaret edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki kimlerin TTK m. 369 hükmünde düzenlenen özen ve sadakat yükümlülüğü altında bulunduğu hususunda tereddüdün olduğu hallerde dahi şirket yönetici, temsilci ve çalışanları için TBK m. 506/2’de vekil için; TBK m. 396/1 hükmünde ise işçi için düzenlenen özen ve sadakat yükümlülüğü gündeme gelecektir.^[3] Bu çalışmada TTK m. 369 hükmünün kişi bakımından kapsamına ilişkin bazı değerlendirmelere yer verilmiş, özellikle özen ve bağlılık yükümlülüğünün, hükümde açıkça anılmamış olan hangi kişileri kapsadığı veya kimlerin hangi işlemleri itibarıyla yükümlülük kapsamı dışında kaldığına ilişkin olarak bazı değerlendirmeler yapılmıştır. Yönetim veya temsil yetkisinin devri halinde gündeme gelen üst gözetim yükümlülüğü ve özellikle TTK m. 553/3 hükmü bağlamında yönetim veya temsil yetkisinin devri halinde devredenin özen yükümlülüğüne ilişkin tartışmalar bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.^[4]

I. TTK M. 369 HÜKMÜNÜN TARİHÇESİ, MEHAZİ VE GEREKÇESİ

TTK özen ve bağlılık yükümlülüğünü çeşitli yönleriyle 6762 Sayılı eTTK’den farklı düzenlemiştir. Bu husus TTK bakımından ilgili hükmün kişi yönünden kapsamının tespiti hususunu önemli kılmaktadır. Eski TTK, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünü, 320. madde düzenlemekteydi.^[5] İlgili hükümde yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında (Eski) BK’nin 528. maddesinin ikinci

[3] Bkz. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, 656.

[4] Bu hususa ilişkin olarak bkz.: Mustafa İsmail Kaya, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014), 3261-3286 (Basım Yılı: 2015); Kürşat Göktürk, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuku Belirlilik Sorunu,” *TBB Dergisi* 114, (Eylül-Ekim 2014): 179- 200.

[5] Bu hususta ayrıca bkz. Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, (İstanbul: Vedat, 2008), 63 vd.

fıkrası hükmünün uygulanacağı hükme bağlanmıştı.^[6] Böylelikle eTTK yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüklerini doğrudan düzenlemek yerine önce adi ortaklık ortağının, sonra işçinin özenine yollamada bulunmak şeklinde başkalarının özen yükümlülüğüne gönderme yapmaktaydı.^[7] Diğer taraftan eTTK'nin kabul ettiği özen ölçüsü işletme konusuna sıkı sıkıya bağlanmıştı.^[8] Belirtilen nedenlerle ilgili hüküm öğretide eleştirilen ve değiştirilmesi talep edilen maddeler arasındaydı.^[9]

Görüldüğü üzere TTK m. 369 hükmü eTTK m. 320 hükmünden önemli ölçüde farklılaşmış, kendine özgü bir özen yükümlülüğü rejimi öngörmüştür. Hükmün gerekçesi incelendiğinde objektif özen kriteri olarak belirlenen “tedbirli yönetici” kavramı üzerinde özellikle durulduğu görülmektedir. Gerekçede “tedbirli yönetici” kistasına dayalı özenin eTTK'nin 320. maddesinde öngörülenden daha da geniş ve amaca daha uygun olduğu, “nesnellik” kriteriyle, görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilme için gereken yetenek ve öğrenime sahip olmanın kastedildiği, ancak yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamadığı vurgulanmıştır.

Hükmün gerekçesinde ayrıca, “tedbirli yönetici” ölçütü belirlenirken “basiretli işadami” ölçüsünden farklı olduğu, Yargıtay kararlarının basiretli işadami ölçüsünü sert, hatta aşırı denilebilecek beklentilerle tanımladığı,

[6] eTK m. 320: “Şariklerden her biri şirket işlerinde mutad vechile gösterdiği ikdam ve ihtimamı sarf etmeğe mecburdur. Diğer şariklere karşı kendi kusuriyle sebebiyet verdiği zararları, şirkete diğer işlerde temin ettiği menfaatler ile mahsup ettirmeğe hakkı olmaksızın tazmin ile mükelleftir. Şirket işlerini ücretle idare eden şarik tıpkı bir vekil gibi mesul olur.”

[7] Bkz. Ersin Çamoğlu, Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014) Nr. 581; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık), 240-1.

[8] 6762 Sayılı eTTK m. 320 hükmüne yönelik diğer eleştiriler için bkz: TTK Madde Gerekçeleri, m. 369.

[9] Bkz. TK Madde Gerekçeleri, m. 369; Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu; Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı (İstanbul: Oniki Levha, 2016), 259.

aynı ölçüyü yöneticilere uygulamanın adaletsiz sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir.^[10]

Gerekçeye göre TTK m. 369'un tedbirli yönetici ölçüsü Alman Paylı Ortaklılar Kanununun (AktG) § 93 hükmünden farklılık arz etmektedir. AktG'nin ilgili hükmüne bakıldığında ölçü olarak "düzenli ve itinalı bir yöneticinin özeninden"^[11] bahsedildiği görülmektedir.^[12] Gerekçeye göre bütün riskleri önceden teşhis etmek ve bunlara ilişkin tedbir almak mümkün olmayacağına göre, klasik Alman öğretisinde savunulduğunun aksine, şirketin lehine olanı muhakkak yapmak ve zararına olandan muhakkak kaçınmak, özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilmemelidir. Buna karşın TTK'nin benimsediği tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadamı kararı" verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır.^[13]

Bu çalışmanın inceleme konularından biri olan bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğü hususunda belirtmek gerekir ki, AktG § 93 hükmü topluluk yapısından bağımsız olarak özen yükümlülüğünü düzenlemekle birlikte aynı kanunun §§ 309, 310, 317/ 3, § 318, 323 maddeleri topluluk şirketlerinin kanuni temsilcilerinin özen yükümlülüğünü ve sorumluluğuna ilişkin özel hükümler içermektedir.^[14]

[10] Bu hususta bazı değerlendirmeler için bkz. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku I*, 658; Ayrıca bkz: İsmail Kırca, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 22, no. 3 (2004): 85-98; Hasan Pulaşlı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen ve Müteselsil Sorumluluğu," *BATİDER* 25, no. 1 (Mart 2009): 27-63, 2009; Muhammed Sulu, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*, (İstanbul: Onikilevha, 2019), 135.

[11] "...Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters..." Bkz. AktG § 93.

[12] Alman hukukuna göre yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. Ayrıca bkz. Jan Lieder, Die "Treupflicht der Vorstandmitglieder," *TFM* 6, no. 1 (2016): 41-50.

[13] Bkz. TK Madde Gerekçeleri, m. 369;

[14] MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, AktG § 93 Rn. 1-444; Ayrıca bkz. Lieder, Die "Treupflicht," 44.

TTK m. 369 hükmünün ikinci fıkrasının gerekçesine bakıldığında Kanunun 203 ilâ 205. madde hükümlerini saklı tutmakla şirketler topluluğunda hâkim şirketin bağlı şirket yöneticileri üzerindeki fiili etkisini göz önünde bulundurmak istediği anlaşılmaktadır.

II. ÖZEN YÜKÜMLÜĞÜ VE ÖLÇÜTÜ

Özenli davranma yükümlülüğü bir taraftan TTK m. 553 hükmünde düzenlenen sorumluluk rejimi kapsamında kusurun tespiti için bir ölçü vazifesi görürken diğer taraftan yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin görev ve yetkilerinin somutlaştırılmasına hizmet eder.^[15] Böylelikle bir davranışın icrasının veya ihmalinin özenli davranan bir yöneticinin davranışına ne ölçüde uygun olduğu, gerekli olan özen derecesinin gösterilip gösterilmediği, bu bağlamda kusurun var olup olmadığı, böylelikle yönetim kurulunun ya da diğer yöneticilerin sorumluluklarının doğup doğmadığı değerlendirilecektir. Bu husus beklenen özen çerçevesi ve yoğunluğunun şirkete, faaliyet alanına ve işletme konusuna göre değişmeyeceği anlamına gelmez. Aksine bunlarla birlikte şirketi etkileyen ekonomik unsurlar, şirket yönetimindeki devir ve işbirlikleri gibi etmenler nedeniyle özen yükümlülüğüne aykırılık her somut olayın kendi koşullarına göre değerlendirilmelidir.^[16]

TTK m 369 hükmünün öne çıkan özelliği başta yönetim kurulu üyeleri olmak üzere kendisine yönetim ve temsil yetkisi bırakılan tüm yöneticiler açısından “objektif,” diğer bir ifade ile “nesnel” bir özen yükümlülüğünün öngörülmüş olmasıdır. Burada benimsenen ölçü “tedbirli bir yöneticinin özenidir.” Bu ölçünün nesnel ve ideal bir değere karşılık gelen bir “ölçü kişi” olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.^[17] Böyle bir ölçü iki tür niteliğe vurgu yapmaktadır: “yönetici” ve “tedbirli.”

Yönetici vasfını haiz bir kişi bir anonim ortaklığı yönetebilecek yetiye ve özelliklere sahip olacaktır. Bu niteliğe sahip olan bir kişiden görevinin gereklerini, anlamını ve sınırlarını kavramış olması beklenir. Yaygın kanaate göre burada yönetici vasfı “uzmanlık bilgisini” kapsamak zorunda

[15] Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar Hukuku*, Nr. 579; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku I*, 656, 657.

[16] Sibel Hacımahmutoğlu, “Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım,” *BATİDER* 31, no. 3 (2015): 29-30.

[17] Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 241.

değildir.^[18] Gerçekten de yöneticilik vasfı ilgili işletmenin çalışma alanında teknik uzmanlığı gerektirmeyeceği görüşü yerindedir. Aksi takdirde bir şirketin işletme ve teknik faaliyet alanına ilişkin olarak bütün yöneticilerinde uzmanlık bilgi ve tecrübesi aranmak durumunda kalınır, bu da yöneticinin özen yükümlülüğünü ölçsüz bir şekilde ağırlaştırırdı.^[19] Belirtilen nedenle uzman seviyesinde bilgi sahibi olmak yöneticilik vasfını aşar. Bunun yerine yöneticinin uzmanlarla çalışmasını bilmesi beklenmelidir.

Yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüklerinin nesnel kriterine ilişkin ikinci unsur “tedbirli” olma gerekliliğidir. Hükümde “tedbirli” sıfatı yöneticiyi nitilemektedir. TTK gerekçesinde de belirtildiği üzere tedbirli yönetici olan yönetim kurulu üyesi ya da diğer yönetici ve temsilcilerin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak ‘işadamı kararı’ (*business judgement rule*) verebilmesi gereklidir. Karar, verildiği anda aynı sektörde faaliyet yürütenlerce de savunulabilir nitelikte ise, zarar meydana gelse dahi yöneticinin sorumlu tutulmaması gerekecektir.^[20] Mahkeme bu bağlamda ve takdir yetkisi kapsamında verilen kararı yerindelik yönünden inceleyemeyecektir.^[21] Bununla birlikte her olayın kendi somut şartlarını haiz olacağını ve uyumsuzluk durumunda mahkemenin bu şartlara göre hakkaniyete uygun olarak özen eksikliğine dayalı kusuru belirleyeceğini belirtmek gerekir.

Kurumsal yönetim yaklaşımı tedbirli bir yöneticinin iç denetim mekanizmalarına, karşılaştırmaya, bilgiye ve bilgi akışına, araştırmaya, raporlamaya, istişareye, değerlendirmeye, şirket işleyişinin gözetimine^[22] ve deneyimlerden

[18] Bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 241; TK madde gerekçeleri, m. 369; Karşı görüş ve eleştiri için bkz. Pulaşlı, “*Türk Ticaret Kanunu*,” 52-3.

[19] Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 241.

[20] Bkz. TK, Madde Gerekçeleri, m. 369; Ayrıca bkz. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku I*, 660; Ayrıca bkz. Hüsnü Turanlı “A Fundamental Change Of Perspective In The Liability Of The Board Of Managers In The New Turkish, Corporate Law: Transformation From Prudent,” *TFM Dergisi 2*, no. 1, (2016), 33.

[21] Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar Hukuku*, Nr. 579; Kırca, “*Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında*”, 95.

[22] Gözetim yükümünün özen ve bağlılık borcunun özel bir uygulamasını teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz.: Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar Hukuku*, Nr. 563; Kaya, “Anonim,” 3268 vd; Tuğçe Nimet Yaşar, *Anonim Şirketler Hukukunda “Uyum” (Compliance)*, (İstanbul: Oniki Levha, 2020), 305 vd.

faydalanmaya önem vermesini gerektirir.^[23] Eğer bir yönetici verdiği kararları ifade edildiği yol ve yönetime dayalı bir çalışma mekanizması temelinde oluşturmuşsa, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemeyecektir. Bu kurallar TTK'nin 553. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hukuk kuralı ile somuta bağlanmıştır.^[24]

Belirtmek gerekir ki yönetim kurulu ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin türünün ya da üyenin ücret alıp almamasının özen ve bağlılık yükümlülüğüne herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.^[25] Bu yönüyle ilgili yükümlülük yönetim kurulu üyeliğinin doğrudan bir sonucudur ve üyeliğin kabulü ile başlar.

III. BAĞLILIK (SADAKAT) YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TTK m 369 hükmü ile düzenlenen ikinci husus sadakat yükümlülüğüdür. Buna göre yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar. Görüldüğü üzere hükümde şirketin menfaatinin^[26] gözetilmesi ve bu yapılırken dürüstlük ilkesinin göz önünde bulundurulması hususu vurgulanmıştır.

İfade olunan kapsamda “bağlılık yükümlülüğünden”, ortaklığın menfaatlerinin gözetilmesi ve kişisel veya üçüncü kişi menfaatlerinin şirketin çıkarlarının önüne geçirilmemesi gereklilikleri anlaşılmalıdır.^[27] Şu halde yöneticiler görevlerini öncelikle şirketin menfaatlerini gözeterek yürütmek, bu menfaatlara zarar verebilecek işler yapmaktan kaçınmak borcu altındadırlar. Yine yöneticilerin görev süresi sona erdikten sonra da devam edecek

[23] Ayrıca bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 241.

[24] Bkz. TK, Madde Gereçleri, m. 369; Bununla birlikte özen borcu sözleşme ile ağırlaştırılabilecektir.

[25] Özge Ayan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları*, (Ankara: Adalet, 2013), 62; Sulu, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*, 137.

[26] Özen ve bağlılık yükümlülüğü bağlamında “şirket menfaati” kavramına ilişkin olarak bkz. Sulu, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*, 135 vd.

[27] Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 242.

olan sır saklama yükümlülüğünün de bağlılık yükümlülüğünün bir gereği olduğunu ifade etmek gerekir.^[28]

Diğer taraftan yöneticilerin sadece şirketin menfaatlerini gözeterek hareket etmeleri gerektiğine yönelik bir yaklaşım kanunun amacına da modern şirketler hukuku kuramsal yapısına da uygun düşmeyecektir. Nitekim yöneticilerin yaptıkları işlemler ortaklık dışında alacaklılar, bağlı ortaklıklar, çalışanlar gibi diğer menfaat sahiplerinin, hatta toplumun kendisinin çıkarlarını da etkilemektedir. O halde diğer menfaat sahiplerinin çıkarları da gözetilmelidir.^[29]

Yönetim kurulu üyesinin görev icrası bağlamında içine düşebileceği menfaat çatışması bağlılık yükümlülüğü bakımından önem arz eder. Özellikle rekabet yasağı ve şirkete borçlanma yasağına ilişkin yükümlülüklerin doğrudan sadakat borcu ile ilgili olduğunu ifade etmek gerekir.

IV. ÖZEN VE BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜ ALTINDA BULUNANLAR ÇEVRESİ

A) AÇIKÇA YÜKÜMLÜ TUTULANLAR

TTK m. 369/1 hükmünde özen ve bağlılık yükümlülüğü altında bulunanlar iki kategoride ele alınmaktadır. Bunlardan ilki, devretmedikleri müddetçe, doğal olarak yönetim ve temsil yetkisini haiz bulunan yönetim kurulu üyeleridir. Hükümde ikinci kategori olarak “yönetimle görevli üçüncü kişiler” gösterilmiştir. İfade olunan ikinci kategoride, yönetim kurulu üyesi olmamalarına rağmen kendilerine, TTK m. 367/1 hükmü gereğince temsil yetkisi olmaksızın sadece yönetim yetkisi verilenlerin yer alacağı şüphesizdir. Nitekim ilgili hükümde yönetim kurulunun yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredebileceği düzenlenmektedir. Bunun için yönetim kurulunun esas sözleşmeye konulacak bir hükümle yetkilendirilmesi şart koşulmuştur. Bununla birlikte kanun koyucu temsil yetkisinin devrini 370/2 hükmüyle düzenlemiştir. Buna göre yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilecektir. Bununla birlikte, en az bir

[28] Bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 242; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar Hukuku*, Nr. 586.

[29] Ayrıca bkz. Cafer Eminoğlu, *Türk Ticaret Kanununda Kurumsal Yönetim*, (İstanbul: Onikilevha, 2014), 226-7.

yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şart kılınmıştır. Şu halde, ilgili hükümlerde belirtilen şartlar çerçevesinde yönetim kurulunun yönetim ve temsil yetkisinin devrine ilişkin olarak, devredilemez görev ve yetkilere ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla; sadece yönetimi devretmesi, sadece temsil yetkisini devretmesi ya da yönetim ve temsil yetkisini birlikte devretmesi şeklinde ihtimal ve olanaklar ortaya çıkabilir.

Yönetim kurulu üyeleri dışındaki kişilerden kendilerine sadece yönetim yetkisi devredilenler ile kendilerine yönetimle birlikte temsil yetkisi de devredilen kişilerin TTK m. 369 hükmü kapsamında özen ve bağlılık yükümlülüğü altında buldukları, hükmün lafzi yorumu bakımından da açıktır. Nitekim yönetimin devri ile esas itibariyle organsal bir işlev devralınmış olmakta ve yönetim yetkisini devralanlar bakımından yönetim kurulu üyelerine eşdeğer bir özen ve bağlılık yükümlülüğü doğmaktadır.^[30] Kendilerine yönetim ile birlikte temsil yetkisi de devredilenlerin salt temsile ilişkin davranışlarından dolayı özen ve bağlılık yükümlülükleri, kendilerine sadece temsil yetkisi devredilenlerin yükümlülüğü ile paralel değerlendirilmelidir.

Belirtmek gerekir ki yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticiler, görevleri sona erse dahi özellikle bağlılık yükümleri çerçevesinde şirketin sırlarını korumaya devam etmekle yükümlüdürler.^[31] Bu husus kanunda açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte hayatın olağan akışına uygun ve ifade olunan yükümlülükler ile dürüstlük ilkesinin gereğidir.

B) KENDİLERİNE SADECE TEMSİL YETKİSİ DEVREDİLENLER BAKIMINDAN

6102 sayılı TTK, 6762 Sayılı eTTK'den farklı olarak yönetimin ve temsilin ayrı ayrı devrine olanak tanımıştır. Dolayısıyla, yukarıda da ele alındığı üzere, yönetim kurulu üyesi olmamakla birlikte kendilerine sadece anonim şirketi temsil yetkisi verilen kişiler bulunabilir. Bununla birlikte, bu kişilerin kendilerine devredilen temsil yetkisini kullanırken TTK m. 369/1 hükmünde düzenlenen özen ve bağlılık yükümlülüğüne tabi olup olmayacağı açıkça düzenlenmemiştir.

[30] Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku I*, 592 vd.; Ayan, *Sadakat Yükümlülüğü*, 117vd.

[31] Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku I*, 664.

TTK'de olduğu gibi 6762 sayılı eTTK'de da kural olarak yönetimin ve temsil yetkisinin devrine olanak tanınmaktaydı. Bununla birlikte, eski TTK m. 319 hükmü, TTK'den farklı olarak, yönetim ve temsil yetkilerinin devrini birlikte düzenlemekteydi. İfade olunan hükümde yönetim ve temsil işlerinin yönetim kurulu üyeleri arasında taksim edilip edilemeyeceği, taksim edilecekse bunun nasıl yapılacağı esas sözleşmede tespit olunacağı belirtilmekteydi. Hükmün ikinci fıkrasında esas sözleşmeyle temsil yetkisinin ve yönetim işlerinin tamamını veya bir kısmını yönetim kurulu üyesi olan murahhas üyelere veya pay sahibi olmaları zorunluluğu bulunmayan murahhas^[32] müdürlere bırakabilmek için genel kurula veya yönetim kurulu- na yetki verilebileceği düzenlenmekteydi.

TTK yönetimin devrini m. 367 hükmünde düzenlemiştir. Buna göre şirketin yönetimi, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle yetkilendirilecek olan yönetim kurulu tarafından, düzenlenecek bir iç yönergeye göre, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü bir kişiye devredilebilir. TTK m. 370/2 hükmü ise temsil yetkisinin devrini düzenlemektedir. Buna göre yönetim kurulu temsil yetkisini, en az bir yönetim kurulu üyesinin bu yetkiyi haiz olması şartıyla bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilecektir.

Yönetim ve temsil işlevlerinin ayrı ayrı devredilebilirliği karşısında konumuz bakımından önem arz eden husus şudur: TTK m. 367/1 hükmü çerçevesinde temsil yetkisi ayrıca devredilmedikçe temsil yetkisinin devri ile yönetim yetkisi devredilmiş olmayacaktır. Diğer taraftan TTK m. 370/2 hükmüne uygun bir devir ayrıca yapılmadığı müddetçe, yönetimin devri ile birlikte temsil yetkisi de devredilmiş olmayacaktır.^[33]

[32] Bu bağlamda yeni sistemde “murahhas” teriminin sadece yönetimin devredildiği kişiyi ifade edemeyeceğini, bu terimin TTK m. 370/2 hükmüne uygun olarak yönetim ve temsilin birlikte devredildiği veya sadece temsil yetkisinin devredildiği kişiyi tanımlayacağına ilişkin olarak bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Kn. 12-68.

[33] Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Kn. 12-51. Bu bağlamda yeni sistemde “murahhas” teriminin sadece yönetimin devredildiği kişiyi ifade edemeyeceğini, bu terimin TTK m. 370/2 hükmüne uygun olarak yönetim ve temsilin birlikte devredildiği veya sadece temsil yetkisinin devredildiği kişiyi tanımlayacağına ilişkin olarak bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Kn. 12-68; İsviçre OR bağlamında konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Akdağ Güney, *Anonim*

Belirtilen nedenlerle yönetim kurulu üyeleri haricinde kendisine sadece temsil yetkisi devredilen ya da sadece yönetim yetkisi devredilen üçüncü kişiler bulunabilir. Kendisine sadece yönetim yetkisi devredilenlerin, özen ve bağlılık yükümlülükleri bakımından TTK m. 369 hükmünde belirtilen “yönetimle görevli üçüncü kişiler” kategorisinde yer alacağı, dolayısıyla hükmün lafzı bakımından da açıkça ifade olunan özen ve sadakat yükümlülüğü altında buldukları açıktır.

Diğer taraftan lafzi bir yorumla kendisine sadece temsil yetkisi devredilen üçüncü kişilerin “yönetimle görevli üçüncü kişilerden” oldukları ve bu yorumdan yola çıkarak TTK m. 369 hükmünde somutlaştırılan özen ve bağlılık yükümlülüğü altında buldukları sonucuna varmak güçtür. Ne var ki kendilerine sadece temsil yetkisi devredilen üçüncü kişileri, ifade olunan yükümlülük bakımından kendilerine sadece yönetim yetkisi devredilenlerden ayırmanın savunulabilir makul bir gerekçesi de kanaatimizce bulunmamaktadır. Özen ve bağlılık yükümlülüğüne konu olan ihlal ve zararlar ile koruma amacı yönetim vazifesinin icrasında olduğu kadar, hatta bundan daha fazla temsil yetkisinin kullanılmasında söz konusu olabilir. O halde TTK m. 369 hükmünde düzenlendiği şekliyle ilgi yükümlülük rejimine, en az yönetim kadar temsil yetkisinin üçüncü kişiler tarafından kullanılması bakımından da ihtiyaç vardır.

İfade edilen lafzi farklılığın ortaya çıkmasının temel nedeninin TTK m. 369 hükmü yazılırken, yukarıda da ifade edildiği üzere 6762 sayılı eTTK m. 319 hükmünde yönetim ve temsil fonksiyonlarının birlikte düzenlenmesinden hareket edilmiş olmasından kaynaklandığını düşünmekteyiz. Bir başka ifadeyle TTK m. 369 hükmü formüle edilirken 6102 sayılı Kanunun temsil ve yönetim yetkilerinin yönetim kurulu dışındaki üçüncü kişilere ayrı ayrı devrine olanak tanıdığı hususu gözden kaçırılmıştır.

Şu halde TTK m. 369 hükmünde geçen “yönetimle görevli üçüncü kişiler” ifadesinin, kendilerine sadece temsil yetkisi devredilen üçüncü kişileri kapsam dışında bırakmak amacıyla bilinçli olarak kullanılmadığını, kendilerine sadece temsil yetkisi devredilenlerin de TTK m. 369 hükmünde somutlaştırılan özen ve bağlılık yükümlülüğü altında olduklarını kabul etmek gerekir. Bu

Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 82. Ticari hayata duyulan güvenin korunması için somut olayın şartlarına göre kendisine yönetimin devredildiği kişiye temsil yetkisinin de devredildiğinin kabul edilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku I*, 593.

çerçevede TTK m. 369 hükmünde geçen “yönetimle görevli üçüncü kişiler” ifadesinden “yönetimle ve/veya temsille görevli üçüncü kişileri” anlamak gerekir.^[34] İlgili ifade hükmün metninde “kendilerine yönetim ve temsil yetkisi devredilen ya da bunlardan sadece biri ile görevli üçüncü kişiler” şeklinde de kullanılabilirdi. Böylelikle ifade olunan tartışma ve belirsizlikler giderilmiş olurdu.

C) DİĞER YÖNETİCİ VE VEKİLLER BAKIMINDAN

TTK m. 369 hükmünde ifade olunan “yönetimle görevli üçüncü kişiler” belirlemesiyle kendilerine sadece TTK m. 367/1 veya 370/2 bağlamında yönetim ve/veya temsile dayalı bir yetki devri yapılan kişilerin mi kastedildiği yoksa ilgili hususta bundan daha geniş bir çerçeve mi çizildiği irdelenmesi gereken başka bir sorundur. Gerçekten de bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyeleri ile kendilerine yönetim ve/veya temsil yetkisi devredilenler dışında çeşitli yönetsel ve temsile dayalı görevleri üstlenen kişiler bulunabilir. Örneğin ticari temsilci veya ticari vekil atanmış olabilir. Şirketin muhtelif yönetim kademelerinde görevli müdür, şef gibi yetkililer ya da yöneticiler bulunabilir.

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyeleri ile kendilerine yönetim ve/veya temsil yetkisi devredilenler dışındaki yönetsel ve/veya temsile dayalı görev icra eden bu kişilerin de TTK m. 369 hükmünde düzenlenen özen ve bağlılık yükümlülüğü altında buldukları kabul edilmelidir. Esas itibarıyla TTK m. 369/1 hükmünde ifade edilen “yönetimle görevli üçüncü kişiler” ile TTK m. 553/1’de belirtilen “yöneticilerden” aynı kişilerin kast olunduğunu kabul etmek gerekir.^[35] İfade edilen her iki hükmün emredici nitelikte olmaları nedeniyle, özen yükümlülüğünün seviyesini düşürme amacı taşıyan sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüz olacaklardır.^[36]

D) FİİLİ YÖNETİCİ BAKIMINDAN

TTK m. 369 hükmünde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, özen ve bağlılık yükümlülüğü altında bulunduğu kabul edilebilecek bir başka unsur öğretide, “olgu organ,” “örtülü yönetim kurulu üyeliği” gibi farklı kavramlar

[34] Bkz. Çamoğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu*, 175-6.

[35] Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku I*, 655.

[36] Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku I*, 662.

altında^[37] da ele alınan fiili yöneticidir. Bu kabul fiili organ doktrinine dayanmaktadır. Söz konusu doktrin, şirket esas sözleşmesi ya da kanuna göre şirket organı statüsü bulunmadığı halde, fiilen şirket iradesini oluşturabilen kişilerin şirketin fiili organı olarak kabul edilmesi esasına dayanır.^[38] İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yolla özellikle hâkim şirketin sorumluluğuna gittiği görülmektedir.^[39] İsviçre uygulamasında büyük pay sahibi, kredi kuruluşu, büyük tedarikçi ve tek pay sahipli şirkette pay sahibinin atadığı inanca bağlı yönetim kurulu üyesi fiili organ olarak kabul edilebilmektedir.^[40]

Türk öğretisinde de fiili organ kavramı tartışılmaktadır.^[41] Bir görüşe göre TTK'nin, yöneticilerin de sorumluluğunu düzenleyen 553. maddesinin metninde geçen “yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler” ifadesi tüzel kişinin yetkili organı tarafından seçilmiş ve sicile tescil edilmiş kişilerden daha geniş bir çevreyi kapsamaktadır. Belirtilen usul ile yöneticilik veya üyelik görevini üstlenmemiş olmasına rağmen bir kimsenin yönetim organının yetkisine giren konulara ilişkin kararların alınmasında önemli ölçüde hazırlıkta bulunması ve temel hususları aşacak bir biçimde yardımcı olması halinde, fiili organ yani gizli yönetici olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu gizli yöneticilerin sorumluluğu maddi anlamda karıştığı görevlere veya alanlara ilişkindir.^[42] Bu bağlamda örneğin şirketler topluluğunda da şirketi fiilen yöneten hâkim

[37] Ali Paşlı, “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu,” *İÜHFMD* 66, no. 2 (2008): 348.

[38] Zühtü Aytaç, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu,” *BATİDER* 29, no. 4 (2013): 12.

[39] Örneğin bkz. BGE, 128 III 29, 29.10.2001.

[40] Ömer Korkut, “Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği,” (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006), 105.

[41] Örneğin bkz. Hamdi Yasaman, “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları,” *Galatasaray ÜHFD* 2, (2013), 99-100; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi 2, (Ankara: Adalet, 2015), 2040 vd. Ayrıca bkz. Pınar Altınok Ormancı, “Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar,” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79, no. 4 (2021): 1261-83.

[42] Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi 2, 2040 vd.; Yasaman, “Yönetim Kurulu,” 99-100.

şirketin yönetim kurulu da fiili organ olarak sorumluluk altında olmalıdır.^[43] Fiili organ doktrinin Türk hukukunda kabul edilmesi halinde, kanaatimizce bu kişiler de etkide buldukları iş ve işlemler bakımından özen ve bağlılık yükümlülüğü ölçütüne göre sorumlu tutulabileceklerdir.

V. BAĞLI ŞİRKETİN YÖNETİM KURULU ÜYELERİ VE DİĞER YÖNETİCİLERİ BAKIMINDAN ÖZEN VE BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A) TEMEL SORUN

TTK m. 369 hükmü, ilk fıkrasında özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenledikten sonra, ikinci fıkrasında söz konusu bu düzenleme bağlamında TTK m. 203 ilâ 205. madde hükümlerinin saklı olduğunu vurgulamaktadır. Böylelikle esasen bir hâkimiyet/bağlılık ilişkisinin mevcut olduğu hallerde bağlı anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve temsil ile vazifeli üçüncü kişilerinden, bağımsız bir şirketin ilgililerinden beklenecek ölçüde özen ve bağlılık yükümlülüğüne uymaları beklenemeyeceği ifade olunmaktadır. Belirtmek gerekir ki saklı tutulan hükümler tam hâkimiyet altında bulunan bir anonim şirketin yönetim kurulu ile yönetim ve temsille görevli üçüncü kişilerin sorumluluğuna ilişkin olup kısmi hakimiyete ilişkin açık bir istisnaya yer verilmemiştir.^[44] Kanaatimizce “kısmi hâkimiyet hali” de somut bir durumun göz önünde bulundurulması gereken şartları arasında yer alır ve bu bağlamda yöneticilerden beklenecek özen ve bağlılık yükümlülüğünün daha dar yorumlanmasını gerektirir.

Saklı tutulan ilk hüküm olan TTK m. 203 hükmünde öncelikle, bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması durumundan bahsedilmiş böylelikle tam hâkimiyet hali tanımlanmıştır. Hükmün devamında tam hâkimiyet durumunda, hâkim şirketin yönetim kurulunun, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısalar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebileceği ve bağlı şirketin organlarının talimata uymak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. TTK m. 369/2’de saklı tutulan ikinci hüküm olan TTK m. 204’te ise, bağlı şirketin ödeme gücünü

[43] Yasaman, *Sorumluluk*, 100.

[44] Kısmi hâkimiyet bakımından da ilgili hükmün saklı tutulması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu*, 260.

açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemeyeceği belirtilmek suretiyle yukarıda ifade edilen talimat serbestisine bir sınır getirilmiştir. Son olarak TTK m. 205 hükmünde bağlı şirketin yönetim kurulu üyelerinin, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililerin, 203 ve 204. madde kapsamındaki talimatlara uymaları nedeniyle, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamayacakları belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere TTK m. 369/2 hükmünde saklı tutulan hükümlerde esasen yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve sorumlu tutulabilecek ilgililerin özen ve bağlılık yükümlülükleri açısından bir istisna ve sınırlama öngörülmiştir. Bu yaklaşımın temelinde “konzern gerçekliği”^[45] ve buna bağlı olarak bağlı şirket yöneticilerinden, bağımsız bir şirketin tedbirli yöneticilerinin özeni ve bağlılığı temelinde davranacaklarını beklemenin hakkaniyete ve gerçekliğe uygun düşmeyeceği düşüncesi yatmaktadır.^[46]

Kanun koyucu şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeleri, bir kefesinde “şirketler topluluğu menfaati”^[47] diğer kefesinde “hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasını önleyici mekanizmalar” olan denge sağlayıcı bir terazi temelinde dizayn etmeyi amaçlamıştır. Geline nokta ve on yıla yakın

[45] Bu hususta bkz. Cafer Eminoğlu, “Kuram–Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri,” *XXXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018), 9-55; TTK öncesinde Sermaye şirketleri, özellikle anonim şirketler hukuku, uzun yıllardan beri ekonomik yaşam gerçeğine yabancı bir hukukî varsayımda ısrar edildiği hususunda bkz. TTK Madde Gereççeleri, *Şirketler Topluluğu* (195 ilâ 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar).

[46] Ayrıca bkz. Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku I*, 663; İrfan Akın, *Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2014), 312.

[47] Şirketler topluluğuna ilişkin temel amaçlardan biri de topluluğun ortak politika ve faaliyetlerinin rahatça planlanmasına ve hayata geçirilmesine olanak sağlamaktır. Şirketler Topluluğunu meydana getiren şirketlerin ortak menfaati olarak ifade edilebilecek “topluluk menfaati” ve topluluk politikaları ile bunların gözetilmesi özellikle “Rozenblum doktrini” ile uluslararası anlamda kabul görmüş Türkiye’de kanun koyucu şirketler topluluğunu düzenlerken bu doktrinden etkilenmiştir. İlgili doktrin Fransız Yüksek Mahkemesi’nin 1985’te ortaya koyduğu bir içtihadı dayanmaktadır. Bu hususta ayrıca bkz.: Akın, *Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku*, 313-4; Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, (İstanbul: Onikilevha, 2009), 423 vd.

bir uygulama süreci neticesinde arzu edilen amaca ulaşamamış, denge şirketler topluluğu menfaati ve hâkim teşebbüs lehine, özellikle de bağlı şirket alacaklıları ve azlık pay sahipleri aleyhine işlemeye devam etmiştir. Dolayısıyla esasen hiç tesis edilememiş olan bu dengeyi TTK'nin topluluğa ilişkin hükümleri de sağlayamamıştır.^[48]

Şirketler topluluğunda kurumsal yönetim yaklaşımının adalet ilkesi temelinde menfaatleri korunması gerekli görülen kişi gruplarından biri de bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri ve yöneticileridir. Bunun sebebi şirketler hukuku kurumsal yapısında yönetim kurulu üyeleri ve yöneticileri bakımından kabul edilen “bağımsız karar alma ve bu şekilde alınan kararlardan sorumlu olmaya” dayalı işleyişin şirketler topluluğu yapıları bakımından çoğu zaman bir ütopyadan öteye geçememesidir. Gerçekten de şirketler topluluğunda bağlı şirket yönetim organı ekseriyetle hâkim teşebbüsün baskı, talimat ve yönlendirmeleri altında karar almakta ve icra etmektedir. Şu halde şirketler topluluğu yapısının bu yönüyle şirketler hukuku kurumsal yapısı bakımından sistem bozucu bir nitelik taşıdığını ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Hâkim teşebbüsün yönlendirme kudretine rağmen ve buna karşı olarak bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin özgür iradeleriyle karar verdiklerini var saymanın “konzern gerçekliği” ile uyuşmayacağı, hatta aksinin beklenmesinin bu kişilerin tabi oldukları sorumluluk rejimi bakımından hakkaniyete uygun olmayacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle TTK'nin çoğunlukla 195 ila 209. maddelerinde düzenlenmiş bulunan şirketler topluluğu hükümlerinin önemli düzenleme amaçlarından biri de bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililerini ifade edilen bu “konzern gerçekliği” – sorumluluk kıskacından kurtarmak, bu yönüyle daha gerçekçi ve adil bir sorumluluk rejimi ihdas etmek olmuştur.^[49]

Kanun koyucu şirket toplulukları bakımından ifade olunan bu yeni sorumluluk rejiminin ihdasında ikili bir ayırımı gitmiştir. Kısmi hâkimiyetten kaynaklanan şirketler topluluğu yapısında, yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticiler bakımından, TTK m. 202 hükmünde öngörülen denkleştirme mekanizmasını düzenlemiş, böylelikle bir taraftan hâkim teşebbüs ile bağlı

[48] Ayrıca bkz. Eminoğlu, “Kuram,” 33 vd.

[49] Ayrıca bkz. TTK madde gerekçeleri, Şirketler Topluluğu (195 ilâ 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar).

şirket arasındaki yönlendirmeye dayalı münasebetin varlığını hukuken kabul etmiş ve buna sonuç bağlamıştır. Diğer taraftan hâkim teşebbüsün yönlendirmelerini meşrulaştırarak, bağlı şirkette meydana getirdiği kaybın denkleştirilmesinin en erken ilgili mali yılın sonuna kadar ertelemek, hatta denkleştirme yerine şartları son derece belirsiz bir istem hakkı tanıyarak ilgili süreler boyunca bağlı şirket yönetim kurulunun kaybı talep etme olanağını ve esasen ilgili işlemlerden dolayı sorumlu tutulma riskini ortadan kaldırmıştır. Kanun koyucu kısmi hakimiyette dahi bağlı şirket yönetim kurulunun bağlı şirket kayıplarını talep etme iradesinden yoksun olacağını varsaydığı içindir ki bağlı şirket alacak ve pay sahiplerine TTK m. 202 hükmünde denkleştirme davaları açma hak ve olanağı tanımıştır. Bununla birlikte belirtilmelidir ki özellikle özen ve bağlılık yükümlüğü bakımından bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticiler bakımından ilkesel bir sorumsuzluk hali öngörülmemiştir. Bir başka ifadeyle bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri de kural olarak özen ve bağlılık yükümlülüğü altında bulunmaktadır ve ihlal halinde sorumlu tutulabilirler.

Belirtmek gerekir ki TTK m. 369 hükmünde düzenlenen objektif özen kriteri şirketler topluluğunda hâkim şirket ve onun yönetim kurulu üyelerinin bağlı şirket kayıplarından kaynaklı sorumluluğu bakımından bir kurtuluş beyinesi olarak düzenlenmiştir. TTK m. 202/1- d hükmünde, bağlı şirketin kayba uğradığı hallerde “kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı hâlinde” ifade olunan kişiler aleyhine tazminata hükmedilemeyeceği belirtilmiştir.

Kanun koyucu TTK m. 202 hükmünü TTK m. 369/2 hükmünde saklı tutulan maddeler arasında saymamıştır. Bunun nedeni öncelikle kısmi hâkimiyette, tam hâkimiyetten farklı olarak, bağlı şirkette hâkim teşebbüs dışında da pay sahiplerinin bulunması ve yönetim kurulunun bunlara karşı sorumluluğunun devam etmesidir. Ne var ki TTK m. 202 hükmünde öngörülen denkleştirme sistemi de esas itibarıyla bağlı şirket yöneticilerinin özen ve bağlılık yükümlülüğüne, belirli şartlar altında dolaylı bir istisna getirmektedir.^[50] Burada ilgili mali yılın sonuna kadar denkleştirme yapılması şartıyla

[50] Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku I*, 663; Ayrıca bkz. Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu*, 260.

(veya istem hakkı tanınması suretiyle) şirketin menfaatinin feda edilmesine göz yumulması şeklinde bir netice ortaya çıkmaktadır.

Hâkim teşebbüsün bağlı şirketin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak tamamına sahip olması şeklinde ortaya çıkan tam hâkimiyete dayanan şirketler topluluğunda ise çıkarları gözetilecek doğrudan bağlı şirkete iştirak eden hâkim teşebbüs dışında herhangi bir pay sahibi bulunmamaktadır.^[51] Gerek hâkimiyetin yoğunluk derecesi gerekse pay sahipliğinin teklifi nedeniyle burada kanun koyucu, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve diğer ilgililerin hâkim teşebbüsün talimatlarına uymalarından dolayı sorumlu tutulmaması yönünde bir yaklaşım sergilemiştir. Bununla birlikte, dolaylı iştirakin de tam hâkimiyetin tespitinde TTK m. 203 gereği hesaplanıyor olması, dolaylı menfaat sahiplerinin korunmasının belirtilen bağlamda göz ardı edilmesine yol açmaktadır.

Bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticileri hâkim teşebbüsün yönlendirmelerini ancak özen ve bağlılık yükümlülükleri kapsamında değerlendirdikten sonra kabul ya da ret yönünde karar vermelidir. Bir başka deyişle ne kısmi ne de tam hâkimiyet kaynaklı şirketler topluluğunda bağlı şirket yöneticileri bakımından “mutlak anlamda” özen ve bağlılık yükümlülüğünden muafiyet söz konusudur.^[52]

Tam hâkimiyete dayalı şirketler topluluğunun varlığı halinde kanun koyucu belirli şartlarda hâkim şirketin yönetim kurulu için talimat serbestisi, bağlı şirket yönetim kuruluna ise ilgili talimatlara uyma zorunluluğu getirmiştir. Şu halde talimat serbestisi ve talimata uyma yükümlülüğünün sınırları, bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünden kaynaklanan sorumlulukları bakımından belirleyici olacaktır. İfade edilen hususlarla birlikte TTK m. 369/2 hükmü ile özen ve bağlılık yükümlülüğü bakımından TTK m. 203 ve 204 hükümlerinin saklı tutulmuş olmasının, ayrıca TTK m. 205 hükmünde sorumsuzluğun düzenlenmiş bulunmasının, tam hâkimiyete dayalı şirketler topluluğunda bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüğüne ve sorumluluğuna ne ölçüde etki ettiği hususunun ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

[51] Ayrıca bkz. Akin, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, 312 vd.

[52] Ayrıca bkz. Kürşat Göktürk, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, (Ankara: Adalet, 2015), 311.

B) TALİMAT SERBESTİSİ KAPSAMINDAKİ İŞ VE İŞLEMLER BAKIMINDAN

Tam hâkimiyette talimat serbestisi, diğer bir ifadeyle bağlı şirket yönetim kurulu bakımından talimata uyma yükümlülüğü öncelikli olarak, verilen talimatın şirketler topluluğunun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olması şartına bağlanmıştır (TTK m. 203/1). Diğer taraftan talimat serbestisi/talimata uyma yükümlülüğü, verilecek talimatın bağlı şirketin ödeme gücünü aşmaması, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik arz etmemesi koşuluna bağlanmıştır (TTK m. 204/1). Tam hâkimiyette bağlı şirketin topluluk dışı pay sahibinin bulunmaması, bağlı şirketin bütünüyle araçsallaştırılabileceği ve talimat serbestisinin sınırsız olacağı anlamına gelmez. Nitekim tam bağlı da olsa bir anonim şirketin pay sahiplerinden bağımsız bir şirket menfaati^[53] ve alacaklılar, çalışanlar ve kamu gibi diğer menfaat sahipleri çevresi vardır. Bu menfaatlerin korunması talimat serbestisinin sınırlarını teşkil eder.^[54] Belirtilen koşullar birlikte değerlendirildiğinde aşağıdaki neticeler karşımıza çıkmaktadır:

- a) Hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olarak görülse dahi bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat veremez, bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri bu talimatlara uyamaz.
- b) Hakim Şirket yönetim kurulu topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmayan talimatlar veremezler. Bağlı şirket yönetim kurulu bu tür talimatlara uymamakla yükümlüdür. Burada artık ilgili talimatların bağlı şirketin ödeme gücünü aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelikte olup olmadıklarına bakılmaz.

Şu halde tam bağlı şirketin yönetim kurulu, şirketler topluluğunun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmaları koşuluyla, hâkim şirket yönetim kurulunun, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşmayan, varlığını tehlikeye düşürmeyen veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açmayan

[53] Bkz. Sulu, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*, 135vd.

[54] Ayrıca bkz. Akin, *Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku*, 312 vd.

talimat ve yönlendirmelerine uymakla yükümlü kılınmıştır. İfade edilen koşulların sağlanması halinde, hâkim şirket yönetim kurulu bağlı şirketin kaybına yol açabilecek nitelik taşısa dahi bağlı şirketin yönetimine ve yönlendirilmesine ilişkin talimat verme yetkisine sahiptir.

Tam hâkimiyet halinde talimat serbestisi kapsamındaki iş ve işlemler bakımından bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüklerinin tespit edilebilmesi için TTK m. 369/2, 203, 204 ve 205 hükümlerinin bir arada değerlendirilmesi gerekir. TTK m. 369/2 hükmü özen ve bağlılık yükümlülüğü ve bu yükümlülüğünden doğan sorumluluk bakımından 203 ilâ 205. madde hükümleri saklı olduğunu düzenlerken TTK m. 205 hükmünde bağlı şirketin yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve sorumlu tutulabilecek ilgililerin, 203. ve 204. madde kapsamındaki talimatlara uymaları nedeniyle, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamayacakları belirtilmiştir. Şu halde yukarıda ifade olunan şartlara uygun olan talimatlara uymalarından ötürü tam bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri özen ve bağlılık yükümlülüğünü ihlal ettikleri gerekçesiyle sorumlu tutulamayacaklardır. Bununla birlikte talimat serbestisi dışında kalan yönlendirmelere uymaları halinde bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri 205. maddedeki sorumsuzluk hükmüne dayanamayacaktır.^[55]

Belirtmek gerekir ki, TTK m. 205 hükmünde bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililerin, 204. madde kapsamındaki talimatlara uymaları nedeniyle de, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamayacaklarına yönelik ifadenin, ilgililerin “bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimatlara” uymaları halinde de sorumlu tutulmayacakları şeklinde anlaşılmalıdır.^[56] Kanaatimizce hükümde geçen “203 ve 204 üncü madde kapsamındaki talimatlar” ifadesiyle ilgili hükümlerle belirlenen çerçeveye uygun olan, dolayısıyla talimat serbestisi kapsamındaki yönlendirmeler kast olunmaktadır. Şu halde 204. madde kapsamındaki talimatlar “bağlı şirketin ödeme

[55] Aynı yönde: Akın, *Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku*, 315.

[56] Hükmün lafzi yorumunun bu yönde bir netice ortaya çıkardığı, 204. maddeye sehven atıf yapıldığı ve bu hususta eleştirel bir yaklaşım için bkz. Göktürk, *Şirketler Topluluğu*, 327-8; aynı doğrultuda bkz. Oruç Hami Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 191; Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu*, 159.

gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşımayan talimatlar” olarak kabul edilmelidir. Aksi yönde bir kabul, *Göktürk* tarafından da ifade edildiği üzere,^[57] bağlı şirketin mahvını önlemeye yönelik emredici nitelikteki bir hüküm ile oluşturulan bir yasağa uymadıkları halde bu durumun bağlı şirket yöneticilerinin sorumluluğuna yol açmaması anlamına gelecektir. Ne var ki böyle bir yorum kanun yapım tekniğine ve yükümlülük – sorumluluk dengesine aykırı olurdu.

C) TALİMAT SERBESTİSİNİN KAPSAMI DIŞINDAKİ İŞ VE İŞLEMLER BAKIMINDAN

Tam hâkimiyet halinde, şirketler topluluğunun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmayan, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan ya da önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimatların talimat serbestisinin kapsamı dışında olduğunu yukarıda ele almıştık. TTK m. 369/2, 203, 204 ve 205. hükümlerinin bir arada değerlendirildiğinde ifade olunan talimat serbestisi kapsamı dışındaki yönlendirmelere uymaları bakımından, özen ve bağlılık yükümlülüklerine ilişkin olarak bağlı şirket yönetim kurulu üyeleriyle diğer yönetici ve temsilcilerinin sorumlulukları bakımından bir istisna öngörülmediği sonucuna varılmalıdır.

Belirtmek gerekir ki kısmi hâkimiyet bakımından talimata uyma yükümlülüğü açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, burada öngörülen iki kriterin TTK m. 202 hükmünde öngörülen denkleştirme mekanizmasının işletilebilmesi için gerekli olduğu kabul edilmelidir. Bir başka ifadeyle hâkim teşebbüsün, şirketler topluluğunun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmayan, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan ya da önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan yönlendirmeleri TTK m. 202 hükmü bağlamında hukuka aykırı kabul edilmeli, bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticileri, özen ve bağlılık yükümlülüğünün gereği olarak bu yönlendirmelere uymaktan imtina etmelidir. Buna rağmen yönlendirmeler neticesinde meydana gelen zararın tazmini, o faaliyet yılı sonu (TTK m. 202/1-b) beklenmeksizin bağlı şirketçe tazmini talep edilebilmelidir.

[57] Göktürk, Şirketler Topluluğu, 327.

Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki tam hakimiyet halinde talimat serbestisinin kapsamı dışındaki yönlendirmelere uymaları halinde bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri özen ve bağlılık yükümlülüklerine aykırı hareket etmiş olacaklardır. Görüldüğü üzere TTK m. 369/1 hükmü ile düzenlenen özen ve bağlılık yükümlülüğü bakımından TTK m. 369/2 düzenlemesi ile tam hâkimiyet altındaki bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri için mutlak bir istisna öngörülmemiştir. Bu kişiler bakımından, talimat serbestisi haricindeki yönlendirmelere uymaları ve hâkimiyetin kullanılması olmaksızın alınan kararlar ve yapılan işler bakımından özen ve bağlılık yükümlülüğü mevcudiyetini korumuştur.

SONUÇ

TTK m. 369 hükmü, özen ve bağlılık yükümlülüğü altında bulunanlar çevresini ifade ederken sadece “yönetim kurulu üyeleri” ve “yönetimle görevli üçüncü kişileri” anmıştır. Ne var ki, bu belirleme, amaçsal bir yorumdan hareket edildiğinde, yükümlülük altında bulunması gereken kişileri ifade etmekte yetersiz kalmaktadır. Hükmün lafzi yorumu, örneğin kendilerine yönetim yetkisi devredilmeyen ancak TTK m. 370/2 hükmü gereğince sadece temsil yetkisi devredilen üçüncü kişileri kapsam dışında bırakmaktadır. Oysa üstlendikleri vazife, pay ve menfaat sahiplerine karşı sorumlulukları, ayrıca şirket ile olan bağları gereği bu kişileri özen ve bağlılık yükümlülüğünün kapsamı dışında bırakmanın makul ve anlaşılır bir gerekçesi bulunmamaktadır. Şu halde hükümde geçen “yönetimle görevli üçüncü kişiler” ifadesinden “yönetimle ve/veya temsille görevli üçüncü kişileri” anlamak gerekir. Diğer taraftan artık Türk öğretisinde de kabul edilen ve olgu organ, örtülü yönetim kurulu üyesi gibi kavramlarla da ifade edilen fiili yöneticinin de TTK m. 369 hükmünde açıkça ifade edilmemiş olsa da “yönetimle ve/veya temsille görevli üçüncü kişilerden” olduğu, dolayısıyla özen ve bağlılık yükümlülüğü altında bulunduğu kabul edilmelidir.

TTK m. 369/2 özen ve bağlılık yükümlülüğü bakımından tam hâkimiyete dayalı şirketler topluluğunda bağlı şirketin yönetim kurulu üyelerinin ve diğer yöneticilerinin hâkim şirketin talimatlarına uymaları halini ve bundan doğan sorumluluk durumlarına ilişkin hükümleri (TTK m. 203 ila 205) saklı tutmaktadır. İlgili hükümlerin saklı tutulması tam bağlı şirketin yönetim kurulu üyelerinin ve diğer yöneticilerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünden bütünüyle müstesna oldukları şeklinde anlaşılmalıdır. İlgili kişiler, yukarıda izah edilen çerçevede, hâkim şirket yönlendirmelerinin talimat serbestisi kapsamında olup olmadığını değerlendirme ve kapsam dışındaki talimatlara uymama hususunda özen ve bağlılık yükümlülüğü altındadırlar. Kısmi hâkimiyette ise bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticileri bakımından açık bir istisna ön görülmemiştir. Bununla birlikte, kanun koyucu tarafından kabul edilmiş bulunan “konzern gerçekliği” ve TTK’nin denkleştirme mekanizmasına ilişkin 202. hükmünün doğal bir sonucu olarak özen ve bağlılık yükümlülüğü bakımından, talimat serbestisi kapsamındaki yönlendirmelere ilişkin olarak bu kişiler için de dolaylı bir istisna halinin ortaya çıktığını kabul etmek gerekir.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat, 2008.
- Akın, İrfan. *Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2014.
- Altınok Ormancı, Pınar. “Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar.” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79, no. 4 (2021): 1261-83.
- Aytaç, Zühtü. “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, no. 4 (2013).
- Çamoğlu, Ersin. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirmeler ve Öneriler*. 8. Baskı, İstanbul: Onikilevha, 2016.
- Çamoğlu, Ersin, Poroy Reha ve Tekinalp Ünal. *Ortaklıklar Hukuku*. 13. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Eminoğlu, Cafer. “Kuram–Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri.” *XXXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, 9-55. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018.
- Eminoğlu, Cafer. *Türk Ticaret Kanununda Kurumsal Yönetim*. Ankara: Onikilevha, 2014.
- Göktürk, Kürşat. “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuku Belirlilik Sorunu.” *TBB Dergisi* 114, (2014): 179- 200.
- Göktürk, Kürşat. *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları*. Ankara: Adalet, 2015.
- Hacımahmutoğlu, Sibel. “Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 31, no. 3 (2015): 23-56.

- Kaya, Mustafa İsmail. “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16. (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan 2014): 3261-86.
- Kendigelen, Abuzer. *Türk Ticaret Kanunu; Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. 3. Baskı. İstanbul: Onikilevha, 2016.
- Kırca, İsmail. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 22, no. 3 (2004): 85-98.
- Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku I*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, 2013.
- Lieder, Jan. “Die Treupflicht der Vorstandmitglieder.” TFM 6, no. 1 (2016): 41-50.
- Okutan, Nilsson Gül. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha, 2009.
- Korkut, Ömer. “Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği.” Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Paslı, Ali. *Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu*. İÜHF 66, no. 2 (2008): 345-58.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi 2*. Ankara: Adalet, 2015.
- Pulaşlı, Hasan. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen ve Müteselsil Sorumluluğu.”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, no. 1 (Mart 2009): 27-63.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi I. 2*. Baskı. Ankara: Adalet, 2014.
- Sulu, Muhammed. *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*. İstanbul: Oniki Levha, 2019.
- Şener, Oruç Hami. *Ortaklıklar Hukuku*, 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

- Turanlı, Hüsnü. “A Fundamental Change of Perspective in The Liability of The Board of Managers in The New Turkish, Corporate Law: Transformation From Prudent.” *TFM Dergisi* 2, no. 1 (2016).
- Yasaman, Hamdi. “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları.” *Galatasaray ÜHFD* 2, (2013).
- Yaşar, Tuğçe Nimet. *Anonim Şirketler Hukukunda “Uyum” (Compliance)*. İstanbul: Onikilevha, 2020.

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Gökçen UZGEL*

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

* Avukat, Ankara Barosu / İ.D. Bilkent Üniversitesi, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi. (gokcenuzgel@gmail.com)
<https://orcid.org/0000-0002-7211-466X>

Makalenin Geliş Tarihi: 6 Eylül 2021 **Kabul Tarihi:** 22 Şubat 2022

Atf önerisi: Uzgel, Gökçen. “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 1 (Ocak 2021): 107-33. DOI [10.30915/abd.1118336](https://doi.org/10.30915/abd.1118336)

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin (Mahkeme) bireysel başvurular kapsamında, delil yasakları ve hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesiyle ilgili içtihadı incelenecektir. İnceleme, ceza muhakemesi hukukunun ilkeleri gözetilerek yalnızca ceza yargılamasında delillerin değerlendirilmesiyle sınırlı olacaktır. Bu çalışmayı hazırlamak için tespit ettiğimiz ana sorun, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde detaylıca inceleneceği üzere, AY m. 38 ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) ilgili hükümlerinde hukuka aykırı delillerin elde edilmesi ve muhakemede kullanılması açıkça yasaklanmış olmasına rağmen, Mahkeme'nin hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesiyle ilgili kararlarının AY m.38 hükmünden farklı bir doğrultuda gelişmesidir. Mahkeme, pek çok kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) delillerin değerlendirilmesiyle ilgili içtihadına atıf yaparak ve bir anlamda AİHM içtihadını benimseyerek bu doğrultuda karar vermektedir.

Anahtar Kelimeler

hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi

delillerin kabul edilebilirliği

adil yargılanma hakkı

tek veya belirleyici delil

zehirli ağacın meyvesi

EVALUATION OF ILLEGAL EVIDENCE WITHIN THE SCOPE OF INDIVIDUAL APPLICATION TO THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

In this article, the Turkish Constitutional Court (Court) case law regarding the prohibition of evidence and the evaluation of illegal evidence within the scope of individual applications will be analyzed. The analysis will be limited only to the evaluation of evidence in criminal proceedings, taking into account the principles of criminal procedure law. Although the obtaining illegal evidence and its use in the proceedings are expressly prohibited in the relevant provisions of the Criminal Procedure Code and Constitution Art. 38, the Court's decisions regarding the evaluation of illegal evidence have developed in a different direction than the provision of Constitution Art.38. The Court references the European Court of Human Rights (ECHR) case law in the evaluation of evidence in many of its decisions. In a sense, it adopts the case-law of the ECHR and decides accordingly.

Keywords

evaluation of illegal evidence

admissibility of evidence

right to fair trial

sole or decisive evidence

fruit of poisonous tree

GİRİŞ

Bu çalışma kapsamında, Anayasa Mahkemesinin (Mahkeme) bireysel başvuru kararları kapsamında, delil yasakları ve hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesiyle ilgili geliştirdiği içtihadı incelenecektir. Anayasa m.38/6 hükmü “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” ifadesiyle hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılmasını kesin olarak yasaklamış olup, söz konusu yasak yalnızca ceza muhakemesi açısından değil diğer muhakeme dalları açısından da geçerlidir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ilgili hükümlerinde, hukuka aykırı delillerin elde edilmesi ve kullanılması mutlak suretle yasaklanmış olup, hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı bırakılması düzenlenmiştir. Açık kanuni düzenlemelere karşılık, çeşitli yargı kararları incelendiğinde, yargı uygulamasında normatif düzenlemelerden uzaklaşarak herhangi bir kanuni dayanağı olmamasına karşın, hukuka aykırı delillerin bazı durumlarda yargılamada değerlendirilmesinin tartışıldığı gözlemlenmiştir. Bu çalışmada, ceza hukukunun ilkeleri ve delil elde etme ve değerlendirmeye ilişkin muhakeme kurallarının farklılığı nedeniyle Mahkeme ve AİHM içtihadı yalnızca ceza yargılamasında delillerin değerlendirilmesiyle sınırlı olarak incelenmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru hakkı kapsamında değerlendirdiği temel hak ve özgürlüklerden biri adil yargılanma hakkı olup, delillere ilişkin güvenceler gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM sisteminde adil yargılanma hakkı kapsamındadır. Çalışmada, Mahkeme’nin hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesiyle ilgili içtihadının normatif düzenlemelere uygunluğunun belirlenmesi amaçlanmıştır. Böylece, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen güncel bir soruna ilişkin Mahkeme’nin içtihadı ve yorumu anlaşılacaktır. Çalışma kapsamında öncelikle, Mahkeme’nin konuyla ilgili verdiği bireysel başvuru kararları ve bu kararlarda dayanan ilkeler belirlenmiş; böylece Mahkeme’nin hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi sorununu tartıştığı bireysel başvuru kararları analiz edilerek Mahkeme’nin konuyla ilgili içtihadı incelenmiştir.

İncelenen kararlarda, Mahkeme’nin hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini mutlak olarak reddetmediği; aşağıda incelenecek belirli kriterler doğrultusunda inceleme ve değerlendirme yaparak belli şartların varlığı halinde hukuka aykırı delil yargılamada kullanılmış olsa da ihlal kararı vermediği tespit edilmiştir. Böylece, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru

kararlarında hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine ilişkin içtihadı, AY m.38/6 düzenlemesinden uzaklaşmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının kapsamını belirleyen AY m.148/3 hükmü “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.” şeklindedir. Bir başka ifadeyle, bireysel başvuruya konu haklar Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ortak kesişim alanında kalan haklardır. Mahkeme, hukuka aykırı delillere ilişkin bireysel başvuru kararlarında geliştirdiği yorumunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin delillerin değerlendirilmesine ilişkin içtihadına dayandırmaktadır. Oysa “tanınmış insan haklarının korunması” başlıklı AİHS m.53 hükmü “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.” şeklindedir. Mahkeme'nin hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine ilişkin içtihadı, iç hukukun sağladığı daha geniş koruma alanını daraltacak yoruma izin vermeyen AİHS m.53 hükmü ile bağdaşmamaktadır.

Çalışmada sırasıyla, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağının iç hukukumuzda nasıl düzenlendiği açıklanacak, ortak koruma alanının belirlenmesi hususu tartışılarak Mahkeme'nin AİHM'nin delillerin değerlendirilmesi konusundaki içtihadını benimsemesiyle ilgili sorunlar ortaya konacak ve Mahkeme'nin içtihadının normatif düzenlemelere uygunluğu tartışılacaktır.

I. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ YASAĞI

Günümüzde ceza muhakemesi hukukunda, delil serbestisi esastır, bir başka deyişle bir husus her türlü delille ispat edilebilir.^[1] Yargılamada nelerin delil olabileceği önceden kanun koyucu tarafından belirlenmiş değildir. Hâkim, delilleri mantık kuralları çerçevesinde serbestçe değerlendirir ve bir kanaate

[1] Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 224.

ulaşır.^[2] Modern ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğin *ne pahasına olursa olsun* araştırılması kabul edilmemektedir.^[3] Bir başka deyişle delil serbestisi ilkesi sınırsız değildir. AY m.38/6 “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” hükmü ile CMK m.217 hükümleri delil serbestliği ilkesinin sınırını oluşturur. Buna göre, hâkim duruşmaya getirilmiş, huzurunda tartışılmış delillere dayanabilecek ve yüklenen suç ancak hukuka uygun delillerle ispat edilebilecektir.

Diğer yandan, CMK m. 206/2-a hükmü delillerin taşınması gereken özellikleri saymaktadır. Buna göre, hukuka uygun olarak elde edilmiş olma aynı zamanda bir bulgunun delil olarak kabul edilmesinin şartıdır. Bir başka deyişle, hukuka uygun olma delilin bir özelliğidir.^[4] CMK m. 217 hükmü ile birlikte düşünüldüğünde, m. 206 aynı zamanda delillerin reddini de düzenlemiştir. Hukuka uygun olma özelliği başta olmak üzere, madde hükmünde sayılan özellikleri taşımayan bir bulgu, beyan veya verinin ikamesi reddedilecektir.

Muhakemede m. 206/2-a ve m. 217/2 hükümlerine aykırı hareket edilmesi halinde, CMK m.289 hükmü nedeniyle “hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması” hukuka kesin aykırılık oluşturan bir mutlak temyiz sebebi sayılacaktır.^[5] Hukuka aykırı delil teorisindeki önemli bir ayırım, delil elde etme yasağı ile delil değerlendirme yasağı arasındaki ayırımdır. Delil elde etme yasağı, delillerin toplanması sırasında hukuk kuralları çerçevesinde hareket edilmesini, hukuka aykırı yöntemler kullanılarak delil toplanamamasını ifade eder.^[6] Örneğin ifade alma ve sorguda yasak usulleri düzenleyen CMK m.148 hükmü, açıkça ve ayrıca bir delil elde etme yasağı düzenlemiştir. Delil değerlendirme yasağı ise, hukuka aykırı yöntemlerle elde

[2] Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, (Ankara: Yetkin Kitabevi, 2014), 20.

[3] Güçlü Akyürek, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 101, (Temmuz-Ağustos, 2012): 62.

[4] Murat Volkan Dülger, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 55-56.

[5] Mehmet Gödeklı, “Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no.4 (Aralık, 2016): 1817.

[6] Dülger, *Dışlama Kuralı*, 67.

edilen delilin muhakemede kullanılmamasını, hâkim tarafından hükme esas alınmamasını ifade eder.^[7]

Bu noktada nispi ve mutlak delil değerlendirme yasağı görüşlerine yer vermekte fayda vardır. Mutlak değerlendirme yasağı, özellikle ABD ceza muhakemesi kaynaklı bir görüş olarak, delil elde etme yöntemleriyle ilgili kurallara aykırılığın, herhangi başkaca bir değerlendirmeye gerek olmaksızın doğrudan delil elde etme yasağının ihlali suretiyle elde edilen delilin yargılamada kullanılmaması gerektiğini savunan görüştür.^[8]

Nispi değerlendirme yasağı görüşü ise, genelde Kıta Avrupası hukuku kaynaklıdır ve özellikle Alman ceza muhakemesi hukukunda gelişmiştir. Bu görüş, delilin değerlendirilmesi açısından kanun koyucunun bazı durumları ayrıca ve açıkça yasakladığını (*örneğin CMK m.148 hükmünde olduğu gibi ifade alma ve sorguda yasak usuller kullanılarak elde edilen delilin rıza verilmiş dahi olsa muhakemede kullanılmayacağı hükmü gibi*), bu durumda hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilin muhakemede kullanılmayacağını, ancak yasa koyucunun ayrıca ve açıkça değerlendirme yasağı öngörmediği delil elde etme yasağı ihlalleri açısından doğrudan bir delil değerlendirme yasağı olduğunun söylenemeyeceği, bu gibi durumlarda delilin muhakemede kullanılıp kullanılmamasının ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.^[9] Nispilek ise, delil elde etme yasağının ihlali neticesinde elde edilen delilin muhakemede kullanılabilmesi tartışılırken ortaya çıkar. Hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıyarak,^[10] kanun koyucunun açıkça ve ayrıca delil değerlendirme yasağı öngörmediği durumlarda, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile ihlal edilen normun koruduğu hak ve yarardan hangisinin daha ağır bastığı bulunmaya çalışılır.^[11] Böylece, somut olayda kişinin (sanığın) ihlal edilen hakkının,

[7] Cem Şenol, *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı*, 2. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018),76-78.

[8] Dülger, *Dışlama Kuralı*, 76.

[9] Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 553.

[10] Gödekli, "Türk Ceza Muhakemesinde," 20.

[11] Dülger, *Dışlama Kuralı*, 76.

devletin suçların cezalandırılmasına dair çıkarından üstün olması halinde hukuka aykırı delil değerlendirme dışı tutulmaktadır.^[12] Bu görüşe göre, basit veya şekli hukuka aykırılıklar sonucu elde edilen delillerin mutlak şekilde reddedilmemesi gerekir. Nispi değerlendirme yasağının nasıl uygulanacağıyla ilgili özellikle Alman hukukunda hak alanı teorisi, koruma amacı teorisi, değerler tartımı teorisi gibi çeşitli ölçütler geliştirilmiştir.^[13]

CMK'deki düzenlemeler, mutlak ve nispi değerlendirme yasağıyla ilgili açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde ise, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi ve muhakemede kullanılması yasağının birincil kaynağı, AY m.38/6'da bulunan "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" hükmüdür. Yukarıda açıklandığı üzere, CMK m.206 hükmü hukuka uygunluğu delilin bir özelliği olarak saymakta, CMK m.217 hükmü isnat edilen suçun ancak hukuka uygun delillerle ispat edilebileceğini düzenlemekte ve CMK m.289 hükmü ise hukuka aykırı delilin hükme esas alınmasını hukuka aykırılık olarak görmektedir. Tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, kanuni düzenlemelerde herhangi bir sınırlamaya yer vermeksizin, hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması açısından mutlak değerlendirme yasağı kabul edilmiştir.^[14]

II. "ORTAK KORUMA ALANI" BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRI DELİLLER

Anayasa, m. 148/3 hükmünde bireysel başvuru hakkı "Herkes, Anayasa-güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır." ifadeleri ile sınırlanmıştır. Bir başka deyişle, bireysel başvuruya konu edilebilecek haklar AİHS (Sözleşme) ile Anayasa metninin kesişim alanıdır.^[15] Bireysel başvuruya konu hakların yalnızca bu kesişim alanında, yani sadece *ortak koruma alanı*nda yer alan haklar olması, bireysel başvuruların hukuksal dayanağının

[12] Akyürek, "Ceza Yargılamasında," 68.

[13] Dülger, *Dışlama Kuralı*, 79.

[14] Şenol, *Hukuka Aykırı Delil Yasağı*, 269.

[15] Ece Göztepe, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi," *Anayasa Yargısı Dergisi* 32, (2015):19.

AİHS'nin asgari koruma alanı ile sınırlı tutulması; "AİHS kapsamı" ile sınırlı olarak inceleme yapılmasının Mahkeme kararlarıyla geliştirilen bir uygulama olduğu ve temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da öngörülmemeyen bir ölçüt ile sınırlandırıldığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir.^[16]

Hukuka aykırı delillerle ilgili Mahkeme içtihadı tartışılırken, hukuka aykırı deliller meselesinin, bireysel başvuruya konu edilebilecek bir hak alanı içerisinde olup olmadığı ve ilgili hakkın kapsamının belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Ancak hukuka aykırı delillerle ilgili, Sözleşme'de normatif bir düzenleme yer almamaktadır. Anayasa'da ise m.38 hükmü açıkça hukuka aykırı delil elde edilmesini ve hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmasını yasaklamaktadır. Normatif olarak iki hukuki metnin örtüşmesi söz konusu olmadığından, Mahkeme'nin hukuka aykırı delillerle ilgili değerlendirmesi açısından ortak koruma alanının belirlenmesi önemlidir. Bu halde, AY m. 148/3 atfıyla AİHM'nin hukuka aykırı delillerle ilgili içtihadının belirlenmesi önem taşımaktadır.

Sözleşme'de hukuka aykırı delillerin davada kullanılamayacağına ilişkin bir düzenleme de yer almamaktadır.^[17] Delillerin değerlendirilmesi, ilke olarak ulusal hukuk sistemlerine ilişkin bir sorundur.^[18] Sözleşme'de delillerin kabul edilebilirliği bir iç hukuk problemi olarak görüldüğünden, bu konuda karar verme yetkisinin ulusal mahkemelere ait olduğu ve delillerin takdiri ve değerlendirilmesi konusunda taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir.^[19]

AİHM, hukuka aykırı delillerle ilgili sorunları tartıştığı kararlarında, görevinin Sözleşme'nin 19. maddesi çerçevesinde taraf devletlerin Sözleşme'ye ilişkin üstlendikleri yükümlülüklerin güvence altına alınması olduğu

[16] Fazıl Sağlam, "Anayasa Mahkemesi'nin Ürettiği Yapay Bir Kavram: "Ortak Koruma Alanı," *Prof. Dr. Metin Günay Armağanı 2*, (Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020): 1101-2.

[17] Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, (Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, 2018), 173.

[18] AİHM, *Schenk/İsviçre*, B. No: 10862/84, 12/07/1988, §45-46; AİHM, *Bykov/Rusya* B.No: 4378/02, 10/03/2009, §88-89.

[19] Şenol, *Hukuka Aykırı Delil Yasağı*, 191.

temelinden hareket etmiştir. Bu nedenle konu, muhakeme ile doğrudan ilgili tek Sözleşme maddesi olan m.6 adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınmıştır. Burada vurgulanması gereken husus, Mahkeme'nin hukuka aykırı delil konusunu adil yargılanma hakkı ile 'sınırlı' olarak incelemesidir. Muhakeme işlemlerinin icrası, nelerin delil olabileceği, delillerin ikamesi ve reddi gibi hususlar tümüyle ulusal hukukun takdirindedir. Bu uygulamalar ancak adil yargılanma hakkının gerekleri açısından AİHM'de inceleme konusu olabilir.^[20]

AİHM'in hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmasına ilişkin yaklaşımı, bu konunun tartışıldığı Gäfgen/Almanya kararındaki "Bir ulusal mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hatalar, Sözleşme'nin koruduğu hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmadıkça, bu hataları incelemek Mahkeme'nin işi değildir. (..) Cevap verilmesi gereken soru, delillerin elde edilme yolu dahil, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı sorusudur. Bu, söz konusu hukuka aykırılığın ve eğer Sözleşme'deki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliklerinin incelenmesini de içerir."^[21] şeklindeki ifadelerden anlaşılabilir.

AİHM; delilin kabul edilebilirliği veya yargılamada kullanımıyla ilgili Sözleşme'de bir düzenleme bulunmadığını vurgulamakta, hukuka aykırı delilin yargılamada kullanılmasının Sözleşme ile korunan diğer hak ve özgürlükleri ihlal etmedikçe delillerle ilgili inceleme yapmanın kendi görev alanına girmediğini belirtmektedir. AİHM; hukuka aykırılığı ileri sürülen delilin tek veya belirleyici delil olarak kullanılması, güvenilirliğine ilişkin kuşkuların giderilmesi gibi ölçütler getirerek; delillerin elde edilmesi de dahil olmak üzere adil yargılama hakkı bakımından yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını araştırmaktadır. Bu genel ilkeye ek olarak, AİHM ayrıca konuyu, delil elde etme amacıyla Sözleşme'nin 3. ve 8. maddesinin ihlali açısından değerlendirmiştir. Ceza muhakemesi süreçlerinde delil elde etmek amacıyla Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlaliyle elde edilen delillerin yargılamada kullanılması, 6. madde anlamında yargılamanın hakkaniyetini her daim etkilemeyecektir.^[22]

[20] Şenol, *Hukuka Aykırı Delil Yasağı*, 192.

[21] AİHM, *Gäfgen/Almanya*, B.No: 22978/05, 1/06/2010 §162-163.

[22] Şenol, *Hukuka Aykırı Delil Yasağı*, 194.; Serkan Cengiz vd. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, (Ankara:

Ancak, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı şekilde hüküm kurulurken, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ile toplanan delillere dayanılması ise hakkaniyete uygun yargılamayı ihlal etmektedir.^[23]

AİHM'in bu içtihadı, Sözleşme'ye taraf ülkelerin oldukça farklı hukuk sistemlerine sahip olması ve Sözleşme ile insan hakları açısından asgari bir standardın belirlenmesi hedeflendiğinden kanaatimizce oldukça makuldür.^[24] Öte yandan Anayasa'daki düzenlemeye bakıldığında, suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddenin 6. fıkrasında hiçbir koşula veya istisnaya yer *vermeden* "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez." ifadesi yer almaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere, delil elde etme ve değerlendirmeye ilişkin CMK düzenlemeleri de hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini doğrudan ve ayrıca bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaksızın yasaklamaktadır. Bu bilgiler ışığında, Anayasa'daki düzenlemenin hukuka aykırı delillere kategorik bir yasak getirdiği ve AİHM içtihatlarından daha geniş bir koruma sağladığını, hukuka aykırı delilin hükme esas alınması bakımından AİHM içtihatlarından daha güvenceli olduğunu söylemek mümkündür.^[25]

Ayrıca, Sözleşme'nin 53. maddesi hükmü de iç hukukun sağladığı daha geniş koruma alanını daraltacak yoruma izin vermemesi nedeniyle, ortak koruma alanının belirlenmesi açısından önemlidir. Ortak koruma alanının belirlenmesi açısından m. 53 hükmünün yorumlanması gerekirse; madde metninde yer alan "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme'ye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlayamaz veya onlara aykırı düşecek biçimde yorumlanamaz." ifadeleri açıkça ulusal hukukta öngörülen daha geniş korumanın Sözleşme'nin kapsamından daha geniş olması durumunda, Sözleşme'nin esas alınarak iç hukuktaki daha geniş korumanın daraltılamayacağı anlamına gelmektedir.^[26] Bu nedenle ortak

Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008), 81.; AİHM, *Bykov/Rusya* B. No: 4378/02, 10/03/2009, §94-105.

[23] İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, 174.

[24] Şenol, *Hukuka Aykırı Delil Yasağı*, 190.

[25] İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, 186-187.

[26] Sağlam, "Anayasa Mahkemesi'nin," 1157.

koruma alanı belirlenirken Anayasa hükümleri ile Sözleşme'nin kesişim alanının veya yalnızca Sözleşme'nin kapsamının asgari koruma alanı olarak esas alınmasının Sözleşme'nin m. 53 hükmü ile çeliştiği kanaatindeyiz.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN HUKUKA AYKIRI DELİLLERLE İLGİLİ KARARLARI

Mahkeme'nin hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesiyle ilgili içtihadının belirlenmesi için ayırđına varılması gereken ilk husus, Mahkeme'nin delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi başlığı altında yaptığı incelemelerde; bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağına ilişkin AY m.148/4 hükmünü vurgulamasıdır.

Mahkeme, başvurucuların hukuka aykırı delillerin derece mahkemeleri önündeki yargılamada değerlendirildiği şeklindeki iddialarına AİHM'nin yukarıda açıklanan içtihadı ile benzer bir doğrultuda yanıt vermektedir. Mahkeme'ye göre; "Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir. Mevcut yargılamada sunulan delilin geçerli olup olmadığını ve delil sunma ve inceleme yöntemlerinin yasaya uygun olup olmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında olmayıp, Mahkemenin görevi başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir."^[27]

İlke, delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi hususunun derece mahkemelerinin yetkisinde kabul edilmesi olsa da bunun istisnaları mevcuttur. Derece mahkemelerinin tespitlerinin bariz bir takdir hatası içermesi bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olması, bu ilkenin istisnasıdır. Böylece, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde açık bir keyfilik bulunmadıkça Mahkeme, derece mahkemesinin delillerin değerlendirilmesi hususunda sahip olduğu takdir hakkına müdahale etmeyecektir. Kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular; bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermedikçe Mahkeme tarafından esas yönünden incelenmemektedir.^[28]

[27] AYM, *Bayram Siviş*, B. No: 2014/5844, 5/11/2014, § 44; AYM, *Orhan Kılıç* [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018, § 44; AYM, *Nedim Balta*, B. No: 2017/26129, 21/7/2020, §20-22.

[28] İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, 180-1.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında, yargılamada kullanılan delillerle ilgili karar verme yetkisinin derece mahkemelerine ait olduğu, bununla birlikte kanuni bir temele dayanmadan veya hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasıyla ilgili olarak ileri sürülen iddiaların adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında inceleneceğini belirtmiştir.^[29]

Şayet Mahkeme, başvurunun iddia ettiği hususların bir bütün olarak yargılanmanın hakkaniyetini zedelediği ve bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren bir değerlendirmenin bulunmadığı kanaatine ulaşmışsa bu durumda, başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikayeti kapsamında olduğunu vurgulayarak^[30] açıkça dayanaktan yoksun olma nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermektedir.^[31]

Mahkeme, AY m. 148/4 hükmünden yola çıkarak -delillerin değerlendirilmesiyle ilgili AY m.38/6 hükmünü tartışmadan- delillerin değerlendirilmesinin aslen derece mahkemelerinin yetkisinde olduğunu, ancak bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren yorum, uygulama ve sonuçların Mahkeme'nin denetim yetkisinde olduğunu belirterek; hukuka aykırı delillerle ilgili "delillerin incelenmesi ve kabul edilebilirliğinin ulusal mahkemelerin görev alanında olduğu" yönündeki AİHM içtihadı ile benzer doğrultuda "delillerin incelenmesi ve kabul edilebilirliği derece mahkemelerinin görev alanında olduğu" şeklinde görüş bildirerek kendi denetim yetkisini sınırlandırmaktadır.^[32]

[29] AYM, *Orhan Kılıç* [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018, § 44; AYM, *Şehdavit Demircan*, B. No: 2014/12014, 11/12/2018, §15.

[30] AYM *Zeynep Yeter*, B. No: 2018/20039, 27/1/2021, §73-74; AYM, *Nedim Balta*, B. No: 2017/26129, 21/7/2020, § 27.

[31] AYM *Nedim Balta*, B. No: 2017/26129, 21/7/2020, § 28-29; aynı yönde AYM, *Şehdavit Demircan*, B. No: 2014/12014, 11/12/2018, §21-22; AYM, *Halis Uluer*, B. No: 2018/12576, 27/1/2021, § 27-29; AYM *Deniz Seki*, B. No: 2014/5170, 25/6/2015, §73.

[32] AYM, *Bülent Gayretli*, B. No: 2018/1932, 27/1/2021, §16; AYM, *Bayram Siviş*, B. No: 2014/5844, 5/11/2014, §42; AYM, *Nedim Balta*, B. No: 2017/26129, 21/7/2020, § 7; AYM, *Zeynep Yeter*, B. No: 2018/20039, 27/1/2021, §70-71.

Özetle, Mahkeme kanun yolu şikâyeti niteliğindeki bireysel başvuruları bariz takdir hatası veya açık keyfilik bulunmadıkça incelememektedir. Öte yandan, hukuka aykırı delilin hükme esas alınması halinde, Mahkeme belli kriterlerin bulunması durumunda adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle bireysel başvurularda ihlal kararı verilmiştir.

Yaşar Yılmaz (B.No 2013/6183) kararında, başvuru aleyhinde delil olarak kullanılan eşyaların, açıkça adres belirtilmeyen ve bu nedenle hukuka uygun olmayan arama kararına dayanılarak yapılan arama sonucu ele geçirildiğini, aramanın kanunda belirtilen usule aykırı olarak işlem tanığı bulunmamasından yapıldığını, hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen hukuka aykırı delillerin hükme esas alındığı, bu nedenlerle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.^[33] Mahkeme kararında, somut olaya ilişkin delillerin değerlendirilmesi görevinin aslen derece mahkemelerine ait olduğunu, delillerin hukuka uygun olup olmadığını denetlemenin Mahkeme'nin görevi kapsamında olmadığını, bunun istisnasının derece mahkemelerinin delilleri değerlendirmesinde bariz takdir hatası ve açık keyfilik bulunması olduğu, Mahkeme'nin görevinin başvuru konusu yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını değerlendirmek olduğunu belirtip; aynı yöndeki AİHM kararlarına atıf yapmıştır.^[34] Bu kararda, Mahkeme'nin AY m.36 hükmündeki "hak arama özgürlüğünün ancak meşru vasitalardan yararlanmak suretiyle kullanılabileceği" ifadesine dayanarak adil yargılanma hakkı bakımından, aramanın icrasındaki "kanuna aykırılığın" bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisinin incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.^[35] Kararda dikkat çeken bir diğer nokta; Mahkeme'nin hukuka aykırılığı ileri sürülen arama işlemi ile elde edilen eşyaların yargılama "tek ve belirleyici delil" olarak kullanıldığını belirlemesidir. Mahkemeye göre, hükmün esas ve belirleyici unsuru, gerçekleştirilen hukuka aykırı arama işlemi sonucunda elde edilen delillerdir. Mahkeme, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen arama işlemi sonucu elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediğine ve aramanın icrasındaki "kanuna aykırılığın" yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğuna

[33] AYM, *Yaşar Yılmaz*, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, § 28.

[34] AYM, *Yaşar Yılmaz*, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, § 46-50.

[35] AYM, *Yaşar Yılmaz*, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, § 56.

kanaat getirerek, başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.^[36]

Orhan Kılıç (B.No 2014/4704) başvurusunda, başvuru hukuka aykırı olarak elde edilen delillere dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Mahkeme, AY m. 36 kapsamında yaptığı değerlendirmelerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasıyla ilgili olarak ileri sürülen iddiaları adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında incelediğini belirterek, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmelerde Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrası da dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.^[37]

Mahkeme, delillerin değerlendirilmesiyle ilgili görevin esasen derece mahkemelerine ait olduğu yönündeki görüşünü tekrarladıktan sonra,^[38] Mahkeme'nin görevinin, hukuka aykırı olduğu ilk bakışta anlaşılabilen veya derece mahkemelerince hukuka aykırı olduğu tespit edilen delillerin yargılamada tek veya belirleyici delil olarak kullanılıp kullanılmadığını ve bu "hukuka aykırılığın" bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemek olduğunu belirtmiştir.^[39] Mahkeme, somut olayda hükme esas alınan deliller konutta icra edilen arama sonrası ele geçirilen eşyalar olduğunu; ancak konutta yapılan aramanın 5271 Sayılı Kanun'un ilgili maddelerine aykırı olarak icra edildiğini, keza kolluk görevlilerinin arama yapması için bir hakim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri bulunmadığını, aramanın 18 saat sonra nöbetçi savcıya bildirildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen arama sonucu elde edilen delillerin belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediğine, aramanın icrasındaki "kanuna aykırılığın" yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.^[40]

[36] AYM, *Yaşar Yılmaz*, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, § 57-58.

[37] AYM, *Orhan Kılıç* [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018, §43.

[38] AYM, *Orhan Kılıç* [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018, § 44-45.

[39] AYM, *Orhan Kılıç* [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018, § 46.

[40] AYM, *Orhan Kılıç* [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018, § 52-56.

B.P.O. (B.No: 2015/19012) kararında, yabancı uyruklu başvuruçunun iç beden muayenesi sırasında uyuşturucu madde ele geçirilmiş, yapılan yargılama sonucunda başvuruçuyu uyuşturucu ve uyarıcı madde ithal etme suçundan mahkum edilmiştir. Başvuruçuyu bireysel başvuruda bulunarak adil yargılanma hakkı bakımından, yasal olmayan bir biçimde iç beden muayenesine tabi tutulduğunu, söz konusu muayene neticesinde elde edilen uyuşturucu maddenin hukuka aykırı delil olduğunu, hukuka aykırı delilin mahkûmiyete esas alındığını ileri sürmüştür.^[41] Mahkeme, delillerin değerlendirilmesiyle ilgili hususların esasen derece mahkemelerinin görevi olduğu, Mahkeme'nin görevinin, hukuka aykırı olduğu ilk bakışta anlaşılabilen veya derece mahkemelerince hukuka aykırı olduğu tespit edilen delillerin yargılamada tek veya belirleyici delil olarak kullanılıp kullanılmadığını ve bu *hukuka aykırılığın* bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemek olduğu yönündeki içtihadını tekrarlamıştır. Mahkeme, bu kapsamda delilin hukuka aykırı olarak elde edilen bir delil olup olmadığına, bu delilin hükme esas alınıp alınmadığına, hükme esas alınmışsa tek veya belirleyici delil niteliğinde olup olmadığına ve son olarak tek veya belirleyici delil ise bu delilin kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini etkileyip etkilemediğine bakarak bir inceleme yapacaktır.^[42] Mahkeme kararında, başvuruçunun hukuka aykırı şekilde elde edildiğini ileri sürdüğü uyuşturucu maddenin mahkûmiyet hükmünde tek veya belirleyici delil niteliğinde olup olmadığını incelemiş, derece mahkemesinin gerekçeli kararında elde edilen uyuşturucu madde dışında başvuruçuda ele geçirilen ve hukuka aykırı bir şekilde elde edildiği ileri sürülme-yen uyuşturucu maddeye de dayanıldığına işaret etmiştir. Ayrıca, başvuruçunun Türkiye'deki planlı seyahat süresinin kısa olmasını ve ele geçirilen maddenin ambalajlanma biçimi de gözetilmiştir. Derece mahkemesinin kararının bu gerekçesi gözetildiğinde, Mahkeme hukuka aykırılığı ileri sürülen delilin tek olmadığı gibi belirleyici bir niteliğinin de bulunmadığı sonucuna ulaşarak başvuruçunun adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

[41] AYM, *B.P.O.* [GK], B. No: 2015/19012, 27/3/2019, §70.

[42] AYM, *B.P.O.* [GK], B. No: 2015/19012, 27/3/2019, § 74-78.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İÇTİHADININ NORMATİF AÇIDAN İNCELENMESİ

A) SÖZLEŞME'NİN 53. MADDESİ BAKIMINDAN

AİHS'nin "Tanınmış insan haklarının korunması" başlıklı 53. maddesi "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz." şeklindedir. Bu hüküm, Mahkeme'nin hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağını tartıştığı kararları kapsamında incelenmelidir. AY m. 38/6 kanuna aykırı bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği hükmünü getirerek, hukuka aykırı delil elde etmeyi ve hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini bir anayasa hükmü ile yasaklamıştır. AY m. 38/6 hükmünde yer alan "kanuna aykırı" ifadesinin ceza muhakemesi hukuku açısından neyi kast ettiği tartışılmış ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2009/7- K.2009/160 sayılı kararı^[43] ile "(..) Anayasa'ya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır" denerek Anayasa'daki ifadenin tüm hukuk düzenini kapsadığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla, AY m. 38/6'daki ifadenin oldukça geniş ve kapsayıcı olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca, yukarıda değinildiği gibi, 5271 Sayılı Kanun'daki düzenlemeler incelendiğinde, kanun koyucunun hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini mutlak şekilde yasakladığını ve mutlak değerlendirme yasağı görüşünü benimsediği sonucuna varılacaktır. Mahkeme hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağını tartıştığı kararlarında AİHM kararlarına atıf yaparak, *Mahkeme'nin görevinin, hukuka aykırı olduğu ilk bakışta anlaşılabilen veya derece mahkemelerince hukuka aykırı olduğu tespit edilen delillerin yargılamada tek veya belirleyici delil olarak kullanılıp kullanılmadığını ve bu hukuka aykırılığın bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemek olduğu* şeklinde daraltıcı bir yorum yapmakta ve ulusal hukuktaki daha geniş korumayı gözetmemektedir. Öte yandan, Mahkeme isabetli şekilde AY m.38/6'daki delil yasaklarıyla ilgili düzenlemenin AY m.36'da

[43] Ersan Şen, *Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1998), 9.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2009/7, K.2009/160, T. 17.11.2009.

düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında olduğunu belirtmektedir.^[44] Ancak, Mahkeme adil yargılanma hakkı bakımından yapacağı incelemenin *ileri sürülen hukuka aykırılığın bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığı şeklindeki incelemeyle sınırlı olması gerektiğine dair* kanaat bildirmektedir. AY m.36 hükmü incelendiğinde adil yargılanma hakkı bakımından incelenmesi talep edilen hukuka aykırılığın tespitinde “yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığının incelenmesi” şeklinde kısıtlayıcı bir ifade yer almamaktadır. AY m.38/6 hükmü ulusal hukukta daha geniş bir koruma öngördüğünden ve kategorik olarak hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmasını yasakladığından,^[45] Mahkeme’nin değerlendirmelerinin Sözleşme’nin m.53 hükmü ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

Öte yandan, AİHM’in hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesiyle ilgili yaklaşımının Mahkeme kararlarında yanlış yorumlandığı kanaatindeyiz. Yinelemek gerekirse, Sözleşme’de hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmasıyla ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. AİHM, taraf devletlerin farklı hukuk sistemlerine sahip olmaları nedeniyle; AİHM’in bir temyiz mercii olmadığını da vurgulayarak somut olayda delillerin değerlendirilmesinin ulusal hukuk sistemlerine, ulusal mahkemelere ait bir sorun olduğuna işaret etmiştir. Böylece, Sözleşme’de hüküm bulunmayan delillerin kabul edilebilirliği hususu AİHM’in yetkisi dışında bir iç hukuk problemi haline gelmiştir.^[46] Dolayısıyla AİHM’in bu yaklaşımı, hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılmasının açıkça yasaklandığı hukuk sistemimizde bir istisna hali olarak anlaşılmamalıdır. AY m.38/6 hükmü ve ceza muhakemesi sistemimiz hukuka aykırı delil elde etmeyi ve elde edilen hukuka aykırı delilin muhakemede kullanılmasını açıkça yasaklamaktadır. AİHM ise hukuka aykırı delillerle ilgili sorunların bir iç hukuk problemi olduğuna işaret etmektedir. Hukukumuzda, nispi delil değerlendirme yasağının normatif bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle Mahkeme’nin kararlarındaki *hukuka aykırılığın bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemek* şeklindeki yorumun ceza muhakemesi hukukunun delil değerlendirme yasaklarıyla ilgili kurallarıyla çeliştiği ve kanuni bir dayanaktan yoksun olduğu kanaatindeyiz. Yüce Divan’ın bir kararında da

[44] AYM, *Orban Kılıç* [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018, §38.

[45] İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, 184.

[46] Şenol, *Hukuka Aykırı Delil Yasağı*, 190-1.

hukukumuzda hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi açısından hiçbir istisna hali kabul edilmeden, mutlak değerlendirme yasağının benimsendiği ortaya konulmuştur.^[47]

B) “TEK VEYA BELİRLEYİCİ DELİL” KAVRAMI

AİHM, özel hayatın gizliliğinin ihlali suretiyle elde edilen delilleri kategorik olarak reddetmemektedir. Bu nedenle, hukuka aykırılığı ileri sürülen ve üçüncü kişiler tarafından gizlice elde edilen bir kayıt tek veya ana suçlayıcı delil ise, güvenilirliği konusunda başvurunun ileri sürdüğü makul şüpheler varsa, bu şüpheleri gideren güvenceler sağlanmamışsa yargılamanın hakkaniyeti zedelenebileceği AİHM kararlarında belirtilmektedir. AİHM; Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olarak elde edilen bir delilin ulusal mahkeme önündeki yargılamada kullanılmasını tek başına 6. maddenin ihlali olarak değerlendirmemektedir.^[48] Bu bağlamda AİHM, söz konusu delilin davanın sonucu üzerinde belirleyici olup olmadığı konusunu incelemektedir.^[49] Ayrıca AİHM, 3. maddeye aykırı şekilde ele geçirilen delillerle ilgili olarak, 3. maddenin ihlali suretiyle elde edilen deliller mahkûmiyet kararı üzerinde belirleyici delil olmasa bile yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğuracağını ifade etmektedir.^[50]

Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında hukuka aykırılığı tespit edilen delilin belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediğini ifade ederek adil yargılanma hakkı bakımından ihlal kararı vermektedir.^[51] Yaşar Yılmaz başvurusunda Mahkeme, hükmün “esas ve belirleyici unsurunun”, gerçekleştirilen hukuka aykırı arama işlemi sonucunda elde edilen deliller olduğunu, söz konusu hukuka aykırı delillerin “tek ve belirleyici delil” olarak kullanılmasının yargılamanın bütünü

[47] AYM, Yüce Divan, E.2011/1, K.2012/1 , T.19.12.2012

[48] AİHM, *Schenk/İsviçre*, B. No: 10862/84, 12/07/1988, §47-48

[49] AİHM, *Khan/Birleşik Krallık*, B.No:35394/97, 12/05/2000, §35-37

[50] AİHM, *Gäfgen/Almanya*, B.No: 22978/05, 1/06/2010 §165 vd.

[51] AYM, *Abdulvahap Kaçar ve Ercan Kaçar*, B. No: 2014/16877, 22/3/2018, § 79-80; AYM, *Erol Kaplan ve diğerleri*, B. No: 2014/14284, 27/6/2018, §75; AYM, *Kadir Akbaş*, B. No: 2017/29811, 30/6/2020, § 41-44; AYM, *Baran Karadağ*, B. No: 2014/12906, 7/5/2015, §75

yönünden adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ifade ederek AY m. 36 yönünden ihlal kararı vermiştir.^[52] *Mehmet Cihan Kıran* başvurusunda ise, başvuru gizli tanık ifadelerinin hükme esas alındığını, tanığı sorgulamasına imkan tanınmadığı için adil yargılanma hakkının kapsamında değerlendirilen tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, gizli tanık anlatımlarının mahkûmiyet için yegâne veya belirleyici delil niteliğinde olmadığı, bu nedenle yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyetine zarar vermediğine kanaat getirerek başvuru hakkında açıkça dayanaktan yoksun olma nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmiştir.^[53]

Mahkeme, hukuka aykırılığı ileri sürülen delili değerlendirirken; AİHM kararlarında yer alan “belirleyici” delil ölçütünü kullanmaktadır. Ancak, hukuka aykırılığı ileri sürülen delilin mahkûmiyet kararı verilirken söz konusu delilin niteliğini veya mahkûmiyete etkisini araştırmayı gerektiren herhangi bir normatif düzenleme iç hukukumuzda bulunmamaktadır. Aksine, AY m. 38/6 ve CMK düzenlemeleri, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini, hiçbir istisna hali öngörmeden, mahkûmiyet kararının hukuka aykırılığı ileri sürülen delil haricinde başkaca delillerle desteklenip desteklenmediğini araştırmaksızın, hukuka aykırılığı niceliksel olarak değerlendirmeden, mutlak olarak yasaklamıştır. Dolayısıyla nispi değerlendirme görüşüne yaklaşan şekilde, Mahkeme'nin ileri sürülen hukuka aykırılığın mahkûmiyet kararına etki edip etmediğini araştırmasının, hukuka aykırı delilin elde edilmesinin ve yargılamada kullanılmasının doğrudan yasaklandığı hukuk sistemimizde, delil yasaklarıyla ilgili incelemesini kendi yetkisini sınırlayan biçimde yapmasının iç hukuktaki düzenlemelerle çeliştiği kanaatindeyiz.

C) HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN UZAK ETKİSİ

Hukuka aykırı delillerin uzak etkisi, hukuka aykırı elde edilen ve bu nedenle muhakemede kullanılamayan bir delilden yola çıkılarak ancak hukuka uygun yöntemlerle elde edilen bir delilin muhakemede kullanılmasının mümkün olup olmadığını tartışır. Bu sorun Kıta Avrupası hukuk sisteminde “hukuka aykırı delillerin uzak etkisi”, Anglosakson hukukunda ise “zehirli ağacın meyvesi” öğretisi olarak adlandırılmaktadır.^[54]

[52] AYM, *Yaşar Yılmaz*, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, §57-60

[53] AYM, *Mehmet Cihan Kıran*, B. No: 2014/2964, 13/2/2020, § 28-29.

[54] Dülger, *Dışlama Kuralı*, 106.

AİHM'in *Gäfgen/Almanya* kararında hukuka aykırı delillerin uzak etkisini tartışılmıştır. Başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı şekilde alınan ikrarı üzerine ulaşılan maddi bulguların delil olarak kabul edilmesinin Sözleşme'nin 6. maddesini, adil yargılanma hakkını, ihlal ettiği iddiasındadır. AİHM bu noktada bir ayırım yaparak, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı şekilde alınan *ifadelere* dayanılmayacağı, işkence veya insanlık dışı muamele ile elde edilen itirafların kullanılmasının devam eden yargılamayı kendiliğinden adaletsiz hale getireceğini kabul etmiştir.^[55] Ancak bu ifadelerden yola çıkarak elde edilen *maddi bulguların* delil olarak kullanılmasının yargılamayı kendiliğinden adil olmayan bir hale getirmediği yönünde karar vermiştir. AİHM'in m.3'e aykırı elde edilen ifadeler ile maddi deliller arasında yaptığı ayırım, AİHM kararının karşı oylarında da eleştirilmiştir.^[56] Karşı oy yazısını kaleme alan yargıçlara göre, adil yargılanma hakkının etkili bir şekilde korunmasının tek yolu, tartışma konusu delilleri dışlamaktır. Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal suretiyle elde edilen delillerin ceza davasında kullanılmasına izin vermek, kaçınılmaz olarak, bu maddenin sağladığı korumayı zayıflatır ve korumanın ne kadar ileri gideceği konusunda belirli bir kararsızlığa işaret eder.^[57]

Türk hukukunda ise, mutlak değerlendirme yasağının da bir uzantısı olarak, uzak etkiyi kabul eden görüş baskındır.^[58] Buna göre, CMK m.217/2'de yer alan “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*” ifadesinin herhangi bir ayırım yapmaksızın her türlü hukuka aykırı delilin muhakemede kullanılmasını yasakladığını, dolayısıyla “zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur” kuralı gereği; delil yasakları elde edilmesini yasakladığı türev delilin de hükme esas alınmasını engeller. Uzak etkiyi kabul

[55] Stefano Maffei ve David Sonenshein, “The Cloak of the Law and Fruits Falling from the Poisonous Tree: A European Perspective on the Exclusionary Rule in the Gafgen Case,” *Columbia Journal of European Law* 19, no. 1 (Winter 2012/2013): 41.

[56] AİHM, *Gäfgen/Almanya*, B.No: 22978/05, 1/06/2010; Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebes, Ziemele, Bianku ve Power'ın Birleşik Kısmen Muhalif Görüşleri.

[57] AİHM, *Gäfgen/Almanya*, B.No: 22978/05, 1/06/2010; Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebes, Ziemele, Bianku ve Power'ın Birleşik Kısmen Muhalif Görüşleri.

[58] Akyürek, “Ceza Yargılamasında,” 105.

eden görüşe göre, uzak etkinin kabul edilmediği durumda delil yasaklarının bir anlamı kalmayacak ve insan hakkı ihlallerine kapı aralanabilecektir. [59]

Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, uzak etki sorununun ayrıca ve açıkça tartışılmadığı göze çarpmaktadır. Mahkeme, *Güllüzar Erman* başvurusunda AİHM'in Gäfgen/Almanya kararına atıf yaparak,

“ (..) Ancak suç şüphesi altındaki kişinin yargılama sırasında verdiği ikinci ikrarın, tek başına veya bunu doğrulayıcı tartışmasız nitelikteki maddi delillerle birlikte mahkûmiyetine ve cezalandırılmasına yeterli bulunduğu ve özellikle kullanılan yasak sorgu yöntemleri sonucunda tartışmalı hale gelen maddi deliller ile kişinin mahkûmiyeti ve cezalandırılması arasındaki nedensellik bağının kesildiği durumlarda, salt, işkence ve kötü muamele yasağına aykırılık nedeniyle yargılamanın bütün olarak adil olmadığı kabul edilmesi mümkün değildir” [60]

ifadelerini kullanmıştır. Başvurucu diğer sanıklardan birinin, kolluk tarafından işkenceyle ve avukatın katılımı sağlanmaksızın alınan ifadesinin kendisi aleyhine delil olarak kabul edilerek kanuna aykırı bir şekilde hükme esas alındığını iddia etmektedir. [61] Kararda, işkence altında alındığı iddia edilen diğer sanık ifadesinin derece mahkemesinde yapılan yargılamada, belirleyici yegâne delil olmadığı ve diğer delilleri önemsiz kılmadığı görüldüğünden, yargılamanın bir bütün olarak adil olmadığına ve başvurusunun hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır. [62]

Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi kararlarında uzak etkinin açıkça tartışılmadığı ancak bu konudaki AİHM içtihatlarına atıf yapıldığı görülmektedir. Uzak etkinin özellikle Mahkeme'nin “belirleyici delil” ölçütünün kullanması nedeniyle, hükmü destekleyici diğer deliller açısından tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

[59] Dülger, *Dışlama Kuralı*, 109-10.

[60] AYM, *Güllüzar Erman*, B. No: 2012/542, 4/11/2014, § 64-65.

[61] AYM, *Güllüzar Erman*, B. No: 2012/542, 4/11/2014, § 30.

[62] AYM, *Güllüzar Erman*, B. No: 2012/542, 4/11/2014, § 73.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi sorununu tartıştığı kararlarında, AİHM içtihatlarına ve AİHM'nin delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesini incelerken benimsediği ölçütlere yer vermektedir. AY m.38/6 hükmü “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” şeklindedir. AY m.38/6 hükmündeki “kanuna aykırılığın” tüm hukuk düzenini kapsadığı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararıyla^[63] ortaya konmuştur. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise mutlak delil değerlendirme yasağı yaklaşımı benimsenmiştir. Dolayısıyla, iç hukukta hiçbir istisnaya yer vermeden hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılması yasaklanmıştır. İç hukukumuzda delil değerlendirme yasaklarını daha geniş ve kapsamlı şekilde düzenleyen hükümlerin esas alınarak; Mahkeme'nin AY ve CMK'de öngörülen mutlak değerlendirme yasağı görüşü kapsamında karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz. Mahkeme'nin kararlarında sıklıkla kullandığı hukuka aykırılığı ileri sürülen delilin “tek veya belirleyici delil olması” ölçütü; CMK hükümlerine aykırı şekilde, mahkûmiyete esas alınmadığı sürece hukuka aykırı delilin yargılamada kullanılmasına imkân vermektedir. Oysa, 5271 sayılı Kanun'daki düzenlemelerde karar üzerindeki etkisi tartışılmadan hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı öngörülmüştür. Ayrıca önemle vurgulamak gerekir ki; CMK m. 206'ya göre “hukuka uygun olma” delilin bir vasfıdır. Dolayısıyla hukuka aykırı elde edilen bir bulgu, aslında baştan itibaren delil özelliği kazanamayacaktır. CMK açısından, delil elde etme kurallarının ihlali doğrudan delillerin değerlendirilmesi yasağına yol açacaktır.

Öte yandan, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi sorununun özellikle Mahkeme'nin kullandığı “belirleyici delil” ölçütü bakımından tartışılması gereklidir. Mahkûmiyete dayanak teşkil eden diğer delillerin, hukuka aykırılığı iddia edilen delilden yola çıkılarak elde edilip edilmediği Mahkeme kararlarında tartışılmamaktadır.

AİHM'nin kararlarında vurguladığı husus, Sözleşme'de delil yasaklarıyla ilgili bir düzenleme yer almadığı; bu nedenle AİHM nezdinde yapılacak incelemelerde yargılamanın bir bütün olarak değerlendirildiğinde adil olup olmadığı ile sınırlı kalacağıdır. AİHM'nin bu yaklaşımı; delil değerlendirme yasakları bakımından ortak koruma alanının belirlenmesi esnasında iç

[63] Yargıtay Ceza Genel Kurulu E.2009/7, K.2009/160, T.17.11.2009.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında
Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi

hukuktaki delil yasaklarının bağlayıcı olmadığı anlamına gelmemektedir. Aksine, iç hukukta temel hak ve özgürlükler açısından daha geniş ve kapsayıcı bir koruma öngören düzenlemelerin Mahkeme kararlarına yansımaları Sözleşme'nin 53. maddesi ile uyumlu olacaktır.

KAYNAKÇA

Akyürek, Güçlü. “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 101, (Temmuz-Ağustos, 2012): 61-82.

Aydın, Devrim. *Ceza Muhakemesinde Deliller*. Ankara: Yetkin Kitabevi, 2014.

Cengiz, Serkan, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride ve Durmuş Tezcan. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.

Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.

Dülger, Murat Volkan. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

Gödeklı, Mehmet. “Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no.4 (Aralık, 2016): 1815-1924.

Göztepe, Ece. “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi* 32, (2015):17-33.

İnceoğlu, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı*. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 4, Ankara: Avrupa Konseyi Yayını, 2018.

Maffei, Stefano, and David Sonenshein. “The Cloak of the Law and Fruits Falling from the Poisonous Tree: A European Perspective on the Exclusionary Rule in the Gafgen Case.” *Columbia Journal of European Law* 19, no. 1 (Winter, 2012/2013): 21-56.

Sağlam, Fazıl. “Anayasa Mahkemesi’nin Ürettiği Yapay Bir Kavram: “Ortak Koruma Alanı” *Atılım Üniversitesi Yayınları* 65, (Prof. Dr. Metin Günday Armağanı 2, 2020): 1101-1164.

Şen, Ersan. *Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, İstanbul: Beta Yayınevi, 1998.

Şenol, Cem. *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasası*. 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhuğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

İncelenen Kararlar

AİHM

Schenk/İsviçre Kararı, B. No: 10862/84, 12/07/1988.

Gäfgen/Almanya Kararı, B. No: 22987/05, 1/06/2010.

Bykov/Rusya Kararı, B.No: 4378/02, 10/03/2009.

Khan/Birleşik Krallık, B.No: 35394/97, 12/05/2000.

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları

Bayram Siviş, B. No: 2014/5844, 5/11/2014.

Orhan Kılıç [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018.

Nedim Balta, B. No: 2017/26129, 21/7/2020.

Şehdavit Demircan, B. No: 2014/12014, 11/12/2018.

Zeynep Yeter, B. No: 2018/20039, 27/1/2021.

Halis Uluer, B. No: 2018/12576, 27/1/2021.

Deniz Seki, B. No: 2014/5170, 25/6/2015.

Bülent Gayretli, B. No: 2018/1932, 27/1/2021.

Yaşar Yılmaz, B. No: 2013/6183, 19/11/2014.

B.P.O. [GK], B. No: 2015/19012, 27/3/2019.

Abdulvahap Kaçar ve Ercan Kaçar, B. No: 2014/16877, 22/3/2018.

Erol Kaplan ve diğerleri, B. No: 2014/14284, 27/6/2018.

Kadir Akbaş, B. No: 2017/29811, 30/6/2020.

Baran Karadağ, B. No: 2014/12906, 7/5/2015.

Mehmet Cihan Kiran, B. No: 2014/2964, 13/2/2020.

Güllüzar Erman, B. No: 2012/542, 4/11/2014.

Yargıtay

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2009/7, K.2009/160, T. 17.11.2009, Lexpera
İçtihat Bankası

TÜRKİYE'DE MİLLETVEKİLLİĞİ – AVUKATLIK BAĞDAŞMAZLIĞI SORUNU: TARİHSEL BİR İNCELEME

Günel SEYİT*

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

* Dr. / TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Yasama Uzmanı.
(GunalSEYIT@tbmm.gov.tr) <https://orcid.org/0000-0001-6900-6951>

Makalenin Geliş Tarihi: 10 Eylül 2021 **Kabul Tarihi:** 8 Nisan 2022

Atıf önerisi: Seyit, Günel. “Türkiye’de Milletvekilliği – Avukatlık Bağdaşmazlığı Sorunu: Tarihsel Bir İnceleme.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 1 (Ocak 2021): 135-211. DOI [10.30915/abd.1118342](https://doi.org/10.30915/abd.1118342)

TÜRKİYE’DE MİLLETVEKİLLİĞİ – AVUKATLIK BAĞDAŞMAZLIĞI SORUNU: TARİHSEL BİR İNCELEME

ÖZ

Osmanlı Devleti döneminden günümüze, Türkiye’de milletvekilliği ile bağdaşmayan işler kümesi, tarihsel olarak giderek genişleme eğilimi içinde bulunmaktadır. Önceleri sadece yasama organı üyelerinin yürütme organı karşısındaki bağımsızlığını sağlama kaygısı içinde belirlenen milletvekilliği ile bağdaşmayan işler alanı, zamanla yasama organı üyeliği statüsünden kaynaklı siyasal gücün kötüye kullanılması tehlikesine bağlı etik kaygıların baş göstermesi ve milletvekillerinin yasama ve parlamenter denetim çalışmalarına etkin katılımının sağlanması arayışları çerçevesinde avukatlık gibi meslekler alanına doğru genişleme eğilimi göstermiştir. Bu çalışmada, Osmanlı-Türk parlamento deneyimi içinde avukatlık mesleğinin konumu, milletvekilliği ile bağdaşmayan işler sorunu bağlamında tarihsel olarak irdelenmekte ve bu irdelenmenin çıktılarında yararlanılarak günümüzdeki hukuksal duruma ilişkin öneriler geliştirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

milletvekili

Avukatlık

Milletvekilliği ile bağdaşmayan işler

etik

Türkiye Büyük Millet Meclisi

ON THE PROBLEM OF THE INCOMPATIBILITY OF THE MEMBERSHIP OF THE PARLIAMENT AND ATTORNEYSHIP IN TURKEY

ABSTRACT

Activities incompatible with membership of the Parliament tend to expand historically in Turkey. These activities were formerly determined only to ensure the independence of the MPs against the executive. Recently it is expanded to the field of professions such as attorneyship due to ethical concerns caused by the possibility of abuse of political power and the search for the effective participation of deputies in the legislative and oversight processes. This article examines the legal situation of attorneyship in the Ottoman-Turkish parliamentary experience in the context of incompatibility with the membership of the Parliament. In addition, suggestions regarding the current legal situation are developed by using the outputs of this study.

Keywords

deputy

Attorneyship

activities incompatible with membership of parliament

ethic

Grand National Assembly of Turkey

GİRİŞ

Parlamento hukukunun başlıca sorun alanlarından biri, parlamento üyeliği ile bağdaşmayan işler konusudur. Parlamento üyeleri için, bu üyeliğin devam ettiği süre içinde yasaklanan görev ve işleri imleyen yasama bağdaşmazlığı sorunu; devlet erkleri arası ilişkiler, yasama organının özerkliği, kamu gücünün kullanımında etik, temsilin doğası, parlamento üyeliğinin statüsü, yasama dokunulmazlığının sağladığı korumanın etkileri, kamusal ve özel çıkar çelişkileri gibi anayasa hukukuna ve siyasal kurama içkin çok boyutlu sorun eksenlerinin kesişim noktasında yer almaktadır.

Parlamento üyelerinin yapmayacağı işler hangi ölçütlere göre belirlenmektedir? Parlamento üyeleri için, anayasalar ve kanunlar ile konulan görev yasaklarından umulan kamusal yarar nedir? Bu yasakların belirlenmesi süreçleri, hangi alması maliyet unsurlarını, hangi çelişkileri bünyesinde barındırmaktadır?

Bu makale, söz konusu soruları akılda tutarak belli bir mesleki faaliyet alanının parlamento üyeliği ile bağdaşma/bağdaşmama ilişkisini kuramsal ve tarihsel olarak irdelemeyi amaçlamaktadır. Söz konusu mesleki faaliyet alanı, avukatlıktır.

Hukuk ve siyasetin yakın ilişkisi ve parlamentonun bu ilişkinin odak noktası olduğu dikkate alındığında, yasa yoluyla hukuk kuran bir organ olan yasama organına üyelik ile o hukukun çerçevelediği yargı sürecinin temel ayaklarından biri olan avukatlık arasındaki ilişkinin bağdaşmazlık kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunun ağırlığı artmaktadır. Öte yandan, tarihsel olarak, parlamentoların gerek sayı gerekse de etkinlik bakımından en önemli gruplarından birini avukatlık mesleğinden gelen üyelerin oluşturması, konunun önemini daha da pekiştirmektedir. Hâlihazırda Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin yaklaşık dörtte biri avukatlardan oluşmaktadır. Üyeler mesleki kökenlerine göre sınıflandırıldığında avukatlık kökenli olan milletvekilleri grubu ilk sırada gelmektedir.^[1]

Türkiye’de milletvekilliği ile bağdaşmayan işler tartışmasının en canlı boyutunu, meslekler alanının parlamento üyeliği ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorunu oluşturmaktadır. Öteden beri bu alanda en öne çıkarılan, bağdaşmazlık

[1] “Yeni dönemde milletvekillerinin 123’ü avukat,” *Anadolu Ajansı*, 25 Haziran 2018. <https://www.aa.com.tr/tr/politika/yeni-donemde-milletvekillerinin-123u-avukat/1186745>

tartışması açıldığında ilk işaret edilen meslek, avukatlık mesleği olmuştur. Avukatlığın bağdaşmazlık tartışması içindeki bu “ayrıcılık” konumu, milletvekilliği ile bağdaşmayan işler sorununun bu meslek alanı özelinde irdelenmesini anlamlı kılmaktadır. Bu bağlamda avukatlık-milletvekilliği bağdaşmazlığı sorununun tarihsel bir bakış ile irdelenmesinin, özelde meslekler alanının bağdaşmazlık tartışması içindeki konumu, genelde ise milletvekilliği ile bağdaşmayan işler tartışması bakımından işlevsel veriler sunabileceği, bu verilerin tartışmayı derinleştirmek ve yeni bakış açıları geliştirmek için verimli bir altyapı oluşturabileceği düşünülmektedir.

Makale iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, en genel düzeyde, “parlamento üyeliği ile bağdaşmayan işler” belirlemesinin altında yatan kuramsal öncülleri ortaya koymaya çalışmaktadır. İkinci bölüm, parlamento üyeliği-avukatlık ilişkisini, bağdaşmazlık sorunu bağlamında ve Türkiye özelinde olmak üzere, mevzuatın tarihsel gelişimi ve bu alandaki tartışmalar üzerinden izlemeyi ve bu izlek üzerinde sorun alanına ilişkin karşıt görüşlerin temel dayanaklarını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Çalışmanın odak noktası, milletvekilliği-avukatlık bağdaşmazlığı olmakla birlikte, yeri geldikçe milletvekilliği ile bağdaşmayan işler sorununun başka boyutlarına da değinilmektedir.

I. KURAMSAL ÇERÇEVE

Milletvekilliği ile bağdaşmayan işler^[2] kavramsallaştırmasının altında, daha açık bir deyişle milletvekillerinin belli görevlerde bulunmaları ve belli işleri yapmalarının yasaklanması yöneliminin altında, kuramsal bağlamda birbirleriyle ilintili üç temel etmen ayırt edilebilir.^[3]

[2] İba, “milletvekilliği ile bağdaşmayan işler” kavramı yerine “yasama uyumsuzluğu” ifadesini kullanmaktadır. Hukuk öğretilerinde “yasama bağdaşmazlığı”, “parlamentar bağdaşmazlık”, “milletvekili bağdaşmazlıkları” terimleri de kullanılmaktadır. Eski dilde bu kavram, “teşrii imtizaçsızlık” ifadesi ile karşılanmaktaydı. Bkz. Şeref İba, *Parlamento Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 69; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 571-2; Gökhan Dönmez, *1982 Anayasası'nda Milletvekilliği Statüsünün Kazanılması ve Sona Ermesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 316.

[3] Bakırcı vd., milletvekilliği ile bağdaşmayan görevleri Anayasa'nın 82. maddesine dayanarak üç ana başlık altında sınıflandırmaktadır: “1- Milletvekilliğinden kişisel çıkar sağlama olanak tanıyan görevler, 2- Yasama organı üyesinin yürütme organına karşı bağımlı hâle gelmesini sağlayan görevler, 3- Kanunla sayılan diğer görevler.”

Bu etmenlerden ilki, *milletvekillerinin yürütme organı karşısındaki bağımsızlığını sağlama kaygısıdır.*^[4] Bu etmen, yasama bağdaşmazlığı kurumunun doğuşuna yol açan başlıca tarihsel nedeni oluşturmaktadır.^[5] Milletvekillerinin hükümet görevlisi sıfatı taşımaları, yürütmenin girişimiyle örneğin büyükelçilik, ataşelik gibi dış temsil görevlerini üstlenmeleri ya da kamu işletmelerinde yöneticilik görevleri almaları, yürütme organının onlar üzerinde etkide bulunmasına yol açabilir. Bu durum, milletvekillerinin yasama organı üyesi sıfatıyla yürütme organını denetleme ve yasama

Fahri Bakırcı vd., *Parlamento Hukukuna Giriş*, (Ankara: Lykeion Yayınları, 2020), 120.

Bu sınıflama, Anayasa hükmünün sistemini izlediği ölçüde “seçmeci” bir yapıdadır; zira ilk iki ölçüt, öze dönük bir soyutlamanın ürünü iken, üçüncü ölçüt biçimsel içeriklidir. Öyle ki, “kanunla sayılan diğer görevler” arasında ilk iki ölçütle ilişkilendirilebilecek birtakım görevler saptamak olanaklıdır. Bizim sınıflamamız, bu sınıflamadan farklı olarak, Anayasa hükmünün ötesinde alana ilişkin mevzuat hükümlerini bir bütün olarak gözetmeyi amaçlayan genel bir kuramsal soyutlama temelinde geliştirilmeye çalışılmıştır.

[4] Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), 262; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 244; Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 11. Baskı (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997), 204; Zafer Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, (İzmir: Barış Yayınları, 1997), 208-9; Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 4. Baskı (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), 272; Bakırcı vd., *Parlamento Hukukuna Giriş*, 120-1; Dönmez, *1982 Anayasası’nda Milletvekilliği*, 317.

[5] İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukuku’nun Umumi Esasları*, (Ankara: Mars Matbaası, 1965), 248.

Arsel, söz konusu tarihsel arka planı, Fransa deneyimi üzerinden örneklendirmektedir. Buna göre, 1830 tarihli Fransız Anayasası’nda yasama bağdaşmazlığı kurumuna yer verilmediği ve valilik gibi belli başlı görevleri yürütenler dışındaki kamu görevlilerinin milletvekili seçilip aynı zamanda memuriyetlerini sürdürmeleri olanaklı olduğu için hükümet yasama organı üzerinde büyük bir nüfuz kurmuştu. Arsel, 1837 tarihinde Fransız Ulusal Meclisinde 459 milletvekilinden 191’inin memur olduğunu belirtirken, ortaya çıkan sakıncaları da şöyle aktarmaktadır: “Söylendiğine nazaran, zamanın Başvekili olan Guizot, Mecliste oylama yapılacağı sırada oy kutusunun yanında durur ve meb’usların oylarını kontrol eder; icabına göre de hükümet lehine oy vermeyen meb’usları memuriyetten atar veya hükümeti destekleyenleri, şayet zaten memur değilseler memuriyetle taltif ederdi.” Arsel, *Türk Anayasa Hukuku’nun Umumi Esasları*, 248, 288 nolu dp.

görevlerini bağımsızlık içinde yürütmelerini engelleyici etkiler doğurma potansiyeli taşımaktadır.

Kuşkusuz söz konusu bağımsızlığın ölçüsü, siyasal sistemin niteliğine göre değişen düzeylerde belirlenmektedir. Örneğin yumuşak güçler ayrılığının esas olduğu parlamenter sistemlerde, söz gelimi milletvekillerinin bakan olarak görevlendirilebilmesinden kaynaklı olarak, ayırım daha ılımlı düzeyde belirlenirken, katı kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan başkanlık sistemlerinde görev kısıtları daha katı sınırlarla çizilebilmektedir.^{[6]-[7]} Türkiye’de parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş deneyimi, bu ayırımın somut yansımalarını ortaya koyan bir örnek olarak ele alınabilir. Bu kapsamda, parlamenter hükümet sistemi döneminde 1982 Anayasası’nın 82. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca TBMM üyelerinin Meclisin kararına bağlı olarak belli bir konuda ve altı ayı aşmamak üzere Bakanlar Kurulunca verilecek bir görevi kabul etmesi olanaklı kılınmışken, siyasal sistem değişikliğini getiren 2017 tarihli Anayasa değişikliği çerçevesinde bu olanağın ortadan kaldırıldığı anımsatılmalıdır.^[8] Aynı durum,

[6] Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt: I, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2011), 781; Dönmez, *1982 Anayasası’nda Milletvekilliği*, 318.

[7] Siyasal sistemlerin yapısal niteliklerinin yanı sıra çağdaş demokrasilerdeki siyasal parti disiplini olgusu da milletvekillerinin yürütme organı karşısındaki bağımsızlığını doğrudan etkilemektedir. Yürütme organına egemen olan siyasal partinin, parti disiplini yoluyla yasama organı içindeki üyelerini etkilemesi olasıdır. Dolayısıyla, yasama bağdaşmazlıklarının anayasal ya da yasal düzeyde tanımlanmış olması, tek başına, yasama organı üyelerinin yürütme organı karşısındaki bağımsızlığını sağlamak bakımından yeterli değildir. Çağdaş siyasal eğilimler, yasama bağdaşmazlığı kurallarına tarihsel olarak yüklenen kimi işlevleri törpülemekte, bu durum söz konusu bağdaşmazlık kurumunun kökenindeki anlam ve önemin kısmen yitmesine yol açmaktadır. Bu konuda bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 298; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 262.

[8] Türkiye’de parlamenter hükümet sistemi döneminde de temel ilke, 1982 Anayasası’nın 82. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde belirlendiği üzere, TBMM üyelerinin, yürütme organının teklif, inha, atama veya onamasına bağlı resmî veya özel herhangi bir işle görevlendirilememesiydi. Bununla birlikte yukarıda işaret ettiğimiz istisna hükmü uyarınca milletvekillerinin Meclis kararı ile görevlendirilmesi olanaklıydı. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile bu istisna hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.

parlamentar sistem döneminde milletvekillerinin bakanlık görevi üstlenmesine izin veren Anayasa’nın 109. maddesinin yürürlükten kaldırılması ve 106. maddenin dördüncü fıkrasında yapılan düzenlemeyle, yeni sistemde Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanan TBMM üyelerinin bu üyeliklerinin sona ermesi örneğinde de görülmektedir.

Bir diğer etmen, milletvekiliği statüsünün özelliğinden kaynaklanan ve bu özelliğin, statüye bağlı saygınlık ile birlikte korunması kaygısını güden *etik boyuttur*. Milletvekilleri, kamu hizmeti görmekle birlikte, statü yönünden yönetim hukuku çerçevesinde tanımlanan yönetsel hiyerarşinin birer unsuru değildir. Bununla birlikte, gördükleri hizmet bakımından geniş anlamda kamu görevlisi^[9] niteliği taşımaları nedeniyle, yasal düzeyde diğer kamu görevlilerinin tabi olduğu etik kurallara uymakla yükümlü kılınmışlardır. 19 Nisan 1990 tarihli ve 3628 sayılı *Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu*^[10] bu kurallar dizgesinin belirlendiği başlıca kanunlardan birisidir. Söz konusu Kanun’un amacı, 1. maddesinde, “rüşvet ve yolsuzluklarla mücadele cümlesinden olarak; bu Kanunda sayılanların mal bildiriminde bulunmalarını, bildirimlerin yenilenmesini, mal edinmelerin denetimiyle, haksız mal edinme veya gerçeğe aykırı bildirimde bulunma halinde uygulanacak hükümleri, bu Kanunda belirlenen suçlarla bazı suçlardan dolayı kamu görevlileri ve suç ortakları hakkında takip ve muhakeme usulünü düzenlemek” olarak belirlenmiştir. Kanun’un 2. maddesinde mal bildiriminde bulunmak zorunda olan kişiler sayılırken, birinci fıkranın (a) bendinde “her tür seçimle iş başına gelen kamu görevlileri” ibaresine yer verilerek milletvekilleri de Kanun kapsamına alınmıştır.

Burada belirlenen etik amaç, en ileri soyutlama düzeyinde ulusal egemenliğin ulusça kullanımının başlıca araçlarından biri sayılan Meclisin saygınlığının korunmasıdır. Bu esas, ekonomik çıkarlar ile milletvekili davranışları arasındaki bağlantının denetlenmesi gereksiniminden türemiştir.^[11] Bu çerçevede kamu gücünün özel çıkarlar için kullanılmasını önlemeyi,^[12]

[9] Geniş, dar ve en dar anlamda kamu görevlisi tanımları için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2009), 623-5.

[10] *Resmî Gazete*, 4.5.1990-20508.

[11] Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 203.

[12] Dönmez, *1982 Anayasası’nda Milletvekiliği*, 317.

kamu gücünü kullanan milletvekillerinin bu yetkilerini kötüye kullanmalarına ya da görevden kaçınmalarına yol açan koşulları ortadan kaldırmayı gözetir. Böylece soyut etik ilke, hukuksal düzlemde, Meclis üyelerini etik açıdan statüleri ile bağdaşmaz nitelikte çıkar ikilemelerinden ayrık tutmayı amaçlayan bir dizi önlemlerle somutlaşmaktadır. Milletvekillerine yönelik olarak Anayasa'nın 82. maddesinde ve 31 Ekim 1984 tarihli ve 3069 sayılı *Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun*'da^[13] belirlenen görev yasakları bu bağlamda düşünülmesi gereken diğer düzenlemelerdir.

Üçüncü boyut, *Meclisin iç işleyişi ve milletvekili zamanının düzenlenmesi* ile ilgilidir. Temsile dayanan bir doğası olan Meclisin etkinliği ve siyasal gücü, üyelerinin etkinliğinden bağımsız düşünülemez. Bu bakımdan üyelerin Meclis çalışmalarına etkin katılımı, temsil düzeneğinin siyasal karşılığını bulmasının ötesinde, Meclisin meşruluk zeminini de besleyen önemli bir boyut oluşturmaktadır. Anayasa ve İçtüzük düzeyinde Meclis üyelerinin çalışmalara katılımını zorlayan toplantı ve karar yetersayısı düzenlemeleri ile devamsızlığa bağlı yaptırım hükümlerini, etkin katılımı gözetilen önlemler dizgesinin başlıca öğeleri olarak okumak gerekir. Milletvekilliği ile bağdaşmayan işlerin belirlenmesine yönelik Anayasal ve yasal hükümler de bu bağlam ile ilintilidir. Burada söz konusu olan, milletvekili zamanının Meclis çalışmalarına özgülenmesi arayışıdır. Anayasa ve kanun koyucu, özel çıkarlarla iç içe olan çeşitli mesleki faaliyetler karşısında, kamusal çıkarların gerçekleşme alanı olarak Meclis faaliyetlerini incelemekte ve milletvekili zamanının bu kamusal boyuta yöneltmesini zorlamaktadır. Özellikle kimi meslek faaliyetlerinin, yasal düzeyde, milletvekilliği ile bağdaşmayan işler arasında tanımlanmasının kuramsal temeli, bu zamansal düzenleme arayışına dayanmaktadır.

Kuşkusuz, milletvekili zamanının yasama görevlerine öncelik tanınacak biçimde düzenlenmesi, birtakım çelişkilere ve tercih ikilemelerine de yol açmaktadır. Bu bağlamda milletvekillerinin mesleki donanımlarını koruma ve geliştirme hakkı/gereksinimi ile milletvekilliği zamanının üyelik süresi boyunca yasama görevlerine özgülenmesi yönelimi arasında yapısal bir gerilim söz konusudur. Tercihin, milletvekilinin parlamento üyeliği öncesinde edindiği mesleki kazanımlarını koruma ve geliştirmesi yönünde yapılması durumunda, milletvekilliği ile bağdaşmayan işler kümesinin daraltılması

[13] *Resmî Gazete*, 6.11.1984-18567.

ya da bu çerçeveden hukuksal düzlemde vazgeçilmesi gerekir. Bu tercih, milletvekilliği statüsünün sağladığı kamusal gücün mesleki ya da bireysel çıkarlar yönünde kötüye kullanılması gibi etik sakıncalarla karşılaşmayı göze almayı gerektirmektedir.

Öte yandan tercihin, bağdaşmayan işler kümesinin genişletilmesi^[14] ve milletvekili zamanının yasama işlerine yöneltmesini zorlama çerçevesinde belirlenmesi durumunda, milletvekilini uzun yıllara dayanan mesleki kazanımlarından vazgeçmeye zorlama, özellikli mesleki deneyimin sağlayabileceği kamusal nitelikli olumlu çıktılardan yoksun kalma, milletvekili olan kişinin parlamento üyeliğinin sona ermesinin ardından maddi sorunlarla karşı karşıya kalması gibi sakıncalar ile karşılaşmaktadır. Özellikle bu son sakınca, milletvekilliğinin bir meslek hâline gelmesi yönünde olumsuz bir ekonomik itki oluşturmaktadır. Zira kendi mesleğine dayanan ekonomik kaynaklardan milletvekilliği süresince yoksun kalan bir kişinin, özellikle parlamento üyeliği birden çok yasama dönemine yayılmışsa (yani meslekten uzak kalma durumu uzun sürmüştü) milletvekilliğinin sağladığı ekonomik olanaklara bağımlılığının artması ve kendi mesleğinden uzaklaşarak milletvekilliğini profesyonel bir uğraş olarak görmeye başlaması olasıdır.^[15] Bu durum, kişinin milletvekilliğine olan ekonomik bağımlılığını artırdığı ölçüde, milletvekilinin bağımsızlığını ve düşünsel özerkliğini yitirmesi, yeniden seçilebilmek için siyasal partisinin yetkili organlarına ya da çeşitli çıkar gruplarına ödünler vermek zorunda kalması sonucunu doğurabilir.

Özetle, milletvekilliği ile bağdaşmayan işler sorunu; parlamento hukuku bağlamının dışına taşan nitelikte birtakım etik, siyasal ve işlevsel ikilem

[14] Söz konusu genişletmenin hangi meslekler aleyhine yapılacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Neden bir meslek, bağdaşmazlık alanı içinde tanımlanırken bir diğeri bu alan içinde tanımlanmamaktadır? Bu seçim için nesnel bir ölçütün varlığından söz edilebilir mi? Konumuz bağlamında anayasa ve yasa koyucunun karşı karşıya bulunduğu güçlüklerden biri de bu meslek seçimi sorunudur. Bkz. Arsel, Türk Anayasa Hukuku’nun Umumi Esasları, 249.

[15] Kuşkusuz bu önerme, kişinin mesleki faaliyetinden edindiği gelire bağımlı olduğu durumlar için geçerlidir. Malvarlığı itibarıyla herhangi bir gelire bağımlı olmayan kişiler yönünden bu kaygıların geçerli olmayacağı kuşkusuzdur. Bu durumdaki kişiler de milletvekilliğini bir meslek olarak ele almaya eğilimli olabilir, ancak buradaki itki ekonomik bağımlılıktan çok parlamento üyeliğinin sağladığı saygınlık ya da siyasal güçtür.

boyutları da içermektedir. Anayasa ve yasa koyucunun bağlayıcı hukuk kuralları yoluyla milletvekilliği ile bağdaşmayan işleri düzenlemeye yönelik istencini, bu çok boyutlu ikilemler içindeki yön arayışları veya tercihler olarak okumak gerekir.

Buradaki ikilemin anayasa hukukunu ilgilendiren bir boyutunun da bulunduğu kuşkusuzdur. Nitekim milletvekilliği ile bağdaşmayan işler kavramsallaştırması, Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma, sözleşme ve özel teşebbüs kurma özgürlüğü ile 67. maddesinde düzenlenen seçilme ve siyasal faaliyette bulunma hakkının kullanımı arasında belirgin bir gerilim/çatışma yaratmaktadır. Öyle ki Anayasa'nın 82. maddesinde belirlenen TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işleri sürdürmekte ısrar etme durumu, 84. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca üyeliğin düşmesi, bir başka deyişle seçilme statüsüne bağlı temsil hakkının kesintiye uğratılması yaptırımını ile karşılanmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'daki yasama bağdaşmazlığı belirlemesi, bir anlamda seçilme, siyasal faaliyette bulunma ve temsil haklarının anayasal sınırlarını oluşturmaktadır. Bu anayasal sınırlılık içindeki siyasal hakların bağlı kılındığı hukuksal statünün (milletvekilliği statüsü) gereklilikleri ile çalışma, sözleşme ve özel teşebbüs kurma özgürlüğü arasındaki çatışma nasıl çözülecektir? Seçilme, siyasal faaliyette bulunma ve temsil haklarının kullanım düzenine ilişkin yasama bağdaşmazlığı kısıtlarının ve bu kısıtlara yüklenen hukuksal değer; çalışma, sözleşme ve özel teşebbüs kurma özgürlüğü karşısında mutlak bir üstünlüğe sahip olduğu ileri sürülebilir mi?

Hukuk tekniği penceresinden bakıldığında çatışan değerlere ilişkin düzenlemelerin aynı norm düzeyinde (anayasal düzeyde) gerçekleştirilmiş olması, bunlar arasında öncelik-sonralık ya da genellik-özellik ilişkisi kurulamaması, çatışan hak ve hürriyetler sorunu bağlamında *lex superior, lex posterior, lex specialis* ilkelerinin uygulanmasına olanak tanımamaktadır.^[16] Bu noktada, Alman hukuk öğretisi içinde gelişen *pratik uyuşum ilkesinin* yol gösterici olabileceğini düşünüyoruz. Bu ilke, bir temel hakkın başka bir hak ya da anayasanın koruduğu bir değerle çatışması durumunda, hem hakların hem de anayasanın koruduğu hukuksal değer varlık ve etkilerini en uygun (optimal) düzeyde koruyan bir çözümün araştırılması çabasını içermektedir. Buna göre, bir hak diğer hakkı ya da hukuksal değeri ortadan kaldırmayacak, her hak oranlı bir düzen içinde korunarak olabilecek en uygun etkilerini

[16] Bu ilkeler hakkında bkz. Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 2. Baskı (Bursa: Ekin Yayınevi, 2020), 187-9.

sürdürecektir.^[17] Burada vurgulanması gereken belirleyici esas; çatışmada dengeyi ararken çatışan değerlerden hiçbirinden bütünüyle vazgeçilmemesidir.

Pratik uyuşum ilkesinin açtığı yolda, yasama bağdaşmazlığı kurumundan umulan kamusal yarar ile kişi hak ve özgürlüklerinin kullanımı^[18] arasında bir denge kurulabilmesi olanaklıdır. Hukukilikten çok bir yerindelik bağlamı içinde belirlenen bu denge sorununu çözecek olan, yasama organının takdirdir.^[19] Kuşkusuz dengenin kurulması arayışı, yukarıda da belirtildiği gibi çatışan değerlerin iki tarafından da vazgeçmeme ısrarını içermek zorundadır. Bunun somut anlamı, yasama bağdaşmazlığı alanının düzenlenmesinde, çalışma, sözleşme ve özel teşebbüs kurma özgürlüğünü kategorik olarak yadsıyan tutumlardan uzak durma gereğidir. Belli mesleki faaliyetler için, etik kaygılarla ya da yasama faaliyetlerinin sürekliliğini koruma düşüncesiyle kamu yararını gözeten kimi kısıtlamalara gitmek meşru görülebilir. Ancak, bu sınırlamalar ile bunlardan beklenen kamusal yarar, ölçülü bir oran içinde bulunmalı, hukuksal önlem kişiye ölçüsüz bir yükümlülük getirmemeli ve kamusal yarar amacını gerçekleştirmek için olası en yumuşak araç seçilmelidir.^[20] Bir mesleki faaliyeti, milletvekilliği statüsüne bağlanan kamusal

[17] Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982), 39-40, 137; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2017), 258-61.

[18] Yasama bağdaşmazlıkları bağlamında Anayasa’nın gözettiği kamusal yarar ile kişilerin mesleki faaliyet yürütme özgürlüğü arasında mutlak bir karşıtlık kurmak doğru değildir. Çünkü söz konusu kişi özgürlüğünün kullanımı, kamusal nitelikli olumlu çıktılar üretme potansiyeline de sahiptir. Örneğin insan hakları hukuku alanında uzmanlaşmış bir avukatı düşününüz. Bu kişinin milletvekili seçilmesi durumunda mesleki faaliyetlerinin yıllarca yasaklanmasının, yoksun kalınan değerler yönüyle kamusal yararın aleyhine sonuçlar doğuracağı kuşku götürmez bir gerçektir.

[19] Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 259.

[20] Burada Anayasa’nın 13. maddesinde ifadesini bulan “ölçülülük ilkesi”nin öğelerini oluşturan “oranlılık” ve “gereklilik” ilkelerine göndermede bulunuyoruz. Almanya Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifadesini bulan bu ilkeler sorun alanımız ile ilgili işlevsel bakış açıları sunabilir. Örneğin, Fazıl Sağlam, Almanya Anayasa Mahkemesi kararlarından birine atıfta “gereklilik” ilkesinin uygulamasını şöyle somutlaştırmaktadır: “(...) hayvan hastalıklarına ilişkin ilaçların gezici tacirlerce sipariş toplama yoluyla satılmasını yasaklayan bir hükmü Alman Anayasa Mahkemesi gereklilik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkemeye göre, bu yasağın yöneldiği insan sağlığının

yarar ölçütünü gözeterek bütünüyle yasaklamak, söz konusu ölçülülüğü aşan bir önlem olarak görünmektedir. Ayrıca, çatışan değerleri dengelerken, mesleki faaliyetinden bütünüyle koparılan bir milletvekilinin, bu sıfatının sona ermesinden sonra mesleğine dönmesinin güçlükleri de (dolayısıyla gelecekte, statünün sona ermesinden sonra dahi yoksun kalınması olası değerler) göz ardı edilmemelidir.

Yasama bağdaşmazlığı kurumuna ilişkin kuramsal dayanakları ve sorun alanlarını genel hatlarıyla böylece belirledikten sonra çalışmamızın odak noktasını oluşturan milletvekilliği-avukatlık bağdaşmazlığı sorunun Türk mevzuatı içindeki belirlenimlerinin incelemesine, bu bağlamdaki çelişkili tarihsel süreçlerin öyküsüne geçebiliriz.

II. TARİHSEL İNCELEME: TÜRKİYE'DE AVUKATLIK VE MİLLETVEKİLLİĞİ BAĞDAŞMAZLIĞI SORUNU

A) OSMANLI DÖNEMİ

Avukatlığın parlamento üyeliği ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorunu, dünya parlamento tarihi içinde yer etmiş, birçok ülkede yoğun tartışmalara neden olmuş köklü bir sorundur. Türk parlamento tarihi içinde de sorunun gündeme gelişi, bu tarihin erken evrelerine, Osmanlı Devleti dönemine rastlar.

1876 tarihli Kanunu Esasi'nin 62. ve 67. maddelerinde parlamentonun (Meclisi Umumi) iki kanadını oluşturan Ayan Meclisi ve Mebusan Meclisi üyelikleri ile bağdaşmayan işler düzenlenmişti. 62. maddeye göre, kendi istemleri üzerine Devletçe üyelik dışında bir işle görevlendirilenlerin Ayan Meclisi üyeliği düşüyordu. 67. maddede ise, Mebusan Meclisi üyeliği ile bağdaşmayan işler düzenlenmişti. Buna göre, bakanlık görevi dışında bir hükümet görevi, üyelikle bağdaşmıyordu:

korunması amacı, meslek özgürlüğünü daha az sınırlayacak bir hükümlerle de aynı derecede sağlanabilir. Örneğin gezici tacirce sipariş toplamanın yalnız reçeteye tâbi ilaçlarda yasaklanması ile halk sağlığını tehdit eden tehlikeleri önlemek mümkündür.” Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması*, 115-7.

Benzer bir bakış açısının, yasama bağdaşmazlıkları ile çalışma, sözleşme ve özel teşebbüs kurma özgürlüğü arasındaki ilişkiye de yansıtılabilmesi mümkündür.

Heyeti Mebusan âzalığ ile hükûmet memuriyeti bir zat uhdesinde içtima edemez. Fakat vükelâdan intihap olunanların âzalığı mücazdır. Vesair memurinden biri mebusluğa intihap olunur ise kabul edip etmemek yedi ihtiyarındadır. Fakat kabul ettiği halde memuriyetinden infisal eder.^[21]

Böylelikle, Kanunu Esasi’nin konuya ilişkin yaklaşımı, temelde yasama ve yürütme görevlerinin birbirinden ayrılması, yasama organı üyelerinin yürütme organı karşısında bağımsızlığını koruma kaygısı ekseninde belirleniyordu. Siyasal sistemin parlamenter sistem olarak yapılandırılmış olmasının doğal yansıması olarak bakanlık görevi ile Meclis üyeliğinin bağdaşımı esas alınmıştı. Bağdaşmayan işler kümesi oldukça sınırlı tutulmuş ve yukarıda ele aldığımız etik boyut ile milletvekili zamanının düzenlenmesi boyutu gözetilmemişti. Buna bağlı olarak mesleki faaliyetler alanı, bağdaşmayan işler bağlamında anayasal düzenleme konusu yapılmamıştı. İleride 1961 ve 1982 Anayasalarında göreceğimiz, anayasal düzeydeki belirleme dışında diğer bağdaşmayan işlerin yasayla belirlenebileceğine yönelik, yasa koyucuya yetki tanıyan hüküm türüne bu anayasada yer verilmemişti. Dolayısıyla Meclis üyelikleri ile bağdaşmayan işler, bu Anayasa döneminde oldukça sınırlı düzeyde tutulmuştu.

Osmanlı parlamentosu döneminde, avukatlık-milletvekilliği bağdaşımı konusunun resmî düzeyde bir sorun alanı olarak gündeme gelişine ilişkin saptayabildiğimiz ilk örnek, 1909 tarihli Anayasa değişikliği görüşmeleridir. Meclisi Mebusandaki görüşmeler sırasında, *bakanlık müsteşarlığının* Mebusan Meclisi üyeliği ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorunu tartışılırken Bursa Mebusu Ömer Fevzi Efendi, “Mebus olan bir zatın mebus olduğu müddetçe, dava vekâletiyle iştigali caiz midir, değil midir?”^[22] sorusuyla tartışmaya yeni bir boyut getiren bir çıkışta bulunmuş, ancak bu boyut müzakereye konu olmamıştır. Yine Osmanlı döneminde, sorunun İttihat ve Terakki Cemiyeti kurultaylarında gündeme geldiği bilinmektedir.^[23]

[21] Şeref Gözübüyük ve Suna Kili, *Türk Anayasa Metinleri (1839-1980)*, 2. Baskı (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982), 35-6 [metin aktarılırken yazım ve noktalama ile ilgili küçük düzeltmeler yapılmıştır].

[22] *Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi (MMZC)*, D. (Dönem) 1, C. (Cilt) 4, İ.S. (İçtima Senesi/Yasama Yılı) 1, İ. (İnikad/Birleşim) 95, 4.6.1325, 448.

[23] Refik İnce, “Meb’uslukla Avukatlık Birleşmeli mi?,” *İzmir Barosu Dergisi* 2, no. 2-6 (Birinciteşrin, 1936): 124.

Bununla birlikte, bu dönemde Meclis üyeliği ile avukatlığın bağdaşmazlığı yönünde hüküm içeren bir mevzuat düzenlemesi yapılmamıştır.

B) BİRİNCİ MECLİS DÖNEMİ

Sorunun yeniden Meclis gündemine gelişi, bu kez Türkiye Büyük Millet Meclisinde, henüz bağımsızlık savaşımının sürdüğü olağanüstü koşullar altında, Meclisin açılışından hemen birkaç ay sonra gerçekleşmiştir. Karahisarı Sahip Mebusu Mehmet Şükrü Bey'in, *Kastamonu Mebusu Abdülkadir Kemali Bey'in Siirt mutasarrıflığına tayin edilmesi ve Adliye Müsteşarlığı esnasındaki yolsuzluklarından dolayı hakkında tahkikat ve takibatta bulunulmaması sebebine dair Adliye ve Dâhiliye vekâletlerinden istizahı* (sorusu) üzerine Meclis Genel Kurulunda yürütülen tartışmalarda, avukatlığın üyelikle bağdaşmadığı yönündeki tezler, somut olay üzerinden anlatımlar eşliğinde hararetle bir biçimde savunulmuştur. Soru önergesinin sahibi Mehmet Şükrü Bey, aşağıda görüşlerini ele alacağımız Refik Şevket Bey'i de itham ettiği konuşması sırasında, bağdaşmazlık sorununun etik bağlamının ötesinde, dönemin Meclisinin güçler birliği ilkesi üzerinde yükselen özel yapısının yarattığı sakıncalara da işaret etmiştir:

(Abdülkadir Kemali Bey'den bahisle) (...) 30 Mayıs tarihinde Kâtibi adillikten musaddak, 48,998 numarada mukayyet vekâletname ile Dr. Nizammettin Beyin davasını kabul etmiştir. Müsteşar olan, intihabı hükkâmında reis bulunan ve hükkâmı azil ve nasbda salâhiyettar olan, Mecliste kuvvei icraiye ve teşriye kuvvetini nefsinde cemedan bir zatın dava vekâleti yapması muvafık mıdır, doğru mudur efendiler? (Değil sadaları). Bu nüfuzu memuriyetini suiistimal olmaz mı efendiler?

(...)

Efendim yalnız Abdülkadir Kemali Bey değil efendim icrai vekâlet eden. Artık söyleyemeyeceğim. (Söyle söyle sesleri) yine beni insafsızlıkla itham eden Refik Şevket Beyefendi biraderimiz, gerek vazifei resmiyeden evvel ve gerek daha evvelden bir vekâlet kabul etmiştir. Vekâlet için bizlere de müracaat eden oldu ve işhat ederim bir arkadaşım da vardı. Biz kabul etmedik. Düşündük ve dedik ki; bizim Meclisimizin vazifesi yalnız teşriî değildir. İcrai, teşriî bir Meclistir.

İcrai ve teşriî bütün kuvvetleri nefesine cem’eden bir Meclistir. Binaenaleyh, tesiri nüfuz meselesi muvzuubahstır.^[24]

Bu görüşler, o zaman bir önerge ya da kanun teklifine konu edilmemiş, soruna işaret edilmekle yetinilmiştir. Bu görüşmelerden birkaç ay sonra, Mart 1921’de, konu, yine Karahisarı Sahip Mebusu Mehmet Şükrü Bey’in *Mebusların Dava Vekâleti ile İştigal Etmemelerine Dair Takriri* dolayısıyla gündeme gelmiştir.^[25] Mehmet Şükrü Bey’in önergesinin yanı sıra Yozgad Mebusu Süleyman Sırrı Bey’in *Büyük Millet Meclisi Azalarından Dâva Vekâleti Deruhde Edenlerin Müstaî Addolunmalarına Dair Kanun Teklifi*, Kütahya Mebusu Ragıp Bey’in *Büyük Millet Meclisi Âzalarının Dâva Vekâletiyle İştigal Edememelerine Dair Kanun Teklifi* ve Ankara’da yerleşik emekli bir binbaşı olan Memduh Bey’in mebuslukla dâva vekâletinin aynı kişide birleşmesinin mağduriyetine yol açtığı iddialarını içeren dilekçeleri de aynı sorun alanına işaret etmekteydi. Adliye Encümeni (Adalet Komisyonu), bu dosyaları birlikte ele almış ve istemlerin yasal mevzuata uygun olmadığı gerekçesiyle^[26] reddine karar vererek, konunun Kanunu Esasi

[24] *Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi (TBMMZC)*, D.1, C.3, İ.S.1, İ.42, 2.8.1336, 43-4.

[25] Bu önergenin verilmesinden yaklaşık bir ay önce Resmî Gazete’de yayımlanan 1921 Anayasası’nda milletvekilliği ile bağdaşmayan işlere ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişti (*Ceride-i Resmîye*, 7.2.1337-1). Ancak daha önce, 5 Eylül 1920’de kabul edilen (*TBMMZC*, D.1, C.3, İ.S.1, İ.59, 5.9.1336, 556-7) 18 sayılı Nisabı Müzakere Kanunu’nun 4. maddesinde bu konu düzenlenmişti. Buradaki düzenleme de, Kanunu Esasi’de olduğu gibi Meclis üyeliğinin sadece yürütme görevleri ile bağdaşmazlığına ilişkindi. Bununla birlikte bu kez, bağımsızlık savaşımının yol açtığı gereksinimlerin belirleyiciliği altında, yürütme görevleri ile bağdaşmazlığa ilişkin genel ilkenin istisnaları da belirleniyordu. Çalışmamızın odaklandığı avukatlık mesleğine ya da diğer mesleklere ilişkin bir bağdaşmazlık göndermesi ise söz konusu edilmemişti:

“Madde 4- *Büyük Millet Meclisi azalığıyla memuriyet bir zat uhdesinde içtima edemez. Ancak Heyet-i Vekile Azalığı ve Büyük Millet Meclisinin inzıam-ı reyî ile sefirlik, ordu ve kolordu kumandanlığı memuriyetlerinin Meclis azalığıyla cemi caizdir.*” (vba.) (*Ceride-i Resmîye*, 21.2.1337-3).

[26] Komisyon raporunda açık bir ifade bulunmamasına karşın, ret yönündeki kararın altında yatan etmen, olasılıkla bu düzenlemelerin kanun ya da Meclis kararı konusu yapılamayacağı yönündeki düşüncedir. Zira o dönemde hâlen yürürlükte bulunan Kanunu Esasi’de üyelikle bağdaşmayan işler, çok sınırlı bir çerçeve içinde belirlenmişti. Bu çerçevenin genişletilmesi ise, bir yoruma göre, anayasa değişikliği gerektirmekteydi.

Encümenine (Anayasa Komisyonu) havalesini önermiştir.^[27] Bu öneri, Genel Kurulun bilgisine sunulduktan sonra Kanunu Esasi Encümenine havale işlemi gerçekleştirilmiştir.

Adliye Encümeni raporunda dikkat çeken bir boyut, iki üyenin rapora düştükleri şerhlerdir. Güçler ayrılığı ilkesine işaret eden Niğde Mebusu Mustafa Hilmi Bey, “*Teşrii ve icrai sıfatı uhdesinde cemedan Meclis âzasının vekâlette devamına muhalifim.*” kaydını düşerek komisyon raporunu benimsemiş olduğunu açıkça belirtmiş, dolayısıyla bağdaşmazlığın saptanmasını öngören önerge ile kanun tekliflerine katıldığını ortaya koymuştur. Mustafa Hilmi Bey’in görüşünü gerekçelendirmek için başvurduğu güçler ayrılığı ilkesi, bu tartışmada günümüze değin uzanan temel bir görüş eksenini temsil etmektedir.^[28] Diğer kayıt sahibi ise, konu ile ilgili süreçlerde adı sürekli geçen Saruhan Mebusu Refik Şevket Bey’dir. Refik Şevket Bey, ara bir yol tutmuş ve rapora “*Meclis müstemirren münakit*^[29] *olduğu için Meclis âzasının icrayi vekâletlerinin bir şekli mâkulde temdidi reyindeyim.*” şeklinde bir şerh düşmüştü.^[30]

Kanunu Esasi Encümenine havale sonrasında sonuca bağlanmadan kalan girişimlerden sonra, konuyu bütünlüklü bir biçimde Meclis gündemine taşıyan bir diğer girişim, Karesi Mebusu Hasan Basri Bey’in 13 Şubat 1922 tarihli *Mebusların Dava Vekâletiyle İştigallerinin Caiz Olmadığına Dair İdari Bir Karar İttihaz Olunmasına Mütaallik Tavrı* olmuştur. Hasan Basri Bey, avukatlığın milletvekilliği ile bağdaşmazlığını birkaç temel teze dayandırmaktaydı. Hasan Basri Bey, öncelikle Meclisin yasama, yürütme

Komisyon raporundaki “mevzuatı kanuniyeye mugayir” görme gerekçelendirmesinde bu bakışın etken olması yüksek olasılıktır.

[27] *TBMMZC*, D.1, C.9, İ.S.2, İ.12, 26.3.1337, 234.

[28] Bkz. Faruk Erem, *Parlamento Üyeliği ve Avukatlık*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1972), 3.

[29] Nisabı Müzakere Kanunu’nun 1. maddesi, ulusal amaç gerçekleşinceye değin Meclis için “müstemirren inikat” yani sürekli toplantı ilkesini benimsemişti. Bu çerçevede Meclis için bir tatil ya da araverme dönemi öngörülmemiş, Meclis çalışmalarının sürekliliği esas alınmıştı.

[30] *TBMMZC*, 26.3.1337, 234.

ve yargı işlevlerini birlikte yürütmesine işaret ediyor, milletvekillerinin avukatlık yapmasını yargı süreçlerinin işleyişi bakımından sakıncalı görüyordu:

Malûmuâileridir ki; Büyük Millet Meclisi -her vakit tekrar ettiğimiz veçhile-icrai ve teşriî sıfatları haiz bir Meclistir. Buna üçüncü bir sıfat olmak üzere (adlî) vasfını da bihakkın izafe edebiliriz. Çünkü hiyaneti vataniye mesailiyle memurin muhakematını, istiklâl mahkemeleri vazaifini, tecrim, tecili mücazat ve af salâhiyetlerini de deruhde ve takabbül eden Meclisi Âli bu vafsa dahi tamamiyle mazhar olmuş ve hattâ mesaili adliye vazaifi sairesi meyanında en mühim bir mevkiî iştigal ihraz etmiştir. Böyle icrai, teşriî, adlî salâhiyetleri haiz olan Meclis Muhterem Âzasının dâva vekâletiyle iştigali nasıl tecviz olunabilir? Olunursa aynı şahsın hem hâkim; hem müddei; hem müddeaalayeh olmasından başka bir mâna ifade edemez.^[31]

Hasan Basri Bey’e göre, bağdaşmazlığın altında yatan bir diğer etmen, milletvekilliği statüsünün sağladığı kimi ayrıcalıkların yol açması olası sorunlardı. Bu bağlamda, bir avukatın milletvekili dokunulmazlığına sahip olmasının yol açacağı özel duruma işaret ediyor, bunun milletvekili olmayan avukatlar karşısında, yargılamayı etkileyecek dengesizliklere neden olacağını vurguluyordu:

İcrai ve adlî sıfatlarından sarfinazarla Meclisi Âlinin sıfatı yalnız teşriî mahiyette kalsa dahi, bu mahiyetin icabettirdiği birtakım netayiç vardır. Meclisin dâhil ve haricindeki masuniyet ve bu masuniyetin mebuslara bahşettiği serbestî hareket ve bu serbestî hareketin şubat ve mahakim üzerinde icra ettiği nüfuz ve tesir herkesçe muhakkak bir hakikat iken ben yalnız teşriî mahiyeti haiz olan zevatın bile bu salâhiyetten mahrum zevat ile aralarında mühim bir fark olduğuna kaaniim. Yani yalnız teşriî noktâi nazardan bile mebuslar gayrimebuslardan istisnai birtakım salâhiyeti, birtakım hukukiyatı haizdir. Bu mahakim ve şubat üzerinde cidden haizi tesirdir.

(...)

(...) bir dâvanın başında kudreti teşriiye sahibi bir kimse bulunması, o dâvanın hakkında pek müessir bir âmildir ve bu da bizde haleti ruhiye meselesidir ve gayrikabili inkârdır.^[32]

[31] *TBMMZC*, D.1, C.17, İ.S.2, İ.161, 18.2.1338, 37.

[32] *TBMMZC*, 18.2.1338, 38.

Hasan Basri Bey ayrıca, bakanların Meclis içinden seçildiği ve sıkça değiştiği koşullar altında hukukçu milletvekillerinin her an Adalet Bakanı olma olasılığına dikkat çekerek bu olasılığın yargıçları olumsuz etkileyebileceğini ileri sürmekteydi:

(...) hukuk ile alâkadar olan her zatın bir gün olup Adliye Vekili olması bence hattâ tabiidir. Çünkü dairei intihabiye maksur ve mahduttur. (...)

Binaenaleyh bir gün olup da karşılına Adliye Vekili sıfatıyla çıkacağını ve kendilerine âmir olacağını bilen bir memurun veya bir hâkimin o arkadaşımız hakkında daha fazla hürmet göstermesi, onun nüfuzu altında kalması ruhi bir hal neticesidir ve bu da vâkidir.^[33]

Önerge görüşmelerinde, Refik Şevket Bey, bu kez Adliye Vekili (Adalet Bakanı) unvanı ile karşımıza çıkmaktadır. Onun sözleri, önergeyi destekleyici yönde değildi. Bununla birlikte, tutanaklardan sezildiği kadarıyla Meclisteki genel havanın önergeden yana oluşunun etkisiyle önergeye açıkça karşı da çıkmamış, izlenen yöntemi eleştirmek ve önergenin gerekçelendirilme biçimini çürütmeye çalışmakla yetinmiştir.

Refik Şevket Bey'in ilk itirazı yönetime ilişkindi. Buna göre, kanunun yasaklamadığı ya da sessiz kaldığı bir alanda bir hakkın kullanılması bir önergenin kabulü ya da bir Meclis kararıyla engellenemezdi.^[34] Bunun için bir kanun çıkarma yoluna gidilmeliydi. Üstelik milletvekilliği statüsü yasal düzeyde düzenlenmemişken, milletvekillerinin görev, yetki ve sorumluluklarını belirleyen bir kanun yokken, Meclisin yasama, yürütme ve yargı

[33] *TBMMZC*, 18.2.1338, 39.

[34] Önerge sahibi Hasan Basri Bey, bakanların avukatlık yapmasını engelleyecek herhangi bir düzenleme bulunmamasına karşın fiilen bu yasağın var olduğunu belirterek milletvekilleri için de benzer bir durumun söz konusu olması gerektiğini savunuyor, bu çerçevede bağdaşmazlığı saptamak için bir kanuna gereksinim olmadığını ileri sürüyordu: “(...) bu mesele kanun meselesi değildir. Bu mesele bir kararı idarî ile kabilihal bir meseledir. Bu mesele o kadar bedihidir ki; bugün İcra Vekilleri nasıl dâva vekâletiyle iştilal edemediği ve ademiiştilali hakkında bir kanun bulunmadığı halde, bunlar dâva vekâleti yapamıyorsa, Büyük Millet Meclisi âzası da böyle dâva vekâleti yapamaz. Çünkü bedihidir. (Bravo sesleri) Nasıl ki; İcra Vekilleri Heyetinin yahut her bir vekilin ayrı ayrı dâva vekâletinden menine ihtiyaç ve lüzum yoksa bir kararı idari kâfi ise, bizim vaziyetimiz de aynıdır.” Bkz. *TBMMZC*, 18.2.1338, 37, 39.

alanına ilişkin kimi yetkilere sahip olmasını, milletvekilliği ile avukatlığın bağdaşmadığına yönelik bir tezin dayanağı kılmak yersiz bir tutumdur.^[35] Henüz üyelik statüsüne ilişkin hukuksal zeminin oluşturulmadığı koşullarda kestirme bir yaklaşımla avukatlık mesleği için bağdaşmazlık ilan etmek, bu kapsama müteahhitlik, doktorluk, öğretmenlik gibi meslekleri de almayı gerektirecekti. Bakan’a göre bu bakış açısı, birçok meslek bakımından sürekli genişleyen nitelikte bir bağdaşmayan işler kümesinin doğuşuna yol açabilirdi.

Sonuçta önerge, Bakan’ın olumsuz yönde görüş bildirmesine karşın, gergin geçen görüşmeler sonunda kabul edilmiş, verilen bir başka önergenin de benimsenmesiyle, bağdaşmazlığı saptayan Meclis kararının Adliye Vekâletine bildirilmesi kararlaştırılmıştır.^[36] 18 Şubat 1922 tarihli ve 232 sayılı bu Meclis kararı, Kanunlar Dergisi’nde şu şekilde yer almıştır: “*Meclisi Millî âzasından dâva vekâletiyle iştiğal edenler varsa derhal menine karar verildi.*”^[37]

[35] Refik Şevket İnce, bu görüşmelerden yıllar sonra, 1936 yılında yayımladığı bir makalesinde bu önergeye egemen olan bakış açısını yine eleştirmiş, önergenin Meclisin işlevleri konusunda yetersiz bir kavrayışın ürünü olduğunu ileri sürmüştür:

“Bu takdirde ne hukuk felsefesi, ne meclisin dâhilî nizamnamesine riayet, ne de mevzuun bir kanun olduğu hususları asla nazarı dikkate alınmamış, ‘bir idari karar ittihazı’ gibi meclis bünyesine zıt bir teklif yapılmış, meclis âzası adeta hâkim kılınmış ve ondan sonra bazı medrese mantıklarına geçilmiş, meclisin o günün zaruretlerine binaen bazı vazifeler deruhte etmiş olması kendisine ‘adli’ kuvvet izafesine sebep telâkki edilmiştir. (...) Bugün meclisce o adli vazifelerden bazıları terkedildise aceba meclisin adli kuvvetten tecerrüt ettiğine mi zahip olacağız? Bunlar, bir teşri müessesesinin hukukî mahiyeti hakkında esaslı fikirlere sahip olmamanın ifadesi olmakla beraber, takdirde bahsi geçen ‘meclisin şerefi ve vaziyeti hazıraî hukukiye’si sözleri üzerinde tevakkuf edilmek lâzımdır. Meb’usların avukatlık yapmaları meclis için asla şerefsizlik olamaz. Çünkü, avukatlık mahkeme veya herhangi otorite huzurunda kanuna dayanarak adaletin tecellisine çalışmaktır. Avukatın şerefsizce hareketi şahsına münhasır kalır, tabiatile ne mesleke ve ne de o meb’us avukatın mensup olduğu meclise sirayet eder.” İnce, “Meb’uslukla,” 126.

[36] TBMMZC, 18.2.1338, 41.

[37] TBMM Kavanin Mecmuası, D.1, C.1, 3. Baskı (Ankara: TBMM Matbaası, 1943), 469.

C) 1924 ANAYASASI DÖNEMİ

1- Muhâmât Kanunu

TBMM üyeleri için getirilen avukatlık yapma yasağı uzun sürmemiş, yaklaşık iki yıl sonra bu kez yasal düzeyde yapılan bir düzenleme ile milletvekillerine avukatlık yapma yolu yeniden açılmıştır. “Başvekil İsmet” imzalı bir hükümet tasarısına dayanan ve Mecliste 3 Nisan 1924 günü kabul edilen 460 sayılı *Muhâmât Kanunu*'nun 4. maddesi şu hükmü içeriyordu:

Mecalis-i resmiye müntahip azalıklarıyla bilumum müessesat-ı hayriye ve maliye, ticariye, heyet-i idare ve meclis-i ilmiye azalıklarından ve devair-i resmiye dava vekâleti ile dava vekâletinden ve darülfünun ve mekâtib-i âliye müderris ve muallimliği ile mekâtib-i saire hukuk ve iktisat ve içtimaiyat muallimliklerinden maada hiçbir hizmet ve sanat muhâmîlikle içtima edemez. Muhâmîler bizzat her nevi muamele-i ticariye icrasından dahi memnudurlar.^[38]

Avukatlık mesleğini düzenleyen bu Kanun,^[39] doğal olarak, sorunu özelde TBMM üyeliği yönünden değil, avukatlık mesleği yönünden ele almış, avukatlık ile bağdaşmayan işleri belirlerken, “Mecalis-i resmiye müntahip azalıkları” ibaresiyle, seçimle belirlenen resmî temsil organları üyelikleri bağlamında TBMM üyeliğini de içine alan geniş bir istisna alanı oluşturmuştur. Kanun Tasarısı'nın Meclis görüşmelerinde, avukatlığın Meclis üyeliği ile bağdaşmadığına yönelik iki yıl önceki harareti sözlerin izine rastlanmaktadır. Sadece Burdur Milletvekili Hüseyin Baki Bey'in temsili görevler

[38] *Resmî Ceride*, 26.4.1340-69.

[39] 6.1.1926 tarihli ve 708 sayılı *Muhamat Kanununun Bazı Mevaddını Muaddil Kanun* ile Muhâmât Kanunu'nda yer alan “muhamat” ibareleri “avukatlık”, “muhami” ibareleri “avukat” şeklinde, ayrıca Kanun'un adı da “Avukatlık Kanunu” şeklinde değiştirilmiştir (*Resmî Ceride*, 16.1.1926-272).

için avukatlıkla bağdaşmazlık öngören bir önergesi^[40] işleme alınmış, ancak üzerinde konuşulmadan önerge Genel Kurulca reddedilmiştir.^[41]

Muhâmât Kanunu’nun kabulünden birkaç gün sonra 20 Nisan 1924 günü kabul edilen yeni Teşkilatı Esasiye Kanunu, konumuz bağlamında Muhâmât Kanunu’nun getirdiği düzeni değiştirecek nitelikte herhangi bir hüküm içermiyordu. Bu Anayasa’nın 23. maddesi, 1876 tarihli Kanunu Esasi’nin benimsediği çerçeveyi sürdürüyor, üyeliğin yürütme organınca verilecek görevlerle bağdaşmadığını hükme bağlamakla yetiniyordu.^{[42] [43]}

[40] Hüseyin Baki Bey, madde metninden “Mecalis-i resmîye müntahip azalıkları” ibaresinin çıkarılmasını öngören önergesini “*Mecalisi resmîye müntehap azalıkları hükümet memurini gibi ücretli değilse de ihata ettikleri vazaif pek vâsi olduğundan muhamilerin meclisi umumî, meclisi idare, belediye encümeni daim azalıklarında bulunmaları doğru olamayacağından*” ifadesi ile gerekçelendirmişti. *TBMMZC*, D.2, C.8, İ.S.2, İ.128, 3.4.1340, 287.

[41] *TBMMZC*, 3.4.1340, 287-8.

[42] Kuşkusuz, Kanunu Esasi döneminde olduğu gibi bu Anayasa döneminde de bakanlık görevinin TBMM üyeliği ile bağdaştığı kabul ediliyordu. 44. maddede başbakan ve bakanların TBMM üyeleri arasından belirleneceği açıkça hükme bağlanmıştı.

[43] 1924 Anayasası’nın 12. maddesinde “Ecnebi hizmet-i resmîyesinde bulunanlar (...) mebus intihap olunamazlar” hükmü yer almaktaydı. Bu noktada, yabancı devletlere ait resmî görevlerin TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işler kapsamında sayılıp sayılamayacağı sorusu akla gelmektedir. Burada teknik düzeyde bir kavramsal ayrıma gitmekte yarar vardır. Üyelikle bağdaşmayan işler kavramı, *milletvekili seçilmiş olan* kişilerin üyelik süresi boyunca yapamayacağı işleri imlemektedir. 1924 Anayasası’nın 12. maddesindeki düzenleme ise, milletvekilliğine *seçilme yeterliliğine ilişkin bir ölçüt olarak henüz milletvekili seçilmemiş kişilere (milletvekili adaylarına)* yöneliktir. Buna bağlı olarak üyelikle bağdaşmayan işleri yürütmek nedeniyle üyeliğin düşmesi durumu ile seçilme yeterliliğine ilişkin ölçütlerden birini yitirmek arasında bir ayrım bulunmaktadır. Seçilme yeterliliğine ilişkin koşullar, üyelik sürecinde değil, üyeliğe seçilme sürecinde aranmaktadır. Seçilme yeterliliğini sağlayıp milletvekili seçilen bir TBMM üyesinin, seçilme yeterliliğinin koşullarından birini yitirmesi nedeniyle üyeliğinin de düşmesi gerektiği, bu nedenle önsel olarak ileri sürülemez. Bu durumlarda üyeliğin düşmesi, ancak bunun Anayasa’da açıkça hükme bağlanmış olması hâlinde olanaklıdır. Anayasa’da böyle bir hüküm yoksa seçilme yeterliliğine ilişkin koşulların yitirilmesi tek başına üyeliğin düşmesi için yeterli görülemez, zira bunlar milletvekilliği sürecine değil, milletvekili seçilme/adaylık sürecine ilişkindir. Bu konuda bkz. Kemal Gözler, “Vatandaşlık ve Milletvekilliği,” *Liberal Düşünce* 4, no. 16 (Yaz, 1999): 90-91; Günel Seyit ve Tuncay Gün, “Vatan Hizmeti Kapsamındaki

Burada yine, üyelikle bağdaşmayan *mesleklere* yönelik herhangi bir belirleme yapılmadığı gibi yasa koyucuya bu alanı düzenlemesi için bir yetki tanıma durumu da söz konusu değildi:

Madde 23- Mebusluk ile Hükûmet memûriyeti bir zat uhdesinde içtimâ edemez.

28. maddede, yürütme organınca verilen görevin kabulü (memuriyet kabulü) durumunda üyeliğin düşeceği ve 29. maddede, bu biçimde üyeliğin düşmesi hâlinde üyeliği düşen milletvekili yerine yeni bir milletvekilinin seçileceği düzenlenmişti.

2- Cumhuriyet Halk Fırkasının 1931 Kurultayı

1924 Anayasası döneminde avukatlığın milletvekilliği ile bağdaşmayan işler sınıfında tanımlanmasına yönelik girişim, henüz Muhâmât Kanunu'nun ilgili hükmünün yürürlükte olduğu dönemde, bu kez Mecliste değil Cumhuriyet Halk Fırkası (CHF) Kurultayı'nda gündeme gelmiştir. Yukarıda ele aldığımız Mart 1921'deki Meclis görüşmelerine konu olan kanun tekliflerinden birinin sahibi olan Yozgat Milletvekili Süleyman Sırrı (İçöz) Bey, 1931 Kurultayı'nda yine milletvekilliği ile avukatlık unvanlarının aynı kişide birleşmemesi yönünde bir önerge vermiştir.^[44] Burada söz konusu iki unvan arasındaki bağdaşmazlık, tek partili siyasal yaşam koşullarında parti üyeliği dolayısıyla kurulmak isteniyor, böylece kanun yerine parti tüzüğünü değiştirmek, TBMM yerine CHF Kurultayı'na başvurma yolu izleniyordu.

Süleyman Sırrı Bey'in önergesi, “*Fırka meb’usları Fırka hükûmetinin kendilerine tevdi edecekleri hususat müstesna olmak üzere meb’usluklarının*

Askerlik Ödevinin Milletvekilliği Statüsü ile İlişkisi,” *Yasama Bülteni*, no. 5 (Ankara: TBMM Basımevi, 2020): 189-92.

1924 Anayasası döneminde milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin düzenlemeler için bkz. 14 Aralık 1942 tarihli ve 4320 sayılı Mebus Seçimi Kanunu (m. 10-12) ile 5 Haziran 1946 tarihli ve 4918 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu (m. 10-13).

[44] Süleyman Sırrı Bey'in mesleki formasyonu mülki idare amirliğine dayanıyordu. *TBMM Albümü (1920-2010)*, Cilt: 1, 2. Baskı (Ankara: TBMM Yayınları, 2010), 173.

Bağdaşmayan işler tartışmasında belirleyici olan etmenlerden birinin meslekler arası yarışma olduğunu dikkate aldığımızda, bu tartışmada tarihsel olarak öne çıkmış olan kişilerin mesleki kökenlerinin gözetilmesinde yarar bulunmaktadır.

devamı müddetince dava vekilliği veya avukatlık yapamazlar.” hükmünün Fırka Nizamnamesi’ne (Parti Tüzüğü) eklenmesi istemini içeriyordu.^[45] Kurultay’da önerge üzerinde yapılan görüşmeler sırasında Nizamname ve Program Encümeni adına görüş bildiren Hakkı Tarık (Us) Bey, konunun komisyon aşamasında da uzun uzun tartışıldığını, parti üyesi milletvekillerinin milletvekilliği sıfatlarını kötüye kullanmamalarının esas olduğunu, ancak komisyonca benimsenen metnin bu kaygıları giderecek içerikte olduğunu, diğer meslek sahipleri milletvekillikleri süresince mesleki faaliyetlerini sürdürebilirken avukatların bundan ayırık tutulması yönündeki bir yaklaşımı benimsemediklerini açıkça belirtmiştir.^[46]

Önergeye karşı olan Vasfi Raşit (Seviğ) Bey de, düzenlemenin sadece parti üyesi milletvekilleri için geçerli olmasının, partiye üye olmayan diğer Meclis üyeleri karşısında parti üyesi milletvekilleri aleyhine bir dengesizlik yaratacağını vurgulamış, kişileri mesleklerinden yoksun kılmanın yasalarda dahi ancak çok ağır durumlara yönelik bir yaptırım olarak belirlenebilirken, Parti Tüzüğü içinde parti üyelerine yönelik bir yaptırım olarak ele alınmasının ağırlığına işaret etmiştir.^[47]

Vasfi Raşit Bey, avukatlığın milletvekilliği ile bağdaşması durumunu kategorik olarak ele almıyor, avukatlık hizmetinin niteliğine bağlı olarak özel bağdaşmazlık durumlarının ortaya çıkabileceğini kabul ediyordu. Kuşkusuz bu durumlar, parti disiplini ile uyuşmayan hâller olarak, Komisyonun benimsediği Tüzük maddesinin norm alanı içinde çözüme kavuşturulacaktı. Ancak bunlar dışındaki avukatlık hizmetlerinin milletvekili olan parti üyelerince verilmesinin herhangi bir sakıncası yoktu. Aksine bir tutum, kişileri gelir kaynaklarından yoksun kılmak anlamına gelecekti ve diğer meslekler karşısında avukatlık aleyhine bir statü oluşturmak yersiz bir anlayışın ürünüydü:

Avukatlıkta tehlikeli olan şey kanunî bir muamelede suiistimal etmek avukatlık mesleği ile kabili telif değildir. Avukatlık herhangi bir müessesesi maliyede ücretli avukat olmak veyahut Müskirat İdaresi gibi bir şirkette ücretli avukatlık vazifesi ni yapması demek oraya kendisini satmış mevkiinde kalacağı ve bu hal ise

[45] CHF Üçüncü Büyük Kongre Zabıtları (10-18 Mayıs 1931), (İstanbul: Devlet Matbaası, 1931), 266.

[46] CHF Üçüncü Büyük Kongre Zabıtları, 264.

[47] CHF Üçüncü Büyük Kongre Zabıtları, 264-5.

meb'usluk şerefile kabili telif olmayacağı için bu gibi hususatta kendi menafiini istismar etmeleri Fırka disiplini noktai nazarından doğru değildir.

Fakat mahkemeye çıkıp ta herhangi bir vatandaşın hürriyetini, hayatını müdafaa etmek şerefinden mahrum edilmesi zannederim hiçbir zaman doğru değildir. Bundan başka avukat ve meb'us olmayarak devletin mesuliyeti altında bulunan hâkim veya müddeiumumiye nasıl tesir icra edebilir? Bunun imkân ve ihtimali yoktur. Encümenin noktai nazarının Meclisin kabul etmesi gazetecilerin gazete çıkarması, doktorların hastalarını tedavi etmesi çiftçilerin çiftliğini işlettiği bir zamanda bir avukatın yazıhanesini kapatmak o arkadaşların tekrar meb'us olmaları takdirde devletin kapısına bırakmak ve süründürmek olur. Bu cihette encümenin noktai nazarını kabul etmenizi istirham ederim.^[48]

Vasfi Raşit Bey'in ve Komisyon sözcüsü Hakkı Tarık Bey'in göndermede bulunduğu komisyon önerisi, görüşmeler sonunda kabul edilmiş, Süleyman Sırrı Bey'in önergesi ise benimsenmemiştir. Süleyman Sırrı Bey, önergesini savunurken bu konuya ilişkin temel tezlerden biri olan "kişinin geçim sorunu söz konusu olacaksa milletvekili olmak zorunda olmadığı, avukatlık faaliyetlerini milletvekili olmadan istediği gibi sürdürebileceği" görüşünü dillendirmiş, avukatlar arası ya da avukatlar ile Adalet Bakanı arasındaki çekişmelerin TBMM'ye yansımaları tehlikesine işaret etmiştir. Süleyman Sırrı Bey'in savunmasının bir diğer boyutu, yukarıda ele aldığımız Birinci Meclisin aldığı karara atıfla belirleniyordu. Süleyman Sırrı Bey önergesinin amacını bu kararın yeniden yaşama geçirilmesi olarak açıklarken, Birinci Meclisin manevi gücünden destek almayı gözetiyordu.^[49]

Kurultay'da kabul edilen metin, CHF Nizamnamesi'nde 108. madde olarak yer almıştır. Bu madde hükmü, milletvekilliği ile bağdaşmayan mesleklere ya da faaliyetlere yönelik özel bir belirleme yapmamış, kamusal-özel çıkarlar ikileminde CHF üyesi milletvekillerinin konumlarını özel çıkarları için kullanmalarını yasaklayan ve bu yasağın Partinin Genel Başkanlığınca izlenmesini öngören genel etik-kurumsal ilkeyi ortaya koymakla yetinmiştir:

Mebusların hususî hayatlarında, ticaret ve ziraat ve sanayi ve sairedeki faaliyetleri Devletin resmî kanunlarına tâbidir. Fakat Cümhuriyet Halk Fırkasına mensup

[48] CHF Üçüncü Büyük Kongre Zabıtları, 265.

[49] CHF Üçüncü Büyük Kongre Zabıtları, 265.

mebusların mebusluk sıfatını hususî menfaatleri için istismar edememelerine Fırka Umumî reisliği de hususî bir itina gösterir.^[50]

3- 1930’lar: Hukuk Yazınındaki Tartışmalar

1930’lu yıllar, avukatlık-milletvekilliği ilişkisinin verimli tartışmalara konu edildiği yıllardır. 1934 yılında Temyiz Mahkemesi (Yargıtay) başkanlarından Fahreddin Âsafoğlu’nun yazdığı *Adaletin Dilekleri* adlı kitapçık, konunun ele alındığı ilk yapıtlardan biridir. Âsafoğlu’na göre, halkın yargıya ilişkin duyarlılığı, bu alandaki meslek sahiplerinin kişisel fedakârlıklarda bulunmasını gerektiriyordu. Milletvekili olan avukatlar da bu gereklilikten başışık değildi. Âsafoğlu, Fransa’da, milletvekilliği süresince “siyasal nüfuzunu müşterilerinin şahsi menfaatleri uğrunda kullanmış olmamak için” avukatlık yapmadığını belirten bir milletvekilini örnek gösteriyor, Türkiye’de de benzer bir tutumun egemen olması gerektiğini, siyasi kişiliklerin meslek haklarını kullanmalarının sakınca doğurduğunu belirtiyordu.^[51]

Aynı yıl içinde, bir adli ihtisas mahkemesi yargıçısı olan Âbidin Kara tarafından yayımlanan ve Âsafoğlu’nun kitapçığına reddiye olarak yazılan *Adaletin Sesleri* adlı bir başka kitapçıkta, ikircikli bir yaklaşımla, bir yandan milletvekillerinin avukatlık yapmasının yargılama süreçlerini etkilemeyeceği savunuluyor, öte yandan milletvekillerinin avukatlık faaliyetlerine bağlı özel çıkarlar karşısında milletvekilliği sıfatının etkisi altında genel çıkarı göze-tecekleri, bir başka deyişle mesleki faaliyetlerden uzak duracakları umudu dile getiriliyordu:

Fikrimce ve umumiyetle de böyle düşünüleceği üzere vazifesini bilen bir meb’us avukat, mahkemeye nüfuz icrasına kalkışmıyacağı gibi vazifesini bilen bir hâkim de meb’usluk nüfuz ve sıfatının tesiri altında kalmaz.

Sözümüze şunu da ekleyebiliriz ki, muhterem millet vekilleri bu hususta başka devlet vaziyetlerini örnek tutmayarak ve memleket ve milletimizin halini ve daha çok şeylere ihtiyacını göz önünde tutarak meb’us buldukları müddetçe bütün çalışmalarını yüksek vatanperverlik borcu olarak yalnız milletin işlerine

[50] *CHF Nizamnamesi ve Programı*, (Ankara: TBMM Matbaası, 1931), 21-2.

[51] Bu yapıta erişemedik, ancak Refik İnce’nin makalesi konumuzla ilgili bölümleri kitapçıktan aynen aktardığı için bu aktarımlardan yararlandık. Bkz. İnce, “Meb’uslukla,” 129-30.

hasrederler, ümit edilir ki, kendilerinin daha çok faydalar elde edilecek fikir ve maddî hizmetleri görülür.^[52]

Bu iki kitapçıktaki tezlere yanıt, Refik İnce'nin Ekim 1936 tarihli İzmir Barosu Dergisi'nde yayımlanan uzun makalesi ile gelmiştir. Görüşlerini TBMM tutanaklarında da gördüğümüz İnce, bu makalede konuya ilişkin bakışını sistemli olarak ortaya koymuştur. İnce, Âsafoğlu'nun bağdaşmazlık yönündeki görüşünü benimsemiyor, Kara'nın tezlerini ise çelişkili buluyordu. İnce, yargının bağımsızlığı ilkesini öne sürerek, milletvekilliği sıfatından kaynaklanan siyasal nüfuzun yargılama süreci içinde etkili olduğu görüşünü yadsıyor, böyle bir izlenim varsa bunun olgularla desteklenmesini istiyordu. İnce'ye göre, milletvekillerinin avukatlık yapmamaları, halkın duyarlılığına uygun bir "fedakârlık" olarak görülemezdi. Yine, avukatlık yapan milletvekillerinin, milletvekili olarak "fikir ve kanaatlerini millete kiralamış"ken, avukat olarak bir yandan da "belli şahıslara kiralama"larından söz edilemezdi. Çünkü avukatlık da milletvekilliği gibi bir kamu hizmeti idi:

(...) evvela; meb'usluk tam bir fikir ve kanaat kiralama değildir, saniyen; hâkim huzurunda bir hak müdafaası, müdafî için bazan en büyük millî ve vatanî vazife kadar mübarek sayılır. Bir de her müdafaanın behemahal kira bedeli mukabilinde olduğuna dair elde bürhanları yoktur. Avukatların ne kadar mühim sayılan davaları ne kadar büyük bir ferağat, hatta fedakârlıkla kabul ettiklerine inanmak lâzımdır. (...) Avukatlar da tıpkı doktorlar gibi çok içtimaî marazlar karşısında merhamet duygusu altında parasız iş yapmayı borç bilirler.^[53]

İnce, milletvekilliği ile avukatlığın kategorik olarak bağdaşmazlığını öngören tezleri reddederken, milletvekillerinin tümüyle serbest biçimde avukatlık yapabilmesi yönündeki görüşü de benimsemiyordu. Buna göre, Meclis üyesi avukatın yapamayacağı işler, kamu yararı ölçütü gözetilerek belirlenmeli, mesleki faaliyet ile kamu işlerinin birbirine karıştırılmamasına (örneğin avukatlık faaliyeti içinde milletvekilliği unvanı kullanılmamalıydı) dikkat edilmeliydi. Bu bağlamda İnce, kamu kurumları aleyhine avukatlığın sakıncalar doğurabileceğini düşünüyor, ancak bu durumda dahi kararın avukatın vicdanına ve siyasal denetime bırakılmasını savunuyordu. Öte yandan İnce'ye göre, konu sadece avukatlık mesleği özelinde değerlendirilmemeli,

[52] Aktaran: İnce, "Meb'uslukla," 131.

[53] İnce, "Meb'uslukla," 130.

milletvekilliği ile bağdaşmayan işler, ilgili tüm mesleki alanları bir bütün olarak ele alınacak biçimde *kanunla* belirlenmeliydi.^[54]

Tartışmayı, dönemin önde gelen avukatlarından Milaslı Gad Franko,^[55] 1937 yılında yayımladığı bir makaleyle sürdürmüştür. Gad Franko, İnce’nin sorunu çözümleme tarzı ve bu çerçevede geliştirdiği tezler ile makalesinin sonunda ulaştığı sonucu uyumsuz buluyordu. Buna göre İnce, avukatlık ile milletvekilliğinin bağdaşmazlığını öngören tezleri güçlü bir biçimde çürütüyor, ancak sonuçta bağdaşmazlık alanlarının bir kanunla belirlenmesini önererek çelişkiye düşüyordu. Gad Franko’ya göre, Türkiye’de o dönem itibarıyla milletvekili avukatlara yöneltilen eleştirileri destekleyecek kanıtlar yoktu. Dolayısıyla konunun yabancı ülke deneyimlerinden çıkarsanan görüşler temelinde tartışılması yersizdi. Sorun, Türkiye’deki somut durum ve olgular üzerinden tartışılmalıydı.^[56]

Franko, milletvekili avukatlara atfedilen siyasal gücün, bağlayıcı kanun hükümleri karşısında, yargıçların karar alma süreçlerini etkilemesinin düşünülmemeyeceği kanısındaydı. İnce’nin işaret ettiği milletvekillerinin kamu kurumları aleyhine davalarda avukatlık yapması sorunu da, böyle bir örnek somut olarak hiç gündeme gelmediği için kanun konusu yapılacak bir sorun alanı oluşturmuyordu. Franko, milletvekilleri için toptancı bağdaşmazlık alanı belirlemelerinin kişilerin mesleki kazanımlarının yitiminin yanı sıra Meclis üyeliğinin geleceği için olumsuz sonuçlar doğurması tehlikesinden de söz ediyordu:

Bir zata, mebus olduğu için meslekini icradan men etmek kadar mantıksızlık olamaz; düşünmeliyiz ki bazı ahvalde mebusluğu kabul eden avukat -kendisine bahşedilen yüksek şerefe hürmeten- büyük maddî fedakârlıklar yapıyor. Eğer böyle kıymetli ilim ve faaliyeti müsellemler bu zat mebus olduğu gibi yazihanesini dağıtmağa mecbur tutulacaksa bu şerefli vazifeyi kabul etmemeğe muztar

[54] İnce, “Meb’uslukla,” 147-8.

[55] Milaslı Gad Franko hakkında bilgi için bkz. Rifat N. Bali, *Unutulmuş Bir Fikir Adamı ve Hukuk Âlimi: Milaslı Gad Franko*, (İstanbul: Libra Kitapçılık, 2013).

[56] Gad Franko (Milaslı), “Saylav Avukatlar,” *Hukukî Bilgiler Mecmuası* 8, no. 10-94 (Ağustos, 1937): 3-4.

birakılır; o halde meclise ancak mebus tahsisatını mayeşet medarı olarak telakki edenlerin girmesine yol açılmış olur.^[57]

Gad Franko, milletvekilliği ile bağdaşmayan işler tartışmasında, benzer nitelikte, kazanç getiren birçok meslek bulunmasına karşın özellikle avukatlığın hedef alınmasını yadırgıyordu. Ona göre çözüm yolu, sorunu bir yasa konusu yapmaktan değil, sorunun temelde etik bir bağlama oturduğunu kabul etmekten geçiyordu. Bizce de yerinde olan bu düşünce, siyasal gücün kötüye kullanımı ile yasal düzeyde baş etmenin olanaksızlığı yargısına dayanıyordu. Gad Franko, bu çerçevede CHF'nin yukarıda sözünü ettiğimiz 1931 Kurultayı'nda benimsenen yöntemi yeterli bulmaktaydı:

(...) mebusluk sıfatından ve vazifesinden doğan nüfuzun istimali veya sui istimali için ne cübbeyi koyup mahkeme huzuruna gelmek ne avukat olmak icap eder. Bir mebus -sözünün müessir olacağına kani ise- hâkimi ziyaret ederek ricada bulunması kâfidir. Buna hangi kanun mâni olur?

Bazı haller ve icaplar vardır ki kanunla değil ahlak seviyesile mahfuz ve müem-mendir; Parti bunu anlamış ve nizamnamesinin 108 inci maddesinde mebusların mebusluk sıfatını hususî menfaatleri için istismar edememelerine fırka umumî reisliğinin hususî bir itina göstereceğini kayıt ettirmiştir. Bu kâfi ve vafidir.^[58]

Görüldüğü gibi, 1930 yıllar, avukatlık-milletvekilliği bağdaşmazlığı tartışması açısından oldukça canlı bir dönemi temsil etmekteydi. Bu dönemde, tartışma TBMM Genel Kurulunun dışına taşmış ve önde gelen hukuk insanları sorunu çok boyutlu olarak ele almışlardır.

4- 3499 sayılı Avukatlık Kanunu

460 sayılı Muhâmât (Avukatlık) Kanunu'nun milletvekilleri için sağladığı avukatlık yapabilme olanağı, bu Kanun'u izleyen meslek kanununda da korunmuştur. 460 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırarak onun yerini alan 27 Haziran 1938 tarihli ve 3499 sayılı *Avukatlık Kanunu*'nun^[59] 3. maddesinde avukatlıkla bağdaşmayan işlere ilişkin genel çerçeve şu şekilde çizilmiştir:

[57] Franko, "Saylav," 4.

[58] Franko, "Saylav," 4-5.

[59] *Resmî Gazete*, 14.7.1938-3959.

Türkiye’de Milletvekilliği – Avukatlık Bağdaşmazlığı Sorunu:
Tarihsel Bir İnceleme

Maaş, ücret veya aidat mukabilinde görülen hiç bir hizmet ve vazife, iş ajanlığı, tüccarlık veya meslekin vakar ve haysiyetile telifi mümkün olmayan her türlü meşgale avukatlıkla içtima edemez.

Adliye Encümeni mazbatasından (Adalet Komisyonu raporu) anlaşıldığına göre, buradaki kısıtlamada esas alınan ölçüt, etik kaygılardan çok “daimi meşgale” (sürekli uğraş/tam zamanlı çalışma) gerektiren işlerin belirlenmesi olmuş, bu türden işlerin avukatlık mesleğinin amaçları/gerekleri ya da avukatlık mesleğinin gerektirdiği uğraşlar ile bağdaştırılamayacağı düşünülmüştür.^[60]

Kanun’un 4. maddesinde, 3. maddede ortaya konulan bağdaşmazlık alanının istisnaları belirleniyordu. Maddenin (A) bendinde il ve belediye meclisi üyeleri ile birlikte *milletvekilleri* de 3. madde hükmünden ayırık tutulanlar arasında sayılıyordu. Daha açık bir deyişle, milletvekillerinin avukatlık yapması, önceki Kanun döneminde olduğu gibi yine olanaklı olacaktı. Ancak bu kez, milletvekilleri için, sunacakları avukatlık hizmetinin niteliğine bağlı bir sınırlama öngörülmüştü. Bu durum, maddenin ikinci fıkrasında şöyle hükme bağlanmıştı:

(...) mebuslar Hazinesinin, belediye ve hususî idarelerin, vilâyet ve belediyelerin idare ve murakabesi altında bulunan daire ve müesseselerin ve sermayesinin yarıdan fazlası Devlete aid şirket ve müesseselerin, (...) aleyhindeki dava ve işleri kabul ve takibden memnudurlar.

Maddenin üçüncü fıkrasında, bu yasağın, milletvekili avukatların ortağı olan avukatlar için de geçerli olduğu düzenlenmişti.^{[61]_[62]}

[60] *Avukatlık Kânunu Lâyihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/962)*, Sıra Sayısı: 297, (TBMMZC, D.5, C.26, İ.S.3, İ.81, 27.6.1938’e eklidir), 14.

[61] Ortaklara ilişkin bu düzenleme, Kanun’a dayanak oluşturan Hükümet Tasarısı’nın ilk biçiminde yer almıyordu. Bu hükmün komisyon aşamasında metne eklendiği anlaşılmaktadır.

[62] 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 4. maddesi 17 Haziran 1957 tarihli ve 7016 sayılı Kanun (bkz. *Resmî Gazete*, 24.6.1957-9641) ile 27 Mayıs 1959 tarihli ve 7301 sayılı Kanun’la (bkz. *Resmî Gazete*, 4.6.1959-10222) değiştirilmiştir. Bu değişikliklerde TBMM üyelerini ilgilendiren bir boyut bulunmadığından burada ayrıca inceleme gereksinimi duymadık. Ancak 7016 sayılı Kanun’a ilişkin görüşmeler sırasında bir milletvekilinin (Kars Milletvekili Sırrı Atalay), elliden fazla milletvekilinin imzasını

Komisyon raporundan, 4. maddedeki avukatlıkla bağdaşan ayrıksı işler belirlemesinin temelinde, yine yukarıda belirttiğimiz ölçüt ile ilintili bir bakış açısının yattığı anlaşılmaktadır. Komisyon raporunda, bu ayrık tutulan işlerin, “avukatlığın esaslı meşgalesine müessir olmaması” değerlendirmesine bağlı olarak belirlendiği açıklanmaktadır. Bir başka deyişle, milletvekilliğinin avukatlık mesleğinin gerektirdiği uğraşlara etkisinin olmadığı, iki görevin bir arada yürütülebileceği düşünülmekteydi.^[63]

Avukat milletvekilleri yönünden kamu kurumları ve kamu idareleri aleyhindeki dava ve işleri kabul ve takip konusundaki sınırlamanın nedeni ise, ne Tasarı gerekçesinde, ne komisyon raporunda ne de Genel Kurul aşamasında^[64] açıklanmamıştı. Burada olasılıkla, yasama organı üyesi bir kişinin bu statüsü ile Devletin taraf olduğu bir davada Devlet “aleyhine” avukatlık hizmeti arasında bağdaşmazlık görülüyor, bir milletvekilinin Devlete karşı bir dava yürütmesinin kamu otoritesi yönünden bir zaaf görüntüsüne yol açacağı düşünülüyordu. Oysaki avukatlık mesleğinin, hizmet sunulan tarafların kimliği ya da durumlarından bağımsız olarak kendi başına bir kamu hizmeti olduğu^[65], üstelik avukat ile müvekkil ya da avukat ile savunduğu dava arasında bir özdeşlik, ortaklık ya da benimseme ilişkisi varsayılama-

taşıyan bir kanun teklifi verildiği ve Teklif’in milletvekillerinin avukatlık yapmalarını yasaklamayı amaçladığı yönündeki sözlerine işaret etmek gerekir (*TBMMZC*, D.10, C.20, İ.S.3, İ.81, 14.6.1957, 235). Görüldüğü gibi, milletvekillerinin avukatlık yapmasını engellemeye yönelik girişimler, parlamento tarihimiz içinde farklı tarihsel uğraklarda birden çok kez gündeme gelmiştir.

[63] *Avukatlık Kânunu Lâyihası ve Adliye Encümeni Mazbatası*, Sıra Sayısı: 297, 14-5.

[64] *TBMMZC*, D.5, C.26, İ.S.3, İ.81, 27.6.1938, 340-1.

[65] Kanun’un 22. maddesi hükmü karşısında, avukatlığın kamu hizmeti niteliği taşıdığı konusunda bir tereddüt bulunmuyordu:

“*MADDE 22- Avukatlık, amme hizmeti mahiyetinde bir meslektir.*

Gayesi avukatların hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine tahsis, tarafların hukukî münasebetlerinden veya karşılıklı menfaatlerinden doğan ihtilâfların hakka uygun olarak halline tavassut ve umumiyetle mahkemelerle diğer resmî mercilere kanununun tam olarak tatbiki hususunda yardım etmektir.”

Kanun’a dayanak oluşturan Kanun Tasarısı’nın gerekçesinde de avukatlığın bir “amme hizmeti” olarak görüldüğü açıkça belirtilmişti. Bkz. *Avukatlık Kânunu Lâyihası ve Adliye Encümeni Mazbatası*, Sıra Sayısı: 297, 4.

çağı veri alındığında, bizce bu kısıtlama hukuk mantığı ve Kanun’un özü ile uyumsuzdu. Bu türden bir bakış açısı, önsel olarak Devlet çıkarının üstünlüğünü ve geniş anlamda bir kamu görevlisi olarak milletvekilinin hukukun kendisi yerine bu “üstün çıkar”a bağlılığını varsayıyordu. Zira Kanun hükmüne göre, milletvekillerinin kamu kurumları için avukatlık yapmalarının önünde bir engel bulunmuyordu,^[66] kısıtlama yalnızca bu kurumlar “aleyhindeki” savunmanlık hizmetleri bakımından geçerliydi.

3499 sayılı Avukatlık Kanunu, 1961 Anayasası’nın kabulünden sonra da, 1969 yılı Temmuz ayına kadar yürürlükte kalmıştır. 1961 Anayasası’nın TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işlere yönelik hükümleri, konumuz bağlamında 3499 sayılı Kanun ile kurulan düzeni geçersiz kılacak nitelikte bir sonuç doğurmamıştır.

D) KURUCU MECLİS VE 1961 ANAYASASI DÖNEMİ

1- Temsilciler Meclisi

Parlamento üyeliği ile bağdaşmayan işler sorunu, 1961 Anayasası’nı hazırlayan Kurucu Meclisin Milli Birlik Komitesi ile birlikte iki ana bileşeninden birini oluşturan Temsilciler Meclisinin oluşumunda da gündeme gelmiştir. Bu Meclisin kuruluşunu düzenleyen 13 Aralık 1960 tarihli ve 157 sayılı *Kurucu Meclis Teşkilî Hakkında Kanun*’un^[67] “Üyelikle bağdaşabilen işler” başlıklı 9. maddesine göre, Temsilciler Meclisinin üyeleri, bu Meclisteki görevlerini aksatmamak şartıyla serbest mahiyetteki mesleki faaliyetlerine

[66] Kuşkusuz 5 Temmuz 1934 tarihli ve 2573 sayılı *Devlet Davalarını Takibe Memur Avukatlar Hakkında Kanun* hükümleri saklıdır. Zira bu Kanun’un 1. maddesine göre, genel bütçeye dâhil dairelere ait davaların izlenmesi, savunusu, icra takibi, bütün kanun yollarına başvurulması ve sunulan evrak üzerine hukuksal görüş verilmesi görev ve yetkileri Maliye Bakanlığına bağlı hazine avukatlarına aitti (bkz. *Resmî Gazete*, 15.7.1934-2752). 1938 yılında kabul edilen 3499 sayılı Avukatlık Kanunu, söz konusu Kanun hükmünü yürürlükten kaldırmamıştır. Özetle, hazine avukatlarına özgülenen görev alanı içinde avukat milletvekillerinin avukatlık hizmeti sunması söz konusu olamazdı.

[67] *Resmî Gazete*, 16.12.1960-10682.

Kanun’un tam adı, “1924 Tarih ve 491 Sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkındaki 12 Haziran 1960 Tarihli ve 1 Sayılı Geçici Kanuna Ek «Kurucu Meclis Teşkilî» Hakkında Kanun”dur.

devam edebileceklerdi. Dolayısıyla Temsilciler Meclisi üyeliği ile avukatlık birleşebiliyordu.^[68]

Bu Kanun'da öngörülen kısıtlamalar, yürütme organı karşısında bağımsızlığı sağlamaya yönelik yerleşik anlayış içinde belirlenmiştir. Bununla birlikte Kanun'da, bağdaşmayan işler karşısında belli istisna alanları oluşturularak toptancı yaklaşımlardan da uzak durulmuştur.

Temsilciler Meclisi, Anayasa ve Seçim Kanunu hazırlamakla görevli, geçici nitelikte, bir ara rejim Meclisi olmasına karşın, bu Meclis üyeliğine ilişkin statü hukuku özellikle bağdaşmayan işler sorunu bağlamında -belli ayrımlarla- 1961 Anayasası'ndaki düzenlemenin çekirdeğini oluşturmuştur. Bu hukuku kuran 157 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasına göre Temsilciler Meclisi üyeleri, seçildikleri tarihten sonra Devlet ve diğer kamu tüzel kişileriyle bunlara bağlı teşekküllerde, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin doğrudan doğruya veya dolaylı katıldıkları ve ilgili oldukları teşebbüs ve ortaklıklarda görev alamayacaklardı. Devlet veya diğer kamu tüzel kişileriyle bunlara bağlı teşekkül ve ortaklıklarda görevli iken Temsilciler Meclisine üye seçilenler ise, bu Meclis sona erinceye kadar görevlerinden izinli sayılacaklardı. Üniversite öğretim üyeleri, bu kısıtlamalardan ayırık tutulmuşlardı. Ayırık tutulan bir diğer alan, uluslararası kuruluşlarda Devletin temsilinin bu kuruluşların statüleri gereğince özel olarak Yasama Meclisi üyeleri tarafından yapılmasının gerektiği durumlara ilişkindi.

Kanun'un 10. maddesinin üçüncü fıkrası, siyasal gücün ekonomik çıkarlar için kötüye kullanımını engellemeye yönelik, etik bağlam^[69] içinde biçimlenen bir çerçeveye çizerken, aynı zamanda üyelerce yürütülebilecek avukatlık

[68] Bu maddenin Milli Birlik Komitesindeki görüşmeleri sırasında yaklaşık yüz yıla yayılan gelenekselleşmiş tartışma yeniden yaşanmış, meslekler arasında ayırım gözetmeyi öneren ya da meslekleri "yarıştıran" görüşler ileri sürülmüştür. Avukatlık, doktorluk ve müteahhitlik, bu tartışmaların değişmez meslekleridir. Bu örnekte Cemal Madanoğlu ve Vehbi Ersü, mesleki faaliyetlerin üyelikle birlikte sürdürülebilmesine olanak tanıyan düzenlemeye karşı çıkmışlarsa da itirazları kabul edilmemiştir. İtirazların kabul edilmemesinde, 10. maddede müteahhitlik ve avukatlık yönünden getirilen kısıtlamaların ikna edici etkisinin belirleyici olduğunu söyleyebiliriz. Bkz. *Milli Birlik Komitesi Genel Kurul Toplantısı*, C.3, B. (Birleşim) 49, 8.12.1960, 19-21.

[69] Etik kaygıyı dışavuran bir düzenleme Kanun'un 14. maddesinde yer alıyordu. Bu madde hükmüne göre Temsilciler Meclisi üyeleri, göreve mal beyanı ile başlayıp görevlerinin sonunda mal beyanı ile ayrılacaklardı.

hizmetlerinin sınırlarını da belirlemiştir. Buna göre, Temsilciler Meclisi üyeleri, seçildikleri tarihten sonra, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin herhangi bir taahhüt işini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kabul edemeyecekler, aynı zamanda bunların *taraf oldukları* anlaşmazlıklarda vekâlet alamayacaklar, yani avukatlık yapamayacaklardı. Burada avukatlık yönünden getirilen kısıtlamanın kamu lehine ya da aleyhine bir ölçüte bağlanmaması, hukuk kavrayışı bakımından 3499 sayılı Kanun’un yukarıda irdelediğimiz düzenlemesi karşısında görece bir ilerlemeyi temsil etmekteydi. Kuşkusuz, bu dönüşümün bir diğer çıktısı, avukatlık hizmetlerine yönelik kısıtlamanın genişletilmesiydi. Bu arada, 3499 sayılı Kanun bu süreçte hâlen yürürlükte olmasına karşın, Temsilciler Meclisi üyeleri için, özel hüküm niteliğindeki 157 sayılı Kanun hükümlerinin geçerli olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

2- 1961 Anayasası’nın Getirdiği Düzen

Ara rejim dönemini sonlandıran ve Milli Birlik Komitesi ile Temsilciler Meclisi yerine Türkiye Büyük Millet Meclisini getiren 1961 Anayasası’nın “Üyelikle bağdaşmayan işler” başlıklı 78. maddesi,^[70] Osmanlı-Türk anayasa tarihi içinde o zamana değin bu alana ilişkin olarak anayasal hüküm düzeyinde kabul edilmiş en ayrıntılı düzenleme olmuştur. Önceki anayasalarda Meclis üyeliğinin bakanlık hariç yürütme organınca verilecek görevlerle bağdaşmadığı yönündeki yalın düzenleme, aslında öz ve amaç yönlerinden korunmasına karşın, 1961 Anayasası’nda yerini oldukça ayrıntılı nitelikte görev belirlemelerine bırakmıştır.

78. madde önce parlamentonun iki kanadına (Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu) üyeliğin aynı kişide birleşemeyeceğini saptıyordu. Maddenin ikinci fıkrasında, TBMM üyelerinin, bir başka deyişle hem Millet Meclisi hem de Cumhuriyet Senatosu üyelerinin, kamu kurumlarında ve Devletle doğrudan ilişkili birtakım örgütlenmelerde görev almaları yasaklanıyordu. Fıkra hükmü, yöntemsel olarak kanunla düzenlenmesi daha uygun olacak bir ayrıntı düzeyinde, kazustik bir yöntemle söz konusu görev yasaklarını belirliyordu:

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinde ve bunlara bağlı kuruluşlarda, Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin doğrudan

[70] *Resmî Gazete*, 20.7.1961-10859.

doğruya veya dolayısıyla katıldığı teşebbüs ve ortaklıklarda, kamu yararına çalışan derneklerden özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış olanların yönetim kurullarında ve başka işlerinde^[71] görev alamazlar ve bunların herhangi bir yüklenme işini doğrudan doğruya veya dolayısıyla kabul edemezler.

Yasak alanlar içinde yürütme organı bünyesindeki görevlerin yanı sıra kamu kaynaklarının kullanımı ile ilişkili girişim ve ortaklıklar ile derneklerin de bulunması,^[72] Anayasa koyucunun istenci yönünden bir yenilik olarak görünüyordu. Çünkü artık milletvekilliği ile bağdaşmayan işler alanı düzenlenirken yalnızca yasama organı üyelerinin yürütme organı karşısındaki bağımsızlığının sağlanması değil, aynı zamanda akçalı işler yönünden siyasal gücün kötüye kullanımını engelleme kaygısı, eşdeyişle etik boyut da

[71] Söz konusu derneklerle ilgili ibareler, metne, Milli Birlik Komitesi aşamasında eklenmiştir. Bu düzenlemenin altında Kızılay, Çocuk Esirgeme Kurumu, Türk Hava Kurumu gibi derneklerde görev almanın özde memurluk gibi bir kamu hizmeti olduğu düşüncesi yatmaktaydı. Bkz. *Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi (TMTD)*, C.5, B.70, 20.5.1961, 483. Maddenin Temsilciler Meclisinde kabul edilen ilk biçimi için bkz. *TMTD*, C.3, B.48, 19.4.1961, 425.

[72] Bu bağlamdaki düzenleme gereksinimi, 1924 Anayasası dönemindeki tartışmalı uygulamalar ile koşullanmıştır. Arsel'in saptamasına göre, söz konusu dönemde Anayasa hükmünde yer alan "hükümet memûriyeti" ibaresinin dar yorumlanması, birçok kamu görevinin yasama bağdaşmazlığı kavramının dışında bırakılmasına ve bu durumun, Demokrat Parti iktidarı sürecinde özellikle 1954 sonrasında (1957 seçimlerinin ardından da artarak) hükümetin yasama organı üyeleri üzerindeki nüfuzunu besleyen bir araç olarak kullanılmasına yol açmıştı. "Demokrat Parti iktidarının, Meclisteki üyelerini birtakım kamu müesseselerine dolgun ücretlerle yerleştirmesi", milletvekillerinin yürütme karşısındaki özerkliğini zedelediği gibi Meclisin yürütme üzerindeki denetim işlevini de etkisiz kılmıştı. 1961 Anayasası'nın bir tür tepki olarak beliren yasama bağdaşmazlıklarını ayrıntılı olarak düzenleme yeğlemine, bu tarihsel bağlam içinde okumak gerekir (bkz. Arsel, *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları*, 249; Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 209).

gözetiliyordu.^[73] Ancak yine de meslekler alanı, anayasal hüküm düzeyinde bağdaşmayan işler kümesi içine alınmamıştı.^[74]

Maddenin üçüncü fıkrası, yürütme organınca görevlendirilme yasağına ilişkin geleneksel düzenlemeyi içeriyordu. Ancak bu kez, bu kurala bir istisna getiriliyor, çerçevesi belirli konularda, süre koşulu ve üyesi bulunulan Meclisin kararına bağlanan geçici görevlendirmelere olanak sağlanıyordu:

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, yürütme organının teklif, inha, atama veya onamasına bağlı resmî veya özel herhangi bir işle görevlendirilemezler. Bir üyenin belli konuda ve altı ayı aşmamak üzere Bakanlar Kurulunca verilecek geçici bir görevi kabul edebilmesi, kendi Meclisinin kararına bağlıdır.

Söz konusu istisna alanına gereksinim duyulmasının nedeni, özellikle uluslararası ilişkileri ilgilendiren konularda geçici nitelikte görevlendirmelere başvurulması gerekliliğiydi. Görevlendirmenin Meclis kararına (iznine) bağlanması ise, görevlendirme konusu için üyelikle bağdaşıp bağdaşmadığını

[73] Maddenin gerekçesinde bu yeni boyuta işaret edilmemiş, yalnızca “Hükümet karşısında tam bir bağımsızlığın sağlanması için Devletle ilgisi olabilecek herhangi bir işin kabul edilmemesi” ölçütüne göndermede bulunulmuştur. Bkz. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı: 35 (TMTD, C.5, B.70, 20.5.1961’e eklidir), 34.

[74] Temsilciler Meclisindeki görüşmeler sırasında “meslekler” alanı ile ilgili kaygılar da dillendirilmiş, ancak bu görüşler madde metnine yansımamıştır. Emin Soysal bu bağlamdaki görüşlerini şöyle ifade etmiştir:

“(…) komisyonun üyelikle bağdaşmayan bir hizmet kabul etmesi fıkrasının tavzihine lüzum vardır. Çünkü geçmiş devirde idare meclisi âzalıklar ve *hazine avukatlıkları gibi hususlar pek çok suiistimal edilmiştir*. Bunlar arasında idare meclisi âzalıklarından 5 bin lira para alanlar olmuştur. Bunun için komisyonun vazih olarak beyanda bulunması lâzımdır. Ayrıca *hazine avukatlığı; daha eski devirde mebuslar ticaret, doktorluk, şu veya bu işle meşgul olmaları düşünülürdü. Son zamanlarda düşünülmez oldu. Mebuslar bizatihi mebusluk işleriyle meşgul olup memleketin tevdi ettiği ağır vazifeleri ifa etmekle meşgul olmaları yerine, hususi, ticari, iktisadi işlerle meşgul olması gibi keyfiyetler vardır*. Bu noktadan komisyonun esaslı izahatta bulunması ve bizleri tenvir etmesi lâzımdır kanaatindeyim.” (vba.) TMTD, C.3, B.48, 19.4.1961, 435.

Komisyon sözcüsü Turan Güneş, bu sözler karşısında, üyelikle bağdaşmayan işlere ilişkin madde hükmünün idare meclisi üyelikleri ile ilgili sorunu tümüyle ortadan kaldırdığını belirtmiş, ancak meslekler alanına yönelik herhangi bir açıklamada bulunmamıştır (19.4.1961, 435).

somut olay özelinde değerlendirmek üzere Meclise bir takdir yetkisi tanımayaya dönüktü.^[75]

Son olarak maddenin dördüncü fıkrası, konumuzla doğrudan ilintili sonuçlar doğurabilecek bir çerçeve kuruyor, Anayasa'da belirlenenler dışında, üyelikle bağdaşmayan diğer işlerin belirlenmesini yasa koyucunun takdirine bırakıyordu:

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği ile bağdaşmayan diğer görev ve işler kanunla gösterilir.

İleride 1982 Anayasası'nın 82. maddesinde de yer bulacak olan bu hükümle Anayasa koyucu, milletvekilliği ile bağdaşmayan işlerin asgari çerçevesini belirlemekle yetiniyor, bu asgari sınırı aşma ve çerçeveyi genişletme konusunda yasama organını yetkili kılıyordu. Bu hüküm açıklığının ve geniş ölçekli yetkilendirme yöneliminin tarihsel bir arka planı vardır. Anımsanacağı üzere, 1924 Anayasası döneminde, milletvekilliği ile bağdaşmayan işlere ilişkin anayasal düzenleme, Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan "*Mebusluk ile Hükûmet memuriyeti bir zat uhdesinde içtima edemez.*" hükmünden ibaretti. Bu düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde iki temel sorun ortaya çıkmıştı: 1- "Hükûmet memuriyeti" kavramının kapsamını belirleme sorunu. 2- "Hükûmet memuriyeti" nin dışında kaldığı konusunda tereddüt olmayan işler söz konusu olduğunda, bunların "bağdaşmayan işler" olarak belirlenmesine ilişkin kanun hükümlerinin, Anayasa'nın belirlediği çerçeveyi aşmak ve yeni ölçütler getirmek anlamında Anayasa'ya aykırı olup olmadığı sorunu.

Birinci sorun konumuzun sınırları dışında kalan başka bir incelemenin konusudur; ancak ikinci sorun, 1924 Anayasası döneminde, milletvekilliği ile bağdaşmayan nitelikte yeni faaliyet alanları tanımlamayı amaçlayan her türlü girişimin önünde bir engel olarak belirmişti. 1959 yılında verilen ve her ikisi de belli başlı mesleklerin yanı sıra avukatlığı da milletvekilliği ile bağdaşmayan işler kapsamına almayı amaçlayan Demokrat Parti Grubu üyesi Erzurum Milletvekili Abdülkadir Eryurt'un *Mebuslukla Birleşmesi Caiz Olmayan İşler Hakkında Kanun Teklifi* ve Cumhuriyet Halk Partisi Grubu üyesi Ordu Mebusu Atıf Topaloğlu ve iki arkadaşının *Mebusluk*

[75] *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı: 35, 34.

Sıfatıyla Telifi Caiz Görülmiyen Ahvalin Tesbitine Dair Kanun Teklifi, Teşkilatı Esasiye Encümenince, Anayasa’ya aykırı oldukları gerekçesiyle reddedilmiş, bu ret raporu Genel Kurulca da benimsenmişti. Buna göre, Anayasa’da milletvekilliği ile bağdaşmadığı belirlenen işler (hükümet memurluğu) dışında, milletvekilleri için yeni kısıtlar yaratmak ancak Anayasa değişikliği ile olanaklıydı, Anayasa’nın izin vermediği koşullar altında bu türden düzenlemeler kanunla gerçekleştirilemezdi.^[76] 1961 Anayasası’nda (ve sonraları 1982 Anayasası’nda) TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işlerin kanunla düzenlenmesine olanak tanınmasına dönük hüküm, olasılıkla bu tarihsel deneyimden kaçınma eğilimiyle koşullanmıştır.^[77] Bu iki anayasada, 1924 Anayasası döneminde olduğu gibi bağdaşmayan işler konusunun anayasal hüküm düzeyinde dondurulmasından kaçınılmış, asgari çerçeve anayasada belirlendikten sonra bağdaşmazlık alanını genişletmek konusunda yasa koyucu serbest bırakılmıştır.

3- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu

1961 Anayasası döneminde, ileride ele alacağımız 1982 Anayasası dönemindeki durumun aksine TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işleri düzenlemeye yönelik özel bir yasa kabul edilmemiştir.^[78] Bununla birlikte konumuz ile

[76] *TBMMZC*, D.11, C.9, İ.S.2, İ.71, 22.5.1959, 231-43.

[77] Arsel, söz konusu tarihsel arka plana işaret etmemekle birlikte, Anayasa’nın yasa koyucuya takdir yetkisi tanıyan düzenlemesinin, bağdaşmazlık kurumunun zamana ve gereksinimlere uygun olarak gelişmesine olanak sağlamayı amaçladığını belirtmektedir (Arsel, *Türk Anayasa Hukuku’nun Umumi Esasları*, 250).

[78] Bu dönemde TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işlere yönelik bir yasa kabul edilmemiş olmasına karşın bu yönde çabaların olduğu anlaşılmaktadır. 12 Eylül Darbesinden kısa bir süre önce, 1980 yılı Millet Meclisi bütçesi görüşmeleri sırasında Millet Meclisi Başkanı Cahit Karakaş, bu konuda şunları söylemiştir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği ile bağdaşmayan işlerle ilgili kanunun hazırlanması hususunda benden önceki başkanların hazırlamış olduğu bazı çalışmalar vardır. Ben de bunları büyük bir ciddiyetle ve kendilerinin de ifade ettiği doğrultuda değerlendirerek süratle meclislere sunmanın gayreti içinde bulunacağım.” Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, C.45, T. (Toplantı) 19, B.29, 4.2.1980, 131.

TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı Arşivinde rastladığımız bir belgeden, bu alandaki hazırlıkların 1970’li yılların başına kadar uzandığını anlıyoruz. Millet Meclisi Genel Sekreterliğinin 30 Aralık 1970 tarihli ve 2832-21119 sayılı yazısına yanıt

ilgili yeni düzenlemeler getiren ve 3499 sayılı Kanun hükümlerini -bir geçici maddesi hariç- yürürlükten kaldıran 19 Mart 1969 tarihli ve 1136 sayılı

olarak Dışişleri Bakanlığı Batı Dairesi Genel Müdürlüğünden gönderilen 2 Şubat 1971 tarihli yazı, bu alanda yürütülen bir yasa hazırlığının göstergesidir. Yazı, yasama meclisleri üyeliği ile bağdaşmayan görev ve işlerle ilgili olarak bazı Batı ülkelerinde uygulanmakta olan yasa hükümlerini ortaya koymaktadır. Söz konusu yazı, eki yasa çevirileri ile birlikte, 1971 yılında “*Yasama Meclisleri Üyeliği ile bağdaşmayan görev ve işlere ait Fransa, Belçika ve İtalya parlömanterleriyle ilgili hükümler*” başlığıyla 53 sayfalık bir kitapçık olarak basılmıştır.

Bu kitapçığın başındaki Dışişleri Bakanlığına ait resmî yazıdan, 1971 yılının başı itibarıyla, *Federal Almanya*'da serbest meslek sahiplerinin milletvekili olmaları durumunda milletvekilliği görevlerini aksatmamaları koşuluyla mesleklerini sürdürdüklerini, İsviçre'de yasama meclisi üyelerinin bu görevleri dışında resmî görev almaları veya özel sektörde çalışmalarına engel bir yasa hükmü bulunmadığını, *Norveç*'te Devlet memurları ile Saray mensupları, hizmetkârları ve bunların emeklilerinin, ayrıca elçilik ve konsolosluk göreviyle uğraşanların yasama meclislerine üye seçilemediğini, Devlet Konseyi üyelerinin de bu üyelikleri süresince parlamento temsilci olarak giremediklerini, İngiltere'de yasama meclisleri üyelerinin parlamento dışı kurumlarda görev almalarını veya parlamento dışı çevrelerin menfaatlerini temsil etmelerini engelleyen herhangi bir mevzuat düzenlemesinin bulunmadığını, ancak kamuoyunda bu konuya ilişkin gelişen tartışmalar nedeniyle Avam Kamarası içinde bir özel komitenin kurulmuş olduğunu öğreniyoruz (İngiltere'de avukatlık-milletvekilliği ilişkisinin tarihi hakkında ayrıca bkz. Ross Cranston, “Avukatlar, Milletvekilleri ve Hâkimler,” Çev. Beyhan Kaptıkaçtı Kayatekin ve Yağmur Şen, *Yasama Dergisi*, no. 41 (Ocak-Haziran, 2020): 341-72.

Resmî yazının ekinde Fransa, Belçika ve İtalya'daki ilgili mevzuat hükümleri özgün dilleri ve Türkçe çevirileriyle yer almaktadır. Bu üç ülkede, parlamento üyeliği ile bağdaşmayan görev ve işlere yönelik oldukça ayrıntılı mevzuat hükümleri olduğu görülmektedir. Konumuz özelinde, *Fransa*'da milletvekili seçilen avukatların “banka kredileri ve mevduatı, basın ve devlet malıyla ilgili olup haklarında cezai takibat yapılmakta olan suçların söz konusu olduğu işlerde” Yüce Divan dışında, mesleklerini ne doğrudan ne de ortak, iş arkadaşı veya sekreter aracılığıyla yürütememeleri yönündeki yasak dikkat çekmektedir. Yine *Fransa*'da; kamu kurumları ve kamu idareleri aleyhine avukatlıkla birlikte kamu iktisadi kuruluşları için avukatlığın da parlamento üyeliği ile bağdaşmaz işler kapsamına alınmış olduğu görülmektedir (Fransa mevzuatı hakkında ayrıca bkz. Erem, *Parlamento Üyeliği ve Avukatlık*, 3-5). İtalya mevzuatı, daha genel düzeyde hükümlerle, avukatlığa yönelik açık bir yasaklama içermemekle birlikte, Devlet, kamu kuruluşları ve bunların katıldıkları ortaklık ve birliklerde sürekli görev almayı ve bunlar için hukuk müşavirliği yapmayı yasaklamaktadır. Bu içeriği ile Fransa ve İtalya mevzuatının, Türk mevzuatını önemli ölçüde etkilediğini söylemek olanaklıdır.

Avukatlık Kanunu’ndan^[79] özel olarak söz etmek gerekir. Diğer avukatlık yasalarında olduğu gibi bu yasa da sorun alanı, TBMM üyeliği yönünden değil avukatlık mesleği yönünden ele alınmış ve genel bağdaşım (yasağı) kuralları belirlenirken TBMM üyeliği boyutuna da yer verilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 11. maddesinde “avukatlıkla birleşmeyen işler”; aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen her türlü hizmet ve görev ile sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnafılık veya mesleğin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş olarak sayılmıştı. “Avukatlıkla birleşebilen işler” başlıklı izleyen maddede (12. madde) ise, Cumhuriyet Senatosu üyeliği ile milletvekilliğinin (Millet Meclisi üyeliği) 11. madde hükmü dışında olduğu, dolayısıyla TBMM üyelerinin avukatlık yapabileceği düzenlenmişti.^[80] Bu kuralın istisnası, küçük

Kitapçıkta Belçika ilgili mevzuat hükümleri olarak 6 Ağustos 1931 tarihli “Bakanlar, Eski Bakanlar ve Devlet Bakanları (Kraliyet Konseyi Üyeleri) ile Parlamento Üye ve Eski Üyelerini İlgilendiren Bağdaşmazlık ve Yasaklara Mütedair Kanun” hükümleri aktarılmıştır. Buradan, Belçika’da parlamento üyelerinin kamu idaresi avukatı olamadıkları, ayrıca parasız olmadıkça, Devletle ilgili münazaralı işi takip ve müdafaa edemedikleri gibi böyle bir meselede mütalaa veremedikleri, istişarede bulunamadıkları anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere 1970’lerin başı itibarıyla Avrupa’da iki temel eğilim söz konusudur: Kuzey ülkelerinde bağdaşmazlık alanının sınırlılığı, güney ülkelerinde bağdaşmaz işler kümesinin genişliği. Konumuzla ilgili dikkat çekilmesi gereken boyut ise, inceleme konusu hiçbir Avrupa ülkesinde avukatlık ya da herhangi bir serbest meslek grubuna yönelik kategorik bir yasak ya da bağdaşmazlık belirlemesine gidilmemiş olmasıdır.

[79] *Resmî Gazete*, 7.4.1969-13168.

[80] 1136 sayılı Kanun’un bu hükmüne yönelik olarak saptayabildiğimiz ilk sistemli eleştiri Avukat Rifat Verdigil’den gelmiştir. Verdigil’in temel tezi, düzenlemenin, kişilerin niyetlerinden bağımsız olarak sorunlara yol açma potansiyelinin bulunduğu yönündeydi. Herkes iyiniyetli davranırsa dahi parlamento üyesi bir avukatın parçası olduğu bir yargılama sürecinin zihinlerde kuşkulara yol açması kaçınılmazdı. Düzenlemenin parlamento üyesi avukatlar ile diğer avukatlar arasında bir rekabet eşitsizliğine yol açması tehlikesine de işaret ediyordu. Olasılıkla kendi deneyim ve gözlemlerinden çıkarsadığı şu anlatımları ilginçtir:

“Yıllarca büyük bir dikkat ve emekle davasını sürdürmüş olan yöre avukatının karardan sonra bir yana itilerek sırf Yargıtay yoluna başvurmak için milletvekili bürolarından etkinlik tedariki umutlarına yönelmelerin artması, parlamento üyesi sayın avukatlar tarafından böyle bir umuda yol açmamaya ne denli özen gösterilirse

gösterilsin; karaborsadan adalet satınalma kuruntularının bulaşıcı bir sayrılık gibi yaygınlaştığından başka neyi kanıtlar- Yargıtay yoluna başvurmuş iseniz bu kez de müvekkil, dosyanın gönderiliş tarih ve sayısını almadan yakanızı bırakmaz. Açık açık da söyler: Davasını seçim bölgesinden bir senatör ya da milletvekili avukatla izleyecektir.” Rifat Verdigil, “Parlamento Üyeliği ve Avukatlık,” *Yargı*, no. 41 (Eylül, 1979): 7.

Verdigil’in gözlemleri çarpıcıdır; ancak sorunun kaynağını parlamento üyelerine avukatlığın yasaklanmamasında görmesi sorgulanmalıdır. Yargı içinde siyasal etkinin varlığına yönelik genelleşmiş bir kanının varlığı çok daha temel bir sorundur. Bu anlamda Verdigil’in betimlediği türden bir ortamın varlığı, yargı bağımsızlığı bağlamında yapısal sorunların varlığına işaret etmektedir. Bu türden bir ortamda, parlamento üyelerine avukatlık yasağı getirmenin hiçbir sorunu çözmeyeceğini anlamak gerekir.

Tanilli de Verdigil’i izleyerek söz konusu 11. madde hükmünü parlamento üyeliği ile avukatlık arasında gördüğü yapısal bağdaşmazlık nedeniyle eleştiriyordu. Tanilli’nin çözümlemesi içinde, bu yapısal bağdaşmazlığın iki boyutu ayırt edilebilir. Bunlardan birincisi, yukarıda işaret ettiğimiz “zamanın düzenlenmesi” sorunuyla ilgilidir. Tanilli’ye göre, iki uğraşın ağırlık derecesi, birlikte yürütülmesini olanaksız kılıyordu. İkinci boyut ise, alana ilişkin tartışmalarda sıkça yinelenen siyasal gücün kötüye kullanılabilceği kaygısıyla ilgilidir:

“Parlamento üyeliği ve avukatlık, her şeyden önce işlev özellikleri, yer ve zaman koşulları açısından, savsamasız bir arada yürütülmesine olanak vermeyecek ağırlıkta uğraşlardır. Öte yandan, hasmın parlamento üyesi avukatının, yargı katındaki siyasal etkinliği yüzünden davayı kazandığı sanısı, başta yargıcın kişiliği olmak üzere, adalete güven duygusunu ve avukatlık mesleğinin saygınlığını yarılayan öğelerdir. Yasama ve savunma görevleri en iyi biçimde kullanılsa bile kaçınılmazlığı söz götürmeyen sakıncaların, bir de kötüye kullanma halinde hangi boyutlara erişeceğini düşünmek gerekir. Kanımca, parlamento üyeliğini genel yasaklamadan ayırık tutmak şöyle dursun, 11. maddede yazılı avukatlıkla birleşmeyen işlerin en başına almak gerekir.” Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi – Anayasa Hukukuna Giriş*, 5. Baskı (İstanbul: Say Yayınları, 1988), 285-6.

Tanilli’nin zamanın düzenlenmesi sorununa işaret etmesi yerindedir. Ancak bu sorunun çözümünü kestirme ve toptancı bir yaklaşımla yasa kurallarına bağlamak doğru değildir. Zamanın düzenlenmesi konusunu, avukatlık mesleğini sürdürmek isteyen milletvekilinin kendisine ve sorumlu olduğu Meclisin iç işleyiş kurallarının belirleyiciliğine bırakmak daha doğru ve demokratik bir yöntem olacaktır. Milletvekilinin istenci ile parlamento düzeni arasındaki ikilik içinde, bir temel hak olarak mesleki faaliyeti sürdürme ile siyasal temsil gerekliliklerini karşılama çabasını uzlaştırıcı bir çerçeve içinde buluşturulmak olasıdır. Yasaklama kolaycılığına yönelmek, sorunla yüzleşmekten kaçınmak anlamına gelir. Verdigil ve Tanilli’nin işaret ettiği siyasal nüfuz çekincesi de aynı anlayış içinde değerlendirilmelidir. Etik sorunları, yasa

ayrımalar dışında 3499 sayılı Kanun’un 4. maddesi hükmünü izliyordu. Buna göre, TBMM üyelerinin; Hazinesin, belediye ve özel idarelerin, il ve belediyelerin yönetim ve denetimi altında bulunan daire ve kurumların, köy tüzelkişiliklerinin^[81] ve sermayesinin yarıdan fazlası Devlete ait şirket ve kuruluşların *aleyhindeki* dava ve işleri takip etmeleri yasaklanmıştı. Bu yasak, TBMM üyesi avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları^[82] avukatları da kapsıyordu. Kısıtlamanın Devlet *aleyhine* dava ve işler ölçütüne bağlanması, bizce yerinde olan Kurucu Meclis Teşkilî Hakkında Kanun’daki hükümden geriye dönüldüğünü göstermekteydi.

1136 sayılı Kanun’un TBMM üyeliği-avukatlık ilişkisi bağlamında kurduğu düzen, 1982 Anayasası dönemine değin değişmeden sürmüştür. 1982 Anayasası dönemi, anayasal hükümlerde 1961 Anayasası’ndakini de aşan bir ayrıntı düzeyinde yeniden düzenleme ile birlikte bu kez önceki anayasalar döneminden farklı olarak TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işlere yönelik özel bir yasa düzenlemesi de getirmiştir. Bu arada 1136 sayılı Kanun, 1982 Anayasası döneminde yapılan çeşitli değişikliklerle günümüze kadar yürürlükte kalmaya devam etmiştir.

E) KURUCU MECLİS VE 1982 ANAYASASI DÖNEMİ

1- Danışma Meclisi ve 1982 Anayasası’nın Getirdiği Düzen

1982 Anayasası’nı hazırlayan ve Milli Güvenlik Konseyi ile Danışma Meclisi bileşenlerinden oluşan Kurucu Meclisin kuruluş ve görevleri, 29 Haziran 1981 tarihli ve 2485 sayılı *Kurucu Meclis Hakkında Kanun* ile düzenlenmişti.^[83] Bu Kanun da, 27 Mayıs 1960 İhtilali sonrasında çıkarılan 157 sayılı Kanun’da olduğu gibi, Kurucu Meclisin temsilî kanadına yönelik üyelikle bağdaşan ve bağdaşmayan işlere ilişkin hükümler içermekteydi.

ile çözmek olanaksızdır. Yasa ile çözüyormuş gibi yapmak da çoğu zaman etik sorunun perde arkasında süregelen var oluşunu göz ardı etmek sonucunu doğurmaktadır.

[81] Köy tüzelkişilikleri aleyhindeki dava ve işler ile ilgili sınırlama, 3499 sayılı Kanun’da yer almıyordu.

[82] 3499 sayılı Kanun’da sadece *ortaklar* yasak kapsamında iken 1136 sayılı Kanun’da kapsam genişletilmiş ve TBMM üyesi avukatların *yanında çalıştırdıkları avukatlar* da yasak kapsamına alınmıştır.

[83] *Resmî Gazete*, 30.6.1981-17386 (Mükerrer).

Kanun'un 14. maddesine göre, Danışma Meclisi üyeleri, *Danışma Meclisi Genel Kurulu ve komisyonlarındaki görevlerini aksatmamak koşuluyla* mesleki faaliyetlerine devam edebileceklerdi. Anımsanacağı üzere bu hüküm, 1961 Anayasası'nı hazırlayan Temsilciler Meclisi üyeleri için de uygulanmıştı. Bu kuralın istisnası izleyen maddede (15. madde) şöyle düzenlenmişti:

Danışma Meclisi üyeliğine seçilenler, Devlet ve diğer kamu tüzelkişileri ile bunlara bağlı kurum ve kuruluşlarda, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan doğruya veya dolayısıyla katıldıkları ve ilgili oldukları teşebbüs ve ortaklıklarında görev alamazlar; bunlara ait herhangi bir taahhüt işini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kabul edemezler ve bunların taraf olduğu anlaşmazlıklarda temsilcilik, hakemlik veya vekâlet görevi yapamazlar.

Buna göre, Danışma Meclisi üyeleri Meclisteki görevlerini aksatmamak koşuluyla avukatlık yapabilecekler, ancak Devlet ve diğer kamu tüzelkişileri ile bunlara bağlı kurum ve kuruluşlarda, ayrıca Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak katıldıkları ve ilgili oldukları teşebbüs ve ortaklıkların *taraf olduğu* anlaşmazlıklarda avukatlık hizmeti sunamayacaklardı.^[84] Bu düzenleme, 157 sayılı Kanun'daki hükme büyük ölçüde benziyor, sadece 1961 Anayasası hükmünden devralındığı anlaşılan "Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin doğrudan doğruya veya dolayısıyla katıldıkları"^[85] teşebbüs ve ortaklıklar"ı da kapsama alarak kısıtlama alanını genişletiyordu.

Kurucu Meclisin kabul ettiği ve halkoylaması sonrası yürürlüğe giren 1982 Anayasası, genel kazuistik niteliğinin bir yansıması olarak, Osmanlı-Türk anayasa tarihi içinde TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işler konusunu en ayrıntılı biçimde düzenleyen anayasa olmuştur. 1982 Anayasası'nın

[84] Düzenlemenin kabul edildiği Milli Güvenlik Konseyi birleşiminde, genel olarak üyeliğe bağdaşmayan işlere ya da özelde konumuza ilişkin herhangi bir görüş bildirilmemiş, ilgili maddeler, üzerinde konuşulmadan doğrudan kabul edilmiştir. Bkz. *Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi (MGKTD)*, C.3, B.61, 29.6.1981, 587.

[85] 2485 sayılı Kanun'da Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak katıldıkları teşebbüs ve ortaklıkların yanı sıra Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin "*ilgili oldukları*" teşebbüs ve ortaklıklar da kısıtlama alanı içine alınmıştır. Bu boyut, 1961 Anayasası'nda da yer almayan yeni bir boyuttur.

yürürlüğe giren ilk biçiminde TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işler şöyle düzenlenmişti:^[86]

MADDE 82- Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinde ve bunlara bağlı kuruluşlarda; Devletin veya diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak katıldığı teşebbüs ve ortaklıklarda; özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış kamu yararına çalışan derneklerin ve Devletten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar, vekili olamazlar, herhangi bir taahhüt işini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemezler, temsilcilik ve hakemlik yapamazlar.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, yürütme organının teklif, inha, atama veya onamasına bağlı resmî veya özel herhangi bir işle görevlendirilemezler. Bir üyenin belli konuda ve altı ayı aşmamak üzere Bakanlar Kurulunca verilecek geçici bir görevi kabul etmesi, Meclisin kararına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği ile bağdaşmayan diğer görev ve işler kanunla düzenlenir.^{[87] [88]}

Bu düzenlemenin 1961 Anayasası’nın ilgili hükmünden ayrıldığı başlıca noktalar, *Devletten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıflar, kamu*

[86] Maddenin konumuzla ilgili olan birinci ve üçüncü fıkraları, günümüze kadar değişmeden gelmiştir. İkinci fıkranın ikinci cümlesi, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş sürecinde, 2017 değişikliği ile yürürlükten kaldırılmıştır. Maddede bunun dışında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

[87] *Resmî Gazete*, 9.11.1982-17863 (Mükerrer).

[88] Milletvekilliği ile bağdaşmayan işi sürdürmekte ısrar etmenin yaptırımı, Anayasa’nın 84. maddesinin üçüncü fıkrasında *milletvekilliğinin düşmesi* olarak belirlenmiştir. TBMM İçtüzüğü’nün 137. maddesinde, bu yaptırıma giden sürecin ayrıntıları düzenlenmiştir. Buna göre, Anayasanın 82. maddesinde ve kanunlarda milletvekilliği ile bağdaşmayacağı belirtilen herhangi bir hizmeti veya görevi sürdürmekte ısrar eden üyelerin durumu Başkanlık Divanınca incelenmekte ve sonuç, Başkanlık Divanı kararı olarak Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyona gönderilmektedir. Karma Komisyonun hazırladığı rapor Genel Kurulda görüşülmekte ve üyeliğin düşmesi Genel Kurulda gizli oyla karara bağlanmaktadır. Anayasa ve İçtüzük’te bu karar için nitelikli çoğunluk koşulu aranmamıştır, toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile üyeliğin düşmesi yönünde karar verilebilmektedir.

kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının da sınırlama kapsamına alınması, ayrıca sınırlamaya konu kurum ve kuruluşların yönetim kurullarının yanı sıra *denetim kurullarındaki görevlerin*^[89] de bağdaşmayan işler arasında sayılması olmuştur. Baroların ve bunların üst kuruluşunun (Türkiye Barolar Birliği) kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olması nedeniyle, 1982 Anayasası hükmü, milletvekillerinin avukatlık meslek örgütlerinde yönetim ve denetim kurulu görevleri almalarını yasaklamıştır. Konumuz bakımından özellikle dikkat çekilmesi gereken boyut, 1961 Anayasası hükmünden farklı olarak 1982 Anayasası hükmünde bağdaşmazlık alanındaki kurum ve kuruluşlara *vekillik* yapma yasağının da açıkça belirlenmiş olmasıdır. Böylece kamu gücünü kullanan Devlet organları, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kaynakları ile ilişkili dernek ve vakıflar ile meslek kuruluşları, sendikalar ve bunların üst kuruluşları için avukatlık yapma olanağı TBMM üyeleri için açıkça yasaklanmıştır. Son olarak hakemlik ve temsilcilik yasağı da, 1961 Anayasası hükmünden farklı olarak 1982 Anayasası'nda düzenlenmiş olan yeni bağdaşmazlık öğeleri arasında yer almıştır.

Vakıflar ile ilgili düzenleme, 1982 Anayasası'nın hazırlanması süreci içinde Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu aşamasında metne girmiştir. Bu Komisyonun hazırladığı metinde söz konusu düzenleme dışında 1961 Anayasası hükmü büyük ölçüde yineleniyordu. Nitekim Anayasa Komisyonunun hazırladığı metnin gerekçesinde “Üyelikle bağdaşmayan işlerde 1961 Anayasasının 78inci maddesi aynen muhafaza edilmiş, yenilik olarak da Devletten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların yönetim kurullarında ve başka işlerinde görev almamalarının uygun olacağı düşünülmüştür.”^[90] ifadesine yer verilmiştir. Ancak, Anayasa Komisyonunun bu gerekçesine karşın, vakıflar ile ilgili düzenlemenin dışında, kısıtlar kapsamında sayılan kurum ve kuruluşların *vekâlet* işlerinin de, 1961 Anayasası hükmünden

[89] Denetim kurullarındaki görevler boyutunun metne girişi, Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu aşamasında gerçekleşmiştir. Bkz. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı: 450, (MGKTD, C.7, B.118, 18.10.1982'ye eklidir), 78.

[90] *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı: 166'ya 1'inci Ek, [Danışma Meclisi Tutanak Dergisi (DMTD), C.7, Y.1, B.120, 4.8.1982'ye eklidir], 43.

farklı olarak bağdaşmayan işler olarak metne eklendiği görülmektedir. Buna ilişkin ibare, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu metninde “(...) *taraf oldukları anlaşmazlıklarda leh ve aleyhte vekâlet alamazlar*, hakemlik^[91] yapamazlar.”^[92] şeklinde yer almıştır.

Komisyon metnindeki “*taraf oldukları anlaşmazlıklarda leh ve aleyhte vekâlet alamazlar*” hükmü, Danışma Meclisi Genel Kurulunda yine kısıt kapsamındaki kurum ve kuruluşlar çerçevesinde olmak üzere “*vekili olamazlar*” şeklinde değiştirilerek günümüze değin gelen son biçimini almıştır. Danışma Meclisi gerekçesinde bu değişikliğin anlamına işaret edilmemiş olmasına karşın, burada konumuz bakımından esaslı bir değişiklik söz konusudur.

Anayasa Komisyonu metnine göre, kısıt kapsamındaki kurum ve kuruluşların taraf oldukları davalarda avukatlık yapmak bütünüyle (lehte ve aleyhte) yasaklanmasına karşın Danışma Meclisi Genel Kurulunca değiştirilen ve nihai olarak kabul edilip bugüne kadar gelen metinde sadece, söz konusu kurum ve kuruluşlar *adına* vekillik, bir başka deyişle bunların *lehine* avukatlık yapmak yasaklanmıştır. Bunlar aleyhinde avukatlığın durumu ise, Anayasa hükmü konusundan çıkarılmış ve kanun koyucunun takdirine bırakılmış görünmektedir. Nitekim kamu kurum ve kuruluşları karşısında (aleyhte) avukatlık, bu süreçte hâlen yürürlükte bulunan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca, Anayasa maddesinde sayılandan daha dar bir kapsam içinde (Hazine, belediye ve özel idarelerin, il ve belediyelerin yönetim ve denetimi altında bulunan daire ve kurumların, köy tüzelkişiliklerinin ve sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait şirket ve kuruluşların aleyhindeki davalarda avukatlık yönünden) zaten kısıtlanmıştı. Özetle, 1982 Anayasası yürürlüğe girdiğinde, Anayasa hükmü ile 1136 sayılı Kanun hükmü bir arada olmak üzere, kamu kurum ve kuruluşları lehinde ve aleyhinde avukatlık yapmayı, bir başka deyişle bunların taraf oldukları davalarda avukatlık yapmayı milletvekilleri bakımından geniş ölçüde sınırlamaktaydı. Milletvekillerinin bu kurum ve kuruluşların taraf olduğu davalar dışında ise, avukatlık yapmasının önünde herhangi bir engel bulunmuyordu.

[91] 1961 Anayasası hükmünde yer almayan bu hakemlik boyutu da Anayasa Komisyonu aşamasında metne girmiştir.

[92] *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı*, Sıra Sayısı: 166, (DMTD, C.7, Y.1, B.120, 4.8.1982’ye eklidir), 26.

Danışma Meclisi tutanakları incelendiğinde, 1982 Anayasası'nın kabulü sürecinde meslekler alanının milletvekilliği ile bağdaşmayan işler kümesi içinde sayılması yönünde güçlü bir eğilimin olduğu görülmektedir. Bu eğilimin altında yatan etmenlerden biri bizce, Danışma Meclisi üyelerinin ağırlıklı olarak Devlet memuru kökenli olmasıdır. Bu görevlerden gelen üyelerin, Meclis üyeliklerinin sona ermesinden sonra herhangi bir sorun yaşamadan eski görevlerine dönebilmelerinin, serbest meslek kökenli üyelerin deneyimlerini kavramak konusunda bir eksikliğe yol açmış olması güçlü bir olasılıktır. İkinci ve kanımızca daha belirleyici olan etmen, 12 Eylül Darbesi'nin yaydığı çarpık "siyasetçi" algısının belli ölçüde Danışma Meclisi üyelerince de benimsenmesiydi. Bu algı, milletvekillerini ya da genel olarak siyasal elitleri bir tür "potansiyel nüfuz tüccarı" olarak kodladığından ekonomik faaliyetler alanı ile TBMM üyeliğini olabildiğince ayırmak, etik bir gereksinim olarak kavranıyordu.

Danışma Meclisi görüşmelerinde, 1961 Anayasası hükmünü esas alan Anayasa Komisyonu metnini değiştirmek için verilen dört ayrı önergede, meslekler alanının milletvekilliği ile bağdaşmazlığının saptanması öngörülmüştü. Bu önergeler, milletvekillerinin "kazanç getirici mesleki faaliyetlerde" bulunmasını yasaklama istemini içeriyordu.

Önergeler üzerindeki görüşmeler, bu konuya ilişkin yerleşik tarihsel tezlerin karşılaşması şeklinde gelişmiştir. Önergeleri destekleyen görüşlerin odaklandığı temel nokta, milletvekili zamanı sorunuydu. Bu tez, yoğun Meclis çalışmalarının mesleki faaliyetlere zaman bırakmadığı varsayımı üzerinde temelleniyordu. Üyeler, kendi deneyimlerinden yola çıkarak milletvekillerinin yasama ve denetim faaliyetlerini hakkıyla yerine getirmeleri durumunda mesleki faaliyetlere zaman ayrılmasının olanaksızlığını vurgulayarak kazanç getirici mesleki faaliyetlerin bağdaşmayan işler arasında sayılmasını istiyordu. Önerge sahiplerinden İsmail Şengün bu yöndeki görüşünü şöyle açıklamaktaydı:

(...) 23 Ekim 1981 gününden beri, takriben on küsur aydan beri burada Danışma Meclisi üyeleri olarak çalıştık ve bir ölçüde yasama görevimizi ifa etmeye gayret ettik. Şimdi, şöyle bir soru aklıma geliyor veya şöyle bir soru her birimiz kendi kendimize sormalıyız: Burada geçen süre içinde Danışma Meclisi üyeliği dışında hangi görevleri, hangi işleri yapabilecek zaman bulabildik? Ben şahsen bunu, kesinlikle zaman bulamadım şeklinde cevaplandıracağım. Hatta daha da ileri

giderek Danışma Meclisi Üyeliğim dolayısıyla bana terettüp eden görevlerin hepsini kendi vicdanımda kendime göre yapabilecek zamanı bulamadığımı da açıkça kamuoyuna bildirmek zorundayım.

(...) Acaba milletvekilliği ulvî ve aslî görevi dışında, eğer bu görevi bihakkin edilen, içilen antlara dayanarak ve onun çerçevesi içinde yaptıktan sonra ayrı bir meslekî faaliyete zaman ayırabilecek miyiz? Ayrı bir meslekî faaliyetten kazanç sağlayabilecek miyiz (...)? Hiç zannetmiyorum. Eğer bu görevin hakkını vereceksek sadece ve sadece bundan böyle milletvekili olarak kalmak zorundayız. (...)^[93]

Bağdaşmazlık alanını meslekler alanına yaymak isteyen görüşün bir diğer tezi, tahmin edilebileceği gibi etik bağlama ilişkindi. Bu görüş, milletvekilliğinin sağladığı gücün, meslekî faaliyetler dolayısıyla bireysel çıkarlar yönünde kötüye kullanılabilirdiğini öne sürüyordu. Örneğin milletvekillerinin, tarımsal kazanç getiren işler ayrık olmak üzere, kazanç getiren meslekî faaliyetlerde bulunmasını engelleme yönünde önerge veren Muhsin Zekâi Bayer, önergesini şöyle gerekçelendirmişti:

Ben, 1960 ihtilalinden sonra, Ankara’da 1961 yılında kurulan Yüksek Soruşturmada eksper olarak, ehli-vukuf olarak, danışman olarak çalıştım. 37 tane eski Demokrat Partili milletvekilinin dosyasını tetkik ettim. Bunların içinde yalnız ziraatla çalışanların kazançları, hakikî kazançtı, diğerleri suiistimal yolu ile tespit edilmiş olarak imzama attım ve önergemi de bu maksatla ziraatın dışında meslekî faaliyetlerinde çalışanlar, suiistimal yolu ile apartmanlar diktiklerini bizzat tespit ettim, (...)^[94]

Söz konusu önergeler karşısında Anayasa Komisyonu metnini savunan Danışma Meclisi üyeleri, önergelerin kabulü durumunda “milletvekillerinin memurlaşması”, daha açık bir deyişle parlamenter alanın kamu görevi dışındaki faaliyet alanlarından gelen kişiler aleyhine daralması tehlikesine işaret etmişler, bu eğilimin milletvekilliğinin bir meslek hâline gelmesine yol açacağını vurgulamışlardır. Akif Erginay, bu savları dillendirirken milletvekillerinin mesleklerinden koparılmasının, aynı zamanda kamusal nitelikte

[93] *DMTD*, C.9, Y.1, B.139, 31.8.1982, 190-1.

Aynı doğrultudaki görüşünü kendi deneyimi üzerinden değerlendiren bir diğer üyenin (M. Fevzi Uyguner) sözleri için bkz. 31.8.1982, 191-2.

[94] *DMTD*, 31.8.1982, 196-7.

birtakım olumlu çıktılardan yoksun kalma sonucunu^[95] da doğuracağını belirtiyordu:

Bu madde dolayısıyla daha bir kısım önergelerin de okunması sonucu bende şu intiba hâsıl olmuştur ki; milletvekilleri birer memur durumuna getirilmektedir. Gerçekten serbest meslek faaliyetinde bile bulunamayacakları, hatta kendi özel teşebbüsleri varsa onlarda dahi bulunamayacakları yahut devretmek mecburiyetinde kalacakları (...) belirtilmektedir.

(...) Millet Meclisine gelecek olan milletvekilleri özel sektörden hariç olan; yani özel sektörün dışında olan kimselerden ibaret olacak ki, bunlar da yalnız memur sıfatını haiz olan kimseler olmak gerekir.

(...) Milletvekilliği çok yüksek, çok ulvi bir hizmettir. Meslekten ayrıdır; bir hizmet mahiyetindedir. Bu itibarla, burada bulunan bir milletvekilinin icabında büyük bir dava ile meşgul olması onun memlekete olan faydası bakımından da gereklidir.^[96]

Yukarıda sözlerini aktardığımız önerge sahiplerinden İsmail Şengün'e yanıt veren A. Avni Şahin, Danışma Meclisi üyelerinin statüsünü düzenleyen *Kurucu Meclis Hakkında Kanun* hükümlerinin mesleki faaliyetleri yasaklamadığına dikkat çekiyor, önergelerde kendini gösteren anlayışın, serbest meslek alanından gelen milletvekilleri için yol açacağı zorluklara işaret ediyordu. Şahin'e göre, söz konusu anlayış, Meclisi dar bir meslek grubunun tekeline bırakma sonucunu doğuracaktı:

Sayın Şengün arkadaşım kamu görevlisidir ve kadrosu açıktır; buradaki görevi bittikten sonra oraya dönecektir. Acaba bizler nereye döneceğiz? Serbest çalışma

[95] Bu boyuta Anayasa Komisyonu sözcüsü Kemal Dal da işaret etmişti:

“Bunların parlamentolardaki gelirleri zaman zaman kendilerini idare edecek şekilde yeterli değildir. Şimdi bir kısım milletvekillerini kendi kazançlarından yoksun olarak parlamentoya soktuğumuz takdirde, mesela bir tüccar yazıhanesini kapatacağıdır, ticarethanesini kapatacağıdır, bir avukat meslek mensubu olarak yazıhanesini kapatacağıdır, bir doktor muayenehanesini kapatacağıdır. Gönül gayet tabii görevin daha iyi yerine getirilmesi için bu sınırlamaların getirilmesini istiyor. Yalnız, bu kişilerin bu yönden de topluma hizmet ettikleri unutulmamalıdır.” DMTD, 31.8.1982, 194.

[96] DMTD, 31.8.1982, 188.

hayatından gelen arkadaşlarınız olarak (Aramızda epeyce vardır) bizler, bunca yıldır kurmuş olduğumuz işlerimizi idame ettirmek zorundayız. (...)

(...)

Sayın Şengün arkadaşımızın önergesinin tarif ettiği Büyük Millet Meclisinin yapısı, bir emekliler ve boştağezler topluluğu olabilir. Eğer böyle bir topluluk arzu ediyorsak, eğer Türkiye’nin ekonomisine büyük katkıları olan iş-güç sahibi ticaret erbabı, sanayi erbabı ve ziraat erbabının, serbest meslek sahiplerinin, dükkânı, tezgâhı, takımı, fabrikayı kapatıp buraya gelmesini arzu ediyorsak, bu mümkün değil değerli arkadaşlarım. Eğer bu zevatın buraya gelmesini arzu etmiyorsak, o zaman Sayın Şengün’ün önergesini kabul etmek gerekir.^[97]

Anayasa Komisyonu adına görüş bildiren Kemal Dal da, Komisyon metnini savunurken önergelere içkin anlayışın, “politikanın aktörlerinin daraltılması” ve “değerli kimselerin politikaya yönelmelerinin engellenmesi” ne yol açacağını ileri sürüyordu. Buna göre sonuç, mesleklerden kaynaklı gelirlerin engellenmesi nedeniyle milletvekilliğinin kendi başına bir gelir kaynağı olarak görülmesi ve bir tür meslek hâline gelişi olacaktı. Komisyonca önergeleri benimsemediklerini açıkça ifade eden Dal, hazırladıkları metnin altında yatan düşünce yapısını, önergelerin olası sonuçları ile karşılaştırarak şöyle anlatıyordu:

Biz milletvekilliğiyle bağdaşmayan meşgaleler hususunda aşağı yukarı 1961 Anayasasının paralelinde bir düzenleme getirdik.

(...)

Bizim maddeyi düzenlemede kıstasımız mümkün olduğu kadar görevini yaparken, milletvekili görevini yaparken bu görevi dolayısıyla bu görevini suiistimal ederek kamuya zarar vermesin. Bu düşünceden hareket ettik. Yani, gerek kendi durumu itibariyle gerek hükümet yahutta icra organı üzerinde yapacağı etki itibariyle kamu kuruluşlarında zararlı birtakım, devlete zarar verecek birtakım sonuçlar doğurucu etkide bulunmasın, bu düşünceden hareket ederek düzenlemeler getirmeye çalıştık. Aksi halde, daha başka sonuçlar ortaya çıkabilir ve politikanın aktörlerini gittikçe daraltırız, sayılarını azaltırız, yeterli ve kaliteli politikacı yetişmesini bir bakıma önleriz. Bunun için biz şu hükümlere “Kazanç

[97] *DMTD*, 31.8.1982, 193.

getiren sürekli meslekî faaliyetlerde bulunamazlar” şeklindeki hükümlere kesin olarak Komisyonumuz katılmıyor (...)^[98]

Görüldüğü gibi Anayasa Komisyonunun yaklaşımı, meslekler alanının kategorik bağdaşmazlığını öngörmüyor, mesleki faaliyetler alanını ancak Devlet faaliyetleri ile kesiştiği ölçüde sınırlandırıyordu. Bu yaklaşım, kısa süreli kesintiler dışında bu konu bağlamında Türk hukukuna egemen olan düzenleme geleneği ile uyuyordu.

Danışma Meclisi görüşmelerinin üyelikle bağdaşmayan işler tartışmasındaki temel tarihsel tezlerin ortaya konulması dışında en önemli boyutlarından biri, kanımızca *bağdaşmayan işler sorununun etik bağlam içindeki yönlerinin mevzuat konusu olmaması gerekliliğine* ilişkin belirlemelerdi. Yasama organı üyelerinin yürütme karşısındaki özerkliğini sağlama sorunu, bu bağlamın dışındadır. Burada sözü edilen bağlam, Devlet gücünden kaynaklı etkinin, Devlet dışındaki özerk organizmalar alanı anlamında *sivil toplumda* kötüye kullanılabilceği varsayımına dayanan bağdaşmazlık kavrayışları ile ilgilidir. Serbest meslek faaliyetlerinin milletvekilliği ile bağdaşmazlığına yönelik tartışmalar tam da bu bağlam içinde belirlenmektedir.

Danışma Meclisi üyelerinden Turgut Yeğenağa, bizce yerinde olarak, etik bağlamdaki sorunun mevzuat düzenlemeleri ile çözülemeyeceğini belirtmişti. Ona göre, bağdaşmayan işler sorunu esasen kamuoyu baskısı veya siyasal toplumun etik dışı davranışları dışlayan tutumu ile çözüme kavuşturulabiliyordu:

(...) bu konunun üzerinde bu kadar durulması bence fazla. Milletvekilliği müessesesi şimdiki kadar iyi veya kötü muhafaza edilmiştir, yani müesseseye büyük bir kara leke getirmemiştir. Nüfuz ticareti yapmış olanlar olmuş olabilir; fakat bizzat kendi mesleğini icra etmezse bir insan, eğer kendi mesleği için nüfuzunu kötüye kullanacak düşünülüyorsa, nüfuzu kötüye kullanmak için dolaylı şeyler de tertip edebilir. Nitekim, bunlar vaktiyle duyulmuş hadiseler. Bunların hepsi şâyi olur o Meclisin içinde. Meclis bunları tanır. Onun için, bu tür davranan milletvekilleri hiçbir zaman ertesi seçimlerde pek Meclise geldiklerini ben müşahede etmedim. Onun için konunun üzerinde fazla durmayalım. Yeter ki, icrayı

[98] DMTD, 31.8.1982, 194.

Türkiye’de Milletvekilliği – Avukatlık Bağdaşmazlığı Sorunu:
Tarihsel Bir İnceleme

murakabe etmeden imtina edecek görevler almadığına göre, mesleğini icrada fazla durmakta fayda görmüyorum efendim.^[99]

Görüşmelerde kendini gösteren bir diğer önemli boyut, *milletvekilliği ile bağdaşmayan işler sorununun milletvekili devamsızlığı sorunu* ile olan yapısal ilişkisinin -en az bir üye tarafından^[100]- kavranması olmuştur. Milletvekili devamsızlığını izleyen ve çalışmalara katılmamayı yaptırıma bağlayan bir Meclis çalışma düzeni içinde,^[101] bağdaşmayan işler kümesini mesleklere doğru genişletmek bir gereksinim olmaktan çıkacaktır. Çünkü böyle bir düzen, devamsızlığı izleme düzenekleri yardımıyla milletvekili zamanını, Meclis görevlerini öncelikli kılacak biçimde yapılandırmaktadır. Bu öncelik

[99] *DMTD*, 31.8.1982, 198. Anayasa Komisyonu sözcüsü Kemal Dal’da aynı yönde görüşler ileri sürmüştür (bkz. 31.8.1982, 197).

[100] Bağdaşmayan işler sorunu tartışılırken milletvekili devamsızlığını önlemeye yönelik hükümlere işaret eden üye, Mustafa Alpdünder idi. Bkz. *DMTD*, 31.8.1982, 192.

[101] Türkiye Büyük Millet Meclisinde milletvekili devamsızlığını izleme düzeni fiilen işlememektedir. Milletvekili devamsızlığına ilişkin yaptırımları düzenleyen İçtüzük hükümleri açık olmasına karşın, bu hükümler uygulanmamaktadır. Uygulamada, birleşimi yöneten başkanın toplantı yetersayısının var olduğuna yönelik gözlemi (müşahede) ile açılan birleşimlerde veya birleşim sırasında yapılan herhangi bir yoklamanın, süresi tamamlanmadan kesildiği durumlarda tüm milletvekillerinin birleşime katıldıkları varsayılmaktadır. Bu birleşimlerde başka yoklamalar veya açık oylamalar yapılsa ve milletvekilinin bunlara katılmamış olduğu belirlense dahi birleşim müşahede ile açıldığı ya da yoklama kesildiği için milletvekilinin durumu o birleşim için devamsız olarak değerlendirilmemektedir. Bir başka deyişle, TBMM’nin teamül haline gelmiş uygulamasına göre milletvekili devamsızlığı, ancak Genel Kurul birleşiminin müşahede ile açılmadığı, bir başka deyişle yoklama ile açıldığı birleşimlerde saptanabilmektedir. Bununla birlikte birleşimin yoklama ile açılmış olması, devamsızlık belirlemesine gitmek için yeterli değildir; aynı zamanda birleşimin başındaki yoklama da dâhil olmak üzere birleşim boyunca yapılan yoklamaların hiçbirinin yarıda kesilmemiş olması gerekmektedir. İçinde bulunduğumuz yasama döneminin ilk iki yasama yılında (1. Yasama Yılı: 24 Haziran 2018 – 30 Eylül 2018, 2. Yasama Yılı: 1 Ekim 2018 – 30 Eylül 2019) gerçekleştirilen 115 birleşimden yalnızca 1 birleşimin yoklama ile açılmış olması, devamsızlık izleme sisteminin işlemediğinin en çarpıcı göstergesidir.

Bu sorun alanına ilişkin ayrıntılı çözümleme için bkz. Günel Seyit, *Türk Parlamento Tarihinde Milletvekili Devamsızlığı Sorunu*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 207-26.

güvenceye alındıktan sonra, milletvekilinin kalan zamanlarını mesleki faaliyetleri için kullanmasında kamusal açıdan bir sakınca görülemeyeceği gibi, bu zamanlara ilişkin özgürce tasarruf hakkı bir temel hak alanı olarak değerlendirilmeli ve dokunulmaz sayılmalıdır.^[102]

Danışma Meclisindeki görüşmeler sonunda Anayasa Komisyonu, önergelerin mesleki faaliyetler ile ilgili kısımlarını benimsemeyen, sadece, kısıt kapsamındaki kurum ve kuruluşlar adına *temsilcilik* ya da *arabuluculuk* gibi görevleri bağdaşmazlık kapsamına alma önerilerini dikkate almış, bu doğrultuda yeniden düzenlemek üzere maddeyi Komisyona geri çekmiştir. Anayasa Komisyonunun yeni metni, söz konusu temsilcilik yasağının yanı sıra *kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim kurullarında görev almayı* da bağdaşmayan işler kapsamına almış ve madde kabul edilen son biçimini almıştır.^[103] Bu son değişiklik, yukarıda değindiğimiz çarpık “siyasetçi” algısının bir başka boyutuna belirlenmiştir. Bu boyut, siyasal elitlerin dar parti çıkarları için toplum kesimlerini istismar eden aktörler olarak kavranmasını içeriyordu. Bu kavrayışın 1982 Anayasası içinde ifadesini bulan ve milletvekillerinin sivil toplumun özerk örgütlenmeleri ile ilişki kurmalarını engellemeye dönük çokça sonuçları olmuştur. Burada konumuzla ilgili olarak değindiğimiz meslek kuruluşları ve sendikalar ile ilgili kısıtlamalar bu sonuçlardan yalnızca biriydi.^[104]

[102] Milletvekilliği ile avukatlığın, her iki faaliyetin de yoğun emek gerektirmesi yönüyle “zaman” ve Meclisin Ankara’da olması, fakat avukatlık hizmetlerinin yurt çapında yürütülmesi yönüyle de “mekân” bakımından bağdaştırılmasının olanaksız olduğunu savunan karşı görüş için bkz. Verdigi, “Parlamento Üyeliği,” 7.

[103] *DMTD*, C.10, Y.1, B.155, 22.9.1982, 682-4.

[104] 1995 yılında 4121 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğine dayanak oluşturan ve Doğru Yol Partisi, Anavatan Partisi ve Sosyaldemokrat Halkçı Partinin uzlaşısına dayanan Kanun Teklifi’nde, meslek kuruluşları ve sendikalar ile ilgili söz konusu kısıtlamaların kaldırılması, böylece hükmün 1961 Anayasası’ndaki biçime yaklaştırılması öngörülmüştü. Ancak Anayasa Komisyonu aşamasında, 12 Eylül dönemindekine benzer kaygılar egemen olmuş ve değişiklikten geri adım atılarak mevcut metnin teknik nitelikte birkaç küçük düzeltmeyle korunması benimsenmiştir. Anayasa Komisyonu raporunda, bu yönelim şöyle gerekçelendirilmiştir:

“Komisyonumuz, *sendikaların ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve bunların üst kuruluşlarının yönetim ve denetim kurullarında görev alanların*

Sonuç olarak 1982 Anayasası, milletvekilleri için avukatlığı kategorik olarak yasaklamamış, ancak katılımcı ve kitle tabanlı siyasal örgütlenmelere yönelik genel alerjinin bir yansıması olarak barolar gibi özerk meslek

bu görevlerinin milletvekilliğiyle bağdaşması sonucunda, bu görevlilerin ya dahil olabilecekleri siyasi partinin -her siyasi parti gibi- konulara kendi programı açısından da olsa milli planda bakması gereğine aykırı davranışlarda bulunarak partilerin kendi işlevine aykırı biçimde etkilemelerinin ya da tersine, görevlisi oldukları sendika veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunu veya üst kuruluşlarını takip etmekte yükümlü oldukları mesleki hak ve çıkarların takibinden mensup oldukları partinin görüşleri yönünde saptırma yoluna girmelerinin hayli ihtimal içinde olduğunu dikkate alarak, bu kişilerin milletvekili adayı olmalarını önlemekle beraber, milletvekili seçildikleri takdirde, eski görevleri ile milletvekilliği arasında bir tercih yapmaları yükümlünü muhafaza etmeyi uygun görmüştür. Komisyonumuz, bu gerekçeyle Anayasanın sözkonusu maddesini sadece kanun tekniği açısından yeniden kaleme almakla yetinmiştir.” (...) Anayasa Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 861, [Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi (TBMMTD), D.19, C.88, Y.4, B.123, 14.6.1995’e eklidir], 35-6.

Genel Kurul görüşmelerinde geri çekilen madde üzerinde yeniden yapılan görüşmelerden sonra Anayasa Komisyonunun tutumu değişmiş ve sendikalar ile ilgili sınırlamanın kaldırılması benimsenmiş, ayrıca Genel Kurulda kabul edilen bir önerge ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları da bağdaşmazlık kapsamının dışına çıkarılmıştır (TBMMTD, D.19, C.90, Y.4, B.131, 28.6.1995, 137-45; TBMMTD, D.19, C.93, Y.4, B.146, 22.7.1995, 242-4).

Bu yeniden düzenleme çabalarına karşın, madde Genel Kurul aşamasında kabul edilmemiş (bkz. TBMMTD, 22.7.1995), Anayasa’nın 82. maddesi 12 Eylül döneminde kabul edilen ilk biçimiyle yürürlükte kalmaya devam etmiştir.

Anayasa değişikliğine ilişkin Genel Kurul görüşmelerinde, Refah Partisi Grubu adına söz alan Bitlis Milletvekili Zeki Ergezen’in milletvekilliğinin başka hiçbir işle bağdaşmaması gerektiği yönündeki köktenci önerisi için bkz. TBMMTD, D.19, C.89, Y.4, B.129, 24.6.1995, 552. Bu yöndeki görüş, Erzurum Milletvekili Lütfü Esengün ve arkadaşlarının bir önergesinde de yansımaları bulmuştur. “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, milletvekilliği dışında, hiçbir ticarî, meslekî faaliyette bulunamazlar (...)” hükmünün Anayasa metnine eklenmesini öngören bu önerge, Genel Kurulda kabul edilmemiştir (TBMMTD, D.19, C.90, Y.4, B.131, 28.6.1995, 145).

Aynı görüşlerde CHP Grubu adına söz alan Mümtaz Soysal’ın 82. maddeye egemen olan askerî zihniyetle ilgili çözümlemesi için bkz. TBMMTD, 24.6.1995, 557-8.

ANAP Grubu adına söz alan Halil Orhan Ergüder’in milletvekilliğinin avukatlıkla bağdaşmadığı yönündeki görüşleri için bkz. TBMMTD, 24.6.1995, 567.

örgütlerinin yönetim ve denetim kurullarında görev almayı bağdaşmazlık alanı içinde saymıştır.

Öte yandan Anayasa, -daha önce 1961 Anayasası için gördüğümüz üzere- 82. maddenin son fıkrasındaki “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği ile bağdaşmayan diğer görev ve işler kanunla düzenlenir.*” hükmüyle, bağdaşmazlık alanına yönelik genişletici düzenleme yapma olanağını da tanıyarak, bir anlamda kısıtlamaları artırma konusunda kanun koyucunun elini serbest bırakmıştır.^[105] Bu serbestlik ileride, avukatlık mesleğinin, bir kanunla, kategorik olarak milletvekilliği ile bağdaşmayan iş sayılmasının anayasal zeminini oluşturmuştur.

Yukarıda belirtildiği gibi, 1982 Anayasası yürürlüğe girdiğinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun yürürlük durumu sürüyordu. Bu Kanun’un TBMM üyeliğinin avukatlıkla birleşebileceği, ancak belli başlı avukatlık hizmetlerinin milletvekili olan avukatlarca görülemeyeceği yönündeki hükmü de 1969 yılında kabul edilen ilk biçimini korumaktaydı. Bu durum, 1984 yılında TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işlerin özel bir kanunla düzenlenmesine değin değişmemiştir.

2- 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun

31 Ekim 1984 tarihinde kabul edilen 3069 sayılı *Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun*,^[106] Türk hukuk tarihi içinde milletvekilliği ile bağdaşmayan işler alanını bütünlüklü olarak düzenleyen ilk kanundur. Bu Kanun, konumuz bağlamında izlediğimiz mevzuat hükümleri yönünden bir eksen değişikliğini de temsil etmektedir. Nitekim şimdiye kadar izlediğimiz kanun hükümleri avukatlık mesleğini odak noktası olarak alıp bu meslekle bağdaşıp bağdaşmayan işleri belirlerken, 3069 sayılı Kanun, doğrudan TBMM üyeliğini temel almaktadır.

[105] Giderek genişleme eğilimi içinde olan milletvekilliği ile bağdaşmayan işler kümesinin günümüzde aldığı boyutları görmek için bkz. Reyhan Ayaz, “Milletvekilliği ile Bağdaşmayan İşler ve TBMM Başkanlığının Konuya Bakış Açısı,” *Yasama Dergisi*, no. 41 (Ocak-Haziran, 2020): 112-7.

[106] *Resmî Gazete*, 6.11.1984-18567.

Hâlen yürürlükte olan 3069 sayılı Kanun’un konumuzu doğrudan ilgilendiren iki maddesinden biri olan 2. maddesi,^[107] büyük ölçüde Anayasa’nın 82. maddesi hükümlerinin tekrarı niteliğindedir. Maddenin birinci fıkrasına göre, “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinde ve bunlara bağlı kuruluşlarda; Devletin veya diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak katıldığı teşebbüs ve ortaklıklarda; özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış kamu yararına çalışan derneklerin ve Devlettten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar, *bunların vekili olamazlar*, herhangi bir taahhüt işini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemezler, temsilcilik ve hakemlik yapamazlar.” (vba.)^[108]

[107] Bu Kanun’a dayanak oluşturan kanun önerilerinden biri, kanun tasarısı, bir başka deyişle Hükümet önerisiydi. Genel Kurul görüşmeleri sırasında bu durum, haklı olarak, güçler ayrılığı ve yasama organının özerkliği ilkeleri bağlamında, Meclisin iç işleyişi ile üyelerin statü hukukuna ilişkin konuların yürütme organının önerisine konu olmaması gerekliliği yönünden eleştiri konusu olmuştu. Bkz. *TBMMTD*, D.17, C.7, B.18, 30.10.1984, 628-9; *TBMMTD*, D.17, C.8, B.19, 31.10.1984, 20-1.

[108] Anayasa’nın 82. maddesinin birinci fıkrası gibi, bu fıkra hükmünü yineleyen 3069 sayılı Kanun’un 2. maddesinin birinci fıkrası da anlatım yönünden oldukça karmaşık ve muğlaktır. Hükmün çok uzun olması ve anlamın noktalama işaretleri yoluyla yöneltilmeye/doğrultulmaya çalışılması, sorunun kaynağını oluşturmaktadır. Kanun koyucunun, Anayasa hükmünü yinelemek yerine, hükümdeki anlatım sorununu giderme yolunu tutması uygun olurdu. Nitekim Kanun’a dayanak oluşturan Kanun Tasarısı’nın 2. maddesinde bu sorunu giderme çabasının izlerini saptamak olanaklıdır. Anayasa ve yürürlükteki Kanun hükmünün anlam muğlaklığını aşmaya yardımcı olması için, bu Tasarı’daki ifade biçimini buraya aktarmayı yararlı görüyoruz:

Üyelikle bağdaşmayan görev ve işler

MADDE 2- Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri;

- a) Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinde ve bunlara bağlı kuruluşlarda,
- b) Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak katıldığı teşebbüs ve ortaklıklarda,
- c) Özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış kamu yararına çalışan derneklerin ve Devlettten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların *yönetimi ile yönetim ve denetim kurullarında*,

Kanun'un 3. maddesinde, Anayasa hükmünün çizdiği çerçeve dışında kalan kimi işlerin de bağdaşmazlık kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Bu bağlamda Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin yukarıda (2. maddede) sayılan kurum ve kuruluşlarda ücret karşılığı iş takipçiliği, komisyonculuk, müşavirlik yapamayacakları, *Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile zimmet, ihtilas, irtikap, kaçakçılık ve döviz suçları gibi Devletin maddi çıkarlarıyla ilgili davalarda Devlet aleyhine vekil olamayacakları, serbest mesleklerini yürütürken ve özel işletmelerini yönetirken milletvekilliği unvanlarını kullanamayacakları* düzenlenmiştir.^[109]

(...)

Görev alamayacakları gibi, bu kurum ve kuruluşlarda ücretli veya ücretsiz vekillik, temsilcilik, *komisyonculuk ve müşavirlik* yapamazlar, bunların taahhüt işlerini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemezler.

(...)

ı) (...) *hakemlik*

Yapamazlar." (vba.) [*Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan Görev ve İşler Hakkında Kanun Tasarısı ile Manisa Milletvekili Mekin Sarıoğlu ve İstanbul Milletvekili A. Memduh Yaşa'nın Aynı Konudaki Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı: 134, (TBMMTD, D.17, C.7, Y.2, B.18, 30.10.1984'e eklidir), 8, 10].

Buraya aktarmadığımız (ayraç içinde üç nokta ile gösterilen) kısımlar ile vurgulu olarak gösterdiğimiz ibareler, Kanun Tasarısı'nın Anayasa hükmü ile kurulan çerçeveyi genişleten, bir başka deyişle TBMM üyelerinin yapamayacağı işlere ilişkin kısıtları artıran hükümlerini içermektedir.

Kanun Tasarısı metninde, yukarıda görüldüğü gibi aynı madde içinde sıralı sayıma konu edilen işler, önce Anayasa Komisyonu metninde, ardından Genel Kurulda kabul edilen ve kanunlaşan son metinde, Anayasa hükmü bir madde içinde aynen yinelenmek kaydıyla birden çok maddeye dağıtılmıştır. Örneğin komisyonculuk ve müşavirlik yapma yasağına ilişkin hükümler yürürlükteki Kanun'un 3. maddesinde yer almaktadır. Bu bağlamda Kanun'un nihai sistematığının, bir maddede Anayasa hükmü aynen yinelenenikten sonra bu hüküm alanını genişleten nitelikteki ek yasaklamaların diğer maddelere dağıtılması şeklinde belirlendiğini söylememiz olanaklıdır.

[109] Hükümetin teklif ettiği metinde, milletvekillerinin görebileceği avukatlık hizmetlerine ilişkin sınırlamaların, 1136 sayılı Kanun'un öngördüğü gibi, milletvekillerinin ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsamı öngörülmüş olmasına karşın bu hüküm, Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metne yansımamış, kanunlaşan metinde de yer almamıştır. Bunun ileriye yönelik bilinçli bir tercihin

3. maddedeki bu düzenleme, 1136 sayılı Kanun’un yukarıda belirtilen 12. maddesi hükmüne göre daha ayrıntılı ve açıklayıcı bir nitelik taşımaktaydı. Nitekim söz konusu 12. maddede, kurumlar ve kamu idareleri aleyhine dava takibini yasaklama yönünde genel bir hükümlerle yetinilmişken, 3069 sayılı Kanun’un 3. maddesinde Devlet aleyhinde avukatlık yapılamayacak durumlar suç tipleri özelinde sıralı sayıma konu edilmiştir. 3. maddedeki düzenlemede, “Devletin maddi çıkarı ile ilgili davalarda Devlet aleyhinde vekil olamama” ölçütü, 1136 sayılı Kanun’daki genel ölçüte (Devlet aleyhinde dava ve işleri takip yasağı) göre daha dar kapsamlı bir sınırlama oluşturuyordu. Bir başka deyişle, milletvekilleri için avukatlık yapma olanağı bir ölçüde genişletiliyordu. Çünkü Devletin maddi çıkarı ile ilgili davalar dışında kalan davalarda Devlet aleyhinde avukatlık hizmeti sunmak olanaklı kılınıyordu. Yine, Devletin maddi çıkarıyla ilgili olmakla birlikte maddede sayılan suç türleri ile ilgisi bulunmayan nitelikteki davalarda (örneğin Devlete karşı özel hukuk hükümlerine göre açılmış alacak davaları ile yönetsel yargıda görülen tam yargı davaları) Devlet aleyhine olsa bile avukatlık yapılabilecekti.^[110] Yanı sıra, maddede kamu tüzel kişilerinden söz edilmeden sadece Devlete işaret edilmesi, milletvekilleri için kamu tüzel kişileri aleyhindeki davalarda avukatlık yapma olanağı sunuyordu.^{[111],[112]} Devletin maddi çıkarı ile ilgili davalarda Devlet adına avukatlık ise, 3069 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile

ürünü mü olduğu, yoksa o dönem itibarıyla hâlen 1136 sayılı Kanun’da yer alan hüküm gözetilerek mi metinden çıkarıldığına ilişkin fikir verecek bir ipucuna ya da değerlendirmeye rastlayamadık. Ancak Genel Kurul görüşmelerinde, söz konusu hükmün 3. maddeye eklenmesi yönünde Kahramanmaraş Milletvekili Rifat Bayazıt tarafından verilen önerenin Komisyon ve Hükümetçe benimsenmeyip sonra da Genel Kurulca reddedilmiş olmasına bakarak “bilinçli tercih” seçeneğinin ağırlık kazandığını söylemek olanaklıdır (bkz. *TBMMTD*, 30.10.1984, 634-5).

[110] Erdal Onar, “1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi,” *Anayasa Yargısı Dergisi* 14, (1997): 444.

[111] Onar, “1982 Anayasasında,” 444.

[112] Burada 3069 sayılı Kanun ile 1136 sayılı Kanun arasında belirlenen ayırım noktalarını, hukuk evrenindeki somut etkilerinden ayrık olarak soyut bir karşılaştırmanın ve statik bir çözümlemenin ürünü olarak ortaya koyduk. Daha açık bir deyişle, öncelik-sonralık ya da genellik-özellik ilişkisine bağlı olarak birbirini geçersiz kılan hükümler ayrık olmak üzere, somut etkileri bakımından bu iki kanunun hükümlerini 3256 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihe kadar birikimli olarak ele almak gerekir. Zira bu tarihe kadar bu hükümler bir arada yürürlükte olmuştur.

Anayasa'nın 82. maddesi uyarınca zaten bağdaşmazlık kapsamındaydı. Devletin taraf olmadığı davalar yönünden serbestlik durumunda bir değişiklik söz konusu değildi.

3- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler

a) 3256 sayılı Kanun

1136 sayılı Kanun hükmü ile 3069 sayılı Kanun hükmü arasındaki söz konusu ayrıma karşın iki hüküm, 1136 sayılı Kanun'da 1986 yılında yapılan değişikliğe kadar, yaklaşık iki yıl süreyle birlikte yürürlükte kalmıştır. 22 Ocak 1986 tarihli ve 3256 sayılı *1136 Sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*^[113] ile, Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesindeki milletvekilleri ile ilgili kısıtlama hükmü kaldırılmış, böylece bu konuya ilişkin yürürlükteki tek yasal düzenleme olarak 3069 sayılı Kanun'daki hüküm bırakılmıştır. 12. maddeye ikinci fıkra olarak eklenen "Milletvekilleri hakkında, 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun hükümleri saklıdır." hükmünde bu durum açıkça belirlenmiştir.

İlk bakışta burada değişiklik, aynı konuya ilişkin iki farklı düzenlemeden birinin mevzuattan ayıklanmasından ibaret görünmesine karşın, örtülü olarak, konumuzla doğrudan ilintili bir başka sonuç da ortaya çıkmıştır. 1136 sayılı Kanun'un değişiklikten önceki biçiminde TBMM üyeleri yönünden geçerli olan avukatlık hizmetlerine yönelik sınırlama, milletvekili olan avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsamına karşın, değişiklikten sonraki hukuksal durum bu yasağı içermemiştir. Ortaklar veya çalışan statüsündeki avukatlar için konulmuş yasaklama hükmü, 1136 sayılı Kanun'dan çıkarıldığı gibi, tek başına yürürlükte bırakılan düzenleme olan 3069 sayılı Kanun'da da yer almamıştır. Buna göre, yeni hukuksal statüde, 3069 sayılı Kanun'un 3. maddesinde belirtilen avukatlık hizmetine ilişkin yasaklar sadece milletvekilleri için geçerli olacak, milletvekillerinin ortakları veya yanlarında çalışan avukatlar, Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile zimmet, ihtilas, irtikap, kaçakçılık ve döviz suçları gibi Devletin maddi çıkarlarıyla ilgili davalarda Devlet aleyhine vekil olabileceklerdi. Daha açık bir deyişle, milletvekili olan avukat için yasak olan işler, bu avukatın ortakları ve yanında çalışanlar bakımından serbest hâle gelmişti. Bu örtülü

[113] *Resmî Gazete*, 30.1.1986-19004.

düzenleme, oldukça önemli bir değişiklik olmasına karşın, bu boyuta ne madde gerekçesinde,^[114] ne Adalet Komisyonu raporunda^[115] ne de madde görüşmelerinde^[116] işaret edilmemiştir.

Avukat milletvekilinin, bürosunda çalışan ya da ona ortak olan avukatın yapabileceği işleri yapamaması durumu hukuk mantığı yönünden tartışılmayı hak etmektedir. Temel sorun etik bağlamsa ve milletvekilinin bu unvanını avukatlık hizmetlerinde kötüye kullanabileceği kaygısı egemense, milletvekili avukat için yasaklanan işlerin ortakları ve çalışanları için de yasaklanması gerekirdi. Çünkü bu kişilerin, aynı büro ya da ortaklık içinde bulunan avukatlar olarak milletvekilinin nüfuzunu kullanmaları, milletvekili adına hareket etmeleri ve milletvekilinin de bu faaliyetler sonucu kazanç elde etmesi her zaman olanaklıdır.

Özetle, 3256 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme (ve bu arada, daha önce 3069 sayılı Kanun’da bu konunun düzenlenmemesinin tercih edilmesi), avukatlık hizmetini etik kaygılar ya da milletvekilinin ve TBMM’nin saygınlığını koruma düşüncesiyle sınırlayan yaklaşımdan çelişkili bir sonuç doğurmuştur. Görünüşte milletvekili için sınırlamalar korunup etik bağlam gözetiliyor izlenimi yaratılmasına karşın arka planda ortaklar ve çalışanlar dolayısıyla serbestlik egemen kılınmıştır. Kanımızca bu iki yoldan birinin tutarlı olarak izlenmesi yerinde olurdu.

b) 4667 sayılı Kanun: Bağdaşmazlık Dönemi

Milletvekillerinin sunabileceği avukatlık hizmetlerine ilişkin olarak 3069 sayılı Kanun’un 2. ve 3. maddeleri ile 1136 sayılı Kanun’un 12. maddesi

[114] 1136 Sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, Trabzon Milletvekili Osman Bahadır’ın 19.3.1969 Tarih ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve 12nci Maddesinin Birinci Fıkrasına (h) Bendi Eklenmesine Dair Kanun Teklifi, Nevşehir Milletvekili Ali Babaoğlu ve 2 Arkadaşının 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Geçici 17 nci Maddesine Bir Fıkra Eklenmesi Hakkındaki Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 393, (TBMMTD, D.17, C.24, Y.3, B.62, 21.1.1986’ya eklidir), 2.

[115] 1136 Sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (...) ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 393, 9.

[116] TBMMTD, D.17, C.24, Y.3, B.62, 21.1.1986, 489-90.

kapsamında belirlenen hukuksal statü, 2001 yılına kadar sürmüştür. 2 Mayıs 2001 tarihli ve 4667 sayılı *Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*^[117] ile 1136 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen “*Milletvekilleri, milletvekilliği süresince avukatlık yapamazlar.*” hükmü, uzun yıllar sonra ilk kez, dava türü ayrımı gözetmeksizin bir bütün olarak avukatlık mesleğini milletvekilliği ile bağdaşmayan işler kapsamına sokmuştur. Bu tarihten günümüze, milletvekilleri, TBMM üyelikleri sürdükçe avukatlık yapamamaktadırlar.

Söz konusu düzenlemenin yasalama süreci ve mevzuat içinde yarattığı çelişkili durum, konu üzerinde yeterince düşünülmediğini, düzenlemenin aceleye getirildiğini açıkça göstermektedir. 4667 sayılı Kanun'a dayanak oluşturan kanun önerilerinde, milletvekilliği ile avukatlığın bağdaşmaz işler olarak tanımlanmasına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmuyordu. Genel Kurul görüşmelerine esas oluşturan Adalet Komisyonunun kabul ettiği metinde de bu yönde bir hüküm yer almıyordu. Bağdaşmazlığı saptayan cümlelerin kanun metnine girişi, Genel Kurul aşamasında bir önerenin kabulü ile gerçekleşmiştir.

Genel Kurul görüşmeleri incelendiğinde, Adalet Komisyonu metni üzerinde genel bir uzlaşının olduğu görülmektedir. Burada sadece Tunceli Milletvekili Kamer Genç'in sert muhalefeti dikkat çekmektedir. Genç, görüşülen metnin, hukukçuların Adalet Komisyonundaki sayısal ağırlığı nedeniyle bir tür mesleki kayırmacılık anlayışıyla hazırlandığını, kamusal çıkarlar yerine mesleki çıkarların gözetildiğini ileri sürüyordu.^[118] Genç'in muhalefeti, esasen metnin başka yönleri üzerine odaklanmakla birlikte, bir yerde milletvekilliği-avukatlık bağdaşmazlığına da kısaca değinmiştir. Genç, bu konuda önerge vermemiş, sorunu bir tür samimiyet sınavına çevirerek iktidar gruplarından ya da Hükümetten bu yönde bir girişim beklemiştir:

[117] *Resmî Gazete*, 10.5.2001-24398.

[118] Kamer Genç'in bu yöndeki görüşleri, Komisyon raporuna yazdığı karşı oy yazısında da görülmektedir. Bu karşı oy yazısı için bkz. *Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Avukatlık Kanununa Bazı Maddelerin Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ve Kütahya Milletvekili Emin Karaa'nın 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı: 413, (TBMMTD, D.21, C.62, Y.3, B.94, 1.5.2001'e eklidir), 57-9.

Biraz önce bir arkadaşımız “milletvekili olanlar avukatlık yapmasın” dedi.^[119] Geldi işte, verin önergenizi! Milletvekilleri avukatlık yapamaz... Verin bakalım önergenizi, kabul edin, o zaman ben sizin doğru olduğunuzu kabul edeyim. Bunları söylediğimiz zaman suçlu mu oluyoruz?^[120]

Kamer Genç’in beklediği önerge iktidar kanadından değil, muhalefet kanadından, ağırlıklı olarak Doğru Yol Partili milletvekillerinden gelmiştir.^[121] Komisyon metninde bu yönde bir düzenleme olmamasına karşın Adalet Komisyonu Başkanı Emin Karaa, önergeyi benimsediklerini ima eden bir tutum göstermiş,^[122] Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk ise konunun özüne ilişkin görüşünü açıklamadan, sadece kanun tekniği ile ilgili sorunlar nedeniyle önergeye katılmadıklarını belirtmiştir. Bu koşullar altında önerge kabul edilmiştir.

[119] Bu görüşü ileri süren milletvekili, Doğru Yol Partisi Grubu adına söz alan Ahmet İyimaya idi. Bkz. *TBMMTD*, D.21, C.62, Y.3, B.94, 1.5.2001, 134.

[120] *TBMMTD*, 1.5.2001, 153.

[121] Önerge yedi imzalıydı. Üyelerden altısı muhalefetteki Doğru Yol Partisine, biri ise iktidarın küçük ortağı olan Anavatan Partisine mensuptu. Önergenin ilk imza sahibi İçel Milletvekili Turhan Güven olmakla birlikte, Doğru Yol Partisinin iki grup başkanvekili de imza atmıştı. Dolayısıyla, önergenin arkasında muhalefetteki bir siyasi parti grubunun iradesi vardı.

Son olarak, önerge sahiplerinin beşinin hukukçu olduğu, bunlardan dördünün doğrudan avukatlık mesleğinden geldiği de vurgulanmalıdır. Milletvekillerine avukatlık yolunu kapatan girişimin yine avukatlardan gelmiş olması ilginçtir.

[122] TBMM yasama pratiğinde kural, komisyon başkanı ya da temsilcisinin Genel Kurulda komisyon metnini savunmasıdır. Komisyon metninde bulunmayan bir düzenlemenin metne eklenmesi ya da bu metnin değiştirilmesi yönündeki önergeler hakkında komisyon temsilcisi genellikle “katılmıyoruz” ya da “katılmıyoruz” şeklinde görüş bildirmektedir. Komisyon metnini değiştiren bir önergenin Genel Kurulda komisyonca benimsenmesi, ancak komisyon sıralarında komisyon üye tam sayısının üçte biri kadar üyenin hazır bulunması durumunda olanaklıdır. Bu kadar üye komisyon sıralarında bulunmuyorsa, ancak komisyon temsilcisi önergeye katılmak istiyorsa, önergenin kabul edilmesi için bir tür örtülü mesaj olarak “takhire bırakıyoruz” ifadesini kullanmaktadır. Bu ifade, komisyon temsilcisinin önergeyi benimsediği ve Genel Kurulca kabul edilmesini istediği mesajı olarak algılanmaktadır. Buradaki örnekte de, Adalet Komisyonu Başkanı önergeyi takdire bıraktıklarını belirterek bu mesajı vermiştir.

Adalet Bakanı'nın kanun tekniği ile ilgili saptaması yerindeydi, zira söz konusu düzenlemenin Avukatlık Kanunu'nun 43. maddesinde değil, 12. maddesinde yapılması gerekiyordu. 12. maddede değişiklik öngören kanun önerisi maddesi ise daha önce kabul edilmişti. Dolayısıyla izlenmesi gereken yöntem, 12. maddede değişiklik öngören kanun önerisi maddesinin TBMM İçtüzüğü'nün 91. maddesi uyarınca "yeniden görüşme" yöntemine konu edilmesi ve önerenin bu maddeye bağlı olarak görüşülmesiydi.

Görüşme yönteminden daha da önemli olan sorun, önerenin öngör-
düğü düzenlemenin 43. maddeye eklenmesi ile birlikte Avukatlık Kanunu metni içinde çelişkili hükümlerin belirmesiydi. Yukarıda ele aldığımız üzere, Kanun'un 12. maddesinde milletvekilliği, avukatlıkla birleşebilen işler arasında sayılmıştı. Buradaki hüküm değiştirilmeden ya da yürürlükten kaldırılmadan 43. maddede milletvekilliği ile avukatlığın birleşmeyeceği doğrultusunda bir hükme yer vermek, birbirine taban tabana zıt iki hükme aynı kanunda yer vermek sonucunu doğuruyordu. Bu bağlamdaki çelişkinin hükümler arasında öncelik-sonralık ilişkisi kurularak aşılması olanaklı olsa da bunun bir kanun metni bakımından ciddi bir sorun olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir.

Sorunun bir diğer boyutu, 3069 sayılı Kanun'da milletvekilleri tarafından sunulabilecek avukatlık hizmetlerinin sınırlarını belirleyen hükümlerin de avukatlığı kategorik olarak yasaklayan bu son düzenleme ile birlikte anlamını yitirmiş olmasıdır. Özetle, bu konuda bir önerge ile alelacele yapılan düzenleme, mevzuatta günümüze kadar gelen önemli bir dağınıklığa yol açmıştır.

4667 sayılı Kanun'un söz konusu hükmünün yürürlüğe girdiği tarih olan 10 Mayıs 2001 tarihinden bugüne kadar geçerli olan statü, TBMM üyeliğinin avukatlık mesleği ile bağdaşmazlığı temelinde belirlenmiştir. 4667 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemenin avukatlık mesleğinden gelen milletvekillerinin bürolarında çalışan diğer avukatları ya da ortaklarını kısıtlama kapsamına dâhil etmemiş olması, konunun yakıcı bir sorun olarak gündeme gelmesini engellemektedir. Milletvekilleri, hukuken avukatlık yapamamaları da, bürolarında fiilen çalışmaya devam edebilmektedir.^[123] Nüfuz ticareti tehlikesi söz konusu ise, bunun ortaklar ve büro avukatları dolayısıyla

[123] Kuşkusuz bu ifade ile, avukatlık mesleğinden gelen tüm milletvekillerinin avukatlık bürolarındaki faaliyetlerini sürdürdüklerini kastetmiyoruz. Bunu başlı başına etik bir sorun olarak görmesek bile, kimi milletvekillerinin bu faaliyetleri belli ölçüde sürdürdükleri, kimilerinin ise ortaklıklarını ve büro faaliyetlerini milletvekilliği

yürütülmesinin önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Görünüşte etik kaygılar ve milletvekili zamanını Meclis faaliyetlerine yöneltme çabası çerçevesinde yapılan düzenleme, kendisine yüklenen amaç yönünden bütünüyle işlevsiz durumdadır.

4667 sayılı Kanun’un kurduğu düzeni değiştirme ve milletvekillerine en azından Anayasa’nın 82. maddesinde belirlenen sınırlar çerçevesinde avukatlık yapma olanağı tanımaya yönelik girişimler gecikmemiştir. 4667 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden yaklaşık beş yıl sonra, Meclis’te sadece iki siyasi parti grubunun bulunduğu bir dönemde, hem iktidar hem de ana muhalefet grubuna üye milletvekillerince verilen aynı içerikteki iki ayrı Kanun Teklifi, 4667 sayılı Kanun’la Avukatlık Kanunu’nun 43. maddesine eklenen bağdaşmazlık hükmünün Kanun metninden çıkarılmasını öngörüyordu. Tekliflerden biri, Adalet ve Kalkınma Partisi Grubundan Karaman Milletvekili Mevlüt Akgün ile 10 milletvekiline, diğeri CHP Grubundan Samsun Milletvekili İlyas Sezai Önder ile 6 milletvekiline aitti. İmza sahibi 18 milletvekilinden 17’sinin avukatlık mesleğinden gelmesi nedeniyle, bu girişim belli bir meslek grubuna üye milletvekillerinin girişimi olarak görünüyordu. Teklifler, Adalet Komisyonunda görüşülüp kabul edilmiş,^[124] ancak o yasama dönemi içinde Genel Kurulca görüşülüp sonuçlandırılmadığından hükümsüz kalmıştır.^[125]

süresince askıya aldıkları bilinmektedir. Burada vurgulamak istediğimiz husus, söz konusu faaliyetlerin yürütülmesinin önünde hiçbir fiili engel bulunmaması olgusudur.

[124] Kanun Teklifleri ile Adalet Komisyonu raporu için bkz. *Karaman Milletvekili Mevlüt Akgün ile 10 Milletvekilinin ve Samsun Milletvekili İlyas Sezai Önder ile 6 Milletvekilinin; Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı: 968, erişim 19 Ağustos 2021, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss968m.htm>

[125] Bu girişimin sonuçsuz kalmasında olasılıkla kamuoyu algısı etken olmuştur. Konunun tarihsel arka planı, yani birkaç yıllık ayrık dönem dışında neredeyse tüm Cumhuriyet tarihi boyunca -belli kısıtlar çerçevesinde- avukatlık ile milletvekilliğinin birleştiği bilinmediğinden, bu kanun önerileri milletvekillerine “yeni ayrıcalıklar” tanımaya yönelik girişimler olarak algılanmaktadır. Kanun önerilerinin Adalet Komisyonunda kabulünden sonra basının konuyu yansıtmaya ilişkin örnekler bu algının göstergeleri olarak değerlendirilebilir. Örneğin dönemin Radikal Gazetesi, haberi şu başlıkla sunmuştu: “*Vekil, avukatlık hakkını da aldı,*” *Radikal*, 28 Haziran 2005. <http://www.radikal.com.tr/politika/vekil-avukatlik-hakkini-da-aldi-750412/>

2013 yılı Mayıs ayında Mecliste grubu bulunan siyasi partilerin ortak imzası ile verilen ve TBMM üyeliği statüsünü çok boyutlu ve bütünlüklü olarak düzenlemeyi amaçlayan *Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği Kanunu Teklifi*'ni, Anayasa'nın ve 3069 sayılı Kanun hükümlerinin aktarımı ile yetindiği ve Avukatlık Kanunu'nda değişiklik öngörmediği için milletvekillerinin avukatlık yapması önündeki engelin kaldırılması ya da bu konudaki mevzuat dağınıklığının giderilmesi yönünde bir girişim olarak görmek olanaklı değildir.^[126] Bu Kanun Teklifi kanunlaşmış olsaydı dahi konumuz bakımından yeni bir hukuksal durum ortaya çıkmayacaktı. Bundan iki yıl sonra Şubat 2015'te Meclis Başkanı Cemil Çiçek imzasıyla verilen *Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ve Siyasi Etik Kanunu Teklifi*^[127] ve Nisan 2016'da Adalet ve Kalkınma Partisi Grubuna üye 99 milletvekili tarafından verilen *Siyasi Etik Kanunu Teklifi*,^[128] benzer içerikte düzenlemeler öngör-

[126] *Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Giresun Milletvekili Nurettin Canikli, Kayseri Milletvekili Mustafa Elitaş, İstanbul Milletvekili Ayşe Nur Bahçekapılı, Adıyaman Milletvekili Ahmet Aydın ve Kahramanmaraş Milletvekili Mahir Ünal'ın; Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği Kanunu Teklifi ile Kahramanmaraş Milletvekili Nevzat Pakdil'in; Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin Ödenek, Yolluk ve Emeklilerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı: 461, erişim 19 Ağustos 2021, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss461.pdf>

Bu Teklif'te Adalet ve Kalkınma Partisi Grubuna üye olanlar dışında imzası olan diğer partilerin grup başkanvekilleri, Komisyon toplantısından sonra imzalarını çekmişlerdir.

CHP Grubundan İzmir Milletvekili Musa Çam'ın Komisyon raporuna ilişkin karşı oy yazısında, TBMM üyeliği süresince gelir getirici işlerin tamamının engellenmesi yönündeki görüşü dikkat çekicidir. Bkz. Sıra Sayısı: 461, 20.

[127] *Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Ankara Milletvekili Cemil Çiçek'in; Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği Kanunu Teklifi ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı: 712, erişim 19 Ağustos 2021, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss712.pdf>

[128] *Siyasi Etik Kanunu Teklifi (2/1000) ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Anayasa Komisyonu Raporları*, Sıra Sayısı: 307, erişim 19 Ağustos 2021, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss307.pdf>

Bu Kanun Teklifi'ne ilişkin olarak CHP'li iki hukukçu üyenin (Ankara Milletvekili Murat Emir ve Çanakkale Milletvekili Muharrem Erkek) yazdığı karşı oy yazısında, avukatlığın ötesinde milletvekillerinin serbest mesleklerini hiçbir şekilde icra edememeleri, bir çıkar karşılığı olmasa dahi özel sektörde herhangi bir görev

Türkiye’de Milletvekilliği – Avukatlık Bağdaşmazlığı Sorunu:
Tarihsel Bir İnceleme

düğünden konumuz bakımından önceki Teklif ile aynı durumdadır. Bu üç teklif de Komisyonunda kabul edilmiş olmasına karşın kanunlaşmamış ve hükümsüz kalmıştır.

HAKEMLİ

alamamaları ve Türk Ticaret Kanunu’na göre tacir ya da esnaf sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamamaları savunuluyordu. Bkz. Sıra Sayısı: 307, 32.

SONUÇ

Osmanlı-Türk parlamento tarihinin bütünlüğü içinde milletvekilliği ile bağdaşmayan işlere yönelik düzenlemeler, anayasalar ve yasalar düzeyinde gerçekleştirilmiştir. Bu tarihsel bütünlük içinde değişmeyen sert çekirdek, yasama organı üyeliğinin yürütme organı karşısındaki bağımsızlığının korunması olmuş, belli ayrıkçı durumlar dışında yasama organı üyelerinin başka Devlet görevlerinde bulunamamaları temel ilke olarak benimsenmiştir. Parlatentonun yasa yapımı yanında yürütme organını denetleme görevinin de bulunması, yürütme organı ile ilişkili ya da ona bağımlı milletvekillerinin bu denetim görevlerini gerektiği biçimde yerine getiremeyeceği düşüncesine bağılı olarak yürütmeyle bağılantılı görevlerin yasama organı üyeliği ile bağdaşmayan işler arasında tanımlanmasında başat etken olmuştur.

Milletvekilliği ile bağdaşmayan işler kavrayışı zamanla, yürütme organı ile yasama organı arasındaki ilişki bağlamının ötesine taşmış, parlamento üyelerinin kamusal çıkarlar ile özel çıkarlar arasındaki çelişkilerden uzak tutulması ve parlamento üyeliğinden kaynaklanan siyasal gücün mesleki faaliyet görüntüsü altında özel çıkarlar için kullanılmasını engelleme gibi kaygılar egemen olmaya başlamıştır. Temelde etik bir çerçeve içinde biçimlenen bu kaygılar, meslekler alanının da milletvekilliği ile bağdaşmayan işler alanı içine çekilmesine yol açmıştır. Bu süreçte, esasen bir kamu görevi yürüten milletvekillerinin zamanlarını kamusal faaliyetlerin alanı olarak parlamento çalışmalarına özgüleme yönündeki arayışlar da belirleyici olmuş, böylece milletvekilliği ile bağdaşmayan işler alanının genişletilmesi, milletvekillerinin yasama ve denetim çalışmalarına daha etkin bir biçimde katılmasını sağlayacak bir yöntem olarak görülmeye başlanmıştır.

Bu tarihsel gelişim, tekdüze ve doğrusal bir biçimde değil, birbirini yadsıyan anlayışlar ve çıkarların karşılaşması temelinde, çelişkili bir doğası ve gelgitleri olan süreçler bütünü olarak gerçekleşmiştir. Bu bağlamda, bir yanda milletvekilliği ile bağdaşmayan işler alanını sürekli genişletmeye ve bağdaşmayan işler kavramsallaştırmasının dayandığı kaygıları mevzuat düzenlemeleri yoluyla gidermeye yönelik yaklaşımlar görülürken, diğer yanda bu kaygıların, özellikle de meslekler alanı için kategorik mevzuat kısıtlamaları yoluyla çözülemeyeceğini savunan bakış açısı kendini göstermiştir. Bu ikinci yaklaşım, bağdaşmayan işler alanının genişletilmesinin, istenmeyen bir durum olarak milletvekilliğinin bir tür meslek ya da geçim kapısına dönüşmesi tehlikesine vurgu yapmakta, mesleki faaliyetlere yönelik

toptancı yasaklamaların, mesleki gelişimleri için harcadıkları emek düşünüldüğünde milletvekillerine yönelik maddi ve manevi bir haksızlık olduğu, ayrıca mesleki faaliyetlerden kaynaklı olumlu kamusal çıktıları engellediği tezini işlemektedir.

Mesleki faaliyetlerin parlamento üyeliği ile bağdaşmazlığı sorunu çerçevesinde avukatlık mesleğinin özel bir konumu bulunmaktadır. Bu özel konum, hukuk ve siyaset alanları arasındaki yapısal ilişki ve avukatlık mesleğinden gelen milletvekillerinin parlamentodaki ağırlığı ve etkinlik düzeyi ile koşullanmaktadır.

Osmanlı-Türk parlamento tarihinin özgülüğü içinde bakıldığında, avukatlık mesleği kapsamındaki faaliyetlerin bir bütün olarak milletvekilliği ile bağdaşmayan işler kapsamı içinde sayılması, ancak kısa süreli, ayrıksı dönemlere denk düşmektedir. 1876’dan bugüne, milletvekilleri için avukatlık yasağı sadece 1922-1924 dönemi ile 2001 yılından günümüze kadar olan dönemde geçerli olmuştur. Bunun dışındaki dönemlerde, milletvekilleri, belli dava türleri yönünden kimi kısıtlamalar bulunsa dahi, milletvekilliği çalışmalarının elverdiği ölçüde avukatlık yapabilmişlerdir. Yasağın olmadığı uzun tarihsel süreçte, milletvekillerinin bu mesleki faaliyetlerinden kaynaklı esaslı ve yapısal nitelikte bir sorun oluştuğunu söylemek güçtür. Öyle ki, Osmanlı-Türk anayasa tarihi içinde milletvekilliği ile bağdaşmayan işler alanını en ayrıntılı ve geniş şekilde düzenleyen 1982 Anayasası’nda dahi avukatlığın kategorik olarak yasaklanmasına yönelik bir hükme yer verilmemiştir.

Günümüzde geçerli olan statünün yarattığı fiilî gerçeklik, bu statüye yüklenen soyut hukuksal-siyasal anlamla belirgin bir çelişki içindedir. Bugün milletvekilleri için avukatlık yapma yasağı bulunsa dahi avukatlık mesleğinden gelen milletvekillerinin bürolarında çalışan avukatlar ya da ortakları için herhangi bir faaliyet kısıtlaması bulunmamaktadır. Milletvekilleri de, açıkça avukatlık yapmasalar bile meslekleri ile ilişkili çalışmalarını sürdürebilmekte, istemeleri hâlinde bürolarından kopmamaktadırlar. Yasağı getiren yasal düzenlemenin yakıcı bir sorun alanı olarak algılanmamasının altında bu fiilî durum yatmaktadır.

Yasağın amacı etik kaygıları gidermek ya da siyasal gücün avukatlık dolaşımıyla yargı süreçlerini etkileyecek biçimde kullanılmasını engellemekse, bu amacın gerçekleşmediği açıktır. Zira söz konusu kaygıların doğuşuna yol açabilecek faaliyetlerin milletvekilleri adına ortakları veya bürolarında

çalışan diğer avukatlar eliyle yürütülmesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu alandaki etik sorunsalı, avukatlığı milletvekilleri için toptan yasaklayacak yasal düzenlemeler ile aşmak olanaklı görünmemektedir. Bu yönde “etkili” bir düzen kurmak için milletvekillerini avukatlık bürolarını kapatmaya, ortaklıklarını sonlandırmaya zorlama da hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan nitelikte ölçsüz bir yöneliş olacaktır.

Bizce çözüm yolunun ilk adımı, yasal önlemler ve kategorik yasaklamalar ile çözülemeyecek sorun alanlarının bulunabileceğini kabullenmek olmalıdır. Bu adımın ayrılmaz parçası, fiilî durum bambaşka bir gerçeklik olarak sürerken etik sorunları yasalarla çözüyormuş gibi yapmaktan vazgeçmektir.

Etik sorunların toptancı bir anlayışla yasaklar getiren yasal düzenlemeler yoluyla çözülmeye çalışılması, sonuçsuz kalmaya mahkûm girişimlerdir. Bu nedenle, temel bir yaklaşım olarak, Anayasa'nın 82. maddesinin son fıkrası hükmü kapsamında milletvekilliği ile bağdaşmayan işleri yasa yoluyla sürekli genişletmek yerine, en azından söz konusu maddenin birinci fıkrasının koyduğu sınırlara geri çekilmekte yarar vardır. Bu doğrultuda belli başlı mesleki faaliyetleri gittikçe genişleme eğilimi içinde olan milletvekilliği ile bağdaşmaz işler kümesi içine sokarak yasaklamak yerine, bu faaliyetlerin etik denetiminin yasama organı, ilgili meslek kuruluşları (örneğin avukatlık özelinde barolar) ve kamuoyunca yapılmasına olanak sunacak bir açıklık zeminini kuracak düzenlemeler yapma yoluna gidilmelidir. Siyasal faaliyetlerin mali kaynaklarının izlenmesine yönelik hukuksal ve kurumsal bir altyapının oluşturulması, bu yönde atılacak en önemli adım olarak görünmektedir. Kamuoyu gözetimi, bu gözetime olanak sağlayacak açıklıkla desteklenirse, hâlihazırda olduğu gibi etik kaygılarla belli faaliyetleri tümüyle yasaklama, böylece dürüst mesleki faaliyetleri baştan feda etme anlayışından uzaklaşmak mümkün olabilir. Böylece, Anayasa'da belirlenen ve üyeliğin düşürülmesi sonucuna bağlanan milletvekilliği ile bağdaşmayan işler düzeninden ayrık olarak, üyeliğin düşürülmesi yaptırımını yerine moral yaptırımları esas alan, bu anlamda temelde kamuoyuna seslenen, kategorik yasaklamalara başvurmeyen, ancak etik kaygıları da göz ardı etmeyen, etik bağlamda bir sorun oluşmuşsa bunu doğrudan somut soruna odaklanarak çözmeye çalışan bir yöntem geliştirilebilir. Bu yöntem, Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde oluşturulacak özel bir etik komisyonu eliyle işlerlik kazanabilecektir. Komisyonun siyasal parti gruplarının ve bağımsız milletvekillerinin eşit temsiline dayanacak şekilde yapılandırılması, üyelerinin komisyon faaliyetleri

Türkiye’de Milletvekilliği – Avukatlık Bağdaşmazlığı Sorunu:
Tarihsel Bir İnceleme

yönünden parti disiplininden bağışık kılınması, komisyonun etkinliğini ve kamuoyu önündeki saygınlığını pekiştirecek etkiler doğurabilir. Diğer yandan meslek kuruluşlarınca oluşturulan etik kurullarının da etik denetim süreçlerine uzmanlık bilgisiyle donanmış değerli katkılar sunması olasıdır.

Son olarak, etik kaygılar boyutundan ayrık olmak üzere, milletvekili zamanının mesleki faaliyetler yönüne kayması tehlikesi de, Meclisin milletvekili devamsızlığını önlemeye yönelik -hâlihazırda fiilen uygulanmayan- İtüzük hükümlerini işletme yönünde bir irade ortaya koyması ile engellenebilir. Böylece milletvekili zamanı yönünden TBMM üyeliğinin getirdiği yasama çalışmalarına katılma yükümlülüğü ile mesleki çalışmaları en azından belli bir düzeyde sürdürme gereksinimi arasında bir denge sağlanması olanaklı olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

- Aldıkaçtı, Orhan. *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*. 4. Baskı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- Arsel, İlhan. *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları*. Ankara: Mars Matbaası, 1965.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Ayaz, Reyhan. "Milletvekilliği ile Bağdaşmayan İşler ve TBMM Başkanlığının Konuya Bakış Açısı." *Yasama Dergisi*, no. 41 (Ocak-Haziran, 2020): 107-33.
- Bakırcı, Fahri, Gençkaya Ömer Faruk, Ergül Ozan, Kılıç Abbas, Aslan Gündüz Alp, Işık Salim ve Yüksel İsmail. *Parlamento Hukukuna Giriş*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2020.
- Bali, Rıfat N. *Unutulmuş Bir Fikir Adamı ve Hukuk Âlimi: Milâslı Gad Franko*. İstanbul: Libra Kitapçılık, 2013.
- CHF Üçüncü Büyük Kongre Zabıtları* (10-18 Mayıs 1931). İstanbul: Devlet Matbaası, 1931.
- Cranston, Ross. "Avukatlar, Milletvekilleri ve Hâkimler." Çeviren Beyhan Kaptıkaçtı Kayatekin ve Yağmur Şen, *Yasama Dergisi*, no. 41 (Ocak-Haziran, 2020): 341-72.
- Dönmez, Gökhan. *1982 Anayasası'nda Milletvekilliği Statüsünün Kazanılması ve Sona Ermesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Erem, Faruk. *Parlamento Üyeliği ve Avukatlık*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1972.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Anayasa Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Franko, (Milâslı) Gad. "Saylav Avukatlar." *Hukukî Bilgiler Mecmuası* 8, no. 10-94 (Ağustos, 1937): 1-5.
- Gören, Zafer. *Anayasa Hukukuna Giriş*. İzmir: Barış Yayınları, 1997.

- Gözler, Kemal. “Vatandaşlık ve Milletvekilliği.” *Liberal Düşünce* 4, no. 16 (Yaz, 1999): 90-1.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. Cilt: I, Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2009.
- Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Kitabevi, 2017.
- Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*. 2. Baskı. Bursa: Ekin Yayınevi, 2020.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Kili Suna. *Türk Anayasa Metinleri (1839-1980)*. 2. Bası. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- İba, Şeref. *Parlamento Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- İnce, Refik. “Meb’uslukla Avukatlık Birleşmeli mi?.” *İzmir Barosu Dergisi* 2, no. 2-6 (Birinciteşrin, 1936): 121-48.
- Onar, Erdal. “1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 14, (1997): 387-465.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 15. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- Seyit, Günel ve Gün Tuncay. “Vatan Hizmeti Kapsamındaki Askerlik Ödevinin Milletvekilliği Statüsü ile İlişkisi.” *Yasama Bülteni*, no. 5, Ankara: TBMM Basımevi, 2020.
- Seyit, Günel. *Türk Parlamento Tarihinde Milletvekili Devamsızlığı Sorunu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Soysal, Mümtaz. *100 Soruda Anayasanın Anlamı*. 11. Baskı. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997.
- Tanilli, Server. *Devlet ve Demokrasi – Anayasa Hukukuna Giriş*. 5. Baskı. İstanbul: Say Yayınları, 1988.
- Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu Necmi. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. 19. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.

TBMM Albümü (1920-2010). Cilt: 1, 2. Baskı. Ankara: TBMM Yayınları, 2010.

Verdigil, Rifat. "Parlamento Üyeliği ve Avukatlık." *Yargı*, no. 41 (Eylül, 1979): 7-8.

Tutanak Metinleri ve Raporlar:

1136 Sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, Trabzon Milletvekili Osman Bahadır'ın 19.3.1969 Tarih ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve 12nci Maddesinin Birinci Fıkrasına (h) Bendi Eklenmesine Dair Kanun Teklifi, Nevşehir Milletvekili Ali Babaoğlu ve 2 Arkadaşının 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Geçici 17 nci Maddesine Bir Fıkra Eklenmesi Hakkındaki Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 393, (*Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, D.17, C.24, Y.3, B.62, 21.1.1986'ya eklidir).

Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Giresun Milletvekili Nurettin Canikli, Kayseri Milletvekili Mustafa Elitaş, İstanbul Milletvekili Ayşe Nur Bahçekapılı, Adıyaman Milletvekili Ahmet Aydın ve Kahramanmaraş Milletvekili Mahir Ünal'ın; Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği Kanunu Teklifi ile Kahramanmaraş Milletvekili Nevzat Pakdil'in; Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin Ödenek, Yolluk ve Emeklilerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 461.

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss461.pdf>

Avukatlık Kânunu Lâyihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/962), Sıra Sayısı: 297, (*Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi*, D.5, C.26, İ.S.3, İ.81, 27.6.1938'e eklidir).

Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Avukatlık Kanununa Bazı Maddelerin Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ve Kütahya Milletvekili Emin Kara'nın 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Teklifi ve Adalet

Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 413, (*Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, D.21, C.62, Y.3, B.94, 1.5.2001’e eklidir).

Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, C.45, T.19, B.29, 4.2.1980.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.9, Y.1, B.139, 31.8.1982.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.10, Y.1, B.155, 22.9.1982.

Karaman Milletvekili Mevlüt Akgün ile 10 Milletvekilinin ve Samsun Milletvekili İlyas Sezai Önder ile 6 Milletvekilinin; Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 968. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss968m.htm>

Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, D.1, C.4, İ.S.1, İ.95, 4.6.1325.

Milli Birlik Komitesi Genel Kurul Toplantısı, C.3, B.49, 8.12.1960.

Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C.3, B.61, 29.6.1981.

Siyasi Etik Kanunu Teklifi (2/1000) ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Anayasa Komisyonu Raporları, Sıra Sayısı: 307.

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss307.pdf>

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C.3, B.48, 19.4.1961.

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C.5, B.70, 20.5.1961.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Ankara Milletvekili Cemil Çiçek’in; Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği Kanunu Teklifi ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 712. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss712.pdf>

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, D.17, C.7, B.18, 30.10.1984.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, D.17, C.8, B.19, 31.10.1984.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, D.17, C.24, Y.3, B.62, 21.1.1986.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, D.19, C.89, Y.4, B.129, 24.6.1995.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, D.19, C.90, Y.4, B.131, 28.6.1995.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, D.19, C.93, Y.4, B.146, 22.7.1995.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, D.21, C.62, Y.3, B.94, 1.5.2001.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan Görev ve İşler Hakkında Kanun Tasarısı ile Manisa Milletvekili Mekin Sarıoğlu ve İstanbul Milletvekili A. Memduh Yaşa'nın Aynı Konudaki Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 134, (*Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, D.17, C.7, Y.2, B.18, 30.10.1984'e eklidir).

Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, D.1, C.3, İ.S.1, İ.42, 2.8.1336.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, D.1, C.3, İ.S.1, İ.59, 5.9.1336.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, D.1, C.9, İ.S.2, İ.12, 26.3.1337.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, D.1, C.17, İ.S.2, İ.161, 18.2.1338.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, D.2, C.8, İ.S.2, İ.128, 3.4.1340.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, D.5, C.26, İ.S.3, İ.81, 27.6.1938.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, D.10, C.20, İ.S.3, İ.81, 14.6.1957.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, D.11, C.9, İ.S.2, İ.71, 22.5.1959.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 35 (*Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi*, C.5, B.70, 20.5.1961'e eklidir).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı, Sıra Sayısı: 166, (*Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, C.7, Y.1, B.120, 4.8.1982'ye eklidir).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 166'ya 1'inci Ek, (*Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, C.7, Y.1, B.120, 4.8.1982'ye eklidir).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 450, (*Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*, C.7, B.118, 18.10.1982’ye eklidir).

(...)^[129] *Anayasa Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı: 861, (*Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, D.19, C.88, Y.4, B.123, 14.6.1995’e eklidir).

Yasama Meclisleri Üyeliği ile Bağdaşmayan Görev ve İşlere Ait Fransa, Belçika ve İtalya Parlömanterleriyle İlgili Hükümler, TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı Arşivi, Ankara, 1971.

Sürelî Yayınlar:

Ceride-i Resmîye, 7.2.1337-1.

Ceride-i Resmîye, 21.2.1337-3.

TBMM Kavanin Mecmuası, D.1, C.1, 3. Baskı, TBMM Matbaası, Ankara, 1943.

“Vekil, avukatlık hakkını da aldı.” *Radikal Gazetesi*, 28 Haziran 2005.

<http://www.radikal.com.tr/politika/vekil-avukatlik-hakkini-da-aldi-750412/>

Resmî Ceride, 26.4.1340-69.

Resmî Ceride, 16.1.1926-272.

Resmî Gazete, 15.7.1934-2752.

Resmî Gazete, 14.7.1938-3959.

Resmî Gazete, 4.6.1959-10222.

Resmî Gazete, 16.12.1960-10682.

Resmî Gazete, 20.7.1961-10859.

Resmî Gazete, 7.4.1969-13168.

Resmî Gazete, 30.6.1981-17386 (Mükerrer).

Resmî Gazete, 9.11.1982-17863 (Mükerrer).

[129] Komisyon raporunun başlığının çok uzun olması nedeniyle ayraç içinde üç nokta ile kısaltma yoluna gidilmiştir.

Resmî Gazete, 6.11.1984-18567.

Resmî Gazete, 30.1.1986-19004.

Resmî Gazete, 4.5.1990-20508.

Resmî Gazete, 10.5.2001-24398.

“Yeni dönemde milletvekillerinin 123’ü avukat.” *Anadolu Ajansı*,
25 Haziran 2018. [https://www.aa.com.tr/tr/politika/
yeni-donemde-milletvekillerinin-123u-avukat/1186745](https://www.aa.com.tr/tr/politika/yeni-donemde-milletvekillerinin-123u-avukat/1186745)

ANAYASAL AÇIDAN VERGİ TEŞVİKLERİ

Ömer Faruk BAYRAKCI**

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK– ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir. Bu makale, aynı yazarın, henüz yayınlanmamış olan, “Ölçülülük İlkesi Işığında Vergi Teşviklerinin Meşruluğu” isimli doktora tez çalışmasından yararlanılarak üretilmiştir.

* Arş. Gör., Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı. (obayrakci@pau.edu.tr) <https://orcid.org/0000-0002-3135-3146>

Makalenin Geliş Tarihi: 11 Ocak 2022 **Kabul Tarihi:** 12 Nisan 2022

Atıf önerisi: Bayrakçı, Ö. Faruk. “Anayasal Açından Vergi Teşvikleri.” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 1 (Ocak 2021): 213-67. DOI [10.30915/abd.1118351](https://doi.org/10.30915/abd.1118351)

ANAYASAL AÇIDAN VERGİ TEŞVİKLERİ

ÖZ

Vergi teşvik tedbirlerinin düzenlenmesinde, yasa koyucunun geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Fakat, bu yetkinin sınırsız olduğunu söyleyemeyiz. Hukuk devletlerinde bu yetki anayasal kural ve ilkelerle sınırlıdır. Vergi teşvik tedbirleri açısından yasa koyucuyu sınırlayan ilk anayasal ilke hukuki güvenlik ilkesidir. Hukuki güvenlik ilkesinin altında yasallık ilkesi ve güvenin korunması ilkesi yer alır. Yasallık ilkesi gereği teşvik kuralının temel unsurları, yasa ile düzenlenmelidir. İkinci anayasal koşul ise, güvenin korunması ilkesidir. Bu ilke gereği, yasalara ve idari uygulamalara dayanarak teşvikten yararlananların ve üçüncü kişilerin duyduğu güven korunmalıdır.

Vergi teşvikleri açısından temel anayasal sorun eşitlik ilkesinden kaynaklanmaktadır. Teşvik kuralları, mali gücü eşit mükelleflerinin farklı vergilendirilmesine neden olmaktadır. Bu nedenle teşvik kuralları eşitlik ilkesine aykırılık taşımaktadırlar. Sosyal devlet ilkesinden kaynaklanan vergi teşviklerinin hukuk sistemi içerisinde kalması, meşru bir amaç taşıması ve ölçülülük ilkesine uygun olması halinde mümkündür. Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında, vergi teşviklerinin eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığının denetiminde, ölçülülük ilkesi uygulanmamaktadır. Çalışmamızda, Mahkeme görüşünün aksine, vergi teşvik tedbirlerinin ölçülü olmasının niçin anayasal açıdan gerekli olduğunu açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

vergi teşvikleri

eşitlik ilkesi

ölçülülük ilkesi

yasallık ilkesi

sosyal devlet ilkesi

TAX INCENTIVES FROM A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

ABSTRACT

The legislator has broad discretion in regulating tax incentive measures. However, this authority is unlimited. This authority is limited to constitutional rules and principles in states of law. The first constitutional principle limiting the legislator in terms of tax incentive measures is the principle of legal security which comprises the principle of legality and the principle of protection of the trust. By the principle of legality, the essential elements of the incentive rule should be regulated by law. The second constitutional requirement is the principle of protection of confidence. Under this principle, the trust of the beneficiaries and third parties should be preserved based on the laws and administrative practices.

The main constitutional problem in terms of tax incentives arises from the principle of equality. Incentive rules cause taxpayers of equal financial power to be taxed differently. For this reason, incentive rules violate the principle of equality. It is possible if the tax incentives arising from the social state principle remain within the legal system, have a legitimate aim and comply with the principle of proportionality. The principle of proportionality does not take part in the Turkish Constitutional Court's decisions in determining whether tax incentives are contrary to the principle of equality. In our study, contrary to the opinion of the Court, it is explained why it is constitutionally necessary for tax incentive measures to comply with the proportionality principle.

Keywords

tax incentives

principle of equality

principle of proportionality

principle of legality

social state principle

GİRİŞ

“Teşvik” sözlük anlamıyla “isteklendirme, özendirme” olarak tanımlanır.^[1] Vergi teşvikinden ne anlaşılması ve konunun nasıl incelenmesi gerektiği ise, bakış açısının iktisadi veya hukuki olmasına göre farklı şekillerde açıklanmaktadır.

İktisadi yazında genel olarak teşvik, belirli bir ekonomik faaliyette bulunanların, ekonomik faaliyetlerini hızlandırmak ve büyütme amacıyla, siyasi karar alma mekanizmaları tarafından sağlanan maddi ve maddi olmayan desteklerle; yardım ve özendirmeler olarak açıklanır.^[2] Bu yaklaşımın devamı olarak vergi teşvikleri ise tüm teşvik araçları arasından vergisel enstrümanların kullanılması olarak ifade edilir.^[3] Bu kapsamda, vergi muafiyeti, vergi istisnası, indirimli vergi oranı uygulanması, vergi kesintisi terkin ve hızlandırılmış amortisman sıkça başvurulan vergisel enstrümanlar olarak gösterilir.^[4]

İktisat bilimi; üretim, dağıtım, tüketim, ticaret, değişim ve paylaşım ile ilgili etkinliklerin tümü ile bu etkinlikleri inceleyen ve değerlendiren bir sosyal bilim dalı olduğundan,^[5] iktisadi alanda yapılan çalışmalar, teşvikleri

-
- [1] Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.tdk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 15 Mart 2022.
- [2] Erdal Akdeve ve Erdal Tanas Karagöl, “Geçmişten Günümüze Türkiye’de Teşvikler ve Ülke Uygulamaları,” *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 37 (Temmuz, 2013): 330; Engin Öner, “Niçin Vergi Teşvikleri?,” *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 16, no. 3-4 (2002): 97-98; Abdullah Takım ve Ş. Mustafa Ersungur, “Türkiye’de Teşvik Sisteminin Yapısı Sorunları ve Etkinliği Üzerine Bir Politika Önerisi: Tek Bir Uygulamacı Kuruluş Sorunları Çözer mi?,” *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 32, no. 3 (2018): 725; Mehmet Hanefi Topal, “Teşvik Politikalarının Gerekçeleri ve Etkinliği: Kuramsal Bir Yaklaşım,” *Uluslararası Bilimsel Araştırma Dergisi* 1, no. 2 (2016): 36.
- [3] Sercan Yaman, “Türkiye’de Uygulanan Vergi Teşvik Sisteminin İncelenmesi,” *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 339 (Aralık, 2016): 160.
- [4] Detaylı bilgi için bkz. Filiz Giray, *Vergi Teşvik Sistemi ve Uygulamaları*, Yenilenmiş 3. baskı (Bursa: Ekin, 2016), 71-88.
- [5] İlker Keçetep, “Türkiye’de İktisat Biliminin Doğuşu,” *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, no. 16 (2016): 823.

olası sonuçları üzerinden bir değerlendirmeye tabi tutarak, vergi teşviklerinin etkin olup olmadığı üzerinde yoğunlaşmıştır.^[6]

Hukukun konusunu ise, hukuk sayılan kuralların nasıl ortaya çıktıkları, bunların hangi şartlarla geçerli olabilecekleri ya da birbirleriyle olan ilişkileri ve bunların sistem olarak çözümlenmesi oluşturur.^[7] İktisat biliminin konusunu oluşturan “etkinlik” ve “paylaşım” sorunu, hukuk biliminde yerini “adalet”^[8] olgusuna bırakmaktadır. Bu nedenle hukuk alanının “vergi teşviki” kavramını nitelendirmesi iktisat biliminden farklıdır. Şöyle ki, yasa koyucunun vergi teşvik tedbiri düzenleme yetkisi, bu yetkinin sınırları, vergi teşvik tedbirlerinin tabi olduğu anayasal ilkeler ve de adil bir vergi teşvik tedbirinin nasıl olacağı konu itibarıyla hukuk biliminin inceleme alanına girmektedir.

Hukuki açıdan vergi teşviki, kamu yararına dayanan üst bir amaç uğruna; yararlanıcılara, teşvik hükmünden yararlanmayanlardan farklı olarak, yasa ile sağlanan vergi odaklı menfaatlerdir. Vergi teşviklerine ilişkin temel hukuki sorun ise, iktisat biliminden farklı olarak, yasa koyucunun hedeflediği üst amaç nedeniyle, aynı hukuki statüde olan kişiler arasında yapılan bu farklı tutumun hukuka uygun olup olmadığıdır.

Günümüzde, vergi teşvikinin sıklıkla başvurulan bir “özendirme” aracı olması, vergilendirmenin mali amacı dışında mali olmayan amaçlara ulaşmak için de kullanılmasından kaynaklanmaktadır.^[9] Bu noktada vergi teşvikleri,

[6] Bu yargıya konu çalışmalar için bkz. Ahmet Tekin, “Vergi Teşvikleri ve Ekonomik Etkileri,” *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 16 (Aralık, 2006): 301-316; Akdeve ve Karagöl, “Geçmişten,” 329-50; Öner, “Niçin,” 97-19; Topal, “Teşvik,” 36-51.

[7] Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, (İstanbul: Filiz, 2010), 39; Hukuk biliminin konusu ve metodu hakkında öne çıkan tartışmalar için bkz. Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Gözden Geçirilmiş 7. baskı (İstanbul: Oniki Levha, 2010), 1-6.

[8] “Aslında hukukun temel konusu adalettir. Böylece adalete uygun hukuk kuralları hakikate uygun olur ve o bilgiyi bilimsel olarak nitelememizi sağlar.” Aral, *Hukuk Bilimi Üzerine*, 9.

[9] Amaç yönünden vergilendirme ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki mali amaçlı vergilendirme diğeri ise mali amaçlı olmayan vergilendirmedir. Mali amaçlı vergilendirme; vergilerin sosyal ve ekonomik etkilerinin göz ardı edilmesiyle;

ekonomiyi geliştirmek, birtakım sosyal amaçlara ulaşmak, bazı ekonomik faaliyetlere girişilmesinin daha mümkün kılınması amaçları doğrultusunda uygulanmaktadır.^[10] Türk hukuku özelinde, bir teşvik kuralının hangi amaçla çıkarıldığı teşvik yasalarında ve/veya yasa gerekçelerinde belirtilmektedir. Bu noktada öncelikle, vergi teşvik tedbirlerinin Türk hukukunda tek bir yasayla derlenmiş vaziyette olmadığı söylenmelidir. Türk hukukunda vergi teşvikleri ya -çoğunlukla- Gelir Vergisi Kanunu,^[11] Kurumlar Vergisi Kanunu^[12] gibi özel vergi yasalarına ek madde koyma usulüyle ya da ayrı bir yasa olarak düzenlenmektedir. Bu ikincisine örnek olarak 5084 Sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki Kanunu^[13] ile 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu^[14] gösterilebilir. 4875 SK 1. maddesi teşvikin amacını “doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulması(na), doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesi(ne) ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılması(na)” şeklinde açıklamaktadır. Buna karşılık Gelir Vergisi Kanunu’na çeşitli teşvik hükümleri ekleyen 6322 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un^[15] genel gerekçesine göre, “*bölgesel gelişmişlik farklarının azaltılması, sanayinin yapısal ve teknolojik dönüşümünü sağlayacak yüksek ve orta-yüksek tekno-*

vergilendirmenin salt kamusal ihtiyaçların finansman kaynağı fonksiyonuyla kullanılmasıdır. Mali amaçlı olmayan vergileendirme ise, sosyal amaçlı normlar vasıtasıyla vergilendenmeden sağlanacak gelirin yanı sıra ekonomik, sosyal, kültürel alanda birtakım sonuçlar elde edilmesinin mümkün olduğu anlayışıdır. Bkz. Cenker Göker, *Yönlendirici Vergileendirme*, (Ankara: Turhan, 2011), 5-21.

[10] Donna D. Bobek ve diğerleri, “Are More Choices Better? An Experimental Investigation of the Effects of Multiple Tax Incentives”, *The Journal of The American Taxation Association* 38, no. 2 (2016): 111.

[11] 193 Sayılı Kanun, K. 31.12.1960, RG.06.01.1961-10700.

[12] 5520 Sayılı Kanun, K. 13.06.2006, RG.21.06.2006-26205.

[13] 5084 Sayılı Kanun, K. 29.01.2004, RG.06.02.2004-25365.

[14] 4875 Sayılı Kanun, K. 05.06.2003, RG.17.06.2003-25141.

[15] 6322 Sayılı Kanun, K. 31.05.2012, RG.15.06.2012-28324.

loji içeren stratejik yatırımlar ve büyük ölçekli yatırımların desteklenmesi, yatırım yapmanın cazibesinin artırılması^[16] gibi amaçlar ile ilgili değişiklikler tasarlanmıştır. 7103 Sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un^[17] genel gerekçesinde ise, vergi teşvik hükümlerinin amacı “*yatırım ve üretimin teşviki*”^[18] olarak belirtilmektedir. Tasarının yasalaşmasıyla yurtiçinde üretilen taşıtlar üzerindeki imalat sürecinde özel tüketim vergisi yükümlülüğü kaldırılmış; organize sanayi bölgelerinde üretilen mal ve hizmetler ise katma değer vergisinden istisna edilmiştir. Bu örnekler dikkate alındığında, Türk hukuku açısından vergi teşvik hükümlerinin sosyal ve ekonomik amaçlar başlığı altında yer alan birtakım alt amaçlar (üretimi artırmak, yatırımı artırmak, vb.) doğrultusunda düzenlendiği söylenebilir.

Çalışmanın devamında daha detaylı açıklayacağımız üzere, kaynağını sosyal devlet ilkesinden alan vergi teşviklerine ilişkin hukuki sorun; teşvik kurallarının, eşit statüde olanlara (eşit mali güce sahip olanlara) farklı muamele öngördüğü için eşitlik ilkesi ile sosyal devlet arasındaki yarattığı çatışmadan kaynaklanmaktadır. Yürürlüğünden itibaren eşitlik ilkesine aykırılık taşıyan vergi teşvik tedbirlerinin, bazı istisnai durumlarda^[19] ise,

[16] 6322 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Gerekçesi, erişim 10 Aralık 2021, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss258.pdf>.

[17] 7103 Sayılı Kanun, K. 21.03.2018, RG.27.03.2018-30373.

[18] 7103 Sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Gerekçesi, erişim 10 Aralık 2021, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss533.pdf>.

[19] Çalışmamızın devamında bahsedeceğimiz üzere, yasa koyucunun takdir yetkisini vergi teşvikleri açısından sınırlayan eşitlik ilkesi (AY m. 2, 10/1), dezanvantajlı bazı kesimlere yönelik vergi teşviklerinin anayasal dayanağı durumundadır (AY m. 10/2, m. 10/3). Bunun nedeni anayasa koyucunun devlete “*kadınlar ve erkeklerin eşitliğini yaşama geçirme yükümlülüğü*” (AY m. 10/2) nü yüklemesi ve Anayasa’da “*çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin*” (AY m. 10/3) eşitlik ilkesine aykırı olmadığını açıkça belirtilmesidir.

AY m. 10/2 hükmü ile bağlantılı olarak; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 18/12/1979 ve 34/180 Sayılı kararıyla kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türli Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne (CEDAW) Türkiye taraf olup, ilgili sözleşme 11.06.1985 tarih ve 3232 Sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca

eşitlik ilkesinin doğasından kaynaklandığı görülür. Fakat bu istisnalar son derece sınırlı ve sayılarak tüketilebilir durumdadır.

Teşvik tedbirlerinin gerekçeleri, sosyal devlet ilkesinin devlete yüklediği görevlerle örtüşen amaçlar olduğundan, bu kuralları, doğrudan hukuka aykırı olarak kabul etmenin, anayasacılık anlayışı dahilinde, doğru bir yaklaşım olmayacağı kanaatindeyiz. Bize göre, bu hukuki sorunun çözümü

24.07.1985 tarihinde 85/9722 Sayılı kararla onaylanmış ve 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

AY m. 10/2 ‘de belirtilen hükme paralel olarak Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin, m. 5 hükmü gereği “*Erkekler ile kadınlar arasındaki eşitliği fiilen gerçekleştirmeyi hızlandırmak için Taraf Devletlerin aldıkları geçici tedbirler, bu Sözleşmede tanımlanan bir ayrımcılık şeklinde görülemez...*”. Bu noktada cinsiyetler arasındaki eşitliği sağlama yükümlülüğü nedeniyle sağlanan teşviklerin eşitlik ilkesine aykırılık taşımayacağını söylemek mümkündür.

Örnek olarak, tampon vergileri olarak adlandırılan, kadınların biyolojik açıdan ihtiyaç duyduğu ve hijyen açısından zorunluluk taşıyan ped, tampon, vb. gibi ürünlere getirilen vergiler, cinsiyet ayrımcılığının giderilmesi açısından uluslararası alanda tartışmaya konu olmuştur. İlgili mallara yönelik birçok ülkede yüksek oranda katma değer vergisi uygulanmaktadır. Biyolojik etkenlere dayalı cinsiyet ayrımcılığının engellenmesi adına ve CEDAW m. 5 tarafından devletlere yüklenen edimin bir sonucu olarak, ilgili malların KDV’den muaf tutulması veyahut ilgili mallar üzerindeki KDV oranının indirilmesi önerilmektedir. Bridget J. Crawford ve Carla Spivack, “Tampon Taxes, Discrimination and Human Rights,” *Wisconsin Law Review* 491, (2017): 492-14.

AY m. 10/3 hükmü ile bağlantılı olarak:

İlgili hükümle, birden farklı başlıkla gruplanan bu kimselere tanınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırılık taşımayacağı kabul edilmiştir. Örneğin, ülkemiz vergi mevzuatında uygulanan engelli indirim, engelli bireylere tanınan sosyal amaçlı bir vergi tedbiridir. Ayrımcılık yasağına getirilen bir istisna hükmü ile desteklenen ilgili “özel tedbir” in eşitlik ilkesine aykırılığını savunmak kanımızca mümkün değildir.

İlgili anayasa hükmüne uygun şekilde, “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme”ye, 18.12.2008 tarih ve 27084 Sayılı Resmi Gazete ’de yayımlanan 5825 Sayılı Kanun ile taraf olmuştur. İlgili sözleşmenin m. 4/1 hükmü gereği de “Taraf Devletler engelliliğe dayalı herhangi bir ayrımcılığa izin vermeksizin tüm engellilerin insan hak ve temel özgürlüklerinin eksiksiz olarak yaşama geçirilmesini sağlamak ve engellilerin hak ve özgürlüklerini güçlendirmekle yükümlüdür”. Bu kapsamda yapılacak sosyal amaçlı vergi teşviklerini, taraf devletlere yüklenen bir yükümlülük olarak ele almak mümkündür.

için, başlangıçta, vergi teşviklerinin hangi anayasal ilkelerle ilişkili olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Çünkü, vergi teşvikleri açısından ortaya çıkan hukuki sorun, bazı durumlarda, başka anayasal ilkelerle ilişkili olmaktadır. Bu kapsamda, eşitlik ilkesine ek olarak; hukuki güvenlik ilkesi (yasallık ve güvenin korunması alt ilkeleri dahilinde) açısından da konunun değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Sayılan amaçlar doğrultusunda, öncelikle, vergi teşvikleri ile anayasal ilkeler arasındaki bağı açıklamaya çalışacağız. Sonrasında ise, eşitlik ilkesi ve sosyal devlet ilkesi arasındaki çatışmanın çözümü için, AYM kararları ışığında, nasıl bir yol izlenebileceğine yönelik görüşlerimizi sunacağız.

I. VERGİ TEŞVİKLERİNİN ANAYASAL DAYANAĞI: SOSYAL DEVLET İLKESİ

Hukuk devleti bireylerin özgürlüğünü amaç edinen bir devlet sistemi olarak kabul edilirken; sosyal devlet ise, amacı toplumun iyiliği olan bir devlet sistemini ifade eder.^[20] Bu nedenle hukuk devleti, devlet müdahalesi ile mücadele ederken; sosyal devlet, devlet müdahalesini destekleyen bir anlayışa sahiptir.^[21]

Türkiye’de cumhuriyetin temel niteliklerinden biri olarak görülen sosyal devlet ilkesi kaynağını 1982 Anayasası’nın 2. maddesinden almaktadır. Köken olarak yirminci yüzyılda Batı medeniyetlerinde ortaya çıkan sosyal devlet; devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata müdahale etmesini meşru gören ve bu konuda devlete aktif bir rol yükleyen bir anlayışa dayanır.^[22]

[20] Ernst Rudolf Huber, “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet,” çev. Tuğrul Ansay, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, no. 3-4 (1970): 28.

[21] Zafer Gören, “Sosyal Devlet,” *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000), 24.

[22] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 16. baskı (Ankara: Yetkin, 2016), 140.

Demokratik devletlerin sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek için kullandıkları hukuki yöntemler şu başlıklar altında toplanabilir:^[23]

- Herkese insan haysiyetine yaraşır asgari bir hayat düzeyi sağlamaya yönelik tedbirler,
- Sosyal vergi adaleti,
- Kamulaştırma ve devletleştirme,
- Planlama,
- Sosyal haklar.

Bireylerin tek başlarına toplum refahı gibi alanlarda elde edemeyeceği başarının; caydırma, özendirme, cezalandırma veya ödüllendirme gibi yöntemler kullanılarak elde edilebileceği düşünülür.^[24] Bu kapsamda, sosyal devletin amaçları doğrultusunda, bireylere, bazı ödevleri yerine getirme ve kanunların öngördüğü özverilere katlanma zorunluluğu yüklenebilir.^[25] Bununla birlikte, sosyal devlet, kişi davranışlarını kontrol altına almayı amaçlayan devlet olarak yorumlanmamalıdır.^[26]

Sosyal devlet, vergilerin ekonomik bakımdan tarafsız olması kuralını reddettiği için; bir yandan sosyal adalet diğer yandan planlı kalkınmayı amaçlayan vergi tedbirleri sosyal devlette önem kazanmaktadır.^[27] Vergilendirme alanında devletin, sosyal devlet ilkesine binaen ekonomik ilişkileri yönlendirme ve yeniden dağıtım amacıyla kimi vergisel düzenlemeleri araç olarak kullandığı bilinen bir durumdur.^[28] Türk literatüründe, konu vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı olduğunda, bu amaçla tasarlanan

[23] Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 147-156; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı (Bursa: Ekin, 2010), 195-01.

[24] Göker, *Yönlendirici Vergilendirme*, 20.

[25] Gözde Erkin, "Türk Hukuku'nda Vergilendirme Yetkisi," *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, (2013): 1121-22.

[26] Göker, *Yönlendirici Vergilendirme*, 20.

[27] Nami Çağan, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37, no. 1-4 (1980): 145.

[28] Funda Başaran Yavaşlar, *Gelir Vergilendirmesinin Temelleri*, (Ankara: Seçkin, 2011), 60.

vergi kuralları doğrudan sosyal devlet ilkesine dayandırılır.^[29] Bunun temel nedeni, AY m. 73/2 hükmüdür. Hüküm gereği, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı maliye politikasının sosyal amacı olarak belirlenmiştir. Bu kabul, vergi düzenlemelerinin yalnızca bu amaç bakımından sosyal devlet ilkesine dayanacağı anlamına gelmemelidir.

Vergilendirme yetkisinin kullanımı irdelendiğinde; ilk amacın kamu geliri elde etmek (mali amaç) olduğu görülür. Bununla birlikte bu yetki, makro ekonomik amaçların gerçekleştirilmesi ve vergilendirmenin yönlendirici fonksiyonu için de kullanılmaktadır. Makro ekonomik amaçlı vergilendirme; istihdamın sağlanması ve işsizliğin azaltılması, ekonomik aktörlerin yatırıma yönlendirilmesi, ithalat-ihracat dengesinin sağlanması, bölgesel eşitsizliklerin giderilmesi gibi maliye politikası amaçlarına ulaşmak için kullanılır. Yönlendirici vergilendirme ise; çevrenin korunması, tüketim alışkanlıklarının değiştirilmesi, kültürel alan ve nüfus planlaması gibi amaçlar doğrultusunda kullanılmaktadır.^[30]

Vergi teşvik tedbirlerinin amaçları incelendiğinde bu amaçların sosyal devlet ilkesinin amaçları ile örtüştüğü görülür. Örneğin, Katma Değer Vergisi Kanunu m. 17 uyarınca birtakım kurumların tiyatro, konser salonu, kütüphane, sergi, okuma ve konferans salonları ile spor tesisleri işletmek veya yönetmek suretiyle ifa ettikleri kültür ve eğitim faaliyetlerine ilişkin teslim ve hizmetler vergiden istisna edilmiştir. Bu istisna ile sosyal devletin amaçlarından olan kişinin ve toplumun huzur, refah ve mutluluğunu sağlama amacı (AY m. 5) birbiriyle örtüşmektedir.

Belirlenen vergi politikaları ile belirli kişi, grup veya işletmelere destek olmak maksadıyla bazı ayrıcalıklar tanınması vergilendirme yetkisinin

[29] Bahar Konuk, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergilendirmede Sosyal Devlet İlkesi," *YÜHFD* 8, no. 2 (2011): 806; Billur Yaltı Soydan, "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak," *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 119 (1998): 109; Gülden Şişman, "Demokratik Ülkelerin Anayasalarında Yasallık, Mali Güce Göre Vergilendirme ve Eşitlik İlkelerinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 2, (2009): 47.

[30] *Yönlendirici vergilendirme*, vergilendirme yetkisini elinde bulunduran egemen gücün belirli alanlarda topluma yön vererek, istediği davranış kalıplarına göre hareket edilmesini sağlamak için vergilerin bir araç olarak kullanılmasıdır. Bkz. Göker, *Yönlendirici Vergilendirme*, 59-79.

kapsamında değerlendirilmekte ve bu durumun sosyal devlet ilkesinin doğurduğu bir sonuç olduğu kabul edilmektedir.^[31] Bu kapsamda, engellilik indirimi gibi düzenlemeler, dezavantajlı kesimler üzerindeki vergi yükünü azaltmak suretiyle sosyal adaletin sağlanmasına hizmet ettiği için sosyal devlet ilkesiyle bağdaştırılabilir.

Teşvik kurallarının gerekçelerinde belirtilen; döviz girişinin sağlanması, yabancı yatırımcının ülkeye çekilmesi ve cari dengenin (ödemeler bilançosu) sağlanması gibi alt amaçlar, ülke dışından gelen yatırımın artırılmasıyla karşılanabilir. Bu amaç doğrultusunda, Katma Değer Vergisi Kanunu m. 13'te yapılan değişiklik^[32] ile yurtdışında yaşayan Türk vatandaşlarına getirilen teşvik düzenlemesi, örnek olarak verilebilir. İlgili düzenlemeyle, çalışma veya oturma izni alarak yurtdışında altı aydan fazla süredir yaşayan Türk vatandaşlarının işyeri ve konut teslimleri katma değer vergisinden istisna edilmiştir. Bununla birlikte bu teslimlerde, işyeri ve konutların bedelinin döviz olarak Türkiye'ye getirilmesi zorunluluğu düzenlenerek ülkeye döviz girişinin sağlanması amaçlanmıştır. Böyle bir vergi teşviki ile sosyal devletin dış ödemeler dengesini sağlaması (AY m. 166/2) ödevi birbiriyle örtüşmektedir.

Bölgesel amaçlı teşvik tedbirleri, bölgenin coğrafi konumu, ulaşım imkanları, altyapı, eğitim durumu ve diğer olumsuz özelliklerin bölge ekonomisi üzerinde oluşturduğu baskının giderilmesine dayanmaktadır.^[33] Örneğin, KVK m. 32/A da düzenlenen indirimli kurumlar vergisi uygulaması, bölgesel gelişmişlik düzeyi daha az olan il gruplarına yapılan yatırımlara daha fazla vergi indirimi sağlayan bir teşvik hükmüdür. İlgili düzenleme, bölgesel farklılıkların giderilmesi amacı dışında, ekonomik kalkınmanın hızlandırılması, istihdamın artırılmasını, sektörel olarak da kümelenmeyi öne çıkarmak

[31] Fatih Diler, "Türk Hukukunda Vergilendirme Yetkisinin Sınırlandırılmasında Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet İlkesi," (Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2021), 121.

[32] 6824 Sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m.7, K. 23.02.2017, RG.08.03.2017-30001.

[33] A. Niyazi Özker ve Mine Biniş, "Vergi Uygulamalarında Bölgesel Kalkınma Hedefleri ve Bölgesel Mali Teşvikler Açısından Değerlendirilmesi," *SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 10, no. 19 (2010): 495.

suretiyle yatırımların teşvik edilmesi amaçlarıyla da gerekçelendirilmiştir.^[34] Bu amaçların sosyal devlet ilkesiyle (AY m. 166/2) örtüştüğü görülmektedir. Çünkü, sosyal devlet; işsizliğin önlenmesi, emeğiyle yaşayanların korunması ve yaşam düzeylerinin yükseltilmesi yoluyla sosyal eşitsizlikleri giderme işlevleri yüklenmiş olan devlet olarak nitelendirilmektedir.^[35]

Esnaf muafıği uygulamasında (GVK m. 9) ise, ticaret ve sanat erbabından bazı şartları taşıyan mükelleflere gelir vergisinden muafiyet öngörülmüştür. Bu vergi teşviki, devletin esnaf ve sanatkarı koruyucu ve destekleyici tedbirler alma ödeviyle (AY m. 173) birlikte yorumlanmaktadır.^[36]

Sosyal devlet ilkesi Türk Hukuk Sisteminde AY m. 2’de düzenlenmiştir. Yukarıdaki örneklerde değindiğimiz üzere, Anayasa’nın başka maddelerinde de bu ilke kaynaklı ya da onun uzantısı olan ve vergi teşviklerine temel teşkil edebilecek başka düzenlemeler de mevcuttur.^[37] Örneğin, planlama ilkesi (AY m. 166), toplumun ekonomik kaynaklarının, milli ekonominin büyümesi ve toplumun kalkınması amacıyla, basiretli ve bilimsel biçimde kullanılması amacına hizmet eder.^[38] İlke gereği, devletin gelirleri bütçe plan ve programlarıyla, kamu yararı gözetilerek harcanmalıdır. Aynı zamanda planlama ilkesi, Anayasa’nın 166. maddesinde^[39] de belirtildiği üzere; milli tasarrufu artırıcı tedbirler alma, kalkınmayı sağlama, yatırımları ve istihdamı artırma konusunda devlete görevler yüklemektedir. İstihdamı ve yatırımları artırma

[34] 5838 Sayılı Kanun Genel Gerekeşi, erişim 10 Mart 2022, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=72620&cpkanunnumarasi=5838>.

[35] İrfan Türkoğlu, “Sosyal Devlet Bağlamında Türkiye’de Sosyal Yardım ve Sosyal Güvenlik”, *Akademik İncelemeler Dergisi* 8, no. 3 (2013): 278.

[36] Ersan Öz, “Türk Gelir Vergisindeki Bazı Vergi Harcamalarının Optimal Vergileme İlkeleri Açısından Analizi”, *DEÜ İİBF Dergisi* 17, no. 1 (2002): 17.

[37] Leyla Ateş, *Yatırım Vergi Teşvik Politikasınının Hukuki Çerçevesi*, (İstanbul: Oniki Levha, 2017), 91.

[38] Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 152.

[39] I. Planlama; Ekonomik ve Sosyal Konsey

Madde 166 – (...) Planda milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştiren tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir (...).

ile kalkınmaya sağlama amaçları teşvik kurallarının yasa gerekçelerinde de belirtilen amaçlar arasındadır.

Sosyal devlet ilkesiyle bağlantılı bir diğer hüküm Anayasa'nın 5. maddesidir. İlgili maddede, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak devletin görevi olarak sayılmıştır. Örneğin, yatırımları cezbeden teşviklerin, uzun vadede toplum refahını olumlu etkileyeceği söylenebilir. Bu durumda devlete yüklenen bir görev olarak yasa koyucu, anayasal ilkelere riayet etmek koşuluyla yeni mali yükümlülükler koyabileceği gibi, yükümlülükleri tamamen ya da kısmen kaldırabilecektir.^[40] Vergi yükümlülüğünü kaldırarak veya bu yükümlülüğü azaltmak suretiyle vergi teşvik tedbirleriyle yapılan farklılaştırma, AY m. 5'e dayandırılabilir. Çünkü teşvik normlarının gerekçelerinde belirtilen amaçlar, temelde, *kişilerin ve toplumun refahı, huzuru ve mutluluğunu sağlama* olarak ele alınabilir.

Anayasa m. 48/2'ye göre ise, devletin özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır.^[41] Devletin “*özel teşebbüslerin ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesi*”ni sağlama görevi ise genel olarak özendirici veya caydırıcı tedbirler almasıyla mümkün hale gelir. Bu kapsamda, örneğin, çevreye zararlı faaliyetlerde bulunan girişimler cezalandırılarak; ihracatı artıran ve istihdam sağlayan girişimler vergi teşviki gibi özendirici tedbirlerle desteklenebilir.

Anayasa'nın 167. maddesine göre devletin “*piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştiren tedbirleri alma görevi*” bulunmaktadır. Bir piyasanın sağlıklı ve düzenli işlemesi ise devletin piyasanın işleyişinde aktif

[40] “Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen Devletin temel amaç ve görevlerini yerine getirebilmesi için anayasal ilkelere aykırı olmaması koşuluyla yeni mali yükümlülükler koyabileceği gibi mevcut mali yükümlülüklerin tümünü ya da bir kısmını kaldırma yetkisine de sahiptir. Ancak bu amaçla çıkarılacak kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir” AYM, E. 2014/177, K.2015/49, Kt. 14.05.2015, RG.11.06.2015-29383, G-2-4.

[41] AYM, E. 2002/32, K. 2003/100, Kt. 20.11.2003, RG.11.08.2004-25550, 5.

bir rol oynayarak^[42] müdahalelerde bulunmasıyla gerçekleşir. Piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemesi ise iç piyasa ve küresel piyasa koşullarına uygun tedbirlerin alınmasıyla söz konusu olmaktadır. Sosyal devletin bu fonksiyonunu hayata geçirme için önemli bir araç olan vergilendirme; küresel rekabete dayanan ekonomik düzende eski işlevini (salt mali amaçlı vergilendirme)

[42] Sosyal devlet ilkesi, devlete, piyasa koşullarına müdahale etmesi için aktif görev yükler. Çünkü, sosyal devlet, insanlar piyasa koşullarında yarışırken, eşitsizliklerin ortaya çıkabileceği gerçeğine odaklanarak; toplumu oluşturan yurttaşların bu eşitsizliklerden en az zarar görmesini sağlamayı devletin görevi olarak saymaktadır (Nihat Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar* (İstanbul: Oniki Levha, 2009), 129). Bu durumda, işsizlik, eğitimsizlik, açlık gibi sorunlar toplumun ortak sorunlarıdır ve devlet, bu sorunların üstesinden gelmekle görevlidir (Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye*, 129). Bazı durumlarda devlet bu görevini vergi teşvikleri aracılığıyla yerine getirir. Örneğin, bölgesel gelişmişlik farkını azaltmak amacı doğrultusunda, ekonomik açıdan daha az kalkınmış bölgelere yapılan yatırımlara daha fazla vergi avantajı sağlayan teşvik düzenlemeleri mevcuttur (Bkz. 5838 Sayılı Kanun Genel Gerekesi). Bu teşvik düzenlemeleri aracılığıyla sermayenin daha az gelişmiş bölgelere doğru hareketi sağlanarak; o bölgelerle, sosyo-ekonomik açıdan gelişmiş diğer bölgeler arasındaki farkın kapatılması amaçlanır. Bu gibi durumlarda vergi teşvikleri sosyal devlet açısından pozitif bir yükümlüğün gereği niteliğine bürünmektedir.

Başka bir açıdan, uluslararası sermayenin güçlenerek, devletin ekonomik yaşamdan çekilmesini öngören bir süreci ifade eden küreselleşme; sermayenin artan gücü karşısında devletin sosyal niteliğini zorlamakta ve sosyal politikaları zayıflatmaktadır (Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye*, 129). Sosyal devletin zayıflaması insan hakları ve insan onurunun korunması açısından olumsuz bir durum olmakla birlikte; devletlerin sosyo-ekonomik açıdan dışlanan kesimleri, sistem içerisine çekecek düzenlemeler yapması sosyal devlet idealinin canlı tutulması açısından oldukça önemlidir (Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye*, 130). Vergi teşvikleri tam da bu amaçla, uzun süredir kullanılan bir araç olmuştur.

Küreselleşmenin sosyal devlet üzerindeki bazı olumsuz etkilerine rağmen, uluslararası sermaye, devletler için yok sayılmayacak bir ekonomik kaynaktır. Bunun nedeni, sermayeyi cezbetmeyi başaran devletlerin, yapılan yatırımlar sayesinde makro ekonomik göstergelerde ciddi ilerlemeler elde etmesidir. Sosyal devlet ilkesinin uygulanabilirliği bir devletin ekonomik gelişmişliğiyle ilgilidir. Çünkü, ekonomik kalkınmanın sağlanmasıyla, toplumu oluşturan bireylerin insan onuruna uygun bir yaşam sürmeleri arasında oldukça yakın bir bağ bulunmaktadır. Bu bağ, ekonomik olarak iyi durumda olan bir devletin, sosyal devletin pozitif yükümlerini daha kolay yerine getireceği düşüncesine dayanmaktadır. Sosyal devletin gerçekleştirilebilmesi adına oldukça önem arz eden küresel sermayenin cezbedilmesi için en sık başvurulan yöntem ise vergi teşvikleridir.

kaybetmiştir.^[43] *Piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemesi* için, iktisadi ve/veya sosyal amaçlar nedeniyle düzenlenen vergi teşvik tedbirleriyle yaratılan farklılaştırma, ilgili hükümle aynı amacı taşıyacaktır.

AYM kararlarında,^[44] ekonomik ve mali politikalar; sosyal devlet ilkesinin uygulama aracı olarak ele alınmaktadır. Ekonomi politikası, makroekonomik dengelerin hangi yönde ve nasıl değiştirileceğini kapsayan konulardır.^[45] Mali politikalar ise, ekonomi politikalarının bir parçası olarak, birtakım iktisadi ve sosyal amaçlara ulaşmak üzere mali araçların miktar ve bileşiminde yapılan ayarlamalar olarak ifade edilmektedir.^[46] Vergi teşvik tedbirlerinin gerekçeleri göz önünde bulundurulduğunda bu yasaların, ekonomik ve mali politikaların bir parçası olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, vergi teşvik tedbirleri ile sosyal devlet ilkesi arasındaki bağı açıklayabilecek iki temel argüman daha bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, yasa koyucunun takdir yetkisinin sınırlarıyla ilişkilidir. Şöyle ki, yasa koyucunun bir yasanın düzenlenmesinde oldukça geniş bir takdir yetkisi bulursa dahi; bu takdir yetkisi, anayasal sınırların aşılmadığı, takdir yetkisinin keyfilğe dönüşüp dönüşmediği ve eşitlik ilkesinden ayrılmayı gerektiren düzenlemelerin haklı nedene dayanıp dayanmadığı hususlarında anayasal açıdan denetime tabidir.^[47] Bu kapsamda, anayasal denetim için yasa koyucunun meşru bir gerekçeye dayanması beklenir. Yasa koyucunun sosyal, ekonomik veya toplumsal bir gerekçesi bulursa dahi anayasal denetimde geçerli olan hukuki gerekçelerdir.^[48] Vergi teşvik

[43] Tarık Gümüş, *Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü* (İstanbul: Oniki Levha, 2010), 216.

[44] “Ekonomik ve mali politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır” AYM, E. 2016/50, K. 2017/179, Kt. 28.12.2017, RG.15.02.2018-30333, 251; AYM, E. 2015/61, K. 2016/172, Kt. 02.11.2016, RG.09.12.2016-29913, 91; AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, Kt. 14.05.2015, RG.11.06.2015-29383.

[45] Havva Arabacı, “Küresel Kriz Sonrası Türkiye’de Uygulanan Ekonomi Politikaları”, *Social Sciences Research Journal* 6, no. 4 (2017): 2.

[46] Mircan Tokatlıoğlu ve Ufuk Selen, *Maliye Politikası*, (Bursa: Ekin, 2017), 20.

[47] Çağan, “Demokratik,” 139.

[48] Burak Pınar, “İcra Hukukunda Menfaat Dengesizliği: Harç Muafiyetleri Harçlar Kanunu’nun 123’üncü Maddesi ile Tanınan Harç Muafiyetinin Yargıtay’ın Yeni

tedbirlerinin hukuki gerekçesini oluşturması açısından en yakın anayasal temel sosyal devlet ilkesidir.

İkinci olarak, aynı mali güce sahip mükelleflerin farklı vergilendirilmesine yol açan vergi teşvikleri anayasal güvence altında olan eşitlik ilkesine aykırılık yaratır. Bu sebeple, vergi teşvik tedbirlerinin anayasal güvence altında olan başka bir ilkeye dayandırılmasının; eşitlik ilkesine aykırılığı bir ölçüde meşrulaştıracağını düşünmekteyiz.

Vergi teşvik tedbirlerinin kaynağının sosyal devlet ilkesi olarak kabul edilmesi durumunda cevaplanması gereken soru, sosyal devlet ilkesinin vergilendirme yetkisinin sınırlanmasında ne ölçüde bağlayıcı olacaktır?^[49] Bu bağlamda, sosyal devlet ilkesine dayandırılmayan bir vergi teşvik tedbirinin iptal edilmesi mi gerekecektir?

Öncelikle, sosyal devlet ilkesinin bireyin ve toplumun refahını artırmaya yönelik devlete aktif rol yükleyen tüm alanları kapsayacak ölçüde geniş tanımlanması nedeniyle böyle bir durumun söz konusu olacağını söylemek güçtür.^[50] Özellikle, Türk hukuku açısından devlete yüklenen *kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama* (AY m. 5) görevi, kanımızca, tüm vergi teşviklerinin dayandırılabilceği bir hükümdür.

Bazı durumlarda, sosyal devlet ilkesinin çelişen amaçları nedeniyle vergi teşvik tedbirlerinin hukuka uygun olup olmadığı sorunu gündeme gelebilir. Örneğin, vergi teşvik tedbiri olarak yabancı yatırımcıları kapsayan yasalar, yabancılar üzerindeki vergi yükünü azaltarak, aynı verginin yükümlüsü olan ülke vatandaşlarına kıyasla sosyal devletin başka bir amacı olan sosyal vergi adaletini bozucu etkiye sahiptirler. Bu noktada sosyal devletin çelişen amaçları söz konusu olmaktadır. Bir yandan yabancı yatırımın teşvikiyle ülke ekonomisine katkı sağlayacak bir tedbir, aynı zamanda ülkedeki vatandaşlar aleyhine vergi yükü dağılımını bozucu bir niteliğine bürünmektedir. Gerçekten de sosyal devlet ilkesi, kesin ve belirli ölçülere dayandırılmadığı ve kendi

İçtihadı Işığında Değerlendirilmesi,” içinde *Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan*, (Ankara:Ankara Üniversitesi Yayınları, 2009), 1132-33.

[49] Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 3. baskı (Ankara: Savaş, 1995), 55.

[50] Yasa koyucunun “keyfiligi”nin denetimi bu durumun istisnası olarak ele alınabilir. Bkz. Çağan, “Demokratik,” 147.

içindeki çelişkiler nedeniyle, siyasi tercihlere geniş bir imkan tanımaktadır^[51]. Tanınan bu geniş takdir yetkisi nedeniyle, sosyal devlet ilkesinin çelişen amaçları söz konusu olduğunda, bu amaçlardan hangisinin önceleneceğine ilişkin tercihin yasa koyucunun takdirinde olduğunu savunmak^[52] gerekir.

II. VERGİ TEŞVİKLERİNİN HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A) YASALLIK İLKESİ

Vergilendirme yetkisi meşruiyetini ve kaynağını egemenlikten alır.^[53] Demokratik toplumlarda devletin egemenlik yetkisini nasıl ve hangi organlarla kullanacakları bu devletlerin anayasalarında belirlenir. Anayasa'ya göre vergiler yasayla konulur (AY m. 73/3) ve yasa çıkarma yetkisi de TBMM'nindir (AY m. 7). Bu nedenle, bir vergi teşvik tedbirinin hukuki güvenlik ilkesine uygunluğunun ilk adımını yasallık ilkesi oluşturur.

Yasallık ilkesinin temelinde, siyasi iktidarı elinde bulunduran kimselerin keyfi şekilde vergilendirme yapmasının sınırlandırılması düşüncesi yatmaktadır.^[54] Çünkü vergi, başta mülkiyet hakkı olmak üzere bir takım temel hak ve özgürlüklere yapılan bir müdahale niteliğindedir.

Verginin temel hak ve özgürlükleri sınırlayan bir yükümlülük olması, yasa niteliğindeki kurullarla düzenlenmesini gerektirir (AY m. 13). Bu zorunluluk, Anayasa'nın 73. maddesinde özel olarak hükme bağlanmıştır. Verginin yasallığı ilkesi gereğince, vergilerin temel unsurlarının yasayla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması bir zorunluluktur.

AYM yerleşik içtihatlarında verginin temel unsurlarının da yasayla belirlenmesini yasallık ilkesinin bir gereği olarak yorumlamaktadır. AYM, temel unsurlardan ne anlaşılması gerektiğini tanımlamamakla birlikte, mali yükümlünün “konusu”, “yükümlüsü”, “mali yükümü doğuran olay”, “miktarı”,

[51] Çağan, “Demokratik,” 147.

[52] Krş. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 155; Çağan, “Demokratik,” 147.

[53] Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku*, 10. baskı (Bursa: Ekin, 2019), 85.

[54] Funda Başaran Yavaşlar, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Kanunilik İlkesi,” *Hukuk Güvenliği*, Kamu Hukukçuları Platformu, (Ankara, 8-9 Kasım 2013), 200.

“oranı”, “alt ve üst sınırı”, “ödeme usulü”, “indirimleri”, “mali yüküm tutarı” konularını birer temel unsur olarak saymaktadır.^[55] Katıldığımız görüşe göre ise temel unsurlardan anlaşılması gereken “verginin temel hak ve özgürlükleri sınırladığı tüm hususlar” olmalıdır.^[56]

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak yasallık ilkesi (AY m. 73/3)^[57] vergi teşvik tedbirlerinin kaldırılması, konulması ve değiştirilmesi hususunda yasa koyucuyu sınırlandırmaktadır. Çünkü, vergi teşvik tedbirleri birer vergi kuralı niteliğindedir.^[58] Yasallık ilkesi gereği vergi teşvik tedbirlerinin temel unsurlarını düzenlemek yasa koyucunun görev ve yetkisindedir. Bu yetkinin yine Anayasa’da belirlenen bazı istisnalar dışında devredilmesi mümkün değildir.

Yasallık ilkesinin Anayasa kaynaklı istisnaları bulunmaktadır. İlk istisna, “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve*

[55] “... Getirilen mali yükümlülüğün miktar ve oranı ile yükümlüsünün de kanunda gösterilmesi zorunludur”, AYM, E. 2010/80, K. 2011/178, Kt. 29.12.2011, RG.29.05.2012-28307, C-3; “...Ancak yasama organının, vergi alanında her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemesinin olanaklı bulunmadığı hallerde, vergilendirmenin temel öğelerini belirleyerek, uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda yürütme organına düzenleyici idarî işlemlerde bulunma yetkisi verilebilir. Yürütme organına verilen yetki, vergilendirmenin temel öğelerine ilişkin olmayıp yasayla getirilen düzenlemeyi açıklayıcı ve tamamlayıcı niteliktedir... İtiraz konusu madde ile getirilen kuralda, yasama organınca verginin konusu, yükümlüsü, vergiyi doğuran olay, verginin miktarı, ödeme şekli ve süresi gibi temel öğeler belirlenmiştir.”, AYM, E. 1996/75, K. 1997/50, Kt. 14.05.1997, RG.21.02.2000-23971, 1-11.

[56] Funda Başaran Yavaşlar, “Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır”, *Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu*, (İstanbul, 28-29 Mayıs 2007), 156-157; Funda Başaran Yavaşlar ve diğerleri, *Vergi Hukuku ve Uygulama* (Ankara: Adalet, 2018), 61.

[57] “...Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır...”

[58] Krş. “Verginin kanuniliği ilkesi vergilendirmeye ilişkin istisna ve muafiyetleri de kapsamaktadır...” AYM, E. 2020/15, K. 2020/78, Kt. 24.12.2020, RG. 28.04.2021-31468, 12.

aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir” (AY m. 73/4) kuralıdır. Anayasanın vergi teşviklerinin yasayla düzenleneceği hususuna getirdiği bu istisna hükmünü, olabildiğince dar yorumlamak gerekir. Ayrıca, bu yetki devrinin verginin temel unsurları açısından mümkün olmaması yine anayasal bir sınırlamadır (AY m. 73/4). Örneğin, bir teşvik kuralının konusunun Cumhurbaşkanlığı’na belirlenmesi gibi bir durum bu istisnai yetki devrine aykırılık oluşturacaktır. Buna karşılık AYM, “*Petrol hakkı sahipleri tarafından gerçekleştirilecek yatırımlara verilecek teşvikler Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenir.*” şeklindeki Petrol Kanunu m. 26’da Cumhurbaşkanı’na verilen yetkiyi AY’ya uygun bulmuştur. AYM’ye göre 6491 Sayılı Türk Petrol Kanunu 1. maddesinde bu yasanın “...*petrol kaynaklarının millî menfaatlere uygun olarak hızlı, sürekli ve etkili bir şekilde aranmasını, geliştirilmesini ve üretilmesini*” sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Yasada, bir sınır tanınmaksızın petrol faaliyetlerine uygulanabilecek vergi ve vergi dışı (arazi temin etme, SGK prim destekleri, vb.) tüm teşviklere ilişkin düzenleme yetkisinin bu hükümle Cumhurbaşkanlığı’na bırakılacağı hükümlenmiştir. Hükmün önceki metninde ise düzenleme yetkisi Bakanlar Kurulu’na bırakılmıştı. İptal davasına konu olan bu kural (Petrol K. m. 26) Anayasa Mahkemesi’ne sunulmuştur.^[59] Mahkeme’nin değerlendirmesi ise şu şekildedir:

Dava konusu kuralda, petrol hakkı sahipleri tarafından gerçekleştirilecek yatırımlara verilecek teşviklerin Bakanlar Kurulu tarafından belirleneceği öngörülmüştür... Bu durumda genel olarak yatırımlar için uygulanacak kuralların petrol faaliyetlerine ilişkin yatırımlar için de geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle dava konusu kurala göre Bakanlar Kurulu petrol faaliyetlerine ilişkin yatırımlara yapılacak teşvikleri belirlerken, 6491 Sayılı Kanun’da yer alması da teşvik ve destekler konusundaki genel çerçeveyi belirleyen diğer kanunlardaki hükümlere göre karar verecek, o kanunlardaki sınırları göz önünde tutacaktır... Dolayısıyla Bakanlar Kurulunun yetkisini bu kanunlarla çizilen çerçevede kullanabileceği açık olduğundan kuralda, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bir yön de bulunmamaktadır.

Verilen bu yetki, vergi teşviklerini de içeren 5084 Sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’daki düzenlemeleri de kapsar niteliktedir. AYM, verilen genel bir

[59] AYM, E. 2013/96, K. 2014/118, Kt. 03.07.2014, RG.21.05.2015-29362, J-3,4.

yetkiyle yasama yetkisinin devredilmeyeceği görüşündedir. Oysa, vergilendirmeye ilişkin bir yetki devrinin AY m. 73/4'teki sınırlamalara uygun bir yetki devri olması gerekmektedir. Ayrıca, verilen yetkinin yukarı ve aşağı sınırları yasa metninde açıkça belirtilmelidir. Bu nedenle ilgili AYM kararıyla aynı görüşte olmadığımızı belirtmek istiyoruz.

Yasallık ilkesinin ikinci istisnası, “Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir” (AY m. 167/2) hükmüdür. Lafzi yorumla ulaşılan sonuç, tüm mali yükümlülükler bakımından geçerli bir ilke olan yasallık ilkesini anlamızsızlaştırmaktadır. Dolayısıyla yasallık ilkesinin (AY m. 73/3) amacından hareketle, ek mali yükümlülüğün temel unsurlarının da muhakkak yasayla belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.^[60]

Son istisna ise, olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Olağan dönem için vergi alanında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bir kural getirilemeyeceği 1982 Anayasası'nın bir buyruğudur (AY, m. 104/17)^[61].

[60] AYM, E. 1984/6, K. 1985/1, Kt. 11.01.1985, RG.17.06.1985-18787, Karşı Oy Gerekçesi, para. 2, karara karşı oy yazan Yekta Güngör Özden'in görüşü: “... Anayasa'nın 167/2. maddesinin Bakanlar Kurulu'na verdiği yetki yine yasayla olacaktır. Madde “kanunla” sözcüğünü açık-seçik vurgulamıştır. Yetki verilirken, yasanın tür, oran-düzey, koşul, sakınma, alma-toplama, izleme, geri verme, Bütçe'ye gelir yazılması nedenleri, fon oluşturulması ve özellikle fonun kullanılması konusunda temel kuralları kapsıyacak, bu doğrultuda uygulama yapıp yapmamayı, ek mali yükümlülüğün konulup konulmaması, kaldırılıp kaldırılmaması gereğini Bakanlar Kurulunun özgörüsüne (takdirine) bırakacaktır. Yasa, Bakanlar Kurulu'na yasa niteliğinde kural koyup kaldırma, yetkisinin kaynağı olamaz. Anayasa'nın 167. maddesinin amacı, “... ek mali yükümlülüklerin gerekip gerekmediği, gerekiyorsa yasalarla belli edilecek ilkelere uygun zamanlamaya göre bundan yürürlüğe koymayı ve kaldırmayı amaçlamıştır...””; Başaran Yavaşlar, “Hukuki,” 220-21; Aksi yönde görüş için bkz. Yusuf Karakoç, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, (2013): 1271.

[61] “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.

Bu durumun anayasal açıdan birden fazla gerekçesi bulunmaktadır. AY m. 104/17 gereği vergilendirmeye ilişkin temel unsurlar; *temel haklarla bağlantılı* olduğundan (AY m. 104/17, C. 2) ve *münhasıran kanunla belirlenmesi gerektiğinden* (AY m. 104/17, C. 3) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenemeyecektir.^[62] Ayrıca, vergi ödevi AY'nin dördüncü bölümünde yer alan *siyasi haklar içerisinde düzenlendiği* (AY m. 104/17, C. 2) için, verginin temel unsurlarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi mümkün değildir. Olağanüstü hal döneminde Cumhurbaşkanlığı'nın, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. Fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen sınırlamalara bağlı olmayacağı düzenlenmiştir.^[63] Yine de, "...*münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" hükmüne ilişkin sınırlamanın, olağanüstü hal döneminde de geçerli olacağı düşünüldüğünde, bu dönemde dahi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile vergi teşvik tedbirlerinin temel unsurlarına yönelik bir düzenleme yapılamayacağı düşüncesindeyiz.^[64]

Sonuç olarak, istisna hükümleri saklı kalmak üzere, vergi teşvikine ilişkin kurallar yasalarla düzenlenmesi gereken kurallardır (AY m. 73). Yasallık ilkesi gereğince, yasa koyucu, vergilendirmeye ilişkin temel unsurları belirleme konusunda sadece "yetkili" değil, aynı zamanda "görevli" olduğundan, vergilendirmenin temel unsurlarından istediğini belirleme hususunda bir takdir yetkisine sahip değildir.^[65] Yasallık ilkesi gereği yasa koyucu, vergi

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir."

[62] Funda Başaran Yavaşlar vd, "The National Report of Turkey, History and Taxation," *The Dialectical Relationship between Taxation and the Political Balance of Power*, (EATLP, 2021), 19.

[63] AY m. 119/6: "Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur."

[64] Funda Başaran Yavaşlar, "Yeni Hükümet Sisteminde Vergi Düzeni", *VIII. Türkiye Muhasebe Uzmanlığı Kongresi*, (İstanbul, 06. Haziran 2018).

[65] Başaran Yavaşlar, "Hukuki," 213.

teşviklerine ilişkin temel unsurların tamamını yasa ile düzenlemelidir. Bu ilkeye aykırı kurallar AY m. 73 ile bağdaşmayacaktır.

B) GÜVENİN KORUNMASI İLKESİ

Güvenin korunması ilkesi^[66] gereği, idari uygulamalar veya yasalara dayanarak vergi ödevlisinin tesis ettiği işlemin, geçerli ve bağlayıcı olduğuna dair tarafların ve üçüncü kişilerin duyduğu güvenin korunmasını gerektirmektedir.^[67] Güvenin korunması ilkesi bağlamında vergi teşvikleri için önem arz eden ilk husus geriye yürüme yasağıdır.

Geriye yürüme yasağı, yürürlükteki yasalara göre işlem yapan kişilerin gelecekle ilgili plan yapabilmelerini sağlamakta ve bu durumu korumaktadır. Sonradan çıkan yasalarla geçmişe yönelik vergi yükünün arttırılması, yükümlülerin devlete ve hukuk düzenine olan güvenlerinin zedelemesine neden olur.^[68] Çünkü, ekonomik ve ticari yaşamda bulunması gereken kararlılık ve belirlilik, geçmişe etki eden yasalardan, olumsuz yönde etkilenecektir.^[69]

Geriye yürüme yasağı, yasaların yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelmiş olaylara uygulanmaması anlayışına dayanan genel bir hukuk ilkesidir.^[70] Geriye yürüme yasağının temel amacı, özellikle vergi yükünü artırıcı nitelikteki hükümlerin geriye yürütülmemesinin sağlanmasıdır.^[71] Vergi teşvikleri açısından geçmişe etki eden ve teşvikten yararlananların aleyhine sonuç doğuran yasalar geriye yürüme yasağıyla bağdaşmayacaktır.

[66] “Kişilerin hukuka olan güvenlerinin korunabilmesi için, hukuki düzenlemelerin, yürürlüğe girdiği andan itibaren ileriye etkili olacak şekilde uygulanmaları ve devamlı olmaları gerekir... Güvenin korunması ilkesi içinde, bir yandan geriye yürüme yasağı, diğer yandan yasa uygulamasına güvenin korunması ilkesi yer almaktadır.” Başaran Yavaşlar, “Hukuki,” 195.

[67] Rabia Yılmaz, “Türk Hukuku Bakımından Vergi İdaresinin İşlem ve Uygulamalarına Olan Güvenin Korunması İlkesi,” (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019), 33.

[68] Öncel, Kumrulu ve Çağan, *Vergi Hukuku*, 47.

[69] Çağan, “Demokratik,” 141.

[70] Karakoç, “Anayasal,” 1292.

[71] Gözde Erkin, “Vergilendirme Yetkisinin Tabi Olduğu Anayasal İlkeler,” *Ankara Barosu Dergisi*, no.3 (2012): 242.

Geriye yürüme yasağı AYM kararlarında doğrudan hukuk devleti ilkesine (AY m. 2) dayandırılmış ve şöyle tanımlanmıştır:

“...Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz...”^[72]

“...Kanunların geriye yürümezliği ilkesi' uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir yasa yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz...”^[73]

“...Geriye yürümezlik ilkesi hakkında Anayasa'da açık bir kural bulunmamasına karşın, Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesi ve ölçülülük yönlerinden yargısal denetim yapar. Vergilendirme işleminin ögesini oluşturan vergiyi doğuran olaydan sonraki artışları içeren düzenlemeler geriye yürümeyi kapsarsa uygunluk denetimine bağlı tutulabilir...”^[74]

Vergilendirme yetkisinin geriye yürüme yasağına uygun kullanılıp kullanılmadığına ilişkin, AYM'nin yaptığı denetimde, genellikle gerçek/gerçek olmayan geri yürüme ayrımı uygulanmakta; bazı kararlarda ise yasa koyucunun dayandığı ekonomik gerekçeler geriye yürüme yasağından üstün tutulmaktadır.^[75]

Aleyhe sonuç doğuran yasalar için durum böyle iken; lehe sonuç doğuran teşvik yasalarının geriye yürütülmesi tartışmaya açık bir konudur. Bu hususta,

[72] AYM, E. 2010/7, K. 2011/172, Kt. 22.12.2011, RG.14.02.2012-28204, 3.

[73] AYM, E. 2001/392, K. 2003/60, Kt. 04.06.2003, RG.18.12.2003-25320, VI-6.

[74] AYM, E. 1989/6, K. 1989/42, Kt. 07.11.1989, RG.06.04.1990-20484. Aktaran: Güneş Müftüoğlu, *Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti* (Ankara: SAYPA, 1996), 288.

[75] Ayrıntılı bilgi için bkz. Şebnem Ekeryılmaz, “Vergilemede Hukuki Güvenlik İlkesinin Yargı Kararları Çerçevesinde Analizi,” (Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi, 2019), 150 vd.

vergi afları gibi, vergi ödevlerini zamanında yerine getirenler aleyhine fakat diğer yükümlüler lehine sonuç doğuran düzenlemelerin varlığı hukuka olan güveni sarsacağı ifade edilmektedir.^[76] Ayrıca, lehe olsa dahi vergi hükümlerinin geriye yürümesinin, vergi mükellefleri arasında gözetilmesi gereken vergi adaletine, eşitliğe ve hakkaniyete ters düşeceği savunulmaktadır.^[77] Teşvik yasalarının, yararlanıcılarına eşitlik ilkesini bozan birtakım vergi kolaylıkları sağladığı göz önünde bulundurulduğunda; geçmişe etkili kurallarla yararlanıcılara daha fazla vergi kolaylığı sağlanmasının eşitlik ilkesine aykırılığı derinleştireceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle her ne kadar yararlanıcılar lehine de olsa bu kuralların geçmişe yürümesinin hukuka aykırı olacağı kanaatindeyiz.

Güvenin korunması ilkesi, yalnızca yasaların geriye yürümesini yasaklamaz aynı zamanda var olan hukuksal durumun süreceğine ilişkin güvenin sağlanması ve bu güvenin sürdürülmesi anlayışına dayanır.^[78] Teşvik kuralları açısından asıl hukuki sorun; var olan hukuksal durumun süreceği beklentisinden kaynaklanmaktadır.

Bu duruma bir örnek olarak, 5084 Sayılı Kanun ile getirilen “gelir vergisi stopajı teşviki” ile teşvik kapsamında olan işçilerin ödeyecekleri gelir vergisi yükü, organize sanayi ve endüstri bölgelerinde faaliyet gösteriyorlarsa tamamen kaldırılmış, diğer yerlerde faaliyet gösteriyorlarsa %80 oranında azaltılmıştır. Teşvik hükmünün gerekçesine göre, işçilerin ödemek zorunda oldukları verginin tamamı veya büyük bir kısmından, istihdamı teşvik etmek için vazgeçilmesiyle yatırımın ve istihdamın teşvikinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.^[79] Buna karşın, ilgili teşvik kuralından sonraki bir tarihte getirilen bir düzenleme (itiraz konusu kural) ile teşvikin kapsamı dolaylı olarak daraltılmıştır. İtiraz konusu kural, ücretlerin vergilendirmesinde öncelikle asgari geçim indiriminin dikkate alınması gerektiği yönündeki 193 Sayılı

[76] Karakoç, “Anayasal,” 1293.

[77] Elif Yılmaz, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi,” (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2014), 190.

[78] Rabia Yılmaz, “Türk Hukuku Bakımından Güvenin Korunması İlkesi,” 35.

[79] 5084 Sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss880m.htm>. Erişim Tarihi: 10 Aralık 2021.

Kanun'un geçici 73. maddesindeki (mülga) düzenlemedir.^[80] Kurala göre, ücret üzerinden hesaplanan gelir vergisinden öncelikle asgari geçim indirimi tutarı mahsup edildikten sonra kalan tutar, 5084 Sayılı Kanun kapsamında istisna edilecektir. Bu kural ile birlikte asgari geçim indirimi tutarında bir vergi yükü; vergi sorumlusu işverenin üzerine yüklenmektedir. Ayrıca itiraz konusu kuralın uygulanması geçmişe yönelik olarak 01.01.2008'den itibaren başlayacaktır.

Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık iddiasıyla itiraz konusu kuralın iptali istenmiştir. İptal istemini kabul eden mahkemenin karar gerekçesi şöyledir:

“...Geçici 73. maddeyle 6.6.2008 tarihinden önce başlayan ve devam eden yatırımlar için yeni bir teşvik hesaplama yöntemi getirilmiş olması, bu kapsamdaki yükümlüler yönünden hak kayıplarına yol açabilecek ve yatırım sahiplerinin hukuki güvenliklerini ihlal edecek bir nitelik taşımaktadır. Yeni teşvik hesaplama yönteminin, bu yöntemin öğrenildiği 6.6.2008 tarihinden önceki yatırımlara uygulanması, kamusal yetkinin kullanılmasında herkesi eşit biçimde kapsamına alarak öngörülebilir olmasını sağlamakla yükümlü hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır...”^[81]

AYM kararında da belirtildiği üzere hukuk devleti; hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasa koyucu faaliyetlerinde bu güven duygusunu zedeleyen yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.^[82] Bu doğrultuda güvenin korunması ilkesi, teşvik hükümlerine güvenerek işlem yapan kişilerin vergi yükünü artıran değişiklikleri de yasaklar.

[80] 06.06.2008 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanan 5766 Sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen;

“Geçici Madde 73:

(1) 29.01.2004 tarihli ve 5084 Sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 3üncü maddesi kapsamında gelir vergisi stopajı teşviki uygulanan ücretlerin vergilendirilmesinde, öncelikle Kanunun 32 nci maddesinde yer alan asgari geçim indirimi dikkate alınır...”

[81] AYM, E. 2010/7, K. 2011/172, Kt. 22.12.2011, RG.14.02.2012-28204, B-9. Benzer AYM kararı için bkz. AYM, E. 2010/93, K. 2012/20, Kt. 09.02.2012, RG.26.07.2013-28719.

[82] Ateş, *Yatırım Vergi Teşvik Politikası*, 96.

Başka bir AYM kararında, yatırım indirimi istisnasının uygulanışına yönelik sonradan getirilen bir düzenleme incelenmiştir. İlgili düzenleme, teşvik kapsamını öngörülemez bir şekilde aleyhe sınırladığı için iptal edilmiştir. AYM'nin gerekçesi şöyledir:^[83]

“Dava konusu kuralda, yükümlülerin kapsamdaki yatırım indirimi tutarlarını sadece 2006, 2007 ve 2008 yıllarına ait kazançlarından indirebilecekleri belirtilmiştir. Buna göre, kazanç yetersizliği nedeniyle yararlanılamayan yatırım indirimi istisna tutarları son olarak 2008 yılı kazançlarıyla sınırlandırılmıştır. 2008 yılı kazançlarından indirilemeyen tutarlar, daha sonraki yıllarda indirim konusu yapılamayacaktır.

Geçici 69. madde kapsamındaki yükümlüler 5479 sayılı Yasa'nın yayımlandığı 8.4.2006 tarihine kadar yatırım indirimi istisnasından yararlanacaklarını göz önünde bulundurarak yatırım kararı almışlar ve yatırıma başlamışlardır. Bu yükümlüler indirimin yıla sınırlanacağını önceden bilmemektedirler. Yatırım indiriminden yararlanılacak tutara ulaşıncaya kadar yapılması gereken indirimin sonradan üç yıla sınırlandırılması verginin genellik, eşitlik, öngörülebilirlik ve kamusal yetkinin kullanılmasında yükümlülere hukuksal güvenlik sağlayan yasallık ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.”

AYM'nin yukarıdaki iki kararının ortak özelliği her ikisinin de yatırım teşviklerine yönelik olmasıdır. AYM'nin bu yaklaşımının tüm vergi teşvik tedbirleri açısından geçerli olacağını söylemek güçtür. Konu yatırım teşvikleri olduğunda güvenin korunması ilkesinin daha katı uygulandığı görülür.

Ayrıca, güvenin korunması ilkesinin ihlali neticesinde; teşvikten yararlananların menfaatlerinde bir azalma olacaktır. Bu gibi durumlarda, güvenin korunması ilkesinin ihlali; aynı zamanda, temel hak ve özgürlüklere yapılan bir müdahale niteliği taşıyabilir. Vergi teşvikleri açısından temel hak ve özgürlüklere ilişkin hukuki sorun; teşvikten yararlananlara tanınan vergi kolaylıklarının bir yasama işlemiyle aleyhe azaltılması veyahut ortadan kalkması durumunun mülkiyet hakkına bir müdahale olarak ele alınıp alınamayacağıdır. Böyle bir durumda önceki yasaya kıyasen daha fazla vergi ödeneceği için teşvikten yararlananların mal varlıklarında bir azalmanın olacağı düşünülebilir.

[83] AYM, E. 2006/95, K. 2009/144, Kt. 15.10.2009, RG.08.01.2010-27456.

Teşvikten yararlananların mal varlıklarında meydana gelen azalma, teşvik hükmünün değişmesiyle aynı anda gerçekleşmeyecektir. Bu azalma, vergilerin dönerselliği nedeniyle, bir sonraki vergilendirme döneminde; tahakkuk eden verginin ödenmesiyle birlikte gerçekleşecektir. Bu durumda, mal varlığında gerçekleşecek azalma müdahaleden sonra; gelecekte gerçekleşecek bir azalma niteliğindedir. Oysa, anayasal mülkiyet hakkı, yalnızca mevcut mal varlığına yapılan müdahalelere karşı güvence sağlamaktadır.^[84] Bu nedenle, yapılan müdahalenin mülkiyet hakkıyla ilişkilendirilmesi; meşru beklentinin varlığı halinde mümkündür.

Meşru beklenti kavramı; somut nitelikte, ulusal hukukta belirli bir yasa hükmüne, istikrarlı bir içtihadı dayanan bir yargı kararı gibi hukuki bir tasarrufa dayanan beklenti anlamına gelmektedir.^[85] AYM, meşru beklenti kavramını şöyle açıklamaktadır:^[86]

“Kanunların uzun süreli uygulanmasına güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen bireyin, bu kanunların uygulanacağı yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması gerekmektedir. Ancak, hukuki güvenlik ilkesi, her türlü beklentinin korunmasını zorunlu kılmaz. Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesi için, meşru (haklı) beklenti seviyesine ulaşması gerekmektedir. Beklentinin meşru olup olmadığı tespit edilirken başvurulacak ölçüt, ‘hakkaniyet’tir”

Bununla birlikte, yasa koyucunun vergilendirme alanında geniş takdir yetkisinin olduğu, meşru beklentinin kapsamı açısından her zaman göz önünde bulundurulması gereken bir husustur. AYM kararında ifade edildiği üzere, meşru beklentinin niteliği tartışılırken, yasa koyucunun yeni politikalar belirleme serbestisinin de göz önünde bulundurulması gerekecektir.^[87]

“Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesinin ön koşullarından biri beklentinin haklı (meşru) beklenti seviyesine ulaşmasıdır. Haklı beklenti, bireyin

[84] H. Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı* (Ankara: MRK Baskı ve Tanıtım, 2018), 5.

[85] Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2*, (İstanbul: Legal, 2016), 654.

[86] AYM, E. 2012/65, K. 2012/128, Kt. 20.09.2012, RG.18.04.2013-28622.

[87] AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, Kt. 04.05.2017, RG.03.08.2017-30143, 247.

kendisine güvenerek hareket ettiği lehine olan bir kanunda öngörülemez bir değişiklik yapılması ve bu öngörülemez değişikliğin herkes yönünden objektif olarak beklenebilecek bir beklentiye sonuçsuz bırakması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gündeme gelmektedir. Ancak bir beklentinin hukukten korunabilmesi için anılan koşulların gerçekleşmesi yeterli olmayıp bu beklentinin korunmasına engel teşkil eden bir kamu yararının da bulunmaması gerekmektedir. Bu yönüyle anayasa yargısında kişi yararıyla kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda ancak önemli bir kamu yararının bulunmadığı durumlarda haklı beklentinin korunması kabul edilebilir. Aksi takdirde kanun koyucunun kamu yararını gerçekleştirmek üzere değişen koşullara göre yeni politikalar belirlemesi imkânı önemli ölçüde zedelenebilir.”

AYM, vergilendirme alanında yaptığı norm denetiminde meşru beklenti kavramını kullanmamakta^[88] bunun yerine doğrudan hukuki güvenlik ilkesine dayanmaktadır. Buna karşılık, meşru beklenti, bireysel başvuru kararlarında vergilendirme alanında da gözetilen bir husustur.^[89] Bu kararlarda, meşru beklenti; *objektif temelden uzak bir beklenti olmayıp, bir kanun hükmü, yerleşik bir yargısal içtihat veya aynı menfaatle ilgili hukuki bir işleme dayalı beklenti* olarak nitelendirilir.^[90] Bireysel başvuru kararları açısından vergi teşvik tedbirlerine ilişkin meşru beklenti hususunda bir kararın bulunmamasına karşın, aşağıda belirttiğimiz iki durum için meşru bir beklentinin oluşacağını düşünmekteyiz.

[88] Ercan Sarıcaoğlu ve Abdullah Arıkan, “Gerçek Olmayan Geçmişe Yürüme v.s. Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi: 7194 Sayılı Kanun Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no. 2 (2021): 1528.

[89] AYM, *Rabia Kocaaku*, B. No. 2013/5053, 07/07/2015; AYM, *Selçuk Emiroğlu*, B. No. 2013/5660, 20/03/2014.

[90] AYM, *Rabia Kocaaku*, B. No. 2013/5053, 07/07/2015, § 26; AYM, *Selçuk Emiroğlu*, B. No. 2013/5660, 07/07/2015, § 28.

İlk olarak, bazı durumlarda,^[91] teşvik kurallarının gelecekteki bir vadeye kadar uygulanacağına ilişkin yasal güvenceler verildiği görülür.^[92] Bu gibi durumlarda, bu sürenin sonuna kadar ilgili vergi teşviki yararlanıcılar aleyhine değiştirilmemelidir. Aksi halde, bu beklenti yasalara dayanan bir beklenti olduğu için objektif bir temele kavuşacaktır. Çünkü, uygulama süresi belirlenen teşvik kurallarında, yasaya dayanma şartı “açıkça” mevcuttur.

İkinci olarak, geriye yürüme yasağına aykırı uygulamalar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Çünkü, bir yasanın yürürlüğünden önceki döneme yönelik uygulanması durumunda güvenin korunması ilkesi zedelenecektir. Geçmişe etkili hüküm teşvikten yararlananların mal varlığında bir azalma yaratıyorsa, meşru bir beklentinin oluşacağı kanaatindeyiz. Ancak, geçmişe etkili hüküm ilgililer lehine ise, bu durumda meşru beklentinin öznesi olabilecek bir beklenti söz konusu olmayacaktır.^[93]

Bu iki durum harici, teşvik kurallarının kaldırılması veyahut değiştirilmesinin meşru beklenti kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Aksi bir durumda, çıkarılan bir teşvik hükmünün sonsuza kadar yürürlükte kalması gerektiğini söylemek gerekecektir. Böyle bir kabul de yasa koyucunun takdir yetkisini mesnetsiz bir şekilde sınırlandıracaktır.

Meşru beklentinin varlığı bir müdahaleyi tek başına mülkiyet hakkına aykırı kılmamaktadır. Meşru beklentinin kabulü mülkiyet hakkına bir müdahale yapıldığını göstermektedir. AYM, yapılan müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğini AY m. 13 ve AY m. 35 çerçevesinde değerlendirmektedir.^[94] Bu nedenle, mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği;

[91] Böyle yasalara “sürelî kanun” da denilmektedir. Kemal Çelebi, Hamza Kahrıman, “Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye’de Ar-Ge Faaliyetlerine Yönelik Vergi Teşvikleri ve Bunların Karşılaştırmalı Analizi,” *Maliye Dergisi*, no. 161 (2011): 46.

[92] 5746 Sayılı Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun bu duruma örnek olarak gösterilebilir. İlgili yasanın 6. maddesinde; “*Bu Kanun 31/12/2028 tarihine kadar uygulanmak üzere, yayımını takip eden ay başında yürürlüğe girer*” hükmü yer almaktadır. Bu hükme rağmen, 31.12.2028 tarihinden önce yasada düzenlenen teşviklerin kaldırılması veyahut daraltılması durumunda, yararlanıcılar açısından, meşru bir beklentinin doğacağını düşünmekteyiz.

[93] Sarıcaoğlu ve Arıkan, “Gerçek,” 1522.

[94] AYM, *Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 02/02/2017, § 62.

müdahalenin yasallık, meşru amaç ve ölçülülük ilkelerine uygun olup olmadığına bağlı bir durumdur.

Meşru beklenti teşkil eden durumlar için gündeme alınması gereken bir diğer hak adil yargılanma hakkıdır. Çünkü, AYM, adil yargılanma hakkına ilişkin uyguladığı denetimde, müdahalenin hukuki güvenlik ilkesine uygun olup olmadığını da değerlendirmektedir.^[95] Teşvik yasalarına dayanarak işlem yapanların güvenlerinin korunmasının bu ilke temelinde anlam taşıdığı söylenebilir. Bu nedenle, meşru beklenti teşkil eden durumların aynı zamanda adil yargılanma hakkı açısından bir müdahale niteliği taşıdığını düşünmekteyiz.

III. VERGİ TEŞVİKLERİNİN EŞİTLİK İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A) VERGİ TEŞVİKLERİNİN MADDİ EŞİTLİK İLKESİNE AYKIRILIĞI

AYM'nin yerleşik içtihatlarında eşitlik ilkesi (AY m. 10); aynı hukuksal durumda olan kişilerin yasa karşısında aynı işleme tabi olmalarının sağlanmasıdır. Yine Mahkeme'nin yerleşik içtihatları gereği, aynı hukuksal durumların aynı; farklı hukuksal durumların farklı kurallara tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır.^[96]

[95] “Adil yargılanma hakkı, uyumsuzlukların çözümlenmesinde hukuk devleti ilkesinin gözetilmesini gerektirmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında gözönünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir. Bu noktada hukuk devletinin gereklerinden birini de hukuk güvenliği ilkesi oluşturmaktadır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.” AYM, Gazi Böyük, B. No: 2019/36149, 23/11/2021, § 38-39; AYM, Hasan Albayrak, B. No. 2019/11112, 23/11/2021, § 37-38.

[96] “...Kanun 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...”. AYM, E. 2017/156, K. 2019/37, Kt. 15.05.2019, RG.25.07.2019-30842. Benzer kararlar için bkz. AYM, E. 2019/42, K. 2019/73,

Eşitlik ilkesi, maddi ve şekli eşitlik olarak iki anlamda yorumlanmaktadır^[97]. Şekli eşitlik anlayışı yasaların genel ve soyut nitelik taşıması; başka bir ifadeyle yasaların herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Maddi eşitlik ise, aynı durumda bulunanlara eşit davranma yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir. Maddi eşitlik ilkesi gereği, bir yasanın anayasaya uygun olması için, yalnızca genel ve soyut nitelik taşıyıp taşımadığı değil; içeriğinin de araştırılması gerekmektedir.^[98]

Maddi eşitlik ilkesi, şekli eşitlik anlayışının ötesinde, bir yasanın eşitliği sağlayıp sağlamadığı üzerinde yoğunlaşır. Bir yasanın her durumda herkes için aynı hükümler taşıması mümkün olamayacağından; bir yasanın eşitliği sağlayıp sağlamadığı, yasa da belirlenen farklılaştırma kriterleri üzerinden yorumlanmaktadır.^[99] Vergi hukuku açısından eşitlerin nasıl belirleneceği sorunu; başka bir ifadeyle eşit olanların hangi farklılaştırma kriteri üzerinden tespit edileceği maddi eşitlik ilkesi açısından önem arz eden bir husustur.^[100] Bu kapsamda ele alınan “verginin mali güçle orantılı olması ilkesi (AY m. 73/1)” eşitlerin nasıl belirleneceği hususunda yol gösterici bir özelliğe sahiptir.

Literatürde, verginin mali güçle orantılı olması ilkesinin aynı zamanda vergi adaletin sağlanmasına yönelik bir ilke olduğu savunulmaktadır.^[101]

Kt. 19.09.2019, RG.15.10.2019-30919); AYM, E. 2019/24, K. 2019/55, Kt. 26.06.2019, RG.24.07.2019-30841; AYM, E. 2001/373, K. 2003/67, Kt. 18.06.2003, RG.17.05.2006-26171.

[97] Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 156.

[98] Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 157.

[99] Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 157.

[100] Maddi eşitlik ilkesinin gerekleri, yalnızca farklılaştırma kriterinin ne olacağının belirlenmesi ile sınırlı tutulmamalıdır. Her ne kadar vergilendirme özelinde farklılaştırmanın mali güç kriteri ile yapılacağını söylemek mümkünse de, mali gücün nasıl ölçüleceği hususunun da maddi eşitlik ilkesinin konusuna gireceğini düşünmekteyiz.

[101] Öncel, Kumrulu ve Çağan, *Vergi Hukuku*, 53; Karakoç, “Anayasal,” 1285; Şişman, “Demokratik,” 44; Musa Gök, Özgür Biyan ve Sevda Akar, “Vergilemede Adalet İlkesinin Anayasal Temelleri ve Uygulamaya Yansımaları: Seçilmiş OECD Ülkeleri Açısından Karşılaştırmalı Bir Analiz,” *Marmara Üniversitesi İ.İ.B. Dergisi XXXIV*, no. 1 (2013): 271-72.

Verginin mali güçle orantılı olması ilkesinin sosyal devletin vergi adaleti ile ilgili bir ilkesi olduğu düşünülmekte^[102] ve ilkenin sosyal devletin en etkin^[103] uygulama aracı olduğu ifade edilmektedir. Verginin mali güçle orantılı olması ilkesinin, eşitlik ve adalet anlayışının büyük ölçüde örtüştüğü bir ilke olduğu görüşüne katılmaktayız. Fakat, vergi adaletinin sağlanmasına yönelik, verginin mali güçle orantılı olması ilkesine dayandırılarak değinilen bir takım hususların^[104] her durumda verginin mali güçle orantılı olması ilkesiyle örtüşmediği kanaatindeyiz.^[105] Özellikle, ayırma kuramının yalnızca sosyal vergi adaletine ilişkin bir araç olduğu ve bu aracın eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak yorumlanmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü, ücret geliri ile diğer gelirleri farklı sınıflandıran bir yöntem; mali güç ölçütünden ziyade, ücret ile diğer gelirlerin elde edilmesi arasındaki nitelik farkına dayanacaktır. Benzer şekilde artan oranlı tarifenin de verginin mali güçle orantılı olması ilkesinin bir sonucu olduğunu söylemek mümkün değildir.^[106]

Konumuz açısından asıl önem arz edene mesele, verginin mali güçle orantılı olması ilkesinin eşitlik ilkesinin uygulama aracı^[107] oluşudur. Verginin mali güçle orantılı olması ilkesinin maddi eşitlik ilkesi açısından temel işlevi, eşitliğin mali güce göre belirlenmesi gerektiğini öngörmesidir. Bu doğrultuda, maddi eşitlik ilkesinin bir gereği olarak vergilendirme alanındaki

[102] Öncel, Kumrulu ve Çağan, *Vergi Hukuku*, 53.

[103] Şişman, “Demokratik,” 44.

[104] Mali gücü kavrayarak vergi adaletini gerçekleştirmek için benimsenen yöntemler; asgari geçim indirimi, ayırma kuramı ve artan oranlı tarife olarak sayılmıştır. Bkz. Karakoç, “Anayasal,” 1286-87.

[105] “*Sosyal devlet ilkesi ile verginin mali güçle orantılı olması ilkesinin aynı ya da benzer söylemlere sahip olmaları (örn. asgari yaşam haddinin vergi dışında kalması gerektiği gibi) bu iki ilkenin birbirinden bağımsız olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz*” Başaran Yavaşlar, *Gelir Vergilendirmesinin Temelleri*, 68.

[106] Bkz. Karakoç, “Anayasal,” 1288.

[107] AYM, E. 1994/85, K. 1995/32, Kt. 13.07.1995, RG.28.09.1996-22771; Şişman, “Demokratik,” 44.

farklılaştırma ancak “mali güç” kriteri çerçevesinde yapılmalıdır.^[108] Katılmadığımız görüş, AYM’nin bir kararında şöyle ifade olunmuştur:^[109]

“Vergilendirmeye ilgili anayasal denetimde, sınıflandırma ve karşılaştırma malî güce, diğer bir deyişle gelirdeki büyüklük ölçüsüne göre yapılmak zorundadır... Makul ve adil olmayıp malî gücü aynı olanların aynı, malî gücü farklı olanların ise ayrı oranda vergilendirilmesini öngören ‘mali güç’ ve ‘vergide eşitlik’ ilkelerine aykırılık oluşturur.”

Literatürde, mali güç dışında birtakım farklılaştırma ölçütlerinin de benimsenebileceği düşünülmektedir. Bu kapsamda, AYM’nin görüşüne benzer şekilde, haklı bir nedene dayandırılmak şartıyla mali güç kriteri dışında diğer farklılaştırma kriterlerinin de belirlenebileceği iddia edilmektedir.^[110] Başka bir görüş, “hukuksal yapı ve nitelik” ile “vergi konusundaki nitelik” ölçütlerinin, doğrudan yükümlü gruplarına yönelik ölçütler olarak ayırmakta ve bu ölçütlere dayanan farklılaştırma kriterlerinin açıkça keyfi bir sınıflandırma oluşturmadığı sürece eşitlik ilkesine aykırılık taşımayacağını savunmaktadır.^[111] Bu iki görüşe de katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Çünkü, haklı neden kavramının oldukça geniş yorumlanması veya muğlak olarak tanımlanması nedeniyle, mali güç harici ölçütlerin hukuki dayanak açısından oldukça şüpheli olduğu düşüncesindeyiz. Mali güç ölçütü harici benimsenen diğer farklılaştırma yöntemleri, verginin mali güçle orantılı olması ilkesinin içeriğini boşaltarak, ilkeyi işlevsizleştirecek ve dolayısıyla vergi adaletinin zedelenmesine yol açacaktır.^[112]

[108] Başaran Yavaşlar, *Gelir Vergilendirmesinin Temelleri*, 28-29.

[109] AYM, E. 2006/119, K. 2009/145, Kt. 15.10.2009, RG.08.01.2010-27456, B-11.

[110] Çağan, “Demokratik,” 139, Doğan Şenyüz, “Hukuk Devleti Perspektifinden Adil Vergileme ve Vergi Afları,” *Tesam Akademi Dergisi*, no. 1/2 (Temmuz, 2014): 86.

[111] Yaltı Soydan, “Vergi,” 107; Sibel Yılmaz, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Çerçevesinde Vergi Affı,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 66/1 (2017): 279.

[112] Başaran Yavaşlar, *Gelir Vergilendirmesinin Temelleri*, 60.

AYM, vergilendirme alanında hukuki durumun tespitinde genel olarak mali güç kriterini uygulamaktadır.^[113] Bununla birlikte, AYM'nin farklı kriterlere başvurduğu kararları da mevcuttur.

Mahkemenin, yasa koyucunun mukimlik kriterini esas alarak hukuki durumu farklılaştırmasına ilişkin bir kararı aşağıdaki gibidir.^[114]

“...KDV istisnasından yararlanması öngörülen Türkiye’de yerleşik olmayan Türk vatandaşları, yabancı gerçek ve tüzel kişiler ile kural kapsamı dışında kalan Türkiye’de yerleşik gerçek ve tüzel kişilerin hukuki durum ve konumları aynı olmadığından bu kişilerin farklı kurallara tabi tutulmalarında eşitlik ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.”

Mahkemenin vergi affı niteliğindeki bir yasayla getirilen ve mükellefler arasında ilgili kamu alacağına ilişkin dava safhalarına göre farklı vergi avantajı düzenleyen kuralın iptaline ilişkin kararı aşağıdaki gibidir.^[115]

“Vergi Barışı Kanunu’nun yayımlandığı 27.2.2003 tarihinden önce vergi mahkemelerinde devam eden davalarda henüz karar verilmeden kendi istekleri ile vergi cezası ve gecikme faizine ilişkin borçlarını ödeyenler ile bu tür borçları ödemiş, ancak davalarını itiraz ya da temyiz yoluna başvurarak devam ettiren mükellefler aynı hukuksal konumda olmadıklarından, iptali istenilen “...vergi mahkemesinde...” ibaresi Anayasa’nın 10. maddesine aykırı değildir.”

[113] “Mali güce göre vergilendirme, verginin yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, mali gücü fazla olanın mali gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirir. Vergide eşitlik ilkesi de mali gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayanır.”, AYM, E. 2008/110, K. 2010/55, Kt. 01.04.2010, RG.22.06.2010-27619; AYM, E. 1996/75, K. 1997/50, Kt. 14.05.1997, RG.21.02.2000-23971; AYM, E. 2008/110, K. 2010/55, Kt. 01.04.2010, RG.22.06.2010-27619.

[114] AYM, E. 2017/117, K. 2018/28, Kt. 28.02.2018, RG.04.04.2018-30381, 30.

[115] AYM, E. 2003/106, K. 2004/59, Kt. 12.05.2004, RG.03.11.2004-25632, B-8.

AYM'nin, basitleştirme amacıyla yapılan farklılaştırmaları^[116] Anayasa'ya uygun bulduğu kararları^[117] bulunmaktadır. Vergi tekniği açısından –örneğin; hayat standardı esasları gibi- idare için verginin tahsilini kolaylaştıran ve kamu gelirini toplamak için kolay bir yöntem olan “götürü” uygulamaların gerçek geliri, yani mali gücü esas aldığı söylenemez. Bu nedenle basitleştirme amacıyla tercih edilen farklılaştırmalar da maddi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

Sosyal devlet ilkesine dayandırılan farklılaştırmalar için de aynı durum geçerlidir. Örneğin, yatırımın artırılması ve ülkeye döviz girişinin sağlanması amacıyla doğrudan yabancı yatırımcıya sağlanan bir vergi teşviki anayasal bir ilke olan sosyal devlet ilkesi gereği yapılan bir farklılaştırmadır. Sosyal devlet ilkesine dayansa dahi yapılan bu farklılaştırmalar maddi eşitlik ilkesine (verginin mali güçle orantılı olması ilkesine) aykırılık oluşturur.^[118] Hukuk devleti ile sosyal devlet ilkesi arasında bir üstünlük ilişkisi bulunmadığı için,^[119] bu husus iki ilke arasında bir çatışmaya sebebiyet vermektedir.

[116] Yapılan sınıflandırma için bkz. Başaran Yavaşlar, *Gelir Vergilendirmesinin Temelleri*, 60.

[117] Örnek olarak, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na 4108 Sayılı Kanun m.24 ile eklenen mükerrer madde 111 (mülga) gereği “...talih oyunları salonları işletmeciliği faaliyetinde bulunan... talih oyunları salonlarında bulundukları ilk 6 oyun masasının her biri için aylık 100 000 000 lira, sonra gelen her oyun masası için ise 75 000 000 lira ... asgari vergi öderler.” . Bir dönem uygulanan ilgili hüküm ile talih oyunları salonları işleten mükellefler, diğer gelir vergisi mükelleflerinden farklılaştırılarak vergilendirilmiştir.

[118] AYM, vergi teşvik hükümlerine ilişkin iptal davalarında, teşvik kurallarını yasa koyucunun takdir yetkisi içerisinde değerlendirdiğinden ve hukuki statü farklılığı gerekçeleriyle; bu kuralları eşitlik ilkesine aykırı bulmamaktadır. Örneğin, “... afet riski altındaki alanlar ile gerektiğinde bu alanlardaki yerleşim merkezlerinin nakledileceği rezerv yapı alanlarında, Kanun kapsamında yapılacak uygulamaların muhatapları ile olağan imar uygulamalarına konu yerlerde genel hükümlere göre yapılacak uygulamaların muhataplarının hukuki statüleri aynı değildir.” AYM, E. 2012/87, K. 2014/41, Kt. 27.02.2014, RG.26.07.2014-29072. Bu yaklaşım, AYM'nin vergi hukukundaki statünün mali güçle belirlendiğine ilişkin yerleşik içtihadıyla tezat oluşturur.

[119] Huber, “Modern,” 51.

Vergi teşvik tedbirlerinin tamamı, teşvikten yararlananlara, aynı verginin yükümlüsü “diğer mükelleflerden” (yararlanıcı olmayanlardan), lehe farklılaştırılmış bir yükümlülük öngörür. Bu yapılan farklılaştırmanın “mali güç” kriterine dayandığını söylemek mümkün değildir. Çünkü, eşit mali güce sahip olanlar, teşvik normu nedeniyle farklı şekilde vergilendirilmektedir.^[120] Buna rağmen, vergi teşviklerini eşitlik ilkesine aykırılık gerekçesiyle tamamen Anayasa’ya (AY m. 2, 10) aykırı bulmak, sosyal devletin amaçlarını yerine getirme noktasında devletin yükümlülüklerinin ifasını büyük ölçüde engelleyecektir.

Buradaki temel sorun, maddi eşitlik ilkesi (hukuk devleti ilkesi) ile sosyal devlet ilkesi arasında yaşanan çatışmanın nasıl çözüme kavuşturulacağı olmalıdır. AYM’nin vergi teşviklerine ilişkin yaklaşımı, kuralın haklı nedene dayandırılması durumunda eşitlik ilkesine ilişkin aykırılığın söz konusu olmayacağına yöneliktir.^[121] Oysa, teşvik yasalarında belirtilen amaçların yalnızca vergi teşvikleriyle sağlanacağına ilişkin yasa koyucuyu bağlayan bir hukuki zorunluluk bulunmamaktadır. Tutarlı bir hukuki çözüm için; mali güç harici tüm farklılaştırma kriterlerinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunun kabul edilmesi ve haklı neden ilkesinin mahiyeti üzerine düşünülmesi gerekmektedir.

[120] “...özdeş veya benzer durumda olanlara farklı işlem sonucu farklı vergi alınması sonucunu yarattığından vergi kanunları önünde eşitlik, kanun önünde eşitlik, yani anayasal eşitlik ilkesini de zedelemiş olmaktadır”, Ahmet G. Kumrulu, “Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri,” *AÜHFD* 36, no. 1-4 (1979): 156.

[121] “...Sosyal devlet ilkesi gözetilerek Kanun kapsamındaki uygulamaların muhataplarına vergi, harç ve ücretlerden istisna tanınması eşitlik ilkesini zedelemmez.”, AYM, E. 2012/87, K. 2014/41, Kt. 27.02.2014, RG.26.07.2014-29072; Haklı neden ve eşitlik ilkesi ilişkisine yönelik başka bir karar için bkz. AYM, E. 1990/35, K. 1991/13, Kt. 06.06.1991, RG.27.10.1994-22094 “...Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa’nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz”; AYM, E. 2020/15, K. 2020/78, Kt. 04.12.2020, RG.28.04.2021-31468 sayılı kararda ise, eşitlik ilkesine ilişkin hukuki sorun hiç değinilmemiştir.

B) EŞİTLİK İLKESİ AÇISINDAN VERGİ TEŞVİKLERİNİN HUKUKİ MEŞRULUK ŞARTI

1- Haklı Neden Anlayışı ve Vergi Teşvikleri Bakımından Anlamı

AYM, vergi teşvik tedbirlerinin eşitlik ilkesine uygun olup olmadığına ilişkin yaptığı denetimde de yasanın yaptığı ayrımın, bir “haklı neden” e dayanıp dayanmadığını irdelemektedir. AYM’nin yaptığı denetime göre, eğer bir yasa haklı bir nedene dayanıyorsa bu hüküm eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmazdır.^[122]

Vergi teşvik tedbirlerine ilişkin bazı AYM kararları şöyledir:^[123]

“Dava konusu kuralla döviz karşılığı konut veya iş yeri ilk teslimlerinde gurbetçi Türk vatandaşları ile Türkiye’de yerleşik olmayan yabancı gerçek ve tüzel kişiler yönünden katma değer vergisine istisna getirilerek KDV gelirinden elde edilecek miktardan vazgeçildiği, bunun yerine yurt dışından yapılacak konut veya iş yeri alımlarını teşvik etmek suretiyle yurda döviz girişinin artırılmasının ve inşaat sektörünün canlandırılmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.”^[124]

“İktisadi ve teknolojik kalkınma ve istihdam yaratma amacına yönelik teşviklerden biri olan gelir vergisi stopajı teşviki, yükümlülerin belli koşulları yerine getirmeleri halinde yararlanılan bir müessesedir. Gelir vergisi stopajı teşvikinin uygulama yöntemi ile yatırımları teşvik sistemi arasında bağlantı vardır. Ekonomik ve teknik yönden bütünlük; yatırımları özendirmede, istihdam yaratmada, ekonomik kalkınmada önemli bir araç, mali teşvik önlemidir.”^[125]

Görüşümüze göre, yasa koyucunun fiili nedenlere veya haklılık gerektiren durumlara göre farklı uygulamalar getirmesi de eşitlik ilkesine aykırıdır. Çünkü, mali güç haricindeki diğer farklılaştırma kriterlerinin hangi hukuki temele dayandığı belirsizdir. Haklı nedeni, eşitlik ilkesinin istisnası olarak yorumlamak yerine; hukuki meşruiyet şartı olarak ele almanın daha tutarlı

[122] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 244; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 157-58.

[123] AYM, E. 1999/51, K. 2001/63, Kt. 28.03.2001, RG.29.03.2002-24710, A-20; AYM, E. 2012/87, K. 2014/41, Kt. 27.02.2014, RG.26.07.2014-29072, G-1-5; AYM, E. 2003/106, K. 2004/59, Kt. 12.05.2004, RG.03.11.2004, -25632, B-6.

[124] AYM, E. 2017/117, K. 2018/28, Kt. 29.02.2018, RG.04.04.2018-30381, 18.

[125] AYM, E. 2010/7, K. 2011/172, Kt. 22.12.2011, RG.14.02.2012-28204, B-7.

bir yaklaşım olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü, her ilke gibi, eşitlik ilkesinin de bazı durumlarda geri planda bırakılması veya ilkeye aykırılığın bazı koşullar dahilinde hukuk sistemi içerisinde kalması mümkündür.^[126] Mali güç harici farklılaştırma kriterlerinin belirlendiği kurallar eşitlik ilkesine aykırılık taşısa dahi; bu kurallar her durumda hukuki meşruiyetini kaybetmezler. Bu kapsamda, haklı neden denetimi, eşitlik ilkesine aykırı bir kuralın hukuk sistemi içerisinde kalabilmesi için bir hukuki meşruiyet şartı olarak yorumlanabilir.

AYM, haklı nedenin gerekçesini genel olarak “kamu yararı” başlığı altında ele almakta ve yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisini çok geniş yorumlamaktadır. AYM, kamu yararına ek olarak; hukuksal yapı veya nitelik farkını, mali politikayı ve sosyal ve ekonomik bazı teknik nedenleri de haklı neden kapsamı içerisinde değerlendirmektedir.^[127] AYM'nin yasa koyucuya neredeyse sınırsız bir yetki tanıyan bu yaklaşımı nedeniyle vergi teşvik tedbirlerine ilişkin haklı neden denetiminin olumsuz sonuçlandığı bir karara rastlanmamıştır.

Yasa koyucunun takdir yetkisi, vergi teşvikleri açısından, teşviklerin anayasal dayanağı olan sosyal devlet ilkesine uygun olarak kullanılmalıdır. AYM, haklı neden konseptini her ne kadar mükellefe veyahut vergi konusuna bağlı nedenlerle genişletse dahi; bu durum, verginin mali güçle orantılı olması ilkesinin içeriğini boşaltarak vergi adaletini zedeleyecektir.^[128] Bunun yerine haklı nedenin yalnızca amaca bağlı nedenlerle sınırlanması ve bu kapsamda sosyal devlet ilkesi gereği yapılan farklılaştırmaların kamu yararı ile denetlenmesi önerilmektedir.^[129] Bu nedenle bir vergi teşvik tedbirinin ancak, hukuki temellerini aldığı sosyal devlet ilkesinin amaçlarıyla örtüştüğü durumlarda haklı bir nedene dayanacağı kabul edilmelidir. Bu anlayış doğrultusunda dahi, yasa koyucunun haklı bir nedene dayanmadığı durumlar son derece sınırlı olacaktır. Bu sebeple haklı neden denetimi, tek başına uygulanan bir denetim aracı olarak değil, ölçülülük denetimi ile birlikte uygulanan bir anayasal denetim yöntemi olarak ele alınmaktadır.

[126] Başaran Yavaşlar, *Gelir Vergilendirmesinin Temelleri*, 58.

[127] Yaltı Soydan, “Vergi,” 105-106; Karakoç, “Anayasal,” 1286.

[128] Başaran Yavaşlar, *Gelir Vergilendirmesinin Temelleri*, 60.

[129] Başaran Yavaşlar, *Gelir Vergilendirmesinin Temelleri*, 61.

2- Ölçülülük İlkesi Temelinde Haklı Neden Anlayışının Vergi Teşvikleri Bakımından Uygulanması

Haklı nedenin sunulması, eşitlik ilkesine aykırılığın hukuk sistemi içerisinde kalmasını sağlamaktadır. Fakat haklı nedenin sunulmuş olması; bir farklılaştırmayı eşitlik ilkesi açısından tek başına meşrulaştırmaz. Farklılaştırmanın haklı nedene dayandırılmasının ardından, haklı neden olarak ortaya konulan amaç ile ona ulaşmak için kullanılan vergi teşviki arasında ölçülülük ilkesine uygun bir ilişkinin olması gerekir.^[130]

Ölçülülük ilkesi, başvuru aracının, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; sınırlama amacı açısından gerekli olmasını, araçla amaç arasında bir orantısızlığın bulunmamasını ifade eder.^[131]

[130] Ölçülülük ilkesi kaynağını bir yasanın hukuki meşruluğunun nasıl sağlanacağına ilişkin hukuki sorundan alır (Bu ifade makale yazarına aittir). Bir yasanın meşruiyetinin nasıl sağlanacağına ilişkin iki temel görüş bulunmaktadır. İlki, girdi odaklı yaklaşımdır ki, bu yaklaşım yasaların “demokratik egemen” tarafından onaylanmasıyla meşruiyet kazanacağını savunur. Diğer yaklaşım ise, çıktı odaklı yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre bir yasa; temel hak ve özgürlükleri ihlal etmiyorsa, makul hedeflere hizmet ediyorsa, fayda maliyet analizi bakımından olumlu sonuç sağlıyorsa meşrudur. Bu iki yaklaşım birbirini tamamen dışlamaz. Hatta büyük ölçüde birlikte uygulanabilir haldedir. Günümüzde, özellikle Avrupa hukuk sistemlerini ciddi ölçüde etkileyen çıktı odaklı yaklaşım, bir yasanın meşruluk kaynağına “yasanın uygulanmasını (law in action)” da dahil ettiği için “klasik yasa (law in the books)” anlayışının ötesine geçer. Bu nedenle, günümüzde yasa yapmanın itibarının büyük ölçüde sonuca bağlı olduğu ifade edilir. Bkz. Klaus Meßerschmidt, “The Race To Rationality Review And The Score Of The German Federal Constitutional Court,” *Legisprudence* 6, no. 3 (2012):352-54. Ölçülülük ilkesi de sonuç odaklı anlayışa katkı sağlayan önemli bir yöntemdir. Çünkü ölçülülük ilkesi en nihayetinde bir araç-amaç testidir. Bu test, yasa koyucunun amacı ile seçilen aracın uygunluğunu sorgulamaktadır. Araç-amaç testinin doğası gereği, bu sorgulamanın, yasanın olası veyahut gerçekleşen sonuçları üzerinden yapılması gerekecektir.

[131] Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 116; “It is proportional if it is meant to achieve a proper purpose, if the measures taken to achieve such a purpose are rationally connected to the purpose and are necessary, and if the limiting of the constitutional right is proportional” “(Alınan tedbir) uygun bir amacı gerçekleştiriyorsa, böyle bir amaca ulaşmak için alınan tedbir rasyonel olarak amaca bağlıysa ve gerekliyse ve de (bu tedbir) anayasal hakkın sınırlandırılmasıyla orantılıysa, (o tedbir) ölçülüdür”, Aharon Barak, *Proportionality Constitutional Rights and Their Limitations A Comparative Study* (Cambridge University, 2012), 223 (parantez içi ifadeler yazara

Ölçülülük ilkesi kaynağını hukuk devleti ilkesinden alır. Bu yaklaşımın ilk örnekleri Alman Mahkemeleri kararlarında görülse de, Alman Mahkemeleri'nin ilkenin hukuk devleti ile bağlantısını kesin olarak ortaya koyamadığı savunulur.^[132] Bu bağlantının kurulması, hukuk devleti ilkesinin birincil mevzuatlarda ve sözleşmelerde tanınması ile mümkün olabilir.^[133] Ölçülülük ilkesinin iki kural arasındaki dengeyi sağlamak için “adalet” kaygısı neticesinde ortaya çıktığı düşünüldüğünde; bu felsefi açıklamaya en yakın pozitif temelin^[134] hukuk devleti ilkesi olduğu ifade edilir.

Türk Hukuk Sisteminde, ölçülülük ilkesi, 2001 Anayasa değişikliğiyle anayasal kural haline gelmiştir. 2001 değişikliği öncesinde ise ilkenin temelleri üç farklı görüş ile açıklanmıştır.^[135] Bu teorilerden ilki ölçülülük ilkesinin pozitif temelinin AY m. 13/2'ye; ikincisi AY m. 15/1'e dayandırıldığı, üçüncü görüş ise bu ilke 1982 Anayasası'nın 2. maddesine dayanmakta olup, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğu yönündedir. 2001

aittir); AYM kararlarında ölçülülük ilkesi şöyle ifade olunmaktadır: “Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen müdahalenin ulaşılacak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılacak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılacak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir” AYM, E. 2019/40, K. 2020/40, Kt. 17.07.2020, RG.09.10.2020-31249, 74; AYM, E. 2019/2, K. 2020/28, Kt. 11.06.2020, RG.11.09.2020-31241, 58; AYM, E. 2018/91, K. 2020/10, Kt. 19.02.2020, RG.30.04.2020-31114, 70; AYM, E. 2019/115, K. 2020/31, Kt. 12.06.2020, RG.19.08.2020-3121), 25. AYM bir kararında ölçülülük ilkesinin şöyle nitelemiştir: “Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Diğer bir ifadeyle bu ilke, farklı muamelenin öngörülen objektif amaç ile orantılı olmasını gerektirmektedir.” AYM, E. 2019/2, K. 2020/28, Kt. 11.06.2020, RG.11.09.2020-31241, 35.

[132] Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence,” *University of Toronto Law Journal*, no. 57 (2007): 386.

[133] Barak, *Proportionality Constitutional Rights*, 228-29.

[134] Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Basın ve Yayın Yüksekokulu Basımevi, 1982), 117-18.

[135] Tahsin Fendoğdu, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY m. 13.)” *Anayasa Yargısı* 18, no. 1 (2002): 132.

değişikliği öncesinde de AYM ölçülülük denetimi yapmaktaydı. AYM'nin yaptığı bu denetim ise mahkeme kararlarında, AY m. 13'te^[136] belirtilen “*demokratik toplum gereklerine aykırı olmama*” ve “*öngöröldükleri amaç dışında kullanılmama*” ile AY m. 15/1'te^[137] belirtilen “*durumun gerektirdiği ölçüde*” lafzına dayandırılmaktaydı.^[138] Bu doğrultudaki bazı AYM kararları aşağıdaki gibidir:

“...Anayasa'nın 13. maddesinde belirtildiği biçimde, yasa koyucu tarafından yapılan temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacakları gibi sınırlama ile öngörölen amaca elverişli ve ölçülü olmalıdır...”^[139]

“...Düzenlemenin, yasa koyucunun takdiri dışında bırakılan anayasal ilkeleri zedelememesi ve demokratik toplum düzeninin esaslarına aykırı olmaması gerekir... Denetlenen kuralın kabul edilebilir sınırdan olmadığını belirtmek yeterlidir. Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görölen

[136] “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*”

MADDE 13.- Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörölen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngöröldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir”.

[137] “*Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması*”

MADDE 15. –Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörölen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”

[138] Metin, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 209-15; Onur Uçar ve Ahmet Burçin Yereli, “Türk Hukuk Sisteminde Ölçülülük İlkesini Konu Edinen Başat Kurallar”, *Sosyoekonomi* 27, no. 42 (2019): 213.

[139] AYM, E. 2000/77, K. 2000/49, Kt. 21.11.2000, RG.15.03.2002-24696, V-9.

yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadadır... maddenin getirdiği sınırlama, amacı aşarak, seçme hakkının kullanılmasını demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak biçimde zorlaştırdığından Anayasa'nın 13. ve 67. maddelerine aykırıdır.”^[140]

“... Haklı neden veya kamu yararının anlaşılabilir, amaçla ilgili, ölçülü ve adaletli olması gerekir. Getirilen düzenleme, herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır, denebilir. Çünkü, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır.”^[141]

2001 Anayasa değişikliği sonrası ölçülülük ilkesi açık bir şekilde Anayasa'nın normatif yapısına eklenmiştir. Bu noktadan sonra doktrinde, ölçülülük ilkesinin AY m.13 temelinde ele alındığını söylemek gerekir.

Ancak, 2001 değişikliği sonrası ölçülülük ilkesini, salt AY m. 13 temelinde ele almak ile hukuk devleti ilkesinin (AY m.2) zorunlu bir sonucu olarak ele alınması arasındaki farkın çalışma konumuz açısından ciddi önemi bulunmaktadır. İlke, salt AY m.13'te düzenlendiği üzere temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimi olarak ele alındığında, vergi teşvik tedbirlerinin hangi temel hak ve özgürlükle ilişkilendirileceği sorunu ortaya çıkacaktır. Bu noktada vergi teşvik tedbirleri nedeniyle, yararlanıcılardan daha fazla vergi ödeyenlerin mülkiyet hakları ihlal edildiği düşünülebilir. AİHM içtihatlarına yakınlaştırmak gerekirse, vergi teşvik tedbiri ile yapılan vergi yükü farklılaştırmasının, AİHS, P1-1/II metniyle ilişkili olarak devletlerin “mülkiyetin kontrolünü düzenleme ve kontrol etme” amacıyla yaptığı bir müdahale olabileceği düşünülse de bu noktada AİHM'in taraf devletlere tanıdığı çok geniş takdir yetkisi yapılan müdahaleyi meşru kılacaktır. Aynı şekilde AY m. 35'le bağlantılı olarak yasa koyucu takdirinin “kamu yararı” kapsamı içerisinde ele alınması kuvvetle muhtemel olacağından teşvik kurallarının, teşvikten yararlanmayanlar açısından, mülkiyet hakkını ihlal eden bir müdahale niteliğinde olmadığı ortadadır.

2001 değişikliği sonrası AYM ölçülülük ilkesini AY m. 13 çerçevesinde ele almıştır. Bununla birlikte mahkeme, “*Kanun koyucu, düzenlemeler*

[140] AYM, E. 1986/17, K. 1987/11, Kt. 22.05.1987, RG.18.09.1987-19578, A-1-1.

[141] AYM, E. 1994/2, K. 1994/76, Kt. 25.10.1994, RG.28.04.1998-23326, V-B-8.

yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır” prensibini de izlemiştir.^[142] Bu prensibin devamı olarak AYM, bir kuralın eşitlik ilkesine aykırılığını denetlerken, haklı neden ve ölçülülük denetimini birlikte uygulamaktadır.^[143]

Katıldığımız görüşe göre, AY m. 13’te düzenlenen ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimi olarak sayılan ölçülülük, genel bir ilke olan ölçülülüğün bir parçasıdır. Çünkü ölçülülük ilkesi bazı AYM kararlarında doğrudan hukuk devleti ilkesine dayandırılarak, yasa koyucunun takdir yetkisinin denetiminde de başvurulan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.^[144] Bu nedenle, temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimi olarak karşılaşılan ilgili düzenleme (AY m. 13) ilkenin bir boyutu olarak anlaşılmalıdır. Ölçülülük ilkesi ise, tüm devlet faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğinde genel bir ilke olarak kavranmalıdır.^[145]

Haklı neden denetiminin ardından, aynı mali güce sahip kimselere yönelik yapılan eşitlik ilkesine aykırı müdahalenin (vergi teşvik tedbiri), koruyucu bir başka bir ölçüt (ölçülülük) ile denetimi önerilir.^[146] Çünkü, ölçülülük

[142] AYM, E. 2016/21, K. 2016/199, Kt. 28.12.2016, RG.07.02.2017-29972, 6.

[143] “...Eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa’nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Bundan sonra farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve nihayetinde nesnel ve makul bir temele dayanıyorsa söz konusu farklı muamelenin ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir...” AYM, E. 2019/48, K. 2019/74, Kt. 19.09.2019, RG.19.11.2019-30953, para. 32; Benzer karar için bkz. AYM, E. 2016/205, K. 2019/63, Kt. 24.07.2019, RG.31.10.2019-30934.

[144] “Kanun koyucu, anılan takdir yetkisi kapsamındaki düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır... Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.” AYM, E. 2019/74, K. 2020/29, Kt. 12.06.2020, RG.18.07.2020-31188, 15; AYM, E. 2018/161, K. 2019/13, Kt. 14.03.2019, RG.10.04.2019- 30741, 12.

[145] Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir İlke Midir?,” *SDÜFHD* 7, no 1 (2017): 21.

[146] Başaran Yavaşlar, *Gelir Vergilendirmesinin Temelleri*, 71-72.

ilkesi, yasama yetkisinin hukuk devletiyle bağlantılı olarak sınırlandırılmasında kullanılan bir denetim aracıdır.^[147] Aynı zamanda, ölçülülük ilkesi, haklı nedenin sunulduğu ancak, hukuken korunan başka bir değer zarar gördüğünde uygulanan, iktidarın yasa koyucu sıfatıyla yaptığı işlemleri denetleyen bir araçtır.^[148]

Vergi teşvik tedbirlerine ilişkin hukuki sorun, çatışan haklardan ziyade, çatışan iki anayasal ilkenin nasıl dengeleneceğine ilişkindir. Çatışan iki ilke- den birinin diğerine üstünlüğü yerine; hiçbir anayasal ilkenin (veyahut hak ve özgürlüğün) mutlak olmaması anlayışı,^[149] bu hukuki sorunun çözümünde bir denge ihtiyacını doğurmaktadır. Kaldı ki, AYM'nin yasa koyucunun

[147] Selda Çağlar, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, *Hukuk Güvenliği*, Kamu Hukukçuları Platformu, (Ankara, Türkiye, 08-09 Kasım 2013): 112.

[148] Alice Ristrop, “Proportionally as a Principle of Limited Government,” *Duke Law Journal* 55, no.2 (2005): 269-71.

[149] Huber, “Modern,” 51.

takdir yetkisinin sınırlarına^[150] ilişkin yaptığı denetimde^[151] kullandığı ölçülülük ilkesinin, eşitlik ilkesinin ihlal edildiği bir normda uygulanması evleviyetle kabul edilmelidir. Çünkü, AYM'nin yasa koyucunun takdir yetkisinin hukuk devleti ilkesi ile sınırlı olacağı yaklaşımı, eşitlik ilkesini kapsar niteliktedir.

AYM'nin vergi teşviklerine ilişkin yaptığı anayasal denetimi haklı neden denetimi ile sınırlı tutması; ölçülülük ilkesine ilişkin yaklaşımıyla tutarsız haldedir. Bu tutarsızlığın giderilmesi için; bir vergi teşvik tedbirinin haklı

[150] “*Hukuk devleti ilkesinin unsurlarından biri olan kanunların anayasaya uygunluğu prensibi, yasama fonksiyonu yerine getirilirken çıkarılan kanunların yargı organlarınca denetime tabi tutulması, yargı fonksiyonu ile yasama fonksiyonunu karşı karşıya getirmektedir.*” (Bülent Beder ve Mehmet Altundış, “Yasama ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi,” *Yasama Dergisi* 13, (2009): 86) Yasa koyucunun takdir yetkisinin sınırlanması olarak ele aldığımız bu gerilim, genel olarak, anayasa yargısının anayasayı yorumlayış biçiminin, halkın çoğunluğunun seçimiyle gelen parlamentoyu sınırladığı gerekçesiyle eleştirilmektedir (Kemal Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 61, no. 3 (2006): 136-41. Katıldığımız görüşe göre, siyasi iktidarın, siyasi sorumluluk ve demokratik meşruiyet açısından bir denetime tabi olması bir zorunluluk teşkil etmektedir (Yüksel Metin, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri,” *Anayasa Yargısı* 27, (2010): 219). Demokrasi yalnızca çoğunluğun görüşü olarak dar anlamıyla yorumlanmamalı; ilkenin, çoğunluğun kararlarıyla temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sınırlandırılması yönüyle de demokrasinin “çoğunluğun tiranlığı” engelleyici unsuru göz ardı edilmemelidir. Bu yönüyle anayasa yargısı, çoğunluğun sınırlanması açısından demokrasiye ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet etmektedir (Kadir Dede, “Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme,” *Hacettepe HFD* 4, no.1 (2014): 130-38). Bu durumda da anayasa yargısının demokratik meşruluğu, mahkemelerin temel hakları yasama organlarından daha iyi koruyacakları yönündeki inanca dayanacaktır. Bkz. Ergun Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu,” içinde *Demokrasi ve Yargı*, Ozan Ergül (ed.), (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005), 347.

[151] “Kanun koyucu, anılan takdir yetkisi kapsamındaki düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır... Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.” AYM, E. 2019/74, K. 2020/29, Kt. 12.06.2020, RG.18.07.2020-31188, 15; AYM. E. 2018/161, K. 2019/13, Kt. 14.03.2019, RG.10.04.2019-30741, 12.

nedene dayanması ve bu kuralın ölçülü olması ilgili kuralın hukuki meşruiyet şartı olarak ele alınmalıdır.

SONUÇ

Bir vergi teşvik tedbirinin hukuki temelleri sosyal devlet ilkesine dayanır. Bu kuralların anayasal sınırları ise, yasallık ilkesi, güvenin korunması ilkesi ve eşitlik ilkesine temas halindedir. Yasa koyucu bir teşvik kuralı yaratırken, bu sınırlara her zaman riayet etmelidir. Vergi teşvik tedbirlerine ilişkin temel hukuki sorun ise, eşitlik ilkesine aykırılık tezinden kaynaklanır.

AYM, eşitlik ilkesini vergilendirmeye tatbik ederken, aynı mali güçte olanları aynı statüde kabul eder. Bu nedenle vergilendirme açısından farklı muamelenin nedeni verginin mali güçle orantılı olması ilkesine dayanmalıdır. Mali güç harici farklılaştırma kriterleri eşitlik ilkesinden sapma yaratır.

AYM, gerek eşitlik ilkesine ilişkin yaptığı denetimde, gerekse yasa koyucunun takdir yetkisine ilişkin yaptığı denetimde haklı neden denetimini ve ölçülülük denetimini birlikte uygular haldedir. Buna rağmen, konu vergi teşvikleri olduğunda yasa koyucunun takdir yetkisi çok geniş yorumlanmakta ve yalnızca haklı neden denetimi ile sınırlı bir yargısal denetim yapılmaktadır. Özellikle, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ölçülü olması kuralı (AY m. 13)'nin tatbik edildiği kararlarda, haklı neden ve ölçülülük denetiminin birlikte uygulandığı görülür.

AYM'nin vergi teşvik tedbirleri dışında, eşitlik ilkesine ilişkin yaptığı denetimlerde de, ölçülülük ilkesi haklı neden denetimi ile birlikte uygulanır haldedir. Vergi teşvik tedbirleri doğrudan bir temel hak ve özgürlükle ilişkilendirilmese dahi, ihlal edilip edilmediği sorgulanan ilke eşitlik ilkesidir. Dolayısıyla, aynı ilkeye ilişkin uygulanan denetimin, vergi teşvik tedbirlerinde uygulanmaması; tutarlı bir yaklaşım değildir.

Bir teşvik kuralının her durumda eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşünüldüğünde, yasa koyucunun yetki sınırları genişletilmemeli, tam aksine, yasa koyucunun tabi olduğu anayasal ilkeler katı yorumlanmalıdır. Yasa koyucunun haklı bir nedene dayanması, eşitlik ilkesine ihlali tek başına meşrulaştırmamalıdır. Bunun yerine, yasa koyucunun her durumda ölçülülük ilkesiyle sınırlandırıldığı anlayışının devamı olarak, teşvik kurallarının ölçülülük ilkesine uygunluğu anayasal bir zorunluluk olarak kavranmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akdeve, Erdal ve Erdal Tanas Karagöl. “Geçmişten Günümüze Türkiye’de Teşvikler ve Ülke Uygulamaları.” *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 37 (Temmuz, 2013): 329-50.
- Arabacı, Havva. “Küresel Kriz Sonrası Türkiye’de Uygulanan Ekonomi Politikaları.” *Social Sciences Research Journal* 6, no. 4 (2017): 1-10.
- Aral, Vecdi. *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*. Gözden Geçirilmiş 7. Baskı. İstanbul: Oniki Levha, 2010.
- Ateş, Leyla. *Yatırım Vergi Teşvik Politikasının Hukuki Çerçevesi*. İstanbul: Oniki Levha, 2017.
- Barak, Aharon. *Proportionality Constitutional Rights and Their Limitations A Comparative Study*. Cambridge University Press, 2012.
- Başaran, Yavaşlar Funda. *Gelir Vergilendirmesinin Temelleri*. Ankara: Seçkin, 2011.
- Başaran, Yavaşlar Funda. “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Kanunilik İlkesi.” *Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçuları Platformu* (Ankara, 8-9 Kasım 2013): 189-38.
- Başaran, Yavaşlar Funda. “Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır.” *Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu* (İstanbul, 28-29 Mayıs 2007): 147-01.
- Başaran, Yavaşlar Funda. “Yeni Hükümet Sisteminde Vergi Düzeni.” *VIII. Türkiye Muhasebe Uzmanlığı Kongresi* (İstanbul, 06. Haziran 2018).
- Başaran, Yavaşlar Funda, G. Güneş, F. Karagöz ve S. Metin. “The National Report of Turkey, History and Taxation.” *The Dialectical Relationship between Taxation and the Political Balance of Power*, EATLP, 2021.
- Başaran, Yavaşlar Funda, Tuğçe Karaçoban Güneş, Gizem Kapucu ve Metin Kocatepe. *Vergi Hukuku ve Uygulama*. Ankara: Adalet, 2018.

- Beder, Bülent ve Mehmet Altundış. “Yasama ve Yürütme Fonksiyonlarının Yargı Bağımsızlığına Müdahalesi.” *Yasama Dergisi* 13, (2009): 85-21.
- Bobek, Donna D., Jason C. Chen, Amy M. Hageman ve Yu Tian. “Are More Choices Better? An Experimental Investigation of the Effects of Multiple Tax Incentives.” *The Journal of The American Taxation Association* 38, no. 2 (2016): 111-28. <https://doi.org/10.2308/atax-51478>
- Bulut, Nihat. *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*. İstanbul: Oniki Levha. 2009.
- Crawford, Bridget J. ve Carla Spivack. “Tampon Taxes, Discrimination and Human Rights.” *Wisconsin Law Review* 491, (2017): 491-49.
- Çağan, Nami. “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XXXVII*, no. 1-4 (1980): 129-51.
- Çağlar, Selda. “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik- Hukuk Güvenliği İlişkisi.” *Hukuk Güvenliği, Kamu Hukukçuları Platformu* (Ankara, 8-9 Kasım 2013): 25-138.
- Çelebi, Kemal ve Hamza Kahrıman. “Avrupa Birliği Ülkeleri ve Türkiye’de Ar-Ge Faliyetlerine Yönelik Vergi Teşvikleri ve Bunların Karşılaştırmalı Analizi.” *Maliye Dergisi*, no. 161 (2011): 33-63.
- Dede, Kadir. “Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme.” *Hacettepe HFD* 4, no.1 (2014): 125-48.
- Diler, Fatih. “Türk Hukukunda Vergilendirme Yetkisinin Sınırlandırılmasında Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet İlkesi.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2021.
- Doğru, Osman ve Atilla Nalbant. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2*. İstanbul: Legal, 2016.
- Ekeryılmaz, Şebnem. “Vergilemede Hukuki Güvenlik İlkesinin Yargı Kararları Çerçevesinde Analizi.” Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi, 2019.
- Erkin, Gözde. “Türk Hukuku’nda Vergilendirme Yetkisi.” *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, (2013): 1111-53.

- Erkin, Gözde. “Vergilendirme Yetkisinin Tabi Olduğu Anayasal İlkeler.” *Ankara Barosu Dergisi*, no.3 (2012): 237-49.
- Fendoğdu, Tahsin. “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY m. 13.)” *Anayasa Yargısı* 18, no. 1 (2002): 111-49.
- Gemalmaz, H. Burak. *Mülkiyet Hakkı*. Ankara: MRK Baskı ve Tanıtım, 2018.
- Giray, Filiz. *Vergi Teşvik Sistemi ve Uygulamaları*. Yenilenmiş 3. Baskı. Bursa: Ekin, 2016.
- Gök, Musa, Özgür Biyan ve Sevda Akar. “Vergilemede Adalet İlkesinin Anayasal Temelleri Ve Uygulamaya Yansımaları: Seçilmiş OECD Ülkeleri Açısından Karşılaştırmalı Bir Analiz.” *Marmara Üniversitesi İ.İ.B. Dergisi* 34, no. 1 (2013): 269-92.
- Göker, Cenker. *Yönlendirici Vergilendirme*. Ankara: Turhan, 2011.
- Gören, Zafer. “Sosyal Devlet.” *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000): 1-50.
- Gözler, Kemal. “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu.” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 61, no. 3 (2006): 131-66.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. 2. Baskı. Bursa: Ekin, 2010.
- Grimm, Dieter. “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence.” *University of Toronto Law Journal*, no. 57 (2007): 383-97.
- Gümüş, Tarık. *Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü*. İstanbul: Oniki Levha, 2010.
- Huber, Ernst Rudolf. “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet.” Çev. Tuğrul Ansay *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, no. 3-4 (1970): 27-51.
- Işıқтаç, Yasemin ve Sevtap Metin. *Hukuk Metodolojisi*. İstanbul: Filiz, 2010.
- Karakoç, Yusuf. “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, (2013): 1259-08.

- Keçetep, İlker. “Türkiye’de İktisat Biliminin Doğuşu.” *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, no. 16 (2016): 823-34.
- Konuk, Bahar. “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergilendirmede Sosyal Devlet İlkesi.” *YÜHFD VIII*, no. 2 (2011): 799-33.
- Kumrulu, Ahmet G. “Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri.” *AÜHFD* 36, no. 1-4 (1979): 147-162.
- Meßerschmidt, Klaus. “The Race To Rationality Review And The Score Of The German Federal Constitutional Court.” *Legisprudence* 6, no. 3 (2012): 347-378. <https://doi.org/10.5235/17521467.6.3.347>
- Metin, Yüksel. “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir İlke Midir?.” *SDÜFHD* 7, no 1 (2017): 1-74.
- Metin, Yüksel. “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri.” *Anayasa Yargısı* 27, (2010): 217-72.
- Müftüoğlu, Güneş. *Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti*. Ankara: Saypa, 1996.
- Öncel, Mualla, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan. *Vergi Hukuku*. Gözden Geçirilmiş 3. Baskı. Ankara: Savaş, 1995.
- Öner, Engin. “Niçin Vergi Teşvikleri?.” *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 16, no. 3-4 (2002): 97-119.
- Öz, Ersan, “Türk Gelir Vergisindeki Bazı Vergi Harcamalarının Optimal Vergileme İlkeleri Açısından Analizi.” *DEÜ İİBF Dergisi* 17, no. 1 (2002): 11-33.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Gözden Geçirilmiş 16. Baskı. Ankara: Yetkin, 2016.
- Özbudun, Ergun. “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu.” İçinde *Demokrasi ve Yargı*, Ozan Ergül (ed.), Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005, 336-351.
- Özker, A. Niyazi ve Mine Biniş. “Vergi Uygulamalarında Bölgesel Kalkınma Hedefleri Ve Bölgesel Mali Teşvikler Açısından Değerlendirilmesi.” *SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 10, no. 19 (2010): 491-08.
- Pınar, Burak. “İcra Hukukunda Menfaat Dengesizliği: Harç Muafiyetleri Harçlar Kanunu’nun 123’üncü Maddesi ile Tanınan Harç

- Muafiyetinin Yargıtay'ın Yeni İçtihadı Işığında Değerlendirilmesi.” İçinde *Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, (2009): 1125-48.
- Ristrop, Alice. “Proportionally as a Principle of Limited Government.” *Duke Law Journal* 55, no.2 (2005): 263-31.
- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Basın ve Yayın Yüksekokulu Basımevi, 1982.
- Sarıcaoğlu, Ercan ve Abdullah Arıkan. “Gerçek Olmayan Geçmişe Yürüme v.s. Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi: 7194 Sayılı Kanun Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no. 2 (2021): 1501-40.
- Sibel, Yılmaz. “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Çerçevesinde Vergi Affı.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 66/1 (2017): 263-300.
- Soydan, Billur Yaltı. “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak”, *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 119 (1998): 98-119.
- Şenyüz, Doğan. “Hukuk Devleti Perspektifinden Adil Vergileme ve Vergi Affları.”, *Tesam Akademi Dergisi*, no. 1/2 (Temmuz, 2014): 81-96.
- Şenyüz, Doğan, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek. *Vergi Hukuku*. 10. Baskı. Bursa: Ekin, 2019.
- Şişman, Gülden. “Demokratik Ülkelerin Anayasalarında Yasallık, Mali Güce Göre Vergilendirme ve Eşitlik İlkelerinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 2, (2009): 31-48.
- Takım, Abdullah ve Ş. Mustafa Ersungur. “Türkiye’de Teşvik Sisteminin Yapısı Sorunları ve Etkinliği Üzerine Bir Politika Önerisi: Tek Bir Uygulamacı Kuruluş Sorunları Çözer Mi?.” *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 32, no. 3 (2018): 725-44.
- Tekin, Ahmet. “Vergi Teşvikleri ve Ekonomik Etkileri.” *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 16 (Aralık, 2006): 301-16.

- Tokatlıoğlu, Mircan ve Ufuk Selen. *Maliye Politikası*. Bursa: Ekin, 2017.
- Topal, Mehmet Hanefi, “Teşvik Politikalarının Gerekeçleri ve Etkinliği: Kuramsal Bir Yaklaşım.” *Uluslararası Bilimsel Araştırma Dergisi* 1, no. 2 (2016): 35-51.
- Türkoğlu, İrfan. “Sosyal Devlet Bağlamında Türkiye’de Sosyal Yardım ve Sosyal Güvenlik.” *Akademik İncelemeler Dergisi* 8, no. 3 (2013): 275-05.
- Uçar, Onur ve Ahmet Burçin Yereli. “Türk Hukuk Sisteminde Ölçülülük İlkesini Konu Edinen Başat Kurallar.” *Sosyoekonomi* 27, no. 42 (2019): 203-26.
- Yaman, Sercan. “Türkiye’de Uygulanan Vergi Teşvik Sisteminin İncelenmesi.” *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 339 (Aralık, 2016): 159-76.
- Yılmaz, Elif. “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi.” Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2014.
- Yılmaz, Rabia. “Türk Hukuku Bakımından Vergi İdaresinin İşlem ve Uygulamalarına Olan Güvenin Korunması İlkesi.” Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019.

İnternet Kaynakları

- 5084 Sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Gerekeçsi, erişim 10 Aralık 2021, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss880m.htm>.
- 5838 Sayılı Kanun Genel Gerekeçsi, erişim 10 Mart 2022, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=72620&pkanunnumarasi=5838>.
- 6322 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Gerekeçsi, erişim 10 Aralık 2021, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss258.pdf>.

7103 Sayılı Vergi Kanunları İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Gerekçesi, erişim 10 Aralık 2021, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss533.pdf>.

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, erişim 15 Mart 2022, <https://sozluk.tdk.gov.tr/>

Makaleler

Articles

BİR YÜKÜMLÜLÜK OLARAK GÜNEŞ ENERJİSİNDEN ELEKTRİK ÜRETMEK: BERLİN GÜNEŞ ENERJİSİ KANUNU (SOLARGESETZ BERLİN)

Zeynep N. AYDINOĞLU YALÇIN*

GİRİŞ

Enerji üretimi konusunda dünya, yeni bir dönemin eşiğinde bulunmaktadır. Küresel iklim krizi ve fosil yakıtların küresel sıcaklık artışına olan etkileri sebebiyle, dünya genelinde karbon emisyonunu azaltacak çözümler üretilmeye çalışılmaktadır. Şüphesiz bu çözüm arayışının en önemli ayağını, enerji üretiminde karbon emisyonunun azaltılması oluşturmaktadır. Bu bağlamda yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretimine ilişkin önemli adımlar atıldığı görülmektedir.

Almanya da bu gelişmelere paralel, hatta bu gelişmelerin Avrupa Birliği'ndeki öncüsü olarak yenilenebilir enerji kullanımını konusunda, son yirmi yılda ciddi mesafe katetmiştir. Bu kapsamda 2011 yılından

* Dr. Öğretim Üyesi / Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

itibaren yenilenebilir enerjinin eksen alındığı, *Enerji Dönüşümü* (Energie-wende) süreci işlemektedir. Bu süreç normatif düzenlemeleri de etkilemekte ve enerji dönüşümünün hukuki alt yapısı oluşturulmaya çalışılmaktadır.

Almanya’da federal düzeyde söz konusu olan bu süreç, eyaletleri de etkilemektedir. Geçtiğimiz haziran ayında yürürlüğe giren ve güneş enerjisinden elektrik üretimini bir zorunluluk olarak düzenleyen “*Solargesetz Berlin*” bu etkinin tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Bu çalışmada da önce söz konusu kanunun, kanunlaşma süreci ve genel hatlarıyla içeriği ele alındıktan sonra, bu kanunla getirilen yükümlülüğün, federe kanun koyucunun ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirmesine yer verilmiştir.

I. KANUNLAŞMA SÜRECİ

Berlin Eyalet Meclisi tarafından kabul edilen ve güneş enerjisi kullanımını zorunlu kılan Berlin Güneş Enerjisi Kanunu (Solargesetz Berlin) 17 Haziran 2021 tarihinde yürürlüğe girdi. 2023 yılından itibaren özel mülk sahiplerine güneş enerjisi kullanımı konusunda önemli yükümlülükler getirecek olan Kanun, esasen 10 Mart 2020’de kabul edilen ve Berlin’i güneş şehri yapmayı hedefleyen Masterplan’a (Masterplan–Solarcity Berlin) dayalı olarak çıkarılmıştır.^[1] (Kanun md.1/3) Çeşitli alanlardan uzmanların bir araya gelerek hazırladıkları bir araştırma olan “Masterplan”^[2] 2050 yılına kadar iklim nötr olma hedefinin realize edilmesi ve bu kapsamda düzenli bir gelişim için temel adımların belirlendiği bir belge olarak tanımlanabilir. Söz konusu araştırmayla, Berlin içerisinde güneş enerjisinin payının %25 olabileceğinin görülmesi üzerine, bu hedefe ulaşmak için atılan somut adımlardan biri de Solargesetz Berlin^[3] olmuştur.

Kanun, Almanya’nın federal düzeydeki amaçlarıyla da örtüşmektedir. 2000 tarihli ilk Yenilenebilir Enerji Kanunu’ndan (EEG^[4] 2000) itibaren Almanya’da yenilenebilir enerji üretiminin yaygınlaşmasına ve rekabet

[1] Bkz. Expertenempfehlung zum Materplan Solarcity Berlin, Masterplanstudie und Massnahmenkatalog, 04.09.2019, Berlin. (<https://www.berlin.de/sen/energie/energie/erneuerbare-energien/masterplan-solarcity/> Erişim Tarihi: 09.09.2021)

[2] Bkz. “Expertenempfehlung.”

[3] Makalede bundan sonra Kanun olarak anılacaktır.

[4] EEG, Erneuerbare Energien Gesetz’in kısaltılmış halidir.

koşulları altında sürdürülmesine yönelik adımlar atılmaktadır. En son kabul edilen Kanun olan EEG 2021 ile Almanya, 2050 yılına kadar hem üretim hem tüketimde sera gazı nötr olmayı hedeflemektedir. Almanya'nın 2050 yılına yönelik hedefleri Avrupa Birliği düzenlemeleriyle de uyum içindedir. 2019 yılı sonunda Avrupa Komisyonu'nun açıkladığı Avrupa Yeşil Muta-bakatı ile, 2050 yılında Birlik genelinde sera gazı salınımının sıfırlanması amaçlanmaktadır.^[5]

Kanun'un içeriğinden bahsetmeden önce belirtmek gerekir ki iklim nötr olma hedefine ulaşmak için güneş enerjisinin seçilmesinin nedeni, büyük şehirlerde güneş enerjisinin önemli bir potansiyele sahip olması ve yenilenebilir enerji kaynaklarından olan rüzgâr ve biokütle kaynakları yoluyla enerji üretmenin ancak geniş arazilerde söz konusu olması sebebiyle, şehir içinde üretimlerinin mümkün olmamasıdır. Aynı şekilde hidroelektrik enerji ve jeotermal enerjinin tercih edilmemiş olması da hidroelektrik potansiyelinin son derece sınırlı olması ve jeotermal enerji kaynaklarının yeterli ölçüde bilinir olmaması ve geniş alanlarda üretimin çok zor veya yüksek maliyet/risk içermesi sebeplerine dayandırılmıştır.^[6]

II. GENEL HATLARIYLA KANUN'UN İÇERİĞİ

1 Ocak 2023'te uygulanmaya başlayacak olan Kanun'un ilk maddesinde bu Kanunun amacının, Berlin Eyaleti içinde yenilenebilir enerji kullanım potansiyelini güneş enerjisinden elektrik üretimi yoluyla etkin kılarak, Eyaletin iklimin korunması konusundaki amaçlarına erişiminin ve bölgesel değer artışının sağlanması olduğu belirtilmiştir (madde1/1).^[7] Kanunla ulaşılmaması beklenen hedef ise, Eyalet içinde kamusal olmayan binalarda güneş enerjisi kullanımını mümkün olan en hızlı şekilde arttırmak ve en geç 2050 yılına kadar güneş enerjisinin payını en az %25'e yükseltmek olduğu ifade edilmiştir (m.1/2). Buna göre *yeni yapılacak olan binalarda* ve var olan binalardaki *kapsamlı çatı tadilatlarında*, Kanunda belirtilen asgari oranlarda güneş

[5] Yenilenebilir enerjinin Almanya ve Avrupa Birliğindeki gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Nihal Aydınoglu, *Türk ve Alman Hukukunda İdare Hukuku Boyutuyla Yenilenebilir Enerji Üretimi* (Ankara, Seçkin, 2021), 33–48.

[6] “Expertenempfehlung.”

[7] Tam kanun metni için bkz. <https://www.parlament-berlin.de/ados/18/IIIPlen/vorgang/d18-3459.pdf>, Erişim Tarihi: 20.06.2021.

enerjisi kullanmak bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Asgari oran yeni yapılan binalarda *brüt çatı alanının* %30'u olarak belirlenirken; kapsamlı çatı tadilatlarında *net çatı alanının* %30'^[8]udur (m. 4). Çatı alanındaki asgari büyüklüğe kilovat olarak alternatif de getirilmiştir. Kanunda belirtilen kilovat bazındaki asgari kapasitelerde, %30'luk alan zorunluluğu bulunmamaktadır.^[9] Öte yandan bu yükümlülük, 50 metrekaresinin üzerindeki alanlar için geçerlidir. Çatı alanı 50 metrekaresinin altında olan özel mülk sahipleri muaf tutulmuştur (m.3).

Kanun'da güneş panellerinin (PV)^[10] yaygınlaştırılması için birtakım teşviklerin de söz konusu olacağı belirtilmiştir. Berlin Yatırım Bankası (Investitionsbank Berlin – IBB) tarafından çatı tadilatının gerekli olmadığı haller de dahil olmak üzere yatırım hibesi veya kredisi verilebilmektedir. Ancak çift teşvike izin verilmemekte; özellikle Yenilenebilir Enerji Kanunu'ndan (EEG) kaynaklanan teşviklerden yararlananlar bu Kanun kapsamındaki teşviklerden yararlanamamaktadırlar (m. 1/5).

PV kurulum yükümlülüğü, 31 Aralık 2022'de sonra yapımına başlamış olan ya da bu tarihten sonra çatılarında önemli ölçüde tadilat geçirecek olan binalar için geçerli olacaktır. Binanın yapımı ya da çatı tadilatı tamamlanır tamamlanmaz kurulum yükümlülüğü de başlamaktadır (m. 3). Aşağıda belirtilen haller dışında PV kurulum yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde ciddi miktarlarda idari para cezalarına hükmedileceği belirtilmiştir. Buna göre, tek ve iki daireleri binalarda 5.000 Euro'ya kadar para cezası verilebileceği; çok daireli yapılarda ise bu cezanın 25.000 Euro'ya kadar (maksimum miktar) çıkabileceği ifade edilmiştir (m. 9/2).

Bazı binalar kanunda getirilen bu yükümlülüğün dışında bırakılmıştır. Buna göre,

[8] Net ve brüt çatı alanları Kanun'un tanımlar maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, brüt çatı alanı, çatının tüm kısımları dahil olan alanını ifade ederken; net çatı alanı ile, brüt çatı alanından çatıdaki diğer yapıların çıkarılmasıyla elde kalan alan anlaşılmaktadır (madde 2).

[9] Çatı alanına alternatif; en fazla iki daireli apartmanda, 2 KW; en az 3 en fazla 5 daireli apartmanda 3 KW; en az 6 en fazla 10 daireli apartmanda 6 KW olarak kabul edilmiştir.

[10] Photovoltaik sistemlerin kısaltması PV'dir. Türkçede de bu şekilde kullanıldığı için makalede de bundan sonra, PV olarak ifade edilecektir.

- Yer altı Tesislerinin (Unterirdische Anlagen) çatıları
- Cam Altı yapıların ve kültür bitkileri yetiştirilen, çoğaltılan, satılan binaların çatı alanları
- Hava destekli yapıların ve taşınabilir – portatif yapıların çatıları
- Ana yapıda Kanunda belirtilen yükümlülüğün yerine getirilmesi koşuluyla garajların ve yan yapıların çatıları için bu Kanun uyarınca PV kurulum zorunluluğu söz konusu olmamaktadır.

Öte yandan Kanun'da diğer *istisnalar*, *alternatifler* ve *muafiyetler* ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kanun'un gerekçesinde bu şekilde bir ayırım yapılmasındaki amacın bürokratik engelleri azaltmak ve Kanun'un dar yorumlanmasını sağlamak olduğu belirtilmektedir.^[11] Nitekim söz konusu hallerin her biri için ayrı ayrı koşullar öngörülmüştür. Kanun koyucunun bürokratik engelleri azaltmak konusundaki bu yaklaşımının altında yatan nedenin, neredeyse kazuistik sayılabilecek bu düzenlemeler sonucunda uygulamada idare açısından duraksamaları engelleyerek ilgili prosedürün doğrudan Kanun'a göre işletilmesini sağlamak olduğu düşünülebilir. Ayrıca bu şekilde bir ayırım yapılması sonucunda uygulayıcılar açısından yorum farklılıkları da söz konusu olmayacak, en azından olabildiğince azalacaktır.

Kanun'da *istisnaların* düzenlediği maddede, bu Kanun'dan kaynaklanan yükümlülüklerin başka bir kamusal düzenlemeye aykırı olduğunda yerine getirilmeyeceği belirtilmiştir. Esasen Kanun'da belirtilen şekilde güneş enerjisi kullanımı herhangi bir izne bağlı değildir. Ancak kanun koyucu bu durumun başka hukuki düzenlemelerin ihlali sonucuna yol açmasını bu hükümle engellemiştir. Örneğin, Tarihi Yapıları Koruma Kanunu'na tabi bir yapıda, gerekli izin alınmadıysa yapının çatı alanına PV kurulumu söz konusu olmamaktadır. Gerçekten de PV kurulumu ile yapının görünümü değişikliğe uğramaktadır.^[12] Aynı şekilde PV kurulumu teknik olarak olanaksız veya yeni binanın çatısı veya halihazırda var olup tadilat geçiren çatı

[11] Bkz. https://www.berlin.de/rbmskzl/_assets/aktuelles/2020/dezember/20201208_solargesetz-berlin_gesetz-mit-begrueundung.pdf, Erişim Tarihi: 05.10.2021.

[12] Bu örnek Kanun'un gerekçesinden alınmıştır. Bkz. https://www.berlin.de/rbmskzl/_assets/aktuelles/2020/dezember/20201208_solargesetz-berlin_gesetz-mit-begrueundung.pdf, Erişim Tarihi: 05.10.2021.

alanı kuzey yönünde bulunuyor ise, Kanunda belirtilen yükümlülükler yerine getirilmeyebilecektir.

Kanun'un gerekçesinde teknik olanaksızlıkların hangi hallerde gerçekleştirilebileceğine yer verilmiştir. Bu bağlamda basit inşai tedbirlerle aşılabilecek problemler veya önemli ölçüde ekstra maliyete yol açmayacak ekonomik sapsmalar teknik olanaksızlık olarak nitelendirilemeyecektir. Buna karşılık çatıda yeterli alanın bulunmaması ya da çatının güneş modülünü veya modülün parçalarını taşıyabilecek rezervinin olmaması hallerinde teknik olanaksızlık söz konusu olmaktadır. Ayrıca güvenlik gerekçesiyle de PV kurulamaması mümkündür. Şöyle ki, yakınlarda bir havaalanı bulunuyorsa PV'ler ayna etkisi yaratabileceğinden, uçuş güvenliği gerekçesiyle bu binaların çatılarına da panel inşa edilememektedir. Öte yandan bu teknik değerlendirmede yıldırım çarpmaları ve yüksek gerilimin de dikkate alınması gerekmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere Kanun'da ayrıca, PV kurma ve işletme yükümlülüğünün *alternatiflerinden* de söz edilmiştir. Buna göre, ısınma veya sıcak su elde etmek amacıyla güneş enerjisi kullanılıyorsa, ayrıca PV kurmak gerekmektedir. İkinci alternatif ise binanın dışında bir alanda, bu Kanun'da belirtilen büyüklükte PV kullanımını halidir. Bu durumda ayrıca çatı alanına güneş paneli kurulumuna gerek bulunmamaktadır. (m.5)

Kanun koyucu, yukarıdaki istisna ve alternatif hallerine ek olarak bazı hallerde bu yükümlülüğe *muafiyetler* de tanınabileceğini ifade etmiştir. Ancak bu muafiyetlerin ne olduğu Kanun'da belirtilmemekte; Kanun'da yazılı sebeplere dayanmasa bile bu yükümlülüğün özel birtakım durumlar sebebiyle orantısız bir külfete sebep olması veya başka bir biçimde haksız bir güçlüğe yol açması halinde ilgilerin enerjiden sorumlu eyalet hükümeti idaresine başvurarak muafiyet talebinde bulunabilecekleri belirtilmiştir. (m.7)

Kanun'un gerekçesinde, bu türden istisnaların bulunmasının nedeninin güneş enerjisi kullanım yükümlülüğünün ölçülü olmasını sağlayarak, temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda gerekçede ölçülülük ilkesi açısından değerlendirmelere de yer verilmiştir.

III. YASA KOYUCUNUN KANUN'DA GETİRİLEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRMESİ

Federal Alman Anayasası (Grundgesetz) gereğince, temel hak ve özgürlüklere yapılan bir müdahalenin hukuken meşru kabul edilebilmesi için anayasaya uygun olması gerekmektedir.^[13] Bu yönde yapılacak bir denetimin odak noktasında ise ölçülülük ilkesi bulunmaktadır.

Ölçülülük ilkesine uygunluk yönünden yapılacak denetimin ilk aşamasında meşru bir amacın bulunup bulunmadığı incelenmektedir. Bu amacın varlığına çoğunlukla düzenlemenin amaç maddesi veya gerekçesi değerlendirilerek ulaşılır.^[14] Eğer söz konusu müdahaleye ilişkin meşru bir amaç bulunuyorsa bir sonraki aşamaya geçilerek, söz konusu düzenleme ölçülülük ilkesinin unsurları olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık yönlerinden *sırasıyla* incelenmektedir.^[15] Kanun'un, ölçülülük ilkesi yönünden nasıl değerlendirildiğine geçmeden önce bu unsurları kısaca açıklamakta fayda vardır. Elverişlilik ilkesi gereği ulaşılmak istenen amacın düzenlemenin içeriği ile destekleniyor olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle düzenlemenin, amacın gerçekleşmesine katkı sağlayan bir araç olup olmadığı incelenmektedir.^[16] Gereklilik unsuru bağlamında ise, amacın aynı etkide ancak daha az bir müdahaleyle gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğine bakılmaktadır.^[17] Son olarak orantılılık unsuru ile, müdahalenin yoğunluğu ile ulaşılmak istenen amacın önemi arasında bir ağırlık değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bir temel hak ve özgürlüğe ne ölçüde müdahale ediliyorsa, yasal düzenleme ile ulaşılmak istenen amacın o ölçüde önemli olması gerekmektedir.^[18]

[13] Rolf Schmidt, *Grundrechte*, (Bremen: Dr. Rolf Schmidt GmbH, 2017), 75.

[14] Schmidt, *Grundrechte*, 82.

[15] Türk ve Alman hukukunda yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımına yönelik düzenlemelerin ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Aydınoglu, *Türk ve Alman Hukukunda*, 134 vd. – 258 vd.

[16] Schmidt, *Grundrechte*, 83.

[17] Thorsten Kingreen, Ralf Poscher, *Grundrechte (Staatsrecht II)*, 32. Auflage, (Heidelberg, C. F. Müller, 2016) 74.

[18] Schmidt, *Grundrechte*, 135.

Kanun'un gerekçesinde, ölçülülük ilkesinin gözetilmesi dolayısıyla düzenlemenin anayasaya uygun olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda müdahaleye konu temel hak, mülkiyet hakkıdır. Kanun koyucu mülkiyet hakkına bir müdahale olduğu kabul edilse bile bunun ölçülü olduğu kanısındadır.^[19] Nitekim gerekçede yukarıda sayılan unsurlar bakımından bir inceleme yapılmıştır. Buna göre her şeyden önce, Anayasa'nın çevrenin korunması konusunda rehber ilke olarak kabul edilen ilgili maddesinin (m. 20a) iklim değişimine karşı korumayı da içerdiği kabul edilmektedir. Öte yandan yeni ve var olan yapılarda PV kurma yükümlülüğü, Berlin içerisinde iklim değişimine alınacak karşı önlemler bağlamında *elverişli* bir araçtır.

Kanun koyucu, düzenlemenin *gerekli* olup olmadığı konusunda daha ayrıntılı açıklamalar yapmıştır. Nitekim daha hafif bir önlemin var olup olamayacağı, tartışmaya daha açıktır. Gereklilik unsuru bakımından da bir sorun görmeyen kanun koyucuya göre, çatılarda PV kurulumu konusunda söz konusu kanunla getirilen zorunluluk yerine gönüllülük esası geçerli olursa, aynı ölçüde etkili sonuçlar alınamayacaktır. Nitekim bu durumda malikler kural olarak PV kurulumundan doğan organizasyonel, teknik ve finansal zorlukları göze almak istemeyeceklerdir. Yukarıda belirtildiği üzere Masterplan bağlamında yapılan araştırmalarda, Berlin'de ikamet edenlerin kural olarak güneş enerjisini onaylasalar bile, pratikte bu yönde adımlar atmadıkları görülmüştür. Benzer şekilde binaların yapım aşamasında da gerek müteahhitler gerek mimarlar açısından PV'ler binanın zorunlu bir unsuru olarak görülmemektedir. Bu nedenle malikler tarafından bu yönde bir talebin gelmesi, bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

Öte yandan kanun koyucu, bina maliklerinin bu konuda çekingen davranmalarının bir diğer sebebinin ekonomik olacağına da farkındadır. Nitekim gerekçede üretime yönelik teşviklerin, çatıdaki kurulumun yaratacağı maliyetin çok üstünde olmamasının da bir sorun oluşturabileceğini belirtmiştir. Sonuç olarak Berlin yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretiminde sınırlı kaynaklara sahip olmasına rağmen, çok sayıda kullanılan çatı alanı bulunmaktadır. Diğer yenilenebilir enerji kaynaklarının da şehir içinde kullanımındaki zorluklar düşünüldüğünde, Berlin'in şehir

[19] Açıklamalar, Kanun'un gerekçesinden alınmıştır. Bkz. https://www.berlin.de/rbmskzl/_assets/aktuelles/2020/dezember/20201208_solargesetz-berlin_gesetz-mit-begrueundung.pdf, Erişim Tarihi: 05.10.2021.

olarak Almanya'nın enerji dönüşümüne (*Energiewende*) çatı alanlarının kullanılması yoluyla katkı sağlaması *gereklidir*.^[20]

Son olarak federe kanun koyucuya göre söz konusu düzenleme, iklim değişikliğine karşı koruma ve bölgesel değer artışının sağlanması amaçları sebebiyle orantısız olarak da nitelendirilemez. Öte yandan maliklere getirilen yükümlülük makul olmayan (*unzumutbar*) bir ağırlıkta da bulunmamaktadır. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesi ve İdare Mahkemesi kararlarıyla desteklenen şekilde, kanun koyucunun geçiş hükümleri, istisna ve muafiyet hükümleri getirmesi orantısız bir müdahaleyi engellemektedir. Solargesetz Berlin de bu özellikleri haizdir.

Her ne kadar kanun koyucu söz konusu Kanun'un ölçülülük ilkesine uygun olduğu kanısında da bu konuda Federal Anayasa Mahkemesi'nin tutumu belirleyici olacaktır. Ancak yüksek mahkemenin yenilenebilir enerji konusunda özellikle teşvikler ve haklı beklentinin korunmasında ölçülülük ilkesi ile ilgili kararlarından yola çıkarak aktivist bir tutum izlediği gözlemlenmektedir.^[21] Öğretide yenilenebilir enerjinin teşviki için federal düzeyde kurallar getiren Yenilenebilir Enerji Kanunu'ndaki (EEG^[22]) düzenlemelerin, enerji üretiminde sürdürülebilir bir gelişme sağlanmasına hizmet etmesi sebebiyle ölçülü olarak nitelendirme eğilimi olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır.^[23]

[20] Kanun'un gerekçesinde bu şekilde belirtilmiş olmasına rağmen, muhalefet partileri tarafından kanun, sosyal olmadığı (*unsozial*) gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu eleştirilen temel hareket noktasında ise, özellikle küçük bina sahiplerinin çatı alanlarını yenilemeleri halinde, güneş paneli kurma yükümlülüğü getirilmiş olması bulunmaktadır. Muhalefet partilerinin eleştirileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gunner Schpelius, "Mit der Solarpflicht belastete Rot- Rot – Grün die kleinen Eigentümer," <https://www.bz-berlin.de/berlin/kolumne/mit-der-solarpflicht-belastet-rot-rot-gruen-die-kleinen-eigentuerer>, Erişim Tarihi: 23.06.2021.

[21] Bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/09/rk20160920_1bvr129915.html, Erişim Tarihi: 20.10.2021.

[22] Erneuerbare Energien Gesetz'in kısaltması olarak kullanılmıştır.

[23] Bu konuda bkz. Altröck Martin, Oschmann Volker, *Einführung*, in EEG 2012, Martin Altröck, Volker Oschmann, Christian Theobald, 4. Aufl., (München, C.H.Beck, 2013) 103. Yazarlar burada, EEG'de ağ işletmecilerinin ticari karar alma özgürlüğüne getirilen sınırlamaların, kanun amacıyla birlikte değerlendirilerek dengeli olduğu sonucuna varmışlardır.

GENEL DEĞERLENDİRME

Almanya yıldan yıla artan şekilde yenilenebilir enerji üretiminin brüt enerji üretimindeki payını arttırmayı ve Avrupa düzenlemeleriyle uyumlu şekilde, 2050 yılına kadar sera gazı nötr olmayı hedeflemektedir. Ayrıca 2022 yılına kadar nükleer enerji santrallerini kapatmayı ve 2038 yılına kadar ise kömür kaynaklı üretimden vazgeçmeyi planlamaktadır. Bu bakımdan Almanya'nın federal ve federe düzeyde yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretiminde ulaşmak istediği hedefler için majör adımlar atması şaşırtıcı değildir. Bu bağlamda önemli olan bu majör adımların öngörülebilir zamanlarda gerçekleşerek hukuki güvenliğe aykırı olmaması ve yapılan müdahalenin *ölçülü* olmasıdır. Berlin Güneş Enerjisi Kanunu'nun uygulanmaya başlayacağı tarihin 2023 olarak belirlenmiş olması sebebiyle, hukuken öngörülebilir bir süreç yaratıldığı söylenebilir. Ölçülülük ilkesi açısından yapılacak bir değerlendirmede ise, özellikle daha hafif bir önlemin söz konusu olup olamayacağı konusunun tartışılması gerekmektedir. Kanun'un gerekçesindeki açıklamalar da bu bakımdan yeterli değildir. Önümüzdeki günlerde Kanun'un Federal Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürüleceği tahmin edilmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin anayasa aykırılık bulunmadığı kanaatine varması ve Kanun'un uygulamasında başarı elde edilmesi halinde ise, federal bağlamda benzer bir düzenlemenin tesis edilmesi şaşırtıcı olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Altrock, Martin und Oschmann Volker, “Einführung.” in *EEG 2012*, Martin Altrock, Volker Oschmann, Christian Theobald, 4. Aufl. München: C.H.Beck, 2013, 69-125
- Aydinoğlu, Zeynep Nihal. *Türk ve Alman Hukukunda İdare Hukuku Boyutuyla Yenilenebilir Enerji Üretimi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- “Expertenempfehlung zum Materplan Solarcity Berlin, Masterplanstudie und Massnahmenkatalog.” 04.09.2019, Berlin. (<https://www.berlin.de/sen/energie/energie/erneuerbare-energien/masterplan-solarcity/> Erişim Tarih: 09.09.2021)
- Kingreen Thorsten, Poscher Ralf, *Grundrechte, (Staatsrecht II)*, 32. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 2016.
- Schpelius, Gunner. Mit der Solarpflicht belastete Rot- Rot – Grün die kleinen Eigentümer, <https://www.bz-berlin.de/berlin/kolumne/mit-der-solarpflicht-belastet-rot-rot-gruen-die-kleinen-eigentuerer>, Erişim Tarihi: 23.06.2021.
- Schmidt, Rolf. *Grundrechte*. Bremen: Dr. Rolf Schmidt GmbH, 2017.
- “Solargesetz Berlin.” <https://www.parlament-berlin.de/ados/18/IIIPlen/vorgang/d18-3459.pdf>, Erişim Tarihi: 20.06.2021.
- “Solargesetz Berlin.” gerekçe, https://www.berlin.de/rbmskzl/_assets/aktuelles/2020/dezember/20201208_solargesetz-berlin_gesetz-mit-begruendung.pdf, Erişim Tarihi: 05.10.2021.

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KORUNMASINDA TEKNOLOJİ SINAVI: TEKNOLOJİK ÖNLEMLERİ ETKİSİZ KILMA SUÇU (FSEK MADDE 72)*

İhsan BAŞTÜRK**

GİRİŞ

Yaşamımızda sanal ortamın giderek daha fazla yer kaplamasıyla birlikte, fikri mülkiyet hakkı ihlalleri de aynı mecraya yönelmiştir. Fikir ve düşünce ürünlerinin bu ihlallere karşı korunabilmesi ise ancak teknolojik önlemlerle mümkündür. Teknolojik önlemler geliştirilirken; bunları etkisizleştirmeye yönelik kötü niyetli girişimler de maalesef artmaktadır. Müzik ve sinema eserleri ile TV yayınlarının erişime sunulmasının platformlar vasıtasıyla gerçekleştiği, elektronik kitapların inanılmaz derecede yaygınlaştığı göz önüne alındığında bu içeriklere dair hakların korunmasında teknolojik önlemlerin ne derece önem taşıdığı kuşkusuzdur.

* İhsan Baştürk, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezaî Koruma," içinde *Avukatın Öz-El Kitabı (Avukatlık Rehberi)*, Güncellenmiş 2. Baskı (İstanbul: Platon Hukuk Yayıncılık, 2022), 1140-1051 kitap bölümünün ilgili kısımlarının güncellenmiş ve genişletilmiş halidir.

** Dr. / Yargıtay Üyesi.
<https://orcid.org/0000-0002-1236-7040>

Fikri ürünlerin korunmasında yararlanılan *teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik hukuka aykırı fiillerin önlenmesi için etkili hukuki çarelere başvurulması* ilkesi, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyinin 22 Mayıs 2001 Tarihli ve 2001/29/AT sayılı *Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılması Direktifi*^[1] ile benimsenerek; Konsey üyesi ülkeler için bir yükümlülük öngörülmüştür. 2001 tarihli Direktif ile benimsenen hukuki himayeyi Konsey Üyesi bir ülke olarak eksiksiz şekilde gerçekleştirmemiz ancak 2021 yılının sonunda mümkün olmuştur. *Yirmi yıllık bir gecikmeyle de olsa* “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndaki (FSEK) hakların korunmasına dair teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik fiillerin” cezai yaptırıma bağlanmış oluşu önemli bir gelişmedir. Söz konusu hukuki düzenlemelerin FSEK’teki hakların korunmasını ne ölçüde gerçekleştireceği; belirtilen himayede başvuru ceza hukuku araçlarının ne ölçüde etkili olacağı yani söz edilen teknoloji sınavının sonuçlarının sahada alınması ve irdelenmesi önem taşımaktadır.

I. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ HİMAYESİNDE TEKNOLOJİ İHTİYACI

Fikri mülkiyet haklarının korunması hem kültür hem de endüstrinin gelişimi bakımından hayati önemdedir. Özellikle endüstrileşmiş ülkelerin ekonomik geleceklerinin başarısında, bilgiye artan şekilde sahip olmalarına bağlılığın önemi giderek artmaktadır.^[2] Bu itibarla, yaratıcı düşünce ürünleri üzerindeki haklara ihlal oluşturan fiillerin önlenerek gerekli caydırıcılığın sağlanmasına ihtiyaç vardır.

Günümüzde, fikir ve düşünce ürünlerinin yetkisiz kullanımlarını önlemek amacıyla teknolojik koruma önlemlerine başvurulması artmış olup; hackerlara veya diğer durumlardaki saldırılara karşı bu önlemlere başvurmak

[1] Kısaca “Bilgi Toplumu Direktifi” olarak bilinen düzenlemenin tam adı: “Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in The Information Society (Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 22 Mayıs 2001 tarihli 2001/29/AT sayılı Direktifi)” şeklindedir. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001L0029> Erişim Tarihi: 5.1.2022.

[2] William Cornish, David Llewelyn, and Tanya Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Seventh Edition (London: Sweet & Maxwell, 2010), 6.

şimdi hukuki olarak da desteklenmektedir.^[3] Bu itibarla, eser sahibinin ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarına yönelik ihlallerin sayısal ortamda yoğunlaştığı gözetildiğinde sayısal hak yönetimi mekanizmaları da gün geçtikçe önem kazanmaktadır. Sayısal ortamda hakların korunmasının yolu da teknolojik önlemleri etkin kullanmaktan geçmektedir. Özellikle, platform hizmet sağlayıcıların temel bileşenlerinden olan “teknolojik önlemlerin etkinliğinin sağlanması yönünden gerekli cezai himayenin oluşturulması” ihtiyacı ortadadır.

Fikri mülkiyet haklarının korunmasında *ultima ratio* – son çare olarak cezai koruma usullerine de başvurulmaktadır. Fikri mülkiyet hakları alanında en kapsamlı düzenleme olarak kabul edilen TRIPS Anlaşmasında^[4] üye devletlere “en azından, ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ile cezaları kabul edebilecekleri ve bunların da eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içermesi yükümlülüğü” getirilmiştir (m. 61).^[5]

[3] Paul Torremans, *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law*, Sixth Edition (Oxford: Oxford University Press, 2010), 259.

[4] 1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights-TRIPS) için bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm (Erişim Tarihi: 2/1/2022). Anlaşmanın Türkçe metni için bkz. https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_183846.pdf Erişim Tarihi: 2.1.2022.

[5] *TRIPS Madde 61*: “Üyeler en azından, ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacaklardır. Uygulanabilecek telafi yöntemleri eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir. Uygun hallerde, uygulanabilecek telafi yöntemleri, ihlale neden olan malların ve suçun işlenmesinde esas olarak kullanılan malzeme ve aletlere el konmasını, bunlar üzerindeki hakkın kaybedilmesini ve bunların imha edilmesini de içerecektir. Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal suçu kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak cezai usuller ve cezaları hükme bağlayabilirler.”

Sayısal hak yönetimi (digital right management-DRM) olarak da adlandırılan “teknolojik koruma yöntemlerini ihlale yönelik fiiller”^[6] Bilgi Toplumu Direktifi’nde yer almaktadır.^[7] Bu Direktif’e göre “teknolojik önlemler” eser veya diğer konular ile ilgili, hak sahipleri tarafından müsaade edilmeyen kullanımları önlemek ve sınırlandırmak için tasarlanan her türlü teknoloji, araç veya bileşeni ifade etmektedir.^[8] Söz konusu Direktif’in 6/2. maddesi^[9] üye devletlere teknolojik önleme fonksiyonlarına sahip veya bu amaçlarla kullanılan araçların üretiminin, ihracatının, dağıtımının, satışının, kiralanmasının, satış veya kiralama için reklamının yapılmasının, araçların ticari amaçla bulundurulmasının engellenmesi için *gerekli yasal düzenlemeleri yapma yükümlülüğü* getirmektedir.

[6] Selin Sert, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Önlemlerle Korunması ve Teknik Önlemlerin İhlal Edilmesine Uygulanacak Yaptırımlar,” *e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, no. 45 (Kasım 2005) <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=F%DDK%DDR%20VE%20SANAT%20ESERLER%DDN%DDN%20%20TEKN%DDK%20%D6NLEMLERLE%20KORUNMASI%20VE%20TEKN%DDK%20%D6NLEMLER%DDN%20%DDHLAL%20ED%DDLME%DDNE%20UYGULANACAK%20YAPTIRIMLAR&kimlik=871061207&url=makaleler/ssert-1.htm> Erişim Tarihi: 5.1.2022.

[7] İhsan Baştürk, “Genel Olarak Fikir ve Sanat Eserleri ve Bunlara İnternet Yoluyla Tecavüz ile Sonuçları,” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006), 214.

[8] Avrupa Topluluğu 2001/29 sayılı Direktif, m. 6 (3).

[9] 2001/29 sayılı Avrupa Topluluğu Direktifi 6 (2) maddesi: Üye Ülkeler aşağıda belirtilen fonksiyonlara sahip veya bu amaçlarla kullanılan araçların üretiminin, ihracatının, dağıtımının, satışının, kiralanmasının, satış veya kiralama için reklamının yapılmasının, araçların ticari amaçla bulundurulmasının engellenmesi için gerekli yasal düzenlemeleri yapacaklardır:

- a) Etkili teknolojik önlemlerin önüne geçmek için tanıtılan, reklamı yapılan veya pazarlanan,
- b) Etkili teknolojik önlemleri atlatmak için kullanılan,
- c) Etkili teknolojik önlemlerin önüne geçmek için veya atlatmanın kolaylaştırılması için tasarlanmış , üretilmiş , uyarlanmış veya gerçekleştirilmiş her türlü ürün ve hizmet.

II. TEKNOLOJİK ÖNLEMLERİ ETKİSİZ KILMA SUÇU (FSEK MADDE 72)

Bilgi Toplumu Direktifi'nin söz edilen himaye düşüncesi çerçevesinde 25 Aralık 2021 tarihinde yürürlüğe giren 7346 sayılı Kanunla^[10] FSEK'in 72. maddesi, başlığıyla birlikte tamamen değiştirilerek^[11] "teknolojik önlemleri etkisiz kılma" adlı yeni bir suç tipi ihdas edilmiştir. Bu normla "FSEK'te yer alan hakların korunması amacıyla eser, icra, fotogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere erişim kontrolü veya şifreleme gibi koruma yöntemi ya da çoğaltım kontrol mekanizması uygulamalarıyla sağlanan etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik fiiller" cezai yaptırıma bağlanmıştır. FSEK'in (değişik) 72. maddesinin, anılan Direktif

[10] Bkz. RG. 25/12/2021, 31700.

[11] FSEK'in 72. maddesinin anılan değişiklik öncesindeki "8/2/2008 tarihinden 25/12/2021 tarihine kadar yürürlükte kalmış olan evvelki hali" şöyle idi:

"Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri"

Madde 72- (Değişik: 23/1/2008-5728/139 md.) Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş *ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları* üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır"

Söz edilen 5728 sayılı Kanun'un 139. maddesiyle başlığı ile birlikte tamamen değiştirilerek düzenlenmiş olan mülga 72. madde ise, 5728 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 73. maddenin "yeniden düzenlenmiş hali" görünümünde idi. Ezcümle, FSEK'in 72. maddesi Kanun'un en sık değişiklik geçiren normlarından birisi olarak dikkat çekmektedir.

FSEK (mülga) md.73/I.-1-c: "Kasten ... yegane amacı bir bilgisayar programını korumak için uygulanan bir teknik aygıtın geçersiz kılınmasına veya izinsiz ortadan kaldırılmasına yarayan herhangi bir teknik aracı, ticari amaç için elinde bulunduran veya dağıtan kişiler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmedilebilir."

FSEK'in söz konusu 73. maddesi, yürürlükte olduğu dönemde amacına pek hizmet edememe tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Ayrıca bkz. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Üçüncü Baskı (İstanbul: Beta Basım, 2004), 318.

ile uyum sağlama çabasının bir sonucu olarak -gecikmiş olmakla birlikte^[12] ortaya çıkması memnuniyet vericidir.

FSEK'in 72. maddesinde gerçekleştirilen bu değişikliğin gayesi, 7346 sayılı Kanun'un gerekçesinde şöyle açıklanmaktadır (özetle): "5846 sayılı Kanun'da yer alan bilgisayar programlarına ilişkin olarak sağlanan ve koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketlerini yaptırma bağlayan düzenlemeye, tüm eser, icra, fonograf, yapım ve yayınların dahil edilmesi, canlı spor etkinliklerinde çevrimiçi korsan yayınlarla mücadele edilmesi noktasında mevzuatta bulunan eksikliğin giderilmesi, telif hakkı sahipleri tarafından izinsiz kullanımları engellemek amacıyla öngörülen teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçların ticaretini veya tanıtımını yapanların cezalandırılması amaçlanmakta, ayrıca 2001/29 sayılı Avrupa Topluluğu Direktifi ile de uyum sağlanmaktadır."^[13] FSEK'in (mülga) 72. maddesi, Ülkemizin de taraf olduğu 1996 tarihli WIPO Telif Hakları Anlaşması'nın 11. maddesi ve WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması'nın 18. maddesi ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmekteydi.^[14] Gerçekten, FSEK'in (mülga) 72. maddesiyle sadece "bilgisayar programlarının teknolojik önlemlerle korunmasını ihlale ilişkin fiiller yaptırım altına alınırken; yazılımlar dışında kalan eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hakların kapsam dışı bırakılmasının önemli bir eksiklik olduğuna dikkat çekmiştik.^[15] Değişikliğin bu anlamda FSEK'teki hakların teknolojik önlemlerle korunması yönünden önemli bir ihtiyacı karşıladığı söylenebilecektir.

FSEK'in 72. maddesinin söz edilen değişiklik öncesindeki haliyle, *sadece bilgisayar programlarının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasını engellemeye*

[12] Söz edilen Direktif'in İngiltere'de yürürlüğe konulması oldukça erken, 2003 tarihli Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Düzenlemesi (Copyright and Related Rights Regulations 2003) ile gerçekleştirilmiş olup bu düzenlemenin oldukça kapsamlı ve ayrıntılı bir norm örneği olduğuna dair ayrıca bkz. Torremans, *Holyoak & Torremans*, 259.

[13] <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss287.pdf> Erişim Tarihi: 5.1.2022.

[14] Levent Yavuz, Türkay Alica ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu 2 (49-91. Maddeler)*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 2303.

[15] Baştürk, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma," 1156.

yönelik “teknolojik önlemleri işlevsiz bırakan ürünlere^[16] ilişkin bazı fiiller” yaptırıma bağlanarak hak sahiplerinin özellikle mali hakları dolaylı da olsa korunmak istenmiş idi. 7346 sayılı Kanun değişikliğiyle *korumanın konusu genişletilerek* “sadece bilgisayar programları değil; 5846 sayılı Kanun’la koruma sağlanan eser, icra, fonograf, yapım ve yayınların kullanımına ilişkin tüm teknolojik önlemlerin cezai himaye kapsamına dahil edilmesi” dikkat çekmektedir. Bir diğer ifadeyle, FSEK’in 72. maddesiyle *hem eser sahibinin hem de bağlantılı hak sahiplerinin haklarının teknolojik önleme mekanizmalarıyla korunması amacı yanında hak sahiplerinin mali haklarının da dolaylı olarak himayesine yönelik bir ceza normu* benimsenmiştir.

FSEK’in 72. maddesi ilk bakışta, 2001 tarihli Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin^[17] 6. maddesindeki “cihazların kötüye kullanımı” filini çağrıştırmaktadır. Ancak, TCK’nin 2016 yılındaki değişiklikle kabul edilen 245/A maddesindeki “yasak cihaz veya programlar” suçu, Sözleşme’nin 6. maddesindeki fiili karşılamaktadır.^[18] Bununla birlikte, yasak cihaz veya prog-

[16] Bunların en yaygını olan, crack programlar ya da “kırılmış programlar” deyiminden ücretli yazılımları yani bilgisayar programlarını ücretsiz kullanmayı sağlayan “program kırıcıları (cracker)” tarafından yazılmış bilgisayar programları anlaşılır. Ayrıca bkz. Yusuf Başlar, “Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri Suçu,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 1 (2013): 248. FSEK’in (mülga) 72. maddesindeki suç tipine dair değişiklikler hakkında ayrıca bkz. Olgun Değirmenci, “Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri Suçu (5846 s. Kanun m.72),” *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, no. 140 (Nisan 2018): 112.

[17] Mevzuatımızdaki ismiyle “Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi” nin ilişik çekinceler ve beyanlar ile birlikte 6533 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. Bkz. RG. 9/8/2014, 29083. Sözleşme’nin Türkçe (gözden geçirilmiş) metni için ayrıca bkz. Muharrem Özen ve İhsan Baştürk, *Bilişim- İnternet ve Ceza Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 351-381.

[18] *TCK madde 245/A- (Ek: 24/3/2016-6698/30 md.):*

(1) Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

FSEK’in (mülga) 72. maddesindeki bu suç tipine *suç tipinin eser sahibinin hakları ve bağlantılı hakların korunması konusyla doğrudan ilgili olmadığı* ve TCK’de

ramlara ilişkin bu suç tipinin sadece “bilişim suçları ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda” gündeme gelebileceği muhakkaktır. Bir diğer ifadeyle, TCK'nin 245/A maddesindeki suç tipi, “suçun maddi konusu yönünden” FSEK'in 72. maddesindeki fiilden bariz şekilde farklılık göstermektedir.

FSEK'in 72. maddesinde tanımlanan suç tipini irdeleyeceğiz.

A) SUÇLA KORUNAN HUKUKİ YARAR

Teknolojik önlemleri etkisiz kılma suçuyla, FSEK'te yer alan hakların korunması amacıyla eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere oluşturulmuş *etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçları imal veya ithal etmek, dağıtmak, satmak, kiraya vermek veya ticari amaçla elinde bulundurmak ya da bunların reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetini sunmak fiilleri* cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Eser ve bağlantılı hak sahiplerinin FSEK'te yer verilen haklarının teknolojik önlemlerle korunmasının sağlanması bu suçun hukuki konusudur.^[19] Teknolojik önlemleri etkisiz kılma suçuyla, teknolojik önlemlerin etkin şekilde işleminin önündeki engeller kaldırılmak istenmekte; buna yönelik fiiller suç olarak tanımlanarak, *eser ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının dolaylı olarak korunması amaçlanmaktadır*.

bilişim suçları başlığı altında yer verilmesi gerektiğine dair bkz. R. Yılmaz Yazıcıoğlu, *Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar 5846 s. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki Suçlar*, (İstanbul: Oniki Levha, 2009), 172-3, 420. Bu normun mali hakkın ihlali ile hatta konu yönünden FSEK ile de ilgili bulunmadığına dair bkz. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 318.

[19] FSEK'in mülga 72. maddesinin hukuki konusunun, fikir ve sanat eseri niteliğindeki *bilgisayar programları üzerindeki eser sahibinin çoğaltma hakkı* olduğuna dair ayrıca bkz. Yazıcıoğlu, *Fikri Mülkiyet*, 423; Yavuz, Alica ve Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 2337. FSEK'in anılan mülga normundaki suç tipiyle eser sahibinin umuma arz hakkının da ayrıca korunduğuna dair bkz. Başlar, “Koruyucu Programlar,” 245.

B) SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Fail

FSEK’te yer alan hakların korunması amacıyla eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere oluşturulmuş etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçları imal veya ithal eden, dağıtan, satan, kiraya veren veya ticari amaçla elinde bulunduran ya da bunların reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetini sunan kişidir.

Bu suç, herkes tarafından işlenebilir. Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmişse, tüzel kişi hakkında sadece güvenlik tedbirlerine hükmolunabileceği; bununla birlikte sorumluluklarının bulunması halinde tüzel kişinin temsilcileri ve ortakları suç faili olabilecektir.^[20]

2. Mağdur

FSEK’te yer alan hakların korunması amacıyla oluşturulmuş etkili teknolojik önlemler üzerinde hak sahibi olan kişilerdir. Bu sebeple, mağdurun sıfatı yönünden bu fiil mahsus, özgü suç niteliğindedir.^[21]

3. Fiil

Kanun’da yer alan hakların korunması amacıyla eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere oluşturulmuş “etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik” ürün ve araçları imal veya ithal etmek, dağıtmak, satmak, kiraya vermek veya ticari amaçla elinde bulundurmak ya da bunların reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetini sunmaktır.

Kanun’un 72. maddesinde etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçları konu edinen *iki grup seçimlik hareket* yer almaktadır: Söz edilen normun (a) bendinde “ürün ve araçları imal veya ithal etmek, dağıtmak, satmak, kiraya vermek veya ticari amaçla elinde bulundurmak” seçimlik hareketleri yer almaktadır. Aynı maddenin (b) bendinde

[20] Hilal Selcen Turan, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi,” (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), 283.

[21] FSEK’in (mülga) 72. maddesindeki suç tipi yönünden karşı Yazıcıoğlu, *Fikri Mülkiyet*, 425.

ise, “reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetini sunmak” seçimlik hareketleri sayılmıştır.^[22]

Cezalandırılan hareketler normda sınırlandırılmış olmakla, *bağlı hareketli bir suç tipi* söz konusudur. Bilgi Toplumu Direktifi'nin tercih ettiği ve kapsamı daha geniş olan “devices, products or components (cihazlar, ürünler veya bileşenler, parçalar)” teriminin karşılığı olarak FSEK ise, “ürün ve araç” kavramlarına yer vermiştir. Bu kavramların tercih edilmesiyle hem yazılımların hem de donanım ve diğer fiziki nesnelere himaye kapsamına alındığı kuşkusuzdur.

FSEK'in 72/1. maddesinin (a) bendindeki (ilk grup) seçimlik hareketleri irdeleyelim

- *İmal etmek*; etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçları üretmek, meydana getirmek, oluşturmak, yaratmak anlamındadır.^[23]
- *İthal etmek*; dışarıdan ülkeye mal ve hizmet getirmek anlamındadır. Teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçları yurda ithal etmek, söz edilen hareketi oluşturacaktır.
- *Dağıtmak*; iletmek, ulaştırmak, herhangi bir şeyi ayrı ayrı kimselere vermek anlamındadır. Bu bağlamda, teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik bir ürün ve aracı web ortamı veya sosyal medya ya da değişik iletişim kanalları üzerinden erişilebilir kılmaya dair davranışlar, “dağıtmak” seçimlik hareketini oluşturacaktır. Örneğin, bir kimsenin umuma veya arkadaş çevresine ya da kapalı şekilde de olsa bir gruba örneğin blog veya haberleşme uygulamaları üzerinden ya

[22] FSEK'in (mülga) 72. maddesindeki suç tanımında Bilgi Toplumu Direktifi'nde yer verilenlerden “ithalat, kiralama, satış veya kiralama için reklam yapma ya da hizmetlerin sunumu” hareketlerine yer verilmemesinin *cezai korumanın kapsamının sınırlı kalmasına yol açtığı düşüncesiyle eleştirmiştik*. Ayrıca bkz. Baştürk, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma,” 1157.

[23] Krş. Yavuz, Alica ve Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 2335; Yazıcıoğlu, *Fikri Mülkiyet*, 427. Üretmek fiili, hem etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımı meydana getirmek, tasarımı yapmak, programlamak, oluşturmak eylemlerini; hem de bu özellikteki bir program veya teknik donanımı çoğaltmak, aynı işlevi gören kopyalar çıkartmak eylemlerini içermektedir. Bkz. Başlar, “Koruyucu Programlar,” 248.

da fiziki ortamda belirtilen ürünleri sunmak, iletmek gibi davranışları *dağıtmak şeklindeki seçimlik hareketi* meydana getirecektir.

- *Satmak*; bu ürünleri ticaret mevkiine koyarak başka kişilerin kullanımına sunmaktır.
- *Kiraya vermek*, teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçları ivazlı olarak başkalarının kullanımına sunmaktır.
- *Ticari amaçla elinde bulundurmak*; Kanun'un 38. maddesindeki şahsi kullanım istisnası kapsamı dışında kalacak şekilde bu yazılım veya donanımları bulundurmaktır.^[24] “Bulundurmak” eşyaya malik olmayı gerektirmeyip; fiilen şey üzerinde tasarruf edebilme imkanına sahip olmaktır.^[25] Ticari amaçla bulundurmanın ise istisna kapsamında değerlendirilemeyeceği kuşkusuzdur.^[26] “Bulundurma” hareketinin “kişisel kullanım istisnası kapsamında kalıp kalmadığı” ele geçen ürünün veya aracın türü, niteliği, sayısı, ele geçiş şekli, ele geçtiği yer, bu yer bir ticari işletme ise onun faaliyet konusuyla ilgili olup olmadığı vb. gibi somut fiilin özelliklerinden ortaya çıkacak olgular çerçevesinde değerlendirilecek; bu surette fiilin ihlal oluşturup oluşturmadığı belirlenecektir.

Kuşkusuz, bilimsel gelişimin temelinde fikir ve düşünce ürünleri yer almaktadır. Bu anlamda, kişisel veya kurumsal araştırma ve geliştirme çalışmalarını sırasında teknolojik önlemleri etkisiz kılacak nitelikte bir ürün, araç ya da yazılım ortaya çıkmış olabilir. Örneğin, bir yazılım veya şifreleme aracı geliştirilirken teknolojik önlemleri etkisiz kılacak bir ürün veya araç ortaya çıkmış olabilir. Bu durumda, anılan ürün veya aracın geliştirilmesinin, elde bulundurulmasının ticari amaçla olmadığı; seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesine yönelik bir fiil bulunmadığı tartışmasızdır. Dolayısıyla,

[24] “Etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımı” kişisel kullanım amacıyla dahi elinde bulundurmanın suç ile korunmak istenen hukuki yararı zedeleyecek nitelikte olduğundan “kişisel kullanım amacı” istisnasının yerinde olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Başlar, “Koruyucu Programlar,” 249.

[25] Ayrıca bkz. Yazıcıoğlu, *Fikri Mülkiyet*, 429.

[26] Krş. Yavuz, Alica ve Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 2336.

anılan unsurların ticari amaç dışında elde bulundurulmasının suç olarak tanımlanmamış oluşu son derece isabetli bir yaklaşımdır.^[27]

Eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere oluşturulmuş etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçların reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetini sunmak hareketlerine ise FSEK'in 72/1. maddesinin (b) bendinde *ikinci grup seçimlik hareketler* olarak yer verilmiştir. FSEK'in 72/1. maddesinin (b) bendindeki (*ikinci grup*) *seçimlik hareketleri* irdeleyelim:

- *Reklam, pazarlama hizmetlerini sunmak*, ürün ve araçların tanıtılmak suretiyle geniş kitlelere ulaştırılması; satışının arttırılması ve kullanımının kolaylaştırılması amaçlarına yönelik hareketlerdir.
- *Tasarım hizmeti sunmak*, teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçların tasarlanması amacına yönelik hareketlerdir. Tasarım hizmetinin, kişilerden gelebilecek talep çerçevesinde veya failin kendi kararıyla ortaya çıkması söz edilen seçimlik hareketin gerçekleşmesi anlamında bir fark yaratmayacaktır.
- *Uygulama hizmeti sunmak*, “uygulama (application)” olarak adlandırılan, belirli bir işlevi yerine getiren ve kullanıcı arayüzü sunan programların^[28] kullanılmasına yönelik hizmetler sağlamaktır. Uygulama hizmetleri, program kullanıcılarını hedefleyen özelliğindedir.

Söz edilen seçimlik hareketlerin hepsinin ortak özelliği, teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve aracın kitlelere ulaşmasını kolaylaştırıcı özellik taşımasıdır. Teknolojik önlemleri etkisiz kılma suçunun oluşması için, söz edilen hareketlerin gerçekleştirilmesi yeterli olup; *ayrıca bir neticenin*

[27] Farklı bir düşünceye göre, anılan Direktif'te yer alan “ticari amaçla elde bulundurma” yerine “kişisel kullanım amacı dışında elde bulundurma” fiilinin yaptırıma bağlanmasının amacının “uygulamada ortaya çıkması muhtemel boşlukların önüne geçilmesi olduğuna” dair ayrıca bkz. Şener Dalyan, “Bı İlgı sayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması,” (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), 291.

[28] Tanım için bkz. İnternet Terimleri Sözlüğü, <https://kurumsal.turktelekom.com.tr/internet/destek/bilgi-bankasi/sayfalar/internet-terimleri-sozlugu.aspx> Erişim Tarihi: 16.1.2022.

meydana gelmesi gerekmemektedir. Bu anlamda söz edilen fiil, “soyut tehlike suçu” özelliği göstermektedir.^[29]

4. Suçun Maddi Konusu

FSEK’te yer alan hakların korunması amacıyla eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere oluşturulmuş etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçlardır.

FSEK’in 72. maddesinin söz edilen değişiklik öncesindeki sadece bilgisayar programlarını konu edinen halinde, normun uygulama alanı oldukça sınırlı idi.^[30] Örneğin, şifreli bir TV yayınına çözmek için kullanılabilecek donanım veya yazılımların bulundurulması söz edilen suçun maddi konusunu oluşturmamaktaydı.^[31] Bu bağlamda, Bilgi Toplumu Direktifi’ndeki telif hakları ve bağlantılı hakların tamamını koruma kapsamına almayı;^[32] sadece bilgisayar programlarını konu edinmekle; *fikri hakların teknolojik önlemlerle korunması ihtiyacını karşılamaktan uzak olduğu gerekçesiyle eleştirdiğimiz*^[33] *normun değiştirilmesi son derece isabetli olmuştur.*

[29] FSEK’in (mülga) 72. maddesindeki suç yönünden krş. Yazıcıoğlu, *Fikri Mülkiyet*, 430; Selcen Turan, “Fikir ve Sanat Eserlerinin,” 281.

[30] Krş. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 318. Birkaç örneğin dışında bu normun neredeyse hiç uygulanmadığına dair bkz. Yazıcıoğlu, *Fikri Mülkiyet*, 422.

“sanığa ait ... Köfte Salonu isimli iş yerinde yapılan denetimde, yayın hakkı katılana ait maç yayınına, internet üzerinden ... marka ... cihazla seyrettirdiğinin tespit edilmesi, sanığın katılan ile yaptığı sözleşmenin suç tarihinden sonra olması karşısında, *sanığın eyleminin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 163. maddesi kapsamında kalan karşılıksız yararlanma suçunu oluşturduğu...*” Yargıtay 19 CD. 9/2/2016, 2015/11519, 2016/1463.

[31] Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik teknolojik önlem niteliğindeki “donanımın” FSEK’in 7346 sayılı Kanun değişikliği öncesinde yürürlükte olan 72. maddesindeki suçun maddi konusu olduğuna dair bkz. Selcen Turan, “Fikir ve Sanat Eserlerinin,” 283.

[32] 2001/29/AT sayılı Direktif, Madde 1.

[33] Bkz. Baştürk, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma,” 1158-9.

Suçun maddi konusunu oluşturan “teknolojik önlem” hususunda *normda veya gerekçesinde yer verilmeyen tanım*, Bilgi Toplumu Direktifi’nin 6 (3). maddesinde yer almaktadır:

“Teknolojik önlem, hak sahibinin izni olmaksızın, Avrupa Birliği’nin 96/9 Sayılı Direktifi’nin 3. Bölümünde yer alan nevi şahsına münhasır haklar veya kanunların sağladığı tüm fikri mülkiyet (telif hakları) hakları veya fikri mülkiyet haklarına bağlı haklar doğrultusunda eserler veya diğer konulara yönelik olarak ortaya çıkan fiilleri işleyişinin normal seyri dahilinde sınırlandıran veya bu fiillere karşı koruma sağlayan herhangi bir teknoloji, cihaz ya da bileşendir.”

Yine aynı Direktif’in 6 (3). maddesine göre “Teknolojik önlemler, korunan eserin veya diğer ilgili konuların kullanımı, koruma amacını gerçekleştiren bir kopya kontrol mekanizması veya eserin şifrelenmesi, karıştırılması veya diğer dönüşümleri gibi koruma süreçlerinde veya erişim kontrolüne başvuru yoluyla hak sahibi tarafından kontrol edildiğinde, ‘etkili’ sayılmalıdır”.

İnceleme konusu olan fiil, *sırf hareket suçu (neticesiz suç)* özelliği göstermektedir.

C) SUÇUN MANEVİ UNSURU

Suçun oluşması için genel kastın varlığı yeterlidir. Bu itibarla, özel kastın varlığı aranmayacaktır. İnceleme konusu olan suçun taksirli biçimine kanunda yer verilmediğinden; taksirle işlenemez.

D) HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

İhlal oluşturduğu ileri sürülen fiil, kişisel kullanım kapsamındaysa ya da hak sahibinin yazılı rızası varsa fiil suç oluşturmayacaktır.

E) SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçları imal veya ithal etmek, dağıtmak, satmak, kiraya vermek veya ticari amaçla elinde bulundurmak ya da bunların reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetini sunmak *hareketleri* kısımlara bölünebiliyorsa bu suça teşebbüs mümkündür. Örneğin, fail söz konusu amaca yönelik donanımların üretimine veya programın oluşturulmasına ilişkin hareketleri önemli ölçüde

tamamlamış; ancak henüz bunları satışa arz etmeden ürün veya araçlar ele geçmiş ise, bu durumda suç teşebbüsten söz edilebilir.

2. İçtima

Fail, birden fazla etkili teknolojik önlemi etkisiz kılmaya yönelik tek bir ürün veya araçla bu fiili gerçekleştirmiş ise, şartları bulunduğu takdirde *zincirleme suç* hükümleri (TCK md. 43/II) uygulanabilir.

Etkili teknolojik önlemi etkisiz kılmaya yönelik ürün veya araç kullanılarak *aynı zamanda eser sahibinin veya bağlantılı hak sahibinin hakları da ihlal edilmişse gerçek içtima kurallarının uygulanması* gerekecektir.^[34] Örneğin; bir platformda erişime sunulan müzik eserlerini korumaya yönelik teknolojik önlemi etkisiz kılan bir programı ticari amaçla elinde bulunduran kişi aynı zamanda hukuka aykırı olarak elde ettiği bu içerikleri web sitesinde erişime sunmuş olabilir. Bu durumda, hem FSEK'in 72. maddesindeki suç tipi hem de eser sahibinin ve bağlantılı hak sahiplerinin manevi ve mali haklarının ihlali söz konusu olacaktır. Zira, burada failin bir tek hareketi değil; teknolojik önlemi etkisiz kılan ürün veya aracı ticari amaçla bulundurma hareketi yanında ayrıca araç ve/ veya ürünü kullanarak hak sahiplerinin FSEK'le korunan haklarının örneğin, manevi ve mali haklarının ihlaline ilişkin hareketi de gerçekleşmiştir. Belirtilen örnekte, fiil teklifinden söz edilemeyeceğinden; fail FSEK'in 71/I-1. ve 72. maddeleri gereğince iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Etkili teknolojik önlemi etkisiz kılan ürün veya araç kullanılarak TCK'deki bilişim alanındaki suçlar da işlenebilir. Örneğin, söz edilen hukuka aykırı ürün kullanılarak bilişim sistemine girme suçu işlenmiş ise, bu durumda gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir.^[35]

F) SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA, YAPTIRIM

Etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılma suçundan soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete tabidir. Şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri altı aylık şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına sunmaları gereklidir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde

[34] Krş. Yavuz, Alica ve Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 2337.

[35] Yazıcıoğlu, *Fikri Mülkiyet*, 434.

Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi halinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecektir (FSEK m. 75/I).

Bu suç için CMK'nin 253/I-a maddesi gereğince *uzlaştırma usulü izlenecektir*.

Etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılma suçu için, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu yaptırımın TRIPS Antlaşması'nın 61. maddesindeki^[36] “telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezaların eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun olması gerekliliği ölçütü” çerçevesinde değerlendirilim. Eşdeğer ağırlıktaki fiil olarak kabul edilebilecek olan TCK'nin 245/A maddesinde tanımlanan “yasak cihaz ve programlar” fiilinin yaptırımının “bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası” olduğu nazara alındığında FSEK'in 72. maddesindeki suç için öngörülen *cezai yaptırımın daha hafif oluşu dikkat çekicidir*. Ceza muhakemesi pratiğimizde mahkemelerce genellikle asgari hadden ceza tayin edildiği gözetildiğinde “teknolojik önlemleri etkisiz kılma suçu için öngörülen cezanın alt sınırı olan altı ay hapis cezası” bu fiil için tabiri caizse “hafif” kalmaktadır. TCK'nin 245/A maddesinde tanımlanan “yasak cihaz ve programlar” fiili için cezanın üst sınırının üç yıla kadar hapis cezası olması yanında ayrıca beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmesinin de caydırıcılık anlamında bir başka unsur olduğu kuşkusuzdur. Kısacası, öngörülen yaptırım itibarıyla TCK'nin 245/A maddesindeki bilişim suçları ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılmış veya oluşturulmuş yasak cihaz veya programlara kıyasla fikir ve sanat eserleri söz konusu olunca kanun koyucunun daha hafif cezai yaptırımları tercih ettiği açıktır. Ortaya çıkan bu tablo, *suç ve ceza politikası tercihi* olarak ifade edilebilecek ise de TRIPS Antlaşması'nın 61. maddesindeki “*eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte*” yaptırım kriterini karşılamaktan uzaktır.

Teknolojik önlemleri etkisiz kılma suçu için öngörülen hapis cezasının üst sınırı itibarıyla hükmün açıklanmasının ertelenmesi kurumu ve hapis cezasının ertelenmesi de şartları bulunduğu takdirde uygulanabilecektir (CMK m. 231/V. vd, TCK m. 51).

[36] TRIPS Madde 61: “Üyeler en azından, ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacaklardır. Uygulanabilecek telafi yöntemleri eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir...”

SONUÇ

Fikir ve düşünce ürünlerinin teknolojik önlemler vasıtasıyla korunması vazgeçilemez bir ihtiyaç olunca bu önlemleri etkisiz kılmaya yönelik hukuka aykırı fiillere ilişkin hukuki çarelere başvurulması AT Bilgi Toplumu Direktifi'nin bir gerekliliğidir. 2001 tarihli bu Direktif ile getirilen hukuki himayeyi cezai yaptırıma bağlayarak benimsememiz gecikmiş olmakla birlikte önemli bir gelişmedir.

FSEK'te yer alan hakların korunması amacıyla eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere erişim kontrolü veya şifreleme gibi koruma yöntemi ya da çoğaltım kontrol mekanizması uygulamalarıyla sağlanan etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik fiiller" altı aydan iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suç olarak tanımlanmıştır (madde 72). Benimsenen bu suç tipiyle, teknolojik önlemlerin etkin şekilde işleminin önündeki engeller kaldırılmak istenmekte; buna yönelik fiiller cezai yaptırıma bağlanarak, eser ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının dolaylı olarak korunması amaçlanmaktadır. Direktif'in gereklerini karşılayan bu fiil, sayısal ortamda hakları korumaya yönelik teknolojik önlemlerin işlerliğini sağlamak konusunda *ultima ratio* (son çare) olarak ceza hukuku yaptırımlarına başvurusuyla dikkat çekmektedir. Bununla birlikte, anılan fiil için öngörülen yaptırım, eşdeğer nitelikte olan TCK'nin 245/A maddesindeki "yasak cihaz ve programlar" fiiline kıyasla daha hafif bir cezai yaptırımla karşılanmaktadır. Bu itibarla, FSEK'in incelenen normu, TRIPS Anlaşması'nın 61. maddesindeki "*eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte*" yaptırım ölçütünü karşılamaktan uzaktır.

Hakların himayesi bağlamında sağlanan normatif korumayla birlikte bu normların muhakeme pratiğine yansımaları yani etkin bir şekilde uygulanması da bir o kadar önemlidir. Bilgi toplumunun vazgeçilmez olan fikir ve düşünce ürünlerinin tüm toplumun erişimine sunulması yanında hak sahiplerinin de teknoloji dahil olmak üzere tüm araçlara başvurularak ve etkin bir şekilde korunması önemli bir ihtiyaç olarak karşımızdadır. Bu satırların yazarı, inceleme konumuzu oluşturan fiilin, suç politikası bağlamında istenilen amaca ulaşılması ile hak ihlallerinin önlenmesinde yeterli caydırıcılığın sağlanmasında, etkin bir araca dönüşmesini ümit etmektedir.

KAYNAKÇA

- Başlar, Yusuf. “Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri Suçu,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 1 (2013).
- Baştürk, İhsan. “Genel Olarak Fikir ve Sanat Eserleri ve Bunlara İnternet Yoluyla Tecavüz ile Sonuçları.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Baştürk, İhsan. “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma.” İçinde *Avukatın Öz-El Kitabı (Avukatlık Rehberi)*. Güncellenmiş 2. Baskı. İstanbul: Platon Hukuk Yayıncılık, 2022, 1140-1051.
- Cornish, William, David Llewelyn, and Tanya Aplin. *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*. Seventh Edition. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- Dalyan, Şener. “Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması.” Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Değirmenci, Olgun. “Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri Suçu (5846 s. Kanun m.72).” *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, no. 140 (Nisan 2018).
- Özen, Muharrem ve İhsan Baştürk. *Bilişim- İnternet ve Ceza Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Üçüncü Baskı. İstanbul: Beta Basım, 2004.
- Turan, Hilal Selcen. “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi.” Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Torremans, Paul. *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law*. Sixth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Yavuz, Levent Türkay Alica ve Fethi Merdivan. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu 2 (49-91. Maddeler)*. Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz. *Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar 5846 s. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki Suçlar*. İstanbul: Oniki Levha, 2009.

KAMULAŞTIRMA DAVALARINDA ARSA VASFININ TESPİTİ

Mehmet Ali GÖLCÜKLÜ*

2942 sayılı Kamulaştırma kanununun 11/g maddesi, arsalarda kamulaştırma bedellerinin kamulaştırma gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre belirleneceğini hüküm altına almıştır.

Bilirkişi kurulları kamulaştırma bedelinin tespitine geçmeden evvel taşınmazın cinsini (arsa, arazi, bahçe, yapı vs.) belirlemek durumundadır. Taşınmaz arazi ise gayrimenkul değerleme uzmanı yanına güncel listelerden iki ziraat mühendisi, arsa ise iki inşaat mühendisi bilirkişi seçilecektir. Uygulanacak değerlendirme metodu da farklıdır. Arazilere, mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net gelirine, (net gelir metodu) göre kıymet belirlenirken, arsalara kamulaştırma gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre kamulaştırma bedeli belirlenir.

Kamulaştırılmasına karar verilen taşınmazın arsa olup olmadığında tereddüt varsa öncelikle bu ihtilafın çözülmesi ve taşınmazın arsa mı, arazi

* Avukat / Denizli Barosu.

mi olduğunun tespiti gerekir. Kamulaştırma Kanunu'nda, arsanın tarifine ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nun 12/2-3 maddesinde "Belediye sınırları içinde, belediyece parsellenmiş arazi arsa sayılır./ Belediye sınırları içinde veya dışında bulunan parsellenmemiş araziden hangilerinin bu kanuna göre arsa sayılacağı Bakanlar Kurulu kararı ile belli edilir." hükmü yer almıştır.

Dava konusu taşınmazın arsa olup olmadığına karar verebilmek için bu hükümden faydalanılır.

Belediye hudutları içinde kalan ve Belediyece parsellenmiş taşınmazların arsa olduğuna şüphe yoktur. (1319 s.k. 12/2) Taşınmazın tapu kaydında tarla vs. yazması önemli değildir. Kamulaştırılan taşınmazın dosyaya getirilen tapu kaydından belediyece parsellendiği anlaşılmakta ise başka bir araştırmaya gerek olmaksızın arsa olarak kabul edilmeli ve bedeli emsal satışlara göre hesaplanmalıdır.

Belediye hududu içinde olsun veya olmasın kamulaştırılan taşınmaz parsellenmemiş ise, cinsi hakkında karar verebilmek için 28.02.1983 gün ve 83/6122 sayılı "Arsa Sayılabilecek Parsellenmemiş Arazi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararnamesi"nin 1. maddesine bakılmalıdır.

Bahsedilen kararnamenin 1. maddesine göre, kamulaştırılmasına karar verilen taşınmaz parsellenmemiş ise arsa sayılması için aşağıda kriterleri taşınması gerekir;

1- Belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan, imar planında iskân sahasında kalan taşınmaz arsa kabul edilir.

2- Belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan, imar planında iskân sahasında kalmayan ancak fiilen meskûn halde bulunan ve belediye hizmetlerinden faydalanmakta olan yerler arasında kalıyorsa parsellenmemiş olsa dahi arsa kabul edilecektir.

Ancak, bu yerlerdeki arazi ve arazi parçaları zirai faaliyette kullanıldıkları takdirde arsa sayılmayacak kamulaştırma bedeli net gelir metoduna göre hesaplanacaktır.

3- *Belediye ve mücavir alan sınırları dışında* olup da konut, turistik veya sınai tesis yapılmak amacıyla parsellenen ve tapuya bu yolda şerh verilen arazi ve arazi parçaları arsa olarak kabul edilecektir.

4- *Belediye ve mücavir alan sınırları dışında* olup da deniz, nehir, göl ve ulaşım yolları kenarında veya civarında bulunması veya sınai veya turistik önemi yahut hızlı şehirleşme faaliyetleri dolayısıyla ve İmar ve İskân Bakanlığının önerisi üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen alanların sınırları içinde, imar planı ile iskân sahası olarak ayrılan yerlerdeki arazi ve arazi parçaları, arsa sayılır.^[1]

Bakanlar Kurulu Kararnamesinin yayımlanmasından sonra Yargıtay 5. Hukuk Dairesi ile 18. Hukuk Dairesi arasında taşınmazın arsa vasfı konusunda içtihat ayrıklığı çıkmış, konu İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunda görüşülmüş ve 17.04.1998 tarihinde şu karara varılmıştır:

“Belediyelerce yapılip usulünce onaylanarak yürürlüğe konulan nazım imar planı kapsamındaki taşınmazlar, kamulaştırma hukuku yönünden arsa sayılabilir ise de, bu nitelendirmede; nazım imar planının ait olduğu idari birim (büyükşehir, il, ilçe, köy), belediye ve mücavir alan sınırları içindeki yerleşim ve nüfus yoğunluğu, ulaşım ve altyapı hizmetleri ve yerleşim merkezine olan mesafe ile taşınmazın plandaki konumu ve kullanım biçimi gibi unsurlar da göz önünde bulundurulabilir”

Uyulması zorunlu olan İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararından sonra uygulama Yüksek Yargıtay kararları ile istikrara kavuşmuştur. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2011 yılında verdiği bir kararında şu sonuca varmıştır:^[2]

“28.02.1983 gün ve 1983/6122 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesinin 1. maddesinin (b) bendine göre, belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunup da imar planı ile iskân sahası olarak ayrılmamış olmakla birlikte fiilen meskûn halde bulunan ve belediye hizmetlerinden yararlanmakta olan yerler arasında kalan parsellenmemiş arazi ve arazi parçaları arsa sayılır. Buna göre; belediye sınırları içerisinde olup da imar planında yer almayan bir arazi parçasının arsa sayılabilmesi için *belediyenin tüm hizmetlerinden yararlanır durumda olması ve çevresinin meskun bulunması* gerekir. *Bu iki koşul bir arada gerçekleşmiş olmadıkça o yer arsa sayılamaz.*”

[1] Yargıtay HGK, E. 2011/18-564, K. 2011/750, Kt. 14.12.2011.

[2] 18. HD. 2011/2902 E. 2011/3748 K. 21.03.2011 T.

Gerek yukarıya çıkarılan mevzuat gerekse Bakanlar Kurulu kararı sonrasında gelişen Yargıtay tatbikatına göre, kamulaştırılmasına karar verilen taşınmaz mal aşağıda yazılı kriterleri taşıyorsa arsa olarak kabul edilecek, kamulaştırma bedeli emsal karşılaştırması ile tespit edilecektir.

1. 1/1000 ölçekli uygulama imar planı dâhilinde kalan tüm taşınmazlar tapudaki vasfına bakılmaksızın arsa olarak kabul edilecektir.^[3]
2. Kamulaştırılmasına karar verilen taşınmaz *nazım imar planı içinde kalıyorsa*; Çevredeki yerleşim ve nüfus yoğunluğu, ulaşım ve altyapı hizmetleri ve yerleşim merkezine olan mesafesi ile taşınmazın plandaki konumu ve kullanım biçimi gibi kriterlere bakılarak cinsine karar verilecektir. (Yargıtay Büyük Genel Kurulu E. 1996/3, K. 1998/1, Kt. 17.04.1998)
3. Taşınmazın yola, denize, yoğun gelişen sanayi alanına, ticaret limanına yakın olması, belediye hizmetlerinden fiilen yararlanmasa da yol, su, elektrik, kanalizasyon hatlarının taşınmazın yakınından geçmesi, çevre özellikleri ve talep edildiğinde bu hizmetlerden faydalanma imkânının mevcut olması halinde taşınmaz arsa sayılacaktır. (Yargıtay 5. HD. E. 2017/15877, K. 2019/471, Kt. 17.01.2019- Yargıtay 5. HD. E. 2017/12261, K. 2018/4624 Kt. 13.03.2018)
4. Belediye ve mücavir alan sınırları içinde kalan, imar planında iskân sahası olarak ayrılmış yerlerde bulunan taşınmaz arsa kabul edilecektir. (Bakanlar Kurulu Kararı 1/a maddesi)
5. Belediye sınırları içerisinde, imar planı dışındaki bir taşınmazın arsa sayılabilmesi için *belediyenin tüm hizmetlerinden yararlanır durumda olması* ve *çevresinin meskûn bulunması* şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. (Yargıtay 18. HD. E. 2011/2902, K. 2011/3748, Kt. 21.03.2011)

[3] E.BUYURGAN- E.KARABAĞ Kamulaştırma Davaları s.261, ANKARA -2021.